

67

BUNDESGERICHTSHOF

095

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 17/69

URTEIL

Verkündet am

10. Dezember 1970

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kaufleute Wolf W [REDACTED] und Josef O [REDACTED],
beide F [REDACTED] / [REDACTED], Theobald-O [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Revi-
sionskläger und Anschlußrevisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer und Ingenieur Hans E [REDACTED],
F [REDACTED] / [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED]

Kläger, Berufungsbeklagten, Revi-
sionsbeklagten und Anschlußrevisions-
kläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 27. November 1968 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision des Klägers wird dieses Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 15.175,50 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten der Revision haben die Beklagten 2/3 zu tragen. Die Entscheidung über das weitere 1/3 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 24. November 1966 übernahm der Kläger die schlüsselfertige Erstellung des Wohn- und Geschäftshauses der Beklagten in F [REDACTED] / [REDACTED], H [REDACTED] Land-

- 3 -

straße/Ecke He[REDACTED]straße, "zum Pauschalpreis von 2.150.000 DM - ohne Erdarbeiten -". Die Erdarbeiten hatten die Beklagten an einen Baggerunternehmer vergeben. Nach dem Bauvertrag (II, 2) war der Kläger verpflichtet, dem Baggerunternehmer für den Aushub genaue Anweisung zu geben.

Da der Kläger aus bautechnischen Gründen auf einem Teilstück der Baufläche einen Kran einsetzte, hob auf seinen Wunsch die Baggerfirma die Baugrube zunächst nur auf dem übrigen Teil aus. Mit Einschreibebrief durch Eilboten vom 9. März 1966 wies der Kläger unter Bezugnahme auf sein Telefongespräch vom Vortage die Beklagten darauf hin, daß nach seiner Mitteilung vom 25. Februar 1966 mit der zunächst zurückgestellten Aushebung der Grube für den Hauptbau spätestens am 9. März 1966 hätte begonnen werden müssen; er habe vorerst für einen Teil und werde nach dem 11. März 1966 für die gesamte Belegschaft keine Einsatzmöglichkeit mehr haben. Diese Erklärung wiederholte er in einem Schreiben vom 10. März 1966 mit dem Hinweis, daß er für die fehlende Möglichkeit, seine Arbeiter einzusetzen, von den Beklagten Schadensersatz verlangen werde. Ein vom Kläger vermitteltes Angebot einer anderen Baggerfirma, die weiteren Aushubarbeiten ab 11. März 1966 durchzuführen, lehnten die Beklagten als zu teuer ab. Schließlich gelang es den Beklagten, die Baugrube in der Zeit vom 18. bis 26. März 1966 ausbaggern zu lassen. Am darauf folgenden Montag, den 28. März 1966, setzte der Kläger die Bauarbeiten fort.

Mit der Klage hat der Kläger von den Beklagten als Gesamtschuldnern 36.628,89 DM nebst Zinsen verlangt, nämlich:



1. gemäß seiner Rechnung vom 7. April 1966
 - a) 31.650 DM Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung der Baugrube
 - b) 1.733,41 DM für Nacharbeiten an der Baugrube, weil die Baggerfirma sie nicht ordnungsgemäß ausgehoben habe;
2. einen aus seiner Rechnung vom 20. Mai 1966 nach Abzug von den Beklagten gezahlter 3.000 DM verbleibenden Restbetrag von 3.244,48 DM für vom 10. März bis 7. April 1966 zusätzlich ausgeführte Tagelohnarbeiten.

Die Beklagten haben ihre Verantwortung für die spätere Fertigstellung der Baugrube verneint, den Kläger für die Nachbesserung der Baugrube für verantwortlich erklärt und die Tagelohnarbeiten mit den gezahlten 3.000 DM als abgegolten bezeichnet. Hilfsweise haben sie die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Fertigstellung des Hauses erklärt.

Das Landgericht hat der Klage - unter Abzug einer auf einem Rechenfehler beruhenden Zuvielforderung von 1,-- DM - stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die 20.552,39 DM nebst Zinsen übersteigende Klage abgewiesen. Mit der Revision erstreben die Beklagten die volle Abweisung der Klage. Der Kläger wendet sich mit der Anschlußrevision dagegen, daß das Oberlandesgericht seine aus der späteren Fertigstellung der Baugrube hergeleitete Schadensersatzforderung wegen eines Teilbetrags von 15.175,50 DM nebst Zinsen für unbegründet erachtet hat. Jede Partei bittet, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

- 1, -

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die Beklagten für verpflichtet, für den dem Kläger infolge der späteren Fertigstellung der Baugrube entstandenen Schaden aufzukommen. Trotz der auf Wunsch des Klägers erfolgten Aufteilung der Baggerarbeiten in zwei Abschnitte seien die Beklagten, so wie im Vertrag vorgesehen, für den rechtzeitigen Erdaushub im zweiten Bauabschnitt verantwortlich geblieben. Diese vertragliche Pflicht hätten sie verletzt.

Die Angriffe in der Revision der Beklagten gegen diese Ausführungen sind nicht gerechtfertigt.

1. Daraus, daß der Kläger aus bautechnischen Gründen die Aufteilung der Baggerarbeiten in zwei Abschnitte gewünscht hatte, brauchte das Berufungsgericht nicht zu folgern, die Beklagten seien nicht mehr für die rechtzeitige Ausführung des zweiten Teils verantwortlich gewesen. Diese Zweiteilung war, wie das Berufungsgericht feststellt, nach Besprechungen an der Baustelle mit den Beklagten erfolgt.

2. Allerdings kann der Kläger nur dann den infolge nicht rechtzeitiger Fertigstellung der Baugrube entstandenen unmittelbaren Schaden von den Beklagten ersetzt verlangen, wenn er den Beklagten die Behinderung unverzüglich angezeigt hat (§ 6 Ziff. 1 VOB (B)) und die Beklagten die Verzögerung zu vertreten haben (§ 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B)). Diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht aber ohne Rechtsfehler bejaht.

a) Mit Recht sieht es eine unverzügliche Anzeige in den Schreiben des Klägers an die Beklagten vom 9. und 10. März 1966, denn die Behinderung war am 9. März eingetreten, als die Baggerarbeiten nicht wieder aufgenommen wurden.

b) Die Beklagten haben auch die Behinderung zu vertreten.

aa) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die Beklagten die am 4. März 1966 an den örtlichen Bauleiter gerichtete Aufforderung, am 9. März 1966 die Aushubarbeiten fortsetzen zu lassen, als an sich gerichtet gelten lassen müssen, denn für solche für den Fortgang der Bauarbeiten erheblichen technischen Maßnahmen durfte der Kläger den von den Architekten der Beklagten bestellten Bauleiter als zuständig ansehen. Daß der 4. März 1966 ein Freitag war, ist unerheblich. Die Aushubarbeiten sollten erst am 9. März 1966 fortgesetzt werden. Es war aber unter den gegebenen Umständen Sache der Beklagten, ein binnen wenigen Tagen einsatzbereites Baggerunternehmen zur Verfügung zu halten.

bb) Das Berufungsgericht durfte auch zu Lasten der Beklagten berücksichtigen, daß sie einen ihnen vom Kläger zum 11. März 1966 als einsatzbereit benannten Unternehmer als zu teuer abgelehnt haben. Die Beklagten haben nicht die Behauptung des Klägers (Klageschrift S. 4) bestritten, daß dieser Unternehmer den üblichen Einheitspreis von 8,80 DM verlangt habe. Zu einer weiteren Aufklärung war das Berufungsgericht nach § 139 ZPO nicht verpflichtet.

cc) Daß die Aushubarbeiten bei zeitgerechter Fortführung ab 9. März 1966 durch schlechtes Wetter gehindert gewesen wären, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen. Einen Verfahrensfehler rügt die Revision insoweit nicht.

II.

Den vom Kläger mit der Rechnung vom 7. Oktober 1966 geltend gemachten Schadensersatzanspruch des Klägers wegen verspäteter Fertigstellung der Baugrube erachtet das Berufungsgericht nur zum Teil für begründet.

Der Kläger hat in der Rechnung angegeben, er habe am 9. März 1966 10 Mann, am 10. März 15 Mann, am 11. März 20 Mann und vom 14. bis 18. März die gesamte Belegschaft von 40 Mann nicht einsetzen können, weil die Aushubarbeiten statt am 9. März erst am 18. März aufgenommen worden sind. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Aushubarbeiten, wenn sie statt vom 18. bis 26. März (= 8 Arbeitstage) rechtzeitig vom 9. bis 18. März ausgeführt worden wären, der Kläger "voraussichtlich" in gleicher Weise an der Fortführung der Bauarbeiten und damit am produktiven Einsatz seiner Belegschaft gehindert worden wäre. Den für diese Zeitspanne berechneten Schaden von 13.400 DM (9.800 DM unproduktive Löhne und 3.600 DM für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung) könne der Kläger deshalb nicht ersetzt verlangen.

Die Rüge des Klägers in der Anschlußrevision, das Berufungsgericht habe diese Erwägung nicht anstellen dürfen, ohne den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme

zu geben (§ 139 ZPO), ist begründet. Die Beklagten hatten die Höhe des vom Kläger geltend gemachten Schadens nicht bestritten. Das hinderte zwar das Berufungsgericht nicht, den Sachvortrag des Klägers zur Schadenshöhe auf seine Schlüssigkeit zu prüfen. Das Berufungsgericht begründet aber nicht, warum bei rechtzeitiger Fortführung der Aushubarbeiten der Kläger "voraussichtlich" in gleicher Weise am vollen Einsatz seiner Belegschaft gehindert gewesen wäre, wie es nach seiner Darstellung in der Rechnung vom 7. Oktober 1966 infolge der späteren Fortführung gewesen ist. Es spricht nichts dafür, daß der Kläger, als er am 4. März dem Bauleiter sagte, am 9. März müsse weitergebaggert werden, nicht von einem ununterbrochenen Einsatz seiner Arbeiter ausgegangen wäre. Diese Überlegung mußte das Berufungsgericht veranlassen, den Sachverhalt mit den Parteien zu erörtern, bevor es den vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch zum Teil verneinte. Der Kläger trägt in seiner Anschlußrevision vor, er hätte spätestens am dritten Tag mit dem Aushub und der Betonierung der Fundamente sowie der Kellerwandverschalung beginnen können.

Das angeführte Urteil kann daher, soweit das Berufungsgericht die Schadensersatzforderung des Klägers für teilweise unbegründet erachtet, nicht aufrecht erhalten werden. In der neuen Verhandlung kann auch geprüft werden, ob es in Anbetracht dessen, daß der Kläger in der Rechnung vom 7. Oktober 1966 seinen Schadensersatzanspruch nur mit 50 % angesetzt hat, gerechtfertigt ist, den für die Zeit vom 21. bis 25. März 1966 berechneten Ausfall um den auf Grund der Tagelohnrechnung vom 29. Mai 1966 berechneten Betrag von 945 DM zu kürzen (BU S. 19/20). Auch kann der Kläger zu dem von ihm mit der Anschlußrevision beanstandeten Abzug von 1.730,50 DM

für Unternehmergewinn Stellung nehmen.

Der Kläger hat in der Rechnung vom 7. Oktober 1966 wegen der späteren Fertigstellung der Baugrube einen Schadensbetrag von 31.650 DM geltend gemacht. Hierauf hat ihm das Berufungsgericht 15.574,50 DM zugesprochen und 16.075,50 DM aberkannt. Da der Kläger laut seiner Anschlußrevision einen Abzug von 900 DM für die Baustelleneinrichtung an zwei Arbeitstagen gelten lassen will, ist das Urteil auf die Anschlußrevision des Klägers insoweit aufzuheben, als die Klage wegen eines Betrags von (16.075,50 - 900 =) 15.175,50 DM abgewiesen worden ist.

III.

Den vom Kläger für die Beseitigung von Mängeln der Baugrube berechneten Betrag von 1.733,41 DM (Pos. 3 der Rechnung vom 7. Oktober 1966) hält das Berufungsgericht für gerechtfertigt. Es stellt fest, daß die Beklagten dem Kläger die Behebung der Mängel zugesagt hatten, aber nicht alsbald Abhilfe schafften und nichts von sich hören ließen. Hieraus schließt es, daß die Beklagten in Anbetracht der Dringlichkeit der Nacharbeiten zwecks Vermeidung weiteren Schadens aus der Nichteinsetzbarkeit der Bauarbeiter den Kläger durch schlüssiges Verhalten mit der Ausführung der Nacharbeiten beauftragt haben. Zumindest sei sein sich daraus ergebender Anspruch auf Aufwendungsersatz aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag begründet.

Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsfehler. Der Hinweis der Beklagten in ihrer Revision, sie hätten

gegen den Baggerunternehmer einen Anspruch auf ordnungsgemäße Ausführung der Baugrube gehabt, schließt die tatrichterliche Erwägung des Berufungsgerichts nicht aus, der Kläger sei den Umständen nach als von den Beklagten mit den Nacharbeiten an der Baugrube beauftragt anzusehen gewesen.

IV.

Der von den Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Fertigstellung des Gebäudes besteht nach Ansicht des Berufungsgerichts jedenfalls deshalb nicht, weil er durch die schriftliche Vereinbarung der Parteien vom 5. Dezember 1967 und den anschließenden notariellen Vertrag vom 7. Dezember 1967 erloschen sei. Aus diesen Verträgen ergebe sich der Wille der Parteien, die aus dem Bauvertrag vom 24. Januar 1966 entstandenen Streitigkeiten endgültig zu regeln. Ausgenommen seien in der Vereinbarung vom 5. Dezember 1967 die Forderungen des Klägers "aus der Baugrubensache", und nach dem notariellen Vertrag sollte der damals noch beim Landgericht anhängige Prozeß des Klägers gegen die Beklagten fortgeführt werden.

Diese von dem Beklagten mit der Revision angegriffene Auslegung der in den beiden Urkunden niedergelegten Vereinbarung kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

1. Das Berufungsgericht spricht zwar von einem insgesamt eindeutigen Inhalt der Vereinbarung. Das besagt aber nicht, daß es sie nicht für auslegungsbedürftig angesehen und auch unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände ausgelegt hat.

2. Es ist nicht ersichtlich, daß die Parteien im notariellen Vertrag von der schriftlichen Vereinbarung abgewichen sind, vielmehr ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, daß beide im Wesentlichen übereinstimmen. Deshalb durfte es bei der Ermittlung des Parteiwillens auch auf den Wortlaut der schriftlichen Vereinbarung vom 5. Dezember 1967 abstellen.

3. Der von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellte Teil der Schadensersatzforderung ist in der Vereinbarung nicht ausdrücklich erwähnt. Wohl aber heißt es in der schriftlichen Vereinbarung, daß "der anhängige Prozeß bezügl. der Forderungen des (Klägers) aus der Baugrubensache aus dieser Vereinbarung ausgeklammert" wird. Daraus durfte das Berufungsgericht schließen, daß nur die ausdrücklich genannte Forderung des Klägers, dagegen nicht die Schadensersatzforderung der Beklagten und zwar auch insoweit nicht von der Vereinbarung ausgenommen sein sollte, als die Beklagten damit gegenüber der Klageforderung die Aufrechnung erklärt hatten. Daß die Beklagten nachträglich auf die Rechnung vom 20. Mai 1966 3.000 DM bezahlt haben, spricht für die Auslegung des Berufungsgerichts, daß sie sich die Aufrechnung mit der Gegenforderung nicht vorbehalten haben.

V.

Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen Ansprüche auf Mängelbeseitigung hat das Berufungsgericht zutreffend verneint, denn die Beklagten sind in dem notariellen Vertrag eine unbedingte Zahlungsverpflichtung

eingegangen, und der Kläger hatte für die Mängelbeseitigung vertraglich Sicherheit zu leisten.

VI.

Die Revision der Beklagten erweist sich somit als unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Girisch