

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 62/83

URTEIL

Schlußentscheidung

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

21. März 1985

W e r n e r,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma G[REDACTED]-Bau AG, vertreten durch den Vor-
stand Dipl.-Ing. Walter A[REDACTED], Heinrich D[REDACTED] und
Dr. E. R[REDACTED], He[REDACTED]weg [REDACTED], D[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten,
Revisionsklägerin und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

Dr. Armin Sch[REDACTED], HU[REDACTED] Straße [REDACTED], DU[REDACTED],

Beklagter, Berufungskläger,
Revisionsbeklagter und Anschluß-
revisionskläger,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchs-höfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Januar 1983 teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefaßt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 9. Juni 1982 unter Zurückweisung der Berufung im übrigen teilweise geändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 34.695,17 DM zu zahlen, Zug um Zug gegen Nachbesserung

- a) der Anstreicherarbeiten auf der Kalksandsteinschale des Hauses T- Weg in W-
-T-;
- b) der Abdichtung gegen nichtdrückendes Wasser im Kellergeschoß/Vorkeller des vorbezeichneten Hauses.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin 1/3 und der Beklagte 2/3, von den Kosten des zweiten Rechtszuges haben die Klägerin 2/9 und der Beklagte 7/9 zu tragen.

- 3 -

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben die Klägerin 1/3 und der Beklagte 2/3 zu tragen.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Der Beklagte ist Mitglied einer Bauherrengemeinschaft, die durch die Firma E[REDACTED]-Tr[REDACTED] ETG GmbH (künftig: ETG) als Baubetreuerin in W.-T. Einfamilienhäuser errichten ließ. Der Beklagte hat sein Haus im März 1980 übernommen. Über das Vermögen der ETG ist inzwischen das Konkursverfahren eröffnet worden.

Die Bauherren hatten der ETG notariell beurkundete Vollmachten erteilt und mit ihr Treuhandverträge geschlossen. Die ETG hatte daraufhin der Klägerin mit Verträgen vom 8. Juni, 25. November und 18./25. November 1977 die Errichtung von 38 schlüsselfertigen Einfamilienhäusern, die inneren Erschließungsarbeiten und die Außenanlagen übertragen. Dabei war die Geltung der VOB/B vereinbart worden.

Die Klägerin hat den Bauherren einzeln Schlußrechnung erteilt. Vom Beklagten hat sie 45.157,36 DM als restlichen Werklohn verlangt. Diesen Betrag mit Zinsen hat sie eingeklagt.

Der Beklagte hat behauptet, daß er die mit der ETG vereinbarte Vergütung bereits voll der Betreuerin gezahlt habe. Außerdem hat er vor allem gemeint, daß die ETG zum Abschluß der Verträge über die inneren Erschließungsarbeiten und die Außenanlagen nicht bevollmächtigt gewesen sei. Hilfsweise hat er die Aufrechnung mit verschiedenen Gegenansprüchen erklärt und diese damit begründet, daß die Klägerin sich mit der Fertigstellung des Hauses im Verzuge befunden habe. Hierdurch

sei ihm näher dargelegter Schaden entstanden; im übrigen könne er auch Vertragsstrafe fordern. Wegen einiger Mängel hat er schließlich ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 36.157,36 DM nebst Zinsen in wechselnder Höhe sowie zur Zahlung weiterer 9.000 DM - ohne Zinsen - Zug um Zug gegen Nachbesserung von Anstreicherarbeiten verurteilt. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin die Klage wegen eines Teilbetrages von 707,64 DM nebst Zinsen zurückgenommen und im übrigen um Zurückweisung des von dem Beklagten eingelegten Rechtsmittels gebeten. Das Oberlandesgericht hat die Klageforderung weiter gekürzt und die Aufrechnung des Beklagten mit Gegenansprüchen wegen Mietausfalls (15.750 DM) und zusätzlich gezahlter Bereitstellungszinsen (7.015 DM) durchgreifen lassen. Insgesamt hat es den Beklagten nur noch zur Zahlung von 11.930,17 DM - wiederum ohne Zinsen - Zug um Zug gegen Nachbesserung nicht nur der Anstreicherarbeiten, sondern auch der Abdichtung gegen nichtdrückendes Wasser im Kellergeschoß verurteilt.

Mit der Revision hat die Klägerin zunächst die Wiederholung ihrer vor dem Berufungsgericht zuletzt gestellten Anträge angekündigt. Der Beklagte hat mit der unselbständigen Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage angestrebt. Der Senat hat die Revision nur insoweit angenommen, als die Klage aufgrund der Aufrechnung mit den Gegenansprüchen wegen Mietausfalls und der Bereitstellungszinsen abgewiesen worden ist, und ferner ausgesprochen, daß die Anschlußrevision damit ihre Wirkung verloren habe. Die Klägerin hat ihren

Revisionsantrag, um dessen Zurückweisung der Beklagte bittet, entsprechend eingeschränkt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die einzelnen Forderungen ermittelt, die sich für die Klägerin aus den drei Werkverträgen und aus den von ihr zusätzlich berechneten Sonderleistungen ergeben, und den restlichen Werklohn auf 34.695,17 DM gekürzt. Davon ist im folgenden auszugehen.

Da die Revision nur angenommen worden ist, soweit sie sich gegen die beiden vom Berufungsgericht dem Beklagten zuerkannten Gegenansprüche auf Ersatz des Mietausfalls und der zusätzlich entstandenen Bereitstellungs- zinsen richtet, hat sich der Senat allein noch damit zu befassen.

Nach dem Vertrage vom 8. Juni 1977 hätte das Haus des Beklagten am 15. Juli 1978 fertiggestellt sein müssen, der Zeitpunkt der Fertigstellung war also kalendermäßig bestimmt. Tatsächlich hat der Beklagte es Anfang März 1980 übernommen.

Dazu meint das Berufungsgericht, die darlegungs- und beweispflichtige Klägerin habe nicht genügend dafür vorgetragen, daß die fristgerechte Fertigstellung infolge eines von ihr nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben sei. Die allein vorliegende Behinderungsanzeige vom 12. Mai 1978 lasse nicht erkennen, welche Angaben

gefehlt hätten, die zur rechtzeitigen Fertigstellung des Bauvorhabens nötig gewesen seien. Außerdem habe die Klägerin auch nicht dargelegt, wann sie die erforderlichen Angaben erhalten habe und welche Zeit der Verzögerung damit von ihr möglicherweise nicht zu vertreten sei. Der Bautenstand des Hauses, wie er sich Ende 1978 ergeben habe, sei unerheblich. Solange die Klägerin nicht die abnahmereife Leistung angeboten habe, sei der Verzug bestehen geblieben. Der Verzug sei deshalb erst mit der Übernahme des Hauses, also 17,5 Monate nach dem vereinbarten Termin beendet worden. Als Verzugschaden könne der Beklagte für den Mietausfall 15.750 DM und für die während des Verzuges angefallenen Bereitstellungszinsen 7.015 DM geltend machen.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat hier zu Unrecht Verzug der Klägerin angenommen.

a) Mit dem Berufungsgericht ist allerdings davon auszugehen, daß die Klägerin aus dem verzögerten Baubeginn für sich nichts herleiten kann, weil sie den auf den 15. Juli 1978 bestimmten Fertigstellungstermin in den Verträgen über die innere Erschließung und die Außenanlagen vom 25. bzw. 18./25. November 1977 noch einmal ausdrücklich "bestätigt" hat. Ebensowenig ist seine Auffassung zu beanstanden, die Klägerin habe nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, daß die ETG verspätet Abschlagszahlungen geleistet habe; sie - die Klägerin - sei deshalb zur zeitweisen Einstellung der Arbeiten berechtigt gewesen.

b) Zu Unrecht mißt das Berufungsgericht aber der Behinderungsanzeige vom 12. Mai 1978 und dem sie erläuternden Vortrag der Klägerin in deren Berufungserwiderung keine besondere Bedeutung bei.

In dem Schreiben vom 12. Mai 1978 hatte die Klägerin

"eine Behinderung nach VOB/B § 6 wegen fehlender Angaben für folgende Ausbaugewerke"

angemeldet, nämlich für die

"Fliesenarbeiten
Sanitärobjekte
Oberboden und
Malerarbeiten"

und hinzugefügt:

"Wir sehen uns daher außerstande, die Ihrem sehr geehrten Herrn K. am 15. 3. 1978 mündlich mitgeteilten Einzugstermine für die Häuser 1 - 13, 16 - 23 und 41 einzuhalten.

Außerdem weisen wir Sie darauf hin, daß nach Eingang aller für die o.g. Gewerke fehlenden Angaben ca. 2 Monate Herstellungszeit bis zum Einzug benötigt werden."

Danach hätte die Klägerin das Bauvorhaben selbst dann nicht mehr rechtzeitig zum 15. Juli 1978 fertigstellen können, wenn ihre Arbeit im übrigen mangelfrei gewesen wäre: Sie mußte jedenfalls auf die von ihr vermißten Angaben zu den vom Beklagten oder seinem Mietkäufer noch auszuwählenden Fliesen, Sanitärobjekten, Teppichböden und Tapeten warten. Daß diese Angaben alsbald nachgeholt worden seien, um der Klägerin zumindest von seiten des Auftraggebers die fristgerechte Fertigstellung innerhalb der dazu benötigten und damals auch

noch zur Verfügung stehenden zwei Monate zu ermöglichen, wird vom Beklagten nicht behauptet; das Gegenteil ergibt sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 5. März 1979. Dort heißt es zunächst, daß 19 im einzelnen bezeichnete Häuser schon Ende 1978/Anfang 1979 den Bauherren bzw. den Mietkäufern übergeben worden seien, und sodann, daß die anderen Häuser, also auch das des Beklagten, aus von der Klägerin nicht zu vertretenden Umständen nur "bis auf Teppichboden und Schlußreinigung" hätten fertiggestellt werden können. Davon ist auszugehen, weil der Beklagte gegen den Inhalt beider Schreiben keine schlüssigen Einwendungen erhoben hat. Lag es aber auch an dem Beklagten, daß der Fertigstellungstermin vom 15. Juli 1978 nicht eingehalten werden konnte, so hatte sich die Ausführungsfrist gemäß § 6 Nr. 2 Abs. 1 a VOB/B über diesen Tag hinaus verlängert.

Wegen der Überschreitung eines nach dem Kalender bestimmten Termins (§ 284 Abs. 2 BGB) konnte die Klägerin daher nicht mehr in Verzug geraten (Senatsurteil vom 27. Oktober 1977 - VII ZR 298/75 = WM 1977, 1453 = Schäfer/Finnern/Hochstein § 284 BGB Nr. 1). Dafür, daß sie später durch Mahnung in Verzug gesetzt worden sei (§ 284 Abs. 1 BGB), hat der Beklagte nichts vorgetragen. Auf die Frage, wann die Leistung der Klägerin nach Maßgabe des § 6 Nr. 2 - 4 VOB/B nach dem 15. Juli 1978 fällig geworden ist, kommt es danach nicht mehr an. Nur für die Bestimmung der Fälligkeit hätte indessen der vom Berufungsgericht als nicht genügend substantiiert angesehene Vortrag der Klägerin bedeutsam sein können.

2. Befand sich die Klägerin aber mit der Fertigstellung des Bauvorhabens nicht im Verzuge, so entfällt

schon deshalb der Anspruch des Beklagten auf Ersatz des Mietausfalls und Erstattung der bis zum Bezuge des Hauses angefallenen Bereitstellungsinsen. Ob das Berufungsgericht, wie die Revision meint, dem Beklagten mit dem Ersatz des Mietausfalls und der Bereitstellungsinsen doppelten Schadensersatz zuerkannt hat, kann damit dahinstehen.

3. Gegenüber dem der Klägerin danach weiterhin in Höhe von 34.695,17 DM verbleibenden Werklohnanspruch steht dem Beklagten allerdings ein Zurückbehaltungsrecht zu: Zur Zahlung dieses Betrages ist er nur Zug um Zug gegen Beseitigung der vom Berufungsgericht festgestellten Mängel verpflichtet.

a) Daß die Anstreicherarbeiten auf der Kalksandsteinschale mangelhaft sind, war schon im ersten Rechtszuge nicht mehr im Streit. Das vom Landgericht dafür angesetzte Zurückbehaltungsrecht für einen Teilbetrag von 9.000 DM hat die Klägerin hingenommen. Auch die Revision bringt dagegen nichts vor.

b) Unstreitig ist auch, daß im Treppenhaus/Vorkeller starke Ausblühungen und Schimmelbefall vorhanden sind. Die Klägerin meint nur, daß sie dafür nicht verantwortlich sei, weil das Leistungsverzeichnis eine Abdichtung gegen drückendes Wasser nicht vorgesehen habe.

Dazu stellt das Berufungsgericht jedoch rechtsfehlerfrei fest, daß auch die von der Klägerin geschuldete Abdichtung gegen nichtdrückendes Wasser mangelhaft ist. Die hiergegen von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und als nicht durchgreifend erachtet (§ 565 a Satz 1 ZPO).

Zur Höhe der voraussichtlichen Nachbesserungskosten stellt das Berufungsgericht fest, daß die nachträglichen Abdichtungsarbeiten einen "beachtlichen Aufwand" erfordern. Das wird von der Revision nicht gerügt, trifft auch offensichtlich zu. Demgemäß bestehen keine Bedenken, das Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen dieses Mangels und der Anstreicherarbeiten auf die gesamte noch offene Werklohnforderung der Klägerin zu erstrecken. Insoweit kann der Senat daher gem. § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO durcherkennen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 97, 269 Abs. 3 ZPO.

Girisch

Doerry

Bliesener

RIBGH Obenhaus
ist im Urlaub
und kann daher
nicht unter-
schreiben.

Girisch

Walchshöfer