

Verkündet
am 30. Januar 1958
Woitscheck, Justizoberssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- 1) der Firma "Der N. M." Ernst M. Kommanditgesellschaft, M. L. str.
 - 2) des Immobilienkaufmanns Ernst M., M. L. str.
- Beklagten; Berufungskläger und Anschlußberufungsbeklagten,
und der Firma M. GmbH, A. N. str.
Streithelferin der beiden Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter der Streithelferin: Rechtsanwalt
-

gegen

die Firma Klaus A. Bauunternehmung, M. L. str.
Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann, Erbel und H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Streithelferin wird das
am 11. Dezember 1956 an Verkündungsstatt zugestellte
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München aufgehoben, soweit

- 1) die Beklagten zur Zahlung von 456,76 DM verurteilt sind,
- 2) die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens dem Landgericht übertragen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte Kommanditgesellschaft zu 1), deren persönlich haftender Gesellschafter der im Verlauf des Berufungsverfahrens verstorbene Beklagte zu 2) war, hat der Klägerin durch Vertrag vom 5. Juli 1952 die im Leistungsverzeichnis vom selben Tage angeführten Erd-, Beton-, Maurer- und Verputzarbeiten für den Wiederaufbau des Grundstückes K [REDACTED] str. [REDACTED] in M [REDACTED] zum Pauschalbetrag von 100 000 DM übertragen. Für die Ausführung und Berechnung der Arbeiten sollte laut der Vorbemerkung zum Leistungsverzeichnis u.a. die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) DIN 1960 - 1961 gelten. Mehrungen und Minderungen der Massen sollten in jedem Falle unberücksichtigt bleiben. Der Bauherr hatte bei Fertigstellung der Maurerarbeiten und Stahlbetontreppen 20 000 DM, bei Fertigstellung des Innenverputzes 40 000 DM und bei der Gesamtfertigstellung weitere 40 000 DM zu zahlen.

Die Klägerin stellte die im Juli 1952 begonnenen und zum großen Teil durchgeführten Bauarbeiten Anfang November 1952 ein. Bis dahin hatte die Beklagte zu 1) 19 840,40 DM bezahlt. Die restlichen Arbeiten ließ die Beklagte zu 1) durch eine andere Baufirma zu Ende führen.

Die Klägerin hat die Beklagte zu 1) als Vertragsgegner und den Beklagten zu 2) als deren persönlich haftenden Gesellschafter nach Erwirkung eines Teilurteils auf Zahlung von weiteren 39 200,20 DM verklagt mit der Begründung, die Beklagte zu 1) habe den Bauvertrag gekündigt. Gemäß § 649 BGB könne sie, die Klägerin, daher den vereinbarten Werklohn abzüglich ihrer Ersparnisse aus der teilweisen Nichtausführung des Vertrags verlangen. Hinzu kämen Ansprüche wegen Mehrkosten durch von der Beklagten Gesellschaft zu vertretende Verzögerungen und Erschwernisse bei

der Ausführung der Bauarbeiten sowie Ansprüche wegen nachträglich in Auftrag gegebener Arbeiten. Die eingeklagte Forderung hat die Klägerin zuletzt wie folgt errechnet:

Geleistete Vertragsarbeiten	DM 87 895,84
Mehrkosten durch Verzögerung und Erschwernisse	DM 6 218,14
Nachträglich in Auftrag gegebene Arbeiten	DM 785,70
Entgangener Gewinn aus den nicht ausgeführten Vertragsarbeiten	<u>DM 2 096,30</u>
	DM 96 955,98

abzüglich der vor Klagerhebung gezahlten	19 840,40	
und der auf Grund des Teilurteils vom 21.5.53 gezahlten	<u>37 955,38</u>	<u>DM 57 795,78</u>
		<u>DM 39 200,20</u>
		=====

Vorsorglich hat die Klägerin ihrer Klage auch eine Schadensersatzforderung wegen Verzugs zugrunde gelegt und diese damit begründet, daß sie infolge Zahlungsverzuges der Beklagten zu 1) einen gerichtlichen Stundungsvergleich habe schließen und zu dessen Erfüllung wertvolle Baugeräte zu Schleuderpreisen veräußern müssen.

Die Beklagten haben zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, die Klägerin habe zu Unrecht die Fortführung der Bauarbeiten von der Zahlung der zweiten Rate über 40 000 DM abhängig gemacht. Die zweite Rate habe sie erst nach der Fertigstellung des Innenverputzes zu beanspruchen gehabt, der aber damals noch nicht vollständig ausgeführt gewesen sei. Somit sei die Klägerin durch die unberechtigte Einstellung der Arbeiten in Leistungsverzug gekommen, und deshalb stelle die Vergebung der Restarbeiten an die andere Baufirma keine Kündigung



nach § 649 BGB, sondern den Rücktritt vom Vertrag wegen unbegründeter Leistungsverweigerung der Klägerin dar. Somit stehe der Klägerin kein Anspruch aus § 649 BGB zu, sondern sie könne nur nach den tatsächlich erbrachten Leistungen abrechnen. Hierbei dürfe aber nicht die vereinbarte Pauschalsumme zugrunde gelegt werden. Die Vereinbarung hierüber sei nichtig, weil entgegen der VOB DIN 1960 § 5 Ziffer 2 Art und Umfang der zu vergebenden Leistungen nicht vor der Vergabe des Auftrags genau bestimmt, im Leistungsverzeichnis vielmehr einzelne Massenberechnungen um 27 % übersetzt gewesen seien. Die Klägerin habe nach ihren tatsächlichen Leistungen nur einen Gesamtwerklohn von 64 217,99 DM zu beanspruchen, von dem ein vereinbartes Abgebot von 10 %, also 6 421,79 DM abzuziehen seien, so daß ein Betrag von 57 796,20 DM verbleibe. Dieser sei durch die Zahlungen von (19 840,40 DM + 37 955,80 DM =) 57 796,20 DM beglichen.

Die Beklagten haben auch die Arbeiten der Klägerin beanstandet. Die Treppen seien nicht abgedeckt, und die Decken hätten nicht in der Waage gelegen, weshalb beim Deckenputz und auf den Fußböden Auflagen durch Ausgleichsbeton notwendig geworden seien. Dieserhalb haben sie gemindert.

Gegenüber diesen Ausführungen hat die Klägerin u.a. vorgetragen, die anderen Bauhandwerker hätten infolge der säumigen Zahlungsweise der Beklagten zu 1) mit ihren Arbeiten zurückgehalten. Dadurch hätten sich ihre eigenen Arbeiten um mindestens zwei Monate verzögert. Sie habe daher die zweite Rate zu beanspruchen gehabt. Ihre vertraglich vereinbarte Vorleistungspflicht sei auch deshalb entfallen, weil das Grundstück entgegen der zugesicherten Lastenfreiheit mit zwei Sicherungshypotheken in

Höhe von 31 330,75 DM und 2 035,92 DM belastet gewesen sei.

Das Landgericht hat durch ein zweites Teilurteil die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung weiterer 19 840,40 DM verurteilt. Hiergegen haben die Beklagten Berufung eingelegt. Zugleich haben sie der Firma Ma [REDACTED] GmbH., die das Grundstück während des Rechtsstreits erworben hat, den Streit verkündet, weil sie deren Anspruch auf Schadloshaltung aus dem Kaufvertrag besorgen. Die Firma Ma [REDACTED] ist den Beklagten als Streithelferin beigetreten.

Die Klägerin hat wegen eines ihr vom Landgericht angeblich aberkannten Betrages von 456,76 DM Anschlußberufung eingelegt.

Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Teilurteils die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 19 365,91 DM verurteilt. Dabei hat es einen die Beklagten belastenden Rechenfehler des Landgerichts über 681,25 DM berücksichtigt, der Klägerin den mit der Anschlußberufung verfolgten Anspruch über 456,76 DM zugesprochen und ihr auf die Mängelrügen der Beklagten hin einen Betrag von 250 DM aberkannt sowie in Höhe dieses Betrags von 250 DM die Klage abgewiesen. Die Kostenentscheidung hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Hiergegen hat die Streithelferin Revision eingelegt. Sie erstrebt die Abweisung der Klage, soweit ihr in dem angefochtenen Urteil entsprochen ist. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Das Berufungsgericht hat der Klägerin den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung zuerkannt nach Maßgabe des § 649 BGB und des § 8 Ziffer 1 VOB DIN 1961, weil die Beklagte zu 1) von ihrem Recht, den Vertrag bis zur Vollen-
dung der Leistung jederzeit zu kündigen, Gebrauch gemacht habe. Es hat gleichzeitig verneint, daß die Beklagte zu 1) im November 1952 der Klägerin wegen Leistungsverweigerung gemäß § 8 Ziffer 3 VOB DIN 1961 den Auftrag habe entziehen dürfen.

a) Zwar war die Klägerin, so führt das Berufs-
gericht aus, nach dem Vertrag vom 5. Juli 1952 vorleistungs-
pflichtig und konnte deshalb die zweite Rate von 40 000 DM
erst bei Fertigstellung des Innenverputzes verlangen. Auch
war der Innenverputz, als die Klägerin von der Beklagten
zu 1) die zweite Rate forderte, noch nicht vollständig
ausgeführt. In Übereinstimmung mit dem Landgericht hat
das Berufungsgericht jedoch angenommen, daß die Klägerin
wegen einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögens-
verhältnisse der Beklagten zu weiterer Vorleistung nicht
mehr verpflichtet gewesen sei. Es stellt fest, daß die
Dachdecker ihre Arbeiten wiederholt unterbrochen und die
Fortführung von weiteren Zahlungen der Beklagten abhängig
gemacht sowie daß die Zimmerleute ihre Arbeiten mit der
Begründung hinausgezögert haben, daß es mit der Bezahlung
nicht recht stimme und es ihnen deshalb nicht eile. Die
Dachdecker seien auch mißtrauisch geworden, weil die künf-
tigen Mieter der Beklagten, die Baukostenzuschüsse bezahlt
hatten, immer wieder am Bau erschienen seien. Weiter habe
der Angestellte Ha [REDACTED] des Beklagten zu 2) dem Bauführer
der Klägerin erklärt, es beständen Schwierigkeiten mit der

ersten Hypothek, unter diesen Umständen könnten die Ratenzahlungen nicht mit Sicherheit in Aussicht gestellt werden und er müsse es der Klägerin überlassen, ob sie weiterarbeiten wolle. Das Berufungsgericht hat ferner berücksichtigt, daß die Beklagten selbst in ihrem Brief vom 7. November 1952 der Klägerin gegenüber die Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Hypothek zugegeben und sich in dem Brief vom 11. November 1952 bereit erklärt haben, für die verzögerte Auszahlung der 40 000 DM die banküblichen Zinsen zu zahlen. Aus diesen Umständen hat es den Schluß gezogen, daß die Beklagten zwar die erste Rate offenbar ohne Schwierigkeiten hätten bezahlen können, daß aber danach in der Finanzierung des Baues Schwierigkeiten aufgetreten seien. Die Klägerin sei daher nach § 321 BGB berechtigt gewesen, bis zur Zahlung der zweiten Rate weitere Leistungen zu verweigern.

b) Die vertragliche Vorleistungspflicht der Klägerin ist nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nach § 242 BGB entfallen, weil das Grundstück entgegen den Zusicherungen bei Vertragsschluß und in dem Brief des Beklagten zu 2) vom 2. September 1952 Belastungen von insgesamt über 33 000 DM aufgewiesen habe.

2) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision erweisen sich im Ergebnis als unbegründet.

a) Ob die Feststellungen des Berufungsgerichts ausreichen, um eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Beklagten im Sinn des § 321 BGB annehmen zu können - wogegen sich die Revision wendet -, kann dahingestellt bleiben. Die Vorschrift des § 321 BGB enthält nur einen besonderen Anwendungsfall der umfassenderen Vorschrift des § 242 BGB. Sie hindert nicht, aus anderen Gründen

dem § 242 Beschränkungen der Vorleistungspflicht des einen Vertragsteils zu entnehmen. Nicht nur die Leistungspflicht des Schuldners, sondern auch der Anspruch des Gläubigers richtet sich gemäß § 242 BGB nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte. Hierdurch kann er Einschränkungen erfahren. Die Klägerin hat nach Beendigung der Arbeiten für die Beklagte einen gerichtlichen Stundungsvergleich mit ihren Gläubigern erwirken müssen. Demnach war sie schon vorher auf den pünktlichen Eingang ihrer Außenstände angewiesen. Dies ist sogar bei gutgestellten Bauunternehmern in der Regel der Fall, da sie die Arbeitslöhne, Sozialleistungen und Entgelte für die Baumaterialien laufend zu entrichten haben. Verzögert der Bauherr die zugesagten Zahlungen, so kann ein Bauunternehmer, der nicht über ausreichendes Eigenkapital verfügt, gegenüber seinen Gläubigern leicht in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Das Recht, diese zumindest dadurch nicht noch größer werden zu lassen, daß er zugesagte Vorleistungen für ein großes Bauvorhaben bei ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten des Bauherrn einstweilen verweigert, muß ihm nach Treu und Glauben zugestanden werden. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß sich aus den von ihm angeführten Umständen jedenfalls nicht ganz vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten der Beklagten ergaben. Es kommt hinzu, daß, den Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge, die Klägerin ihre Arbeiten nicht in der vorgesehenen Weise fortsetzen konnte, weil aus von den Beklagten zu vertretenden Gründen andere Handwerker, die zuvor fertig sein mußten, mit ihren Leistungen zurückhielten. Dieser Umstand brachte es mit sich, daß die Klägerin, wenn die vertraglichen Zahlungszeitpunkte bestehen blieben, erheblich länger auf ihr Geld warten mußte als anfänglich vorgesehen war. Bei dieser Sachlage ist mit dem Berufungsgericht anzunehmen, daß die Vorleistungspflicht der Klägerin entfiel.

Dem steht nicht der von der Revision angeführte Gesichtspunkt entgegen, daß die Beklagten den der Klägerin durch das Teilurteil vom 21. Mai 1953 zuerkannten Betrag von 37 955,38 DM schließlich am 24. September 1953 bezahlt haben. Ebensowenig kann es auf den Darlehnsvertrag der Beklagten mit der schweizerischen Firma D. & Cie. vom 13. Juni 1952 ankommen. Aus ihm ergibt sich nicht, daß die Beklagten Anfang November 1952 bereits über die zur Bezahlung der Klägerin erforderlichen Beträge verfügen konnten.

b) Die Klägerin hat ihre Weigerung, vor Zahlung der zweiten Rate weitere Bauleistungen zu erbringen, damals nicht nur, wie die Revision dem Schreiben des Rechtsanwalts der Klägerin vom 6. November 1952 entnehmen will, mit den dem Fortgang ihrer eigenen Arbeiten entgegenstehenden Verzögerungen anderer Handwerker begründet. Das Gegenteil ergeben die Schreiben der Beklagten vom 7. und 11. Nov. 1952, in denen die beklagte Gesellschaft die Klägerin gebeten hat, trotz der aufgeführten Finanzierungsschwierigkeiten die Bauarbeiten fortzusetzen.

c) War die Klägerin somit nicht mehr zur Vorleistung verpflichtet, so konnte sie durch die Einstellung der Arbeiten nicht in Verzug geraten (§ 320 BGB). Die Beklagte zu 1) konnte daher nicht der Klägerin nach Fristsetzung gemäß § 4 Ziffer 9 VOB DIN 1961 den Auftrag mit den Folgen des § 8 Ziffer 3 aaO entziehen. Vielmehr hat das Berufungsgericht mit Recht in der der Klägerin bekanntgegebenen Übertragung der Restarbeiten an die andere Bau-firma eine Kündigung des Bauvertrags nach § 649 BGB erblickt, die die Beklagte zur Zahlung der vereinbarten Vergütung unter Abzug ihrer ersparten Aufwendungen verpflichtet.

II.

1) Als die der Klägerin nach § 649 BGB zustehende vertragliche Vergütung hat das Berufungsgericht die vereinbarte Pauschalsumme angesehen. Auch darin ist ihm im Ergebnis zuzustimmen. Zu Unrecht beruft sich die Revision demgegenüber auf VOB DIN 1960 § 5 Ziffer 2. Die den Teil A der VOB bildenden "Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen DIN 1960" regeln das Verfahren, das bei Ausschreibungen angewandt werden soll. Sie wenden sich in erster Linie an Behörden als Auftraggeber. Sie werden nicht selbst Bestandteil des abzuschließenden Vertrags. Bedeutung haben sie für die Zeit vor Abschluß des Vertrags. Hat sich ein Bauherr bei der Vergabe von Bauleistungen selbst nicht an die Allgemeinen Bestimmungen DIN 1960 gehalten, so kann er daraus keine Ansprüche herleiten. So liegt der Sachverhalt hier. Die Beklagte zu 1) hat entgegen der Bestimmung § 5 Ziffer 2 VOB DIN 1960 die Gesamtleistungen zu einer Pauschalsumme vergeben, ohne daß, wie sie behauptet, Art und Umfang vorher genau bestimmt waren. Daß die Vereinbarung über die Pauschalsumme deshalb für nichtig zu erachten wäre, kann aus § 5 Ziffer 2 aaO somit nicht gefolgert werden.

2) Die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß die Klägerin die Beklagte zu 2) auch nicht durch überhöhte Massenangaben im Leistungsverzeichnis arglistig getäuscht hat, werden von der Revision nicht angegriffen und lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen.

III.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten einen Minderungsanspruch wegen Nichteinhaltung des Ebenmaßes bei Decken und Fußböden abgesprochen, weil die Beklagte zu 1) der Klägerin keine Frist zur Nachbesserung gesetzt

habe (§ 634 BGB, § 13 Ziffer 5 VOB DIN 1961) Der Ansicht der Beklagten, eine Fristsetzung sei überflüssig gewesen, weil die Klägerin ohnehin die Weiterarbeit verweigert habe, ist es nicht gefolgt. Dem ist zuzustimmen. Die Weigerung der Klägerin, die Bauarbeiten fortzusetzen, bevor die Beklagte zu 1) die zweite Rate gezahlt hat, ist mit der in § 634 Abs. 2 BGB gemeinten, eine Fristsetzung erübrigenden Weigerung des Unternehmers, einen Mangel an dem bereits geleisteten Werk zu beseitigen, nicht gleichzusetzen. Die Revision meint, daß ein die Fortsetzung von Bauarbeiten verweigernder Unternehmer vermutlich auch Nachbesserungsarbeiten verweigern werde. Ein solcher Erfahrungssatz besteht jedoch nicht.

IV.

Begründet ist dagegen die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe der Anschlußberufung der Klägerin in Höhe von 456,76 IM stattgegeben, ohne darzulegen, wie sich dieser Betrag errechne. Das angefochtene Urteil ist insofern nicht in sich verständlich. Zwar entspricht der genannte Betrag offenbar der von der Klägerin in ihren Schriftsätzen vom 18. März 1954 (S. 6) und 9. August 1955 (S. 4 - 6) und von der Streithelferin in ihrem Schriftsatz vom 17. August 1955 (S. 5) behandelten Differenz zwischen dem von der Klägerin für die Vertragsleistungen insgesamt beanspruchten Betrag von 87 895,84 DM und dem in dem Gutachten des Sachverständigen Mandler vom 3. September 1953 errechneten Betrag von 87.439,08 DM. Das hätte jedoch in den Entscheidungsgründen dargelegt werden müssen.

Das Berufungsgericht hat zudem dahingestellt gelassen

ob das Landgericht in dem Teilurteil über diesen von der Klägerin in erster Linie auf § 649 BGB gestützten Anspruch bereits entschieden hat oder ob er noch bei dem Landgericht anhängig ist. Es hat den Anspruch auf die Anschlußberufung hin aus dem von der Klägerin nur vorsorglich geltend gemachten Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verzugs zugesprochen, ohne zu entscheiden, ob er sich nicht ebenfalls aus § 649 BGB ergab. Infolgedessen bleibt unklar, ob die Klägerin in dem weiteren Verfahren vor dem Landgericht möglicherweise einen Betrag von 456,76 DM auch noch aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 649 BGB beanspruchen kann. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin den Betrag von 456,76 DM als Schadensersatz wegen Verzugs zugesprochen hat, läßt das angefochtene Urteil auch jede Ausführung zur Schadenshöhe vermissen. Auch stand das Verfahren des Berufungsgerichts nicht mit dem Gesetz in Einklang. Das Berufungsgericht hat durch Beschluß vom 12. Juli 1956 statt auf Grund der mündlichen Verhandlung eine Entscheidung zu treffen, das schriftliche Verfahren angeordnet (vgl. BGH in NJW 1955, 988, 1357). Infolgedessen bestehen Bedenken, ob das Berufungsgericht, wie die Revision rügt, die Bestimmung des § 279 ZPO richtig angewandt hat.

V.

Das Landgericht hat die Kostenentscheidung dem Schlußurteil vorbehalten. Das war richtig, denn mit einem Teilurteil kann die Entscheidung über die Verfahrenskosten nicht verbunden werden, da bei seinem Erlaß noch nicht feststeht, in welchem Umfang die eine oder andere Partei endgültig unterliegen wird. Gleiches gilt jedoch nicht, wenn gegen das Teilurteil ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Für das Rechtsmittelgericht steht alsdann nur der in dem angefochtenen Urteil behandelte Teil der Klage zur Entscheidung, und dieses Verfahren muß, wenn das Rechtsmittelgericht in der Sache selbst entscheidet, mit einer Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens abgeschlossen werden. Das Berufungsgericht wird deshalb auch über die Kosten des Berufungsverfahrens zu entscheiden haben.

Da die Revision der Streithelferin zum Teil Erfolg hatte, war die Entscheidung über die Kosten der Revision ebenfalls dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Glanzmann Heimann-Trosien Dr. Winkelmann Erbel Meyer