

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 27/64

URTEIL

Verkündet am
14. März 1966
Horn,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bäckermeisters Kurt K [REDACTED], B [REDACTED]-C [REDACTED],
T [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Wilhelm P [REDACTED] Nachf., Inhaber Architekt
Otto S [REDACTED], B [REDACTED] (R [REDACTED]), Be [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt
F. Bu [REDACTED] in B [REDACTED], Tu [REDACTED]straße [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 7. November 1963 wird zurückgewiesen, soweit er zur Hinterlegung von 2.483,19 DM nebst 1 % Zinsen über dem jeweiligen Lombardsatz der D [REDACTED] B [REDACTED] bank seit dem 2. Oktober 1962 verurteilt worden ist; zu hinterlegen ist bei dem für B [REDACTED] (R [REDACTED]), Be [REDACTED]straße [REDACTED], zuständigen Amtsgericht.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das Haus des Beklagten in B [REDACTED]-C [REDACTED] war im Krieg zum Teil zerstört, zum Teil beschädigt worden. Ende 1958 beauftragte der Beklagte den Architekten Sc [REDACTED], der zugleich Inhaber der Klägerin ist, zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der zerstörte Teil des Hauses wieder aufgebaut (Neubau) und am erhaltenen Teil (Altbau) die Schäden beseitigt werden könnten. In einem Kostenvoranschlag sah Sc [REDACTED] für den Altbau 45.000 DM und für den Neubau 175.000 DM vor.

Am 1. August 1959 unterschrieb der Beklagte einen Bauauftrag mit Datum vom 7. Juli 1959. In ihm wurden der Klägerin die Arbeiten für das Bauhauptgewerbe zum Preise von 121.348,96 DM laut Angebot vom 15. April 1959 übertragen.

Der Beklagte lehnte diese ab. Mit Schreiben vom 31. Oktober 1959 kündigte er den Vertrag und verlangte Schadensersatz, weil die Klägerin mit ihren Leistungen in Verzug sei, keine prüfungsfähige Rechnungen eingereicht habe, die erteilten Zwischenrechnungen eine erhebliche Überschreitung des Kostenanschlags erkennen ließen und die Klägerin sich nicht genügend um die Beschaffung des Rohbauabnahmescheins bemühe.

Die Klägerin erteilte daraufhin die Schlußrechnung vom 12. Januar 1960 über 126.047,93 DM. Sie hat die sich hieraus ergebende, noch offene Summe von 58.216,48 DM nebst Zinsen eingeklagt, die der Beklagte in bestimmten Beträgen an bestimmte Pfändungsgläubiger teils zahlen, teils zu deren Gunsten hinterlegen soll.



Der Beklagte hat eingewandt, der in dem Kostenanschlag für die Arbeiten des Bauhauptgewerbes errechnete Betrag von 121.348,96 DM habe sich sowohl auf die Errichtung des Neubaus als auch auf die Instandsetzungsarbeiten am Altbau bezogen. Er habe diesen Kostenanschlag Schülke wieder ausgehändigt, damit dieser darin einen besseren Außenputz vorsehe. Nach einiger Zeit habe Sc [REDACTED] den Kostenanschlag zurückgebracht und erklärt, dafür könne auch ein besserer Außenputz hergestellt werden. Da der zurückgebrachte Kostenanschlag den früheren Endbetrag aufgewiesen habe, habe er nicht gemerkt, daß Sc [REDACTED] die Arbeiten am Altbau herausgenommen und die Massen und Einheitspreise geändert habe. Sc [REDACTED] habe ihn somit über den Umfang der Arbeiten, die zu dem veranschlagten Betrag von 121.348,96 DM hätten ausgeführt werden sollen, getäuscht. Die Klägerin sei deshalb hinsichtlich der gesamten Arbeiten des Bauhauptgewerbes an den im Kostenanschlag genannten Preis von 121.348,96 DM gebunden und müsse ihm nach Kündigung des Vertrages im Wege des Schadensersatzes u.a. erstatten die für die Fertigstellung des Neubaus an die Firmen M [REDACTED] und Kö [REDACTED] gezahlten Beträge von 26.153,55 DM und 3.313,83 DM, desgleichen die Kosten für die noch nicht begonnenen Arbeiten am Altbau im Betrage von 33.529,15 DM. Hiermit rechne er auf.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 36.012,34 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte nur hinsichtlich eines Teiles der Zinsen Erfolg.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin war zur mündlichen Verhandlung form- und fristgerecht geladen, darin aber nicht vertreten. Der Beklagte hat beantragt, seiner Revision durch Versäumnisurteil stattzugeben.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision ist zum Teil begründet; insoweit ist dem Antrag des Revisionsklägers auf Erlaß eines Versäumnisurteils zu entsprechen. Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen (§§ 557, 331 Abs. 1 und 2 ZPO).

II.

Das Berufungsgericht folgt dem Landgericht darin, daß der Beklagte wegen von der Klägerin begangener positiver Vertragsverletzung den Bauvertrag mit Recht gekündigt hat und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern darf. Mit diesem Ausgangspunkt ist auch die Revision einig.

Sie wendet sich jedoch gegen die Schadensberechnung der beiden Vorinstanzen. Diese haben den Anspruch des Beklagten auf Erstattung der zwecks Fertigstellung des Neubaus für die restlichen Arbeiten des Bauhauptgewerbes an die Firmen M[REDACTED] und Kö[REDACTED] gezahlten Kosten von zusammen 29.467,38 DM nur in Höhe von 5.459,73 DM für begründet und einen Anspruch auf Zahlung von 33.529,15 DM wegen der noch nicht ausgeführten Arbeiten des Bauhauptgewerbes am Altbau überhaupt verneint.

1.) Das Berufungsgericht stellt fest, die Klägerin habe nicht garantiert, daß der errechnete Gesamtbetrag von 121.348,96 DM bei den Arbeiten des Bauhauptgewerbes nicht überschritten werde. Es stellt weiter fest, daß die Parteien auch keinen Pauschalpreis in dieser Höhe vereinbart haben.

Es sieht vielmehr mit dem Landgericht im Vertrag vom 7. Juli 1959 einen Einheitspreisvertrag. Diese Auslegung greift die Revision nicht an. Sie ist auch frei von Rechtsfehlern.

2.) Das Berufungsgericht unterstellt zu Gunsten des Beklagten, daß der Kostenanschlag vom 15. April 1959 über 121.348,96 DM die Arbeiten des Bauhauptgewerbes sowohl für den Neu- als auch für den Altbau betroffen habe. Trotzdem hätte nach seiner Ansicht der Beklagte nur verlangen können, daß die Klägerin die Arbeiten für den Neubau und am Altbau zu den im Kostenanschlag eingesetzten Einheitspreisen ausführte. Die Klägerin wäre, so meint es, wenn sie sowohl den Neubau als auch den Altbau vollständig wiederhergestellt hätte, berechtigt gewesen, ihren Werklohn nach den tatsächlich erbrachten Leistungen und den vereinbarten Einheitspreisen zu berechnen.

Dem ist beizutreten, denn diese Berechnungsweise entspricht dem Sinn und Zweck des Einheitspreisvertrags. Danach ist zu jeder Position des Leistungsverzeichnisses die Vergütung nach der tatsächlich ausgeführten, durch Aufmaß ermittelten Leistung und dem vereinbarten Einheitspreis zu berechnen. Auf einen im Angebot errechneten abweichenden Gesamtbetrag kommt es nicht an, vielmehr ergibt die Summe der so errechneten Positionspreise den Gesamtpreis. Aus der Tatsache allein, daß in dem dem Vertrag vom 7. Juli 1959 zugrunde liegenden Angebot die Gesamtkosten des Bauhauptgewerbes mit 121.348,96 DM errechnet waren und dieser Betrag auch im Vertrag selbst genannt ist, kann deshalb der Beklagte noch nichts zu seinen Gunsten herleiten.

3.) Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht, was den Neubau anlangt, dem Beklagten wegen seiner durch das Verhalten der Klägerin veranlaßten Kündigung des Vertrages

lediglich die bei dessen Fertigstellung durch andere Unternehmer entstandenen Mehrkosten im Betrage von 5.459,73 DM zugebilligt. Denn die übrigen auf die Fertigstellung des Neubaus entfallenden Kosten hätte der Beklagte auch der Klägerin zahlen müssen, wenn diese die Arbeiten zu Ende geführt hätte.

4.) Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte von niedrigeren Einheitspreisen ausgehen müssen, weil die Klägerin in dem Kostenanschlag enthaltene Preise ohne es dem Beklagten zu sagen, zu dessen Nachteil erhöht habe und die früheren Preise gegen sich gelten lassen müsse (§ 242 BGB).

a) Ob der Beklagte, was das Berufungsgericht verneint, und wogegen sich die Revision wendet, seine Behauptung, Schülke habe nachträglich höhere Einheitspreise eingesetzt, im Berufungsverfahren überhaupt noch aufrecht erhalten hat, kann dahinstehen.

b) Denn das Berufungsgericht führt hilfsweise aus, der Beklagte habe auch nicht substantiiert dargetan, daß die der Schlußrechnung der Klägerin zugrunde liegenden Einheitspreise mit denen des ursprünglichen Kostenanschlags nicht übereinstimmten. Er hätte zumindest die angeblichen Abweichungen aufzeigen müssen. Wenn er dazu nicht in der Lage gewesen sei, weil er den ersten Kostenanschlag der Klägerin zurückgegeben hatte, so hätte er dessen Vorlage gemäß §§ 421 ff ZPO von der Beklagten im Rechtsstreit verlangen können. Das habe er, nachdem der Sachverständige Stolpmann die Einheitspreise der Schlußrechnung als üblich und angemessen bezeichnet hatte, offensichtlich aus der

Erwägung unterlassen, daß die Klägerin keine niedrigeren Einheitspreise als die üblichen angeboten habe.

Diese Ausführungen, um deren Nachprüfung die Revision ohne nähere Beanstandung bittet, lassen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen. Der Beklagte, der aus einer angeblichen Änderung der Einheitspreise einen Schadensersatzanspruch herleitet, muß die behauptete Änderung darlegen und gegebenenfalls beweisen. Das hat er nicht getan.

5.) Bezüglich des Altbaues ist dem Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts noch kein Schaden entstanden, da er diese Arbeiten bisher nicht habe durchführen lassen und ganz ungewiß sei, ob er das noch tun werde. Ein Vergleich tatsächlich gezahlter Kosten mit denen sich nach den vereinbarten Einheitspreisen ergebenden sei deshalb nicht möglich. Selbst wenn der Beklagte eines Tages die Arbeiten am Altbau noch sollte ausführen lassen, sei doch nicht abzusehen, wie hoch sich dann die Kosten stellen würden, zumal man nicht wisse, ob er dann mit eigenem oder fremdem Geld bauen werde. Deshalb sei auch eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zur Zeit nicht möglich.

Diese Ausführungen beanstandet die Revision zu Recht.

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der dem Beklagten gegen die Klägerin zusteht, ist eine reine Geldforderung. In ihr drückt sich die Vermögensminderung aus, die der Beklagte durch das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten der Klägerin erlitten hat.

Wenn, wie auch das Berufungsgericht für wahrscheinlich hält, der Beklagte die vorgesehen gewesene Instandsetzung des Altbaus nach der Vertragskündigung von einem anderen Unternehmer nur zu höheren Einheitspreisen und demnach zu insgesamt höheren Kosten erhalten konnte, so ist dies eine Vermögenseinbuße, die sich ohne besondere Schwierigkeiten ermitteln und in einem Geldbetrag ausdrücken lassen muß. Daß der Altbau noch nicht wieder instand gesetzt worden ist, der Beklagte möglicherweise die vorgesehen gewesenen Arbeiten überhaupt nicht mehr ausführen läßt, steht dem Anspruch nicht entgegen, denn der als Schadensersatz geschuldete Geldbetrag ist nicht zweckgebunden.

Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann der Beklagte jedoch nur die Mehrkosten ersetzt verlangen, die entstanden wären, wenn er - so wie er es auch hinsichtlich des Neubaus getan hat - innerhalb angemessener Frist nach der Kündigung einem anderen Unternehmer die Arbeiten am Altbau übertragen hätte. Daß ihm dies damals nicht möglich gewesen sei, weil er über bei Inanspruchnahme eines anderen Unternehmers entstehende Mehrkosten nicht verfügt habe, hat er nicht behauptet. Im Schriftsatz vom 5. Januar 1961 (S. 3/4) hat er vielmehr vorgetragen, es mache ihm keine Schwierigkeit, den für die Arbeiten erforderlichen Betrag aufzubringen. Mit seinem Schadensersatzanspruch kann der Beklagte gegebenenfalls gegenüber dem Klaganspruch aufrechnen (BGHZ 36, 316). Der Beklagte hat seine Forderung mit 33.529,15 DM angegeben. In dieser Höhe ist deshalb das angefochtene Urteil aufzuheben.

6.) Der Beklagte könnte allerdings, so führt das Berufungsgericht weiter aus, auch dadurch einen Schaden erlitten haben, daß er durch eine fehlerhafte und zu niedrige Veranschlagung der sowohl die Errichtung des Neubaus als auch die Wiederherstellung des Altbaus betreffenden Gesamtkosten zu einem Bauvorhaben veranlaßt worden wäre, das seiner wirtschaftlichen Lage nicht entsprach. Für einen dahingehenden Vermögensschaden hat jedoch der Beklagte, so stellt das Berufungsgericht fest, nichts vorgetragen. Einen so begründeten Schaden hat er auch gar nicht geltend gemacht. Falls die für die Arbeiten des Bauhauptgewerbes errechneten Kosten, wie die Revision meint, um nahezu 50 % überschritten würden, so folgt daraus mangels einer Kostengarantie und einer Pauschalvereinbarung noch kein Schadensersatzanspruch, wenn sich der höhere Betrag nach dem Aufmaß und den vereinbarten Einheitspreisen ergibt. Daß das nicht der Fall sei, hat der Beklagte nicht dargelegt.

7.) Das Landgericht hatte den Beklagten verurteilt, die Urteilssumme "zugunsten der Gläubiger der Klägerin zu hinterlegen". Das Berufungsgericht hat den Urteilsausspruch dahin gefaßt, daß die Hinterlegung "zugunsten der im Klagantrag aufgeführten Gläubiger der Klägerin bei dem Amtsgericht zu erfolgen hat, dessen Pfändungsbeschluß dem Beklagten zuerst zugestellt worden ist".

a) Die Rüge der Revision, im Urteilstenor seien die Gläubiger, zu deren Gunsten zu hinterlegen sei, nicht genannt, ist unbegründet. Der Klagantrag ist im Tatbestand des Berufungsurteils wörtlich wiedergegeben, der zur Erläuterung der Urteilsformel herangezogen werden kann.

b) Soweit die Revision beanstandet, das Urteil lasse nicht erkennen, bei welchem Amtsgericht zu hinterlegen ist, hat der Senat das angefochtene Urteil ergänzt und das für den Wohnsitz des Inhabers der Klägerin, also für B [REDACTED] (R [REDACTED]) Be [REDACTED] str. [REDACTED], zuständige Amtsgericht bestimmt, dessen Zuständigkeit sich aus § 828 Abs. 2 ZPO ergibt.

8.) Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil dahin geändert, daß der Beklagte für die Zeit vom 16. März 1960 bis 2. Oktober 1962 keine Zinsen zu zahlen hat. Dadurch verringert sich seine im Urteil ausgesprochene Zahlungsverpflichtung bei dem angegebenen Zinssatz um ca. 5.400 DM. Dem wird das Berufungsgericht bei der Kostenentscheidung Rechnung zu tragen haben (LM (Nr. 7) ZPO § 92).

9.) Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat erstmals mit der Zustellung des Gutachtens des Sachverständigen Stolpmann an die Parteien am 2. August 1962 eine prüfungsfähige Schlußrechnung der Klägerin vorgelegen. Die Revision meint, durch das Gutachten sei die Klage überhaupt erst schlüssig geworden. Es gehe deshalb nicht an, daß den Beklagten, soweit er die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe, auch die Kosten dieses Gutachtens treffen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Sachverständigen-gutachten als Beweismittel stellt zwar ein Angriffsmittel im Sinne des § 96 ZPO dar. Dieses Angriffsmittel hat aber Erfolg gehabt, denn dadurch wurde die Begründetheit der Werklohnforderung der Klägerin zum großen Teil bewiesen.

§ 96 ZPO rechtfertigt es deshalb nicht, der Klägerin die Kosten des Gutachtens aufzuerlegen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Vogt

Finke