

18

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2083 013

VII ZR 35/64

URTEIL

Verkündet am
12. Mai 1966
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hermann M [REDACTED], S [REDACTED]-P [REDACTED],
Pa [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]-

gegen

den Maurermeister Ernst H [REDACTED], S [REDACTED]-P [REDACTED],
E [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 18. Dezember 1963 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1949 plante der Kläger die Errichtung einer Garagenhalle für Lastkraftwagen auf seinem Grundstück in S[REDACTED]. Er ließ Ende 1949 bis Anfang 1950, zunächst ohne Bauerlaubnis, für rund 1.500 DM durch den Beklagten entlang der Grundstücksgrenze ein 10 m langes, 3,80 m hohes Stück der Südwand der Halle bauen.

Wegen finanzieller Schwierigkeiten konnte der Kläger zunächst nicht weiterbauen. Erst im Jahre 1957 ließ er durch den Maurermeister R[REDACTED] ein entsprechendes Stück der Nordwand errichten. Im Jahre 1958 ließ er durch den Maurermeister Ha[REDACTED] die Südwand um 18 m verlängern.

Im Herbst 1958 machte das Baurechtsamt der Stadt dem Kläger die Auflage, die Baugrube abzuspießen, im Januar 1959

die weitere Auflage, die von Hagen gebaute Wand zu hinterfüllen. Da der Kläger den Auflagen nicht nachkam, ließ das Bau-rechtsamt für Rechnung des Klägers die Absprießung und Hinterfüllung im Februar und März 1959 durch den Beklagten als "Jahresbauunternehmer" vornehmen.

Am 23. Februar 1959 begann die Firma B[REDACTED] im Auftrag des Klägers mit Arbeiten an der Baustelle. Als sie aber während des Baggerns Bedenken wegen der Standfestigkeit der Mauern bekam, stellte sie am folgenden Tag die Arbeiten ein.

Im März 1959 knickten die vom Beklagten und R[REDACTED] gebauten Mauern und zeigten in einer Länge von mehreren Metern durchgehende Risse.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe im Jahre 1949 die Mauer mangelhaft gebaut und im Jahre 1959 die Baugrube fehlerhaft abgesprießt. Er hat im ersten Rechtszug die Feststellung begehrt, daß der Beklagte ihm schadensersatzpflichtig sei.

Der Beklagte hat bestritten, fehlerhaft gearbeitet zu haben.

Das Landgericht hat die Feststellungsklage abgewiesen.

Während des Berufungsrechtszuges veräußerte der Kläger im Herbst 1962 den Teil seines Grundstücks, auf dem sich Baugrube und Mauern befanden. Darauf ist er zur Leistungsklage übergegangen und hat den Antrag gestellt, den Beklagten zur Zahlung von 96.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.



Das Berufungsgericht hat den Beklagten nur zur Zahlung von 3.175,40 DM nebst Zinsen verurteilt. Den Mehrantrag des Klägers hat es abgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers, mit welcher er den vom Berufungsgericht abgewiesenen Teil seines Zahlungsanspruchs weiterverfolgt. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt auf Grund der Aussage des Zeugen Ba[REDACTED] fest, daß die vom Beklagten vorgenommenen Abspriehungen fehlerfrei waren.

Das greift die Revision erfolglos an.

Der Kläger hatte behauptet, der Beklagte habe auch am 27. Februar 1959 Absprieharbeiten vorgenommen; an diesem Tage habe er Fehler gemacht. Er hatte sich dafür auf das Zeugnis von Ba[REDACTED], auf Parteivernehmung des Beklagten und auf Vorlage von dessen "Arbeitsbüchern" berufen.

1.) Das Berufungsgericht hat Ba[REDACTED] und den Beklagten vernommen, lotzteren unter Eid. Beide haben die Behauptung des Klägers nicht bestätigt, sondern bekundet, daß der Beklagte am 27. Februar 1959 überhaupt nicht abgesprieht habe.

2.) Der Kläger hatte in der Berufungsverhandlung erklärt, der Beklagte habe einen Meineid geleistet, er (Kläger) habe deswegen Strafanzeige erstattet.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte von amts wegen prüfen müssen, ob nicht eine Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung über das Meineidsverfahren geboten gewesen sei.

Es besteht jedoch kein Anhaltspunkt für die Annahme, das Berufungsgericht sei sich des § 148 ZPO und der sich daraus ergebenden Möglichkeiten nicht bewußt gewesen. Es stand in seinem Ermessen, ob es aussetzen wollte. Der Kläger hatte das nicht beantragt oder angeregt.

3.) Die Revision rügt Verletzung des § 139 ZPO. Sie soll darin liegen, daß das Berufungsgericht den Kläger nicht gefragt hat, ob er sich nicht auch auf die in seiner Meineidsanzeige genannten Zeugen berufen wolle.

Die Rüge geht fehl. Der durch einen Anwalt vertretene Kläger mußte ohne Hinweis des Gerichts wissen, welche Beweise er anzutreten hatte. Im übrigen sind nach dem Tatbestand des Berufungsurteils die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten, worin die Zeugen benannt waren, nicht Gegenstand der Berufungsverhandlung gewesen. Die Revision vermag auch nicht anderweit zu belegen, daß das der Fall gewesen wäre.

4.) Die Revision rügt im Zusammenhang mit dem Beweisantrag des Klägers (S. 6 der Berufungsbegründung) auf Vorlegung der "Arbeitsbücher" des Beklagten, daß das Berufungsgericht nicht gemäß § 427 Satz 2 ZPO die Behauptung des Klägers über den Inhalt der "Arbeitsbücher" als bewiesen angenommen hat.

Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat den Beweis erhoben. Es hat im Beweisbeschluß vom 20. September 1961 angeordnet:

"Vorlage sämtlicher (insbesondere auch der am 27. Februar 1959 im Betrieb des Beklagten angefallenen) Rapportzettel (Arbeitsbücher) der Arbeiter des Beklagten über die im Februar/ März 1959 an dem Garagenbau des Klägers entstandenen Arbeiten".

Daraufhin hat der Beklagte mit Schreiben vom 10. Mai 1962 Ablichtungen von 7 Rapportzetteln über seine Arbeiten auf dem Grundstück des Klägers in der Zeit vom 9. - 13. Februar und 2. März 1959 vorgelegt, aber keine Rapportzettel über Arbeiten am 27. Februar 1959.

Der Kläger hat das im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens nicht beanstandet. Er hat nicht behauptet, der Beklagte sei der Auflage des Beweisbeschlusses nur unvollständig nachgekommen. Er ist auf seinen Beweisantritt nicht mehr zurückgekommen. Jedenfalls legt die Revision das Gegenteil nicht dar. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht den Beweisantritt als in vollem Umfange erledigt ansehen.

5.) Nach alledem ist ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten wegen mangelhafter Absprießung schon deswegen zu verneinen, weil die Absprießung nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts in Ordnung war.

Daher braucht nicht darauf eingegangen zu werden, welche Rechtsgrundlage für einen solchen Schadensersatzanspruch in Betracht käme. Das könnte zweifelhaft sein mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte den Auftrag zum Absprießen nicht vom Kläger, sondern vom Baurechtsamt der Stadt erhalten hat.

II.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die vom Beklagten 1949/50 gebaute Mauer grob mangelhaft gewesen sei, was der Beklagte dem Kläger arglistig verschwiegen habe. Aus diesem Grunde habe der Kläger gegen den Beklagten einen unverjährten Anspruch auf Schadensersatz (§§ 635, 638 BGB), jedoch nur in Höhe von 3.175,40 DM nebst Zinsen.

Der Kläger hat einen weit höheren Schaden geltend gemacht.

1.) Dazu hat er vorgetragen: Er hätte die Halle im Jahre 1959 fertigstellen lassen, wenn der Beklagte 1949/50 eine fehlerfreie Mauer erbaut hätte. Dann würde er aus ihrer Vermietung als Lagerhalle von Mai 1959 bis Dezember 1962 22.000 DM Gewinn erzielt haben. Außerdem würde er Ende 1962 aus dem Verkauf des Teilgrundstücks einen um 67.000 DM höheren Kaufpreis erlöst haben. Diese 89.000 DM angeblich entgangenen Gewinn verlangt er vom Beklagten ersetzt.

Das Berufungsgericht ist demgegenüber bei seiner Würdigung nach § 287 ZPO zu dem Ergebnis gelangt, ein Ursachenzusammenhang zwischen den Fehlern der vom Beklagten gebauten Mauer und dem behaupteten Gewinnentgang sei nicht bewiesen.

Es meint zunächst, möglicherweise sei für den Entschluß des Klägers im Jahre 1959, den Bau der Halle endgültig aufzugeben, die Mangelhaftigkeit nur der von [REDACTED], nicht auch der vom Beklagten erbauten Mauer maßgebend gewesen. Ob diese Ausführungen den dagegen erhobenen Revisionsangriffen standhalten, kann auf sich beruhen.

Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Kosten für eine Erneuerung der Mauer des Beklagten im Jahre 1959 rund 6.000 DM betragen hätten, wie der Kläger geglaubt haben will, oder erheblich weniger, wie das Berufungsgericht annimmt.

Denn das Berufungsurteil wird jedenfalls durch die weitere Begründung getragen, es sei nicht erwiesen, daß der Kläger angesichts seiner schlechten Vermögensverhältnisse in der Lage gewesen wäre, den Bau der Halle fertigzustellen, selbst wenn die vom Beklagten und von R. [REDACTED] errichteten Mauern in Ordnung gewesen wären. Das Berufungsgericht hält für möglich, ja sogar für wahrscheinlich, daß es auch in solchem Falle nicht zur Fertigstellung der Halle gekommen wäre, weil der Kläger sie nicht hätte finanzieren können.

Die Revision greift diese Ausführungen des Berufungsgerichts erfolglos an.

a) Es hat auf Grund des Gutachtens Bihl die Kosten für eine Fertigstellung der Halle im Jahre 1959 mit noch 41.000 DM ermittelt.

aa) Die Revision meint, es komme nicht darauf an, welche Kosten objektiv entstanden wären, sondern darauf, von welchen Kosten der Kläger damals subjektiv, auf Grund eines von ihm behaupteten mündlichen Kostenanschlags des Maurermeisters Hagen aus dem Jahre 1957, hätte ausgehen dürfen. Sie rügt, daß das Berufungsgericht Ha. [REDACTED] nicht als Zeugen vernommen hat.

Die Rüge geht fehl. Der Kläger berechnet den ihm angeblich entgangenen Gewinn nach dem Zustand des Grundstücks, wie er in den Jahren 1959 - 1962 bestanden hätte, wenn er die Halle

im Frühjahr 1959 hätte fertig bauen lassen. Diese Schadensberechnung setzt die objektive Fertigstellung der Halle voraus. Es genügt daher nicht, wenn der Kläger sich im Jahre 1959 fälschlicherweise nur subjektiv vorgestellt haben sollte, die Halle lasse sich für einen wesentlich geringeren Kostenaufwand (30.000 DM) fertigstellen, als das in Wirklichkeit der Fall gewesen wäre (41.000 DM). Das Berufungsgericht brauchte unter diesen Umständen Ha[REDACTED] nicht zu vernehmen.

bb) Erstmals in der Revisionsverhandlung behauptet der Kläger, er habe eine bindende Zusage Ha[REDACTED] gehabt, die Halle für insgesamt 30.000 DM fertigzustellen.

Mit dieser Behauptung kann er in der Revisionsinstanz schon deswegen nicht gehört werden, weil sie neu ist. Sie steht auch in unvereinbarem Widerspruch zu seinem Vortrag in den Tatsacheninstanzen. Dort hatte er nur von einem mündlichen Kostenvoranschlag Ha[REDACTED] aus dem Jahre 1957 gesprochen, aber nicht von einem bindenden Vertragsangebot. Ein Kostenvoranschlag war für Ha[REDACTED] noch nicht bindend. Er war nach zwei Jahren (1959) auch durch die Preisentwicklung überholt. Er wurde ferner dadurch gegenstandslos, daß der Kläger, nachdem er 1958 von Ha[REDACTED] nur die Mauer des Beklagten hatte verlängern lassen, die weiteren Arbeiten zur Fertigstellung der Halle 1959 nicht an Ha[REDACTED], sondern an die Firma B[REDACTED] vergab.

b) Der Kläger hat behauptet, er wäre 1959 in der Lage gewesen, Fertigstellungskosten in Höhe von 30.000 DM zu finanzieren. Auch die Revision trägt das vor.

Sie legt aber nicht dar, daß der Kläger in den Tatsacheninstanzen behauptet hätte, er wäre damals auch zur Finanzierung von 41.000 DM in der Lage gewesen. Nur darauf kommt es aber nach dem oben zu 1) Gesagten an. Eine Finanzierungsmöglichkeit in Höhe von 30.000 DM nützte dem Kläger für eine Fertigstellung der Halle nichts, wenn dazu 41.000 DM erforderlich waren.

c) Der Kläger hatte seine Ehefrau als Zeugin dafür benannt, daß die Brauerei W [REDACTED] ihm "eine vom Kläger und seiner Ehefrau als verbindlich betrachtete Kreditzusage hinsichtlich eines zusätzlichen Kredits von 15.000 DM bis 20.000 DM für die Errichtung der Wagenhalle bzw. späteren Kegelbahn gegeben" habe.

Das Berufungsgericht hat die Zeugin nicht vernommen, sondern die Behauptung des Klägers als wahr unterstellt. Es hat aber die unterstellte Kreditzusage der Brauerei dahin verstanden, daß sie sich nicht bezogen habe auf die Kosten der Errichtung der Halle als solcher, sondern auf die Mehrkosten für den geplanten späteren Umbau in eine Kegelbahn. Diese tatrichterliche Auslegung der (unterstellten) Individualerklärung der Brauerei läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet das Revisionsgericht.

d) Der Kläger hat sich darauf berufen, daß die Firma B [REDACTED] den Auftrag zur Fertigstellung des Rohbaues der Halle übernommen habe, ohne einen Vorschuß zu fordern.

Das Berufungsgericht hat dagegen aus dem Verhalten dieser Firma die Überzeugung gewonnen, daß sie den Rohbau nicht ohne jegliche Zahlung des Klägers zu Ende geführt haben würde.

Die Revision meint, die Firma sei dem Kläger dazu vertraglich verpflichtet gewesen, dieser habe sie rechtlich dazu zwingen können.

Die Rüge ist nicht begründet. Selbst wenn die Firma verpflichtet gewesen sein sollte, ihre Rohbauarbeiten ohne "Vorschuß" des Klägers zu erstellen, so würde ihr Werklohn doch jedenfalls fällig geworden sein, sobald sie die ihr aufgetragenen Arbeiten beendet hatte. Das wäre nach dem eigenen Vortrag des Klägers in wenigen Tagen der Fall gewesen. Von da an wäre der Kläger verpflichtet gewesen, die Firma zu bezahlen. Der dafür dann erforderliche Betrag würde ihm für die Finanzierung der weiteren Fertigstellungsarbeiten gefehlt haben. Diese weiteren Kosten hätten nach der Feststellung des Berufungsgerichts noch mindestens 7.000 DM betragen.

Die Revision rechnet demgegenüber so, wie wenn die Firma B [REDACTED] verpflichtet gewesen wäre, dem Kläger den Rohbau der Garage unentgeltlich zu erstellen. Davon kann nach dem unstreitigen Sachverhalt keine Rede sein. Nach alledem kann der Betrag, den der Kläger an die Firma B [REDACTED] für eine Fertigstellung der Rohbauarbeiten hätte zahlen müssen, bei der Berechnung des für die Finanzierung der Halle vom Kläger aufzubringenden Betrages nicht außer Ansatz gelassen werden, wie die Revision das anscheinend möchte.

e) Schon aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß das Berufungsgericht in seiner Würdigung gemäß § 287 ZPO ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangen durfte, der vom Kläger behauptete Gewinnentgang sei nicht bewiesen.

Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Darlehen G [REDACTED] und die dazu erhobenen Revisionsangriffe kommt es bei dieser Sachlage nicht mehr an.

2.) Der Kläger hat vom Beklagten als weiteren Schaden den Betrag von 2.283,50 DM ersetzt verlangt, den er (Kläger) an die Firma B [REDACTED] für deren am 23. und 24. Februar 1959 geleistete Arbeiten gezahlt hat.

Das Berufungsgericht hat insoweit die Klage ebenfalls abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, auch diese Ausgabe des Klägers sei nicht durch die Schlechtherstellung der vom Beklagten gebauten Mauer verursacht. Denn wenn die Mauer einwandfrei gewesen wäre, so wäre diese Ausgabe ebenfalls entstanden.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger bei einwandfreier Beschaffenheit der Mauer des Beklagten den Bau der Halle 1959 zu Ende geführt haben würde, so daß die Zahlung an die Firma B [REDACTED] dann für ihn nicht nutzlos vertan gewesen wäre, sondern sich in der Wertsteigerung des mit der fertigen Halle bebauten Grundstücks ausgewirkt hätte.

Die Rüge ist deswegen unbegründet, weil sie von der Annahme einer Fertigstellung der Halle ausgeht, die nach dem oben Gesagten nicht bewiesen ist.

3.) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kläger für den 1962 verkauften Grundstücksteil einen um 4.900 DM höheren Preis erzielt hätte, wenn sich auf dem Grundstück nicht die mangelhaften Mauern befunden hätten.

Es rechnet dem Beklagten aber nach § 254 BGB als Mitverschulden an, daß er vor dem Verkauf des Grundstücks dessen normalen Bodenwert nicht durch Abreißen der Mauern wiederhergestellt hat, was nach der Feststellung des Berufungsgerichts für nur 1.200 DM möglich gewesen wäre.

Aus diesem Grunde hat es dem Kläger als Schadensersatz nicht den Mindererlös von 4.900 DM, sondern nur den Aufwand für ein Abreißen der Mauern mit 1.200 DM zuerkannt. Dieser Betrag ist in den 3.175,40 DM enthalten, zu deren Zahlung es den Beklagten verurteilt hat.

Die Revision vermißt eine Feststellung darüber, daß der Kläger Arbeitskräfte für diese Arbeiten hätte auftreiben können und daß er in der Lage gewesen wäre, das Abreißen zu finanzieren.

Auch diese Rügen sind nicht begründet.

- a) Es ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß es dem Kläger von 1959 bis 1962, auch unter Berücksichtigung der infolge der Hochkonjunktur angespannten Lage auf dem Arbeitsmarkt, nicht möglich gewesen sein sollte, gegen angemessene Bezahlung Arbeitskräfte für das Abreißen der Mauern zu gewinnen.
- b) Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß er, wenn er auch nicht in der Lage war, 41.000 DM für eine Fertigstellung der Halle aufzubringen, doch finanziell im Stande gewesen wäre, 1.200 DM für ein Abreißen der Mauern zu beschaffen, zumal wenn das die Möglichkeit zu einem wesentlich günstigeren Grundstücksverkauf eröffnete.

III.

Nach alledem ist die Revision des Klägers nicht begründet. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt