

BUNDESGERICHTSHOF

091

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 80/70

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
11. Januar 1973
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Immobilienmaklers Friedrich S [REDACTED],
A [REDACTED], J [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten,
Revisionsklägers und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Glas- und Spiegelmanufaktur N. K [REDACTED] GmbH,
A [REDACTED], J [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer Wilfried H [REDACTED], A [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Finke, Schmidt, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Parteien gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 20. Januar 1970 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben der Beklagte 4/7, die Klägerin 3/7 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin erwarb durch Vermittlung des Beklagten von Frau F., Frau B. und Frau N. Grundstücke. Dafür verpflichtete sie sich u. a., auf ihre Kosten für die Veräußerer auf zwei anderen von diesen erworbenen Grundstücken zwei Einfamilienhäuser schlüsselfertig errichten zu lassen.

Über jedes der beiden Bauvorhaben schloß sie am 27. Oktober 1959 mit dem Beklagten und dem Architekten R. einen Vertrag. Danach übernahm der Beklagte die Durchführung und Betreuung der Bauvorhaben. Der Beklagte

- 3 -

und R. [REDACTED] erklärten, daß der von der Klägerin zur Finanzierung der Bauvorhaben zur Verfügung gestellte Betrag von je 55.500 DM nach den von ihnen aufgestellten Vorschlägen für sämtliche vorgesehenen Kosten ausreiche. Sie verpflichteten sich, etwaige Mehrkosten gesamtschuldnerisch zu bezahlen.

Nachdem die Anfang 1960 aufgenommenen Bauarbeiten ins Stocken geraten waren, schloß die Klägerin am 29. und 30. November 1960 mit dem Beklagten und R. [REDACTED] über die Bauvorhaben weitere Verträge, durch die u. a. Fristen zur Wiederaufnahme der Bauarbeiten bis zum 12. Dezember 1960 sowie zur Übergabe der schlüsselfertig hergestellten Häuser bis zum 28. Februar 1961 vereinbart wurden.

Den schleppenden Fortgang der Bauarbeiten beanstandete die Klägerin erneut mit Schreiben vom 10. Januar 1961 und 23. Februar 1961. Sie setzte zuletzt eine Frist zur Fertigstellung der Häuser bis zum 15. März 1961 und drohte an, nach fruchtlosem Ablauf der Frist jede weitere Tätigkeit des Beklagten und R. [REDACTED] abzulehnen und Schadensersatz zu verlangen.

Als die Häuser auch bis zu diesem Termin nicht fertig waren, erklärte die Klägerin mit Schreiben an den Beklagten und R. [REDACTED] vom 15. März 1961, jede weitere Tätigkeit des Beklagten und R. [REDACTED] abzulehnen und sich die Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung vorzubehalten. Zugleich untersagte sie ihnen, "ohne vorheriges Einverständnis" der Klägerin die Baustelle zu betreten oder dort Handwerker tätig werden zu lassen. Sie kündigte

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



an, daß sie den Regierungsbaumeister a. D. Sc[REDACTED] mit der Erstattung eines Berichts über den Stand der Bauten und die Architekten Dipl.-Ing. Ba[REDACTED] und Sl[REDACTED] mit der Fortführung der Bauvorhaben beauftragen werde. Der Beklagte lehnte jede Verantwortung und Haftung ab.

Der Sachverständige Sc[REDACTED] besichtigte in Gegenwart des Beklagten und R[REDACTED] sowie von Vertretern der Klägerin die Bauten und führte Besprechungen mit den Beteiligten. Das Ergebnis seiner Feststellungen und Besprechungen faßte er in einem Aktenvermerk sowie in seinem Gutachten vom 20. April 1961 nebst Nachtrag vom 28. April 1961 zusammen.

Die Klägerin übersandte am 26. April 1961 dem Beklagten und R[REDACTED] das Gutachten und bat um Benennung der vom Beklagten beauftragten Handwerker, die heranzuziehen sie sich zur Vermeidung höherer Kosten bereit erklärte. Sie führte dann die Bauvorhaben durch die von ihr beauftragten Architekten Ba[REDACTED] und Sl[REDACTED] zu Ende.

Der Architekt R[REDACTED] starb im Jahre 1961. Über seinen Nachlaß wurde das Konkursverfahren eröffnet.

Die Klägerin hat von dem Beklagten - mit der am 23. Dezember 1963 bei Gericht eingegangenen und am 2. Januar 1964 zugestellten Klage - die Zahlung von 66.854,95 DM und im Berufungsrechtszug außerdem Zinsen gefordert. Sie hat behauptet, daß sie diesen Betrag über die von dem Beklagten und dem Architekten R[REDACTED] garantierten Baukosten (2 x 55.500 DM) hinaus habe aufbringen müssen, um die Häuser fertigzustellen.

Der Beklagte hat eine Haftung für die Mehrkosten bestritten, die Einrede der Verjährung erhoben und Verwirkung eingewandt. Er hat die Verträge vom 29. und 30. November 1960 wegen Drohung angefochten.

Das Landgericht hat der Klage im vollen Umfang stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten nur in Höhe von 38.893,37 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin verfolgt mit der Anschlußrevision ihre Klage, soweit sie abgewiesen worden ist, weiter. Jede Partei beantragt, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision des Beklagten

I.

1. Das Berufungsgericht legt § 7 der Verträge vom 7. Oktober 1959 dahin aus, daß der Beklagte sich gesamtschuldnerisch mit R. [REDACTED] verpflichtet habe, der Klägerin die jeweils 55.500 DM übersteigenden Mehr-Baukosten zu bezahlen, auch soweit sie auf Fehlern Rieses beruhten.

Diese tatrichterliche Auslegung ist möglich und bindet das Revisionsgericht.

2. Das Berufungsgericht verneint eine Anfechtbarkeit der Zusatz-Verträge vom 29. und 30. November 1960. Auch das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

3. Nicht zu beanstanden ist weiter die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin treffe kein mitwirkendes Verschulden.

a) Die Klägerin war am 15. März 1960 angesichts des Leistungsverzuges des Beklagten und R. [REDACTED] berechtigt, gemäß § 326 BGB vorzugehen, die Bauten mit Hilfe anderer Architekten und Handwerker fertigzustellen und gegen den Beklagten als Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Anspruch aus § 7 der Verträge geltend zu machen.

b) Es war ihr nicht zuzumuten, vorher den Vertrag mit R. [REDACTED] allein zu kündigen. Vielmehr wäre es Sache des Beklagten gewesen, einen anderen Architekten hinzuzuziehen, wenn er meinte, daß R. [REDACTED] den Aufgaben nicht oder nicht mehr gewachsen war.

c) Im übrigen stellt das Berufungsgericht fest, daß es auch für einen anderen Architekten unmöglich gewesen wäre, Mehrkosten zu verhindern, weil die Preise von R. [REDACTED] zu niedrig kalkuliert waren.

d) Ein Mitverschulden der Klägerin kann, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht darin gesehen werden, daß sie im Konkurs R. [REDACTED] keine Forderung angemeldet hat.

4. Die Revision stellt noch die Frage der Verjährung und Verwirkung zur Nachprüfung.

Das Berufungsgericht hat aber die Klageforderung - jedenfalls im Ergebnis - mit Recht als unverjährt erachtet. Es hat mit zutreffenden Erwägungen ihre Verwirkung verneint.

II.

Das Berufungsgericht geht bei der Ermittlung der Mehrkosten davon aus, daß am 15. März 1961 nur noch die Bauleistungen zu erbringen gewesen seien, die Sc[REDACTED] in seinem Gutachten als fehlend aufgeführt hat; zusätzlich hat es die unstreitig noch nicht erbrachten, aber zur schlüsselfertigen Herstellung erforderlichen Leistungen berücksichtigt. Für die Bewertung dieser Leistungen stützt es sich auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. Everling. Die auf diese Weise ermittelten Kosten erhöht es noch um eine Pauschale von 5 v. H.. Auf dieser Grundlage errechnet es die zu ersetzenden Mehrkosten als Differenz zwischen diesen Gesamtkosten und den garantierten Baukosten von je 55.500 DM.

Hiergegen sind durchgreifende Bedenken nicht zu erheben. Die von der Revision gegen einzelne Posten geführten Angriffe haben keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat die Neuverlegung der Drainage für das Haus F[REDACTED] als notwendig und die dafür aufgewendeten Kosten von 738,60 DM als angemessen angesehen.

Dies stellt die Revision zur Nachprüfung. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen aber einen Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Für Dachdeckerarbeiten am Haus F [REDACTED] hat das Berufungsgericht 714,11 DM und für solche am Hause B [REDACTED] N [REDACTED] 1.005,59 DM berücksichtigt. Die Einwendungen des Beklagten, daß die Firma La [REDACTED] die Arbeiten aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistung ohne besondere Vergütung hätte durchführen müssen, hat es u. a. mit der Begründung zurückgewiesen, daß der Beklagte dies der Klägerin nicht entgegenhalten dürfe. Es sei Aufgabe des Beklagten gewesen, den von ihm beauftragten Dachdecker La [REDACTED] und den ebenfalls wegen Gewährleistung in Betracht kommenden Bauunternehmer (E [REDACTED]) zur Nachbesserung anzuhalten.

Zu Unrecht beanstandet die Revision diese Auffassung mit dem Hinweis, die Klägerin habe dem Beklagten mit dem Schreiben vom 15. März 1961 jeden Einsatz von Handwerkern verboten. In Wirklichkeit hat die Klägerin in dem Schreiben den Einsatz von Handwerkern nur ohne ihr "vorheriges Einverständnis" und nicht schlechthin untersagt. Eine Behauptung des Beklagten, daß er die Klägerin vergeblich um ihr Einverständnis gebeten habe, weist die Revision nicht nach. Somit kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Klägerin es dem Beklagten unmöglich gemacht hätte, die Nachbesserung zu veranlassen.

3. Für die Heizungsanlage im Hause F [REDACTED], die in der Baubeschreibung mit "zentrl. Ölheizung" bezeichnet

war, stellte die Firma W. 10.410,32 DM in Rechnung. Nach dem diesem Unternehmer erteilten Auftrag vom 7. Juni 1960 war ein Preis von 7.100 DM vereinbart. Das Berufungsgericht hat der Klägerin den Anspruch wegen der Mehrkosten zuerkannt.

a) Sie beruhen - zu einem geringen Teil - darauf, daß die Heizungsanlage, abweichend von den ursprünglichen Plänen und der Baubeschreibung, mit zwei Kesseln und Öltanks hergestellt wurde. Dies geschah aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf Grund einer nachträglichen Vertragsänderung.

Die Revision meint, der Beklagte habe das in dem Schreiben der Klägerin vom 16. Februar 1961 liegende Angebot zur Vertragsänderung nicht angenommen. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts beruhe darauf, daß es die ihm hierzu unterbreiteten Schreiben nicht gewürdigt habe.

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat die zu diesem Punkt vorgelegten Schreiben und Aktenvermerke ausführlich gewürdigt und ohne Rechtsverstoß in dem Verhalten des Beklagten dessen Einverständnis mit der Vertragsänderung gesehen.

b) Die Verteuerung der Heizungsanlage ist unstreitig im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß nach den behördlichen Sicherheitsvorschriften für das Land Nordrhein-Westfalen vom 19.1.1960 (MBl 1960, 197ff) die ursprünglich vorgesehenen billigen Schalenbrenneranlagen nicht mehr eingebaut werden durften.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Einbau einer solchen Anlage, wie die Parteien meinen und auch das Berufungsgericht angenommen hat, überhaupt noch bis zum 1. April 1961 hätte durchgeführt werden dürfen oder schon früher unzulässig geworden war. Selbst wenn man vom 1. April 1961 als maßgebenden Stichtag ausgeht, kann der Klägerin nicht entgegengehalten werden, daß die Klägerin es pflichtwidrig versäumt hätte, die Anlage noch bis zum 1. April 1961 einbauen zu lassen. Die Revision übersieht, daß die Ortsbesichtigung mit Sc[REDACTED], an der ein Vertreter der Klägerin und der Firma W[REDACTED] teilnahmen, erst am 29. März 1961 stattfand (Gutachten Sc[REDACTED] S. 1). Nach der von der Revision angegebenen Einbauzeit von vier bis fünf Tagen war somit der Einbautermin vom 1. April 1961 nicht einzuhalten.

Die durch die Verschärfung der Sicherheitsbestimmungen bedingte Verteuerung der Heizungsanlagen ist eine Folge des Leistungsverzuges des Beklagten und R[REDACTED]. Hätten diese dafür gesorgt, daß die Heizung rechtzeitig vor dem 1. April 1961 eingebaut worden wäre, so hätte sie den verschärften Sicherheitsbestimmungen nicht unterlegen, es wäre vielmehr die früher erlaubte billigere Ausführung noch zulässig gewesen. Für diesen Verzögerungsschaden muß der Beklagte nach § 286 BGB einstehen.

4. Das Berufungsgericht hat von den geltend gemachten Kosten von 25.047,93 DM für Außenarbeiten an den beiden Grundstücken nur Kosten für Planierung des Geländes und Aufbringung des Mutterbodens berücksichtigt und diese - dem Gutachten Everling folgend - auf 3.000 DM je Grundstück, also auf insgesamt 6.000 DM geschätzt. Es geht dabei

unter Auslegung der Baubeschreibungen, die Gegenstand der Verträge vom 27. Oktober 1959 waren, davon aus, daß der Beklagte verpflichtet war, dem Gelände im Rohzustand eine Form zu geben, die zur üblichen Benutzung der Häuser erforderlich war und den Erwerbern nur die abschließende gärtnerische Gestaltung überließ.

a) Diese tatrichterliche Vertragsauslegung ist rechtsfehlerfrei. Die dagegen von der Revision erhobenen Verfahrensrügen sind nicht begründet (Art. 1 Nr. 4 Satz 1 EntlG).

b) Soweit sich die Revision gegen die vom Berufungsgericht getroffene Schätzung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO wendet, geht sie irrig von einem anderen Sachverhalt aus, als das Berufungsgericht festgestellt hat, nämlich davon, daß im wesentlichen nur noch der Mutterboden hätte aufgebracht werden müssen.

5. Für die Heizungsanlage im Hause B■■■■/N■■■■ hat das Berufungsgericht 10.484,42 DM in Ansatz gebracht.

a) Den Vortrag des Beklagten, die Erwerber B■■■■ und N■■■■ hätten vereinbarungsgemäß die Heizungsanlage selbst bezahlen sollen, hat es als unrichtig erachtet. Es hat hierzu ausgeführt: Der Architekt R■■■■ habe mit Schreiben vom 7. Oktober 1959 angeboten, das Haus ohne Heizung zum Preis von 45.000 DM zu errichten. Gegenstand des Vertrages zwischen der Klägerin und dem Beklagten sowie R■■■■ vom 27. Oktober 1959 sei dann die schlüsselfertige Herstellung des Hauses mit Zentralheizung zum Festpreis von 55.500 DM geworden. Daß die Heizung aus besonderen

Mitteln der Erwerber hätte bezahlt werden sollen, sei nicht vereinbart worden. Auch bei der zwischen der Klägerin und den Erwerbern B. und N. getroffenen Vereinbarung in dem Kaufvertrag vom 27. Oktober 1959, wonach diese Erwerber Eigenleistungen von 6.000 DM erbringen sollten, sei nicht ersichtlich, daß sie sich auf die Kosten der Heizungsanlagen hätte beziehen sollen. Danach könne die dem Beklagten - nach dessen Behauptung - gegebene Zusage der Erwerber, die Kosten der Heizungsanlage mit 6.000 DM tragen zu wollen, zwar möglicherweise für sein Verhältnis zu den Erwerbern, nicht aber für seine Rechtsbeziehungen zu der Klägerin Bedeutung haben.

aa) Die Revision meint, die Vereinbarung über Eigenleistungen von 6.000 DM bezögen sich deshalb auf die "zusätzliche", als "Sonderleistung" gewünschte Heizungsanlage, weil die Erwerber vor Vertragsschluß eine solche Heizungsanlage zum Preise von ca. 6.000 DM ausgesucht hätten und ihnen also der Preis bekannt gewesen sei. Das Berufungsgericht hat diese Folgerung jedoch ohne Rechtsverstoß nicht als zwingend angesehen.

bb) Erfolglos ist auch die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, daß die 6.000 DM für Eigenleistungen von den Mehrkosten hätten abgezogen werden müssen. Es ist nicht ersichtlich und wird auch von der Revision nicht dargetan, daß das Berufungsgericht seiner von der Klagebegründung abweichenden Berechnung der Mehrkosten auch solche Bauleistungen zu Grunde gelegt hätte, die B. bezahlt hat oder N. durch Schlosserarbeiten als Eigenleistung erbracht hat oder hätte erbringen müssen.

cc) Die Rüge der Revision, daß es wegen der Kosten für zwei Heizungskessel im Hause B■■■■/N■■■■ einer Vertragsänderung bedurft hätte, ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat den Vertrag vom 27. Oktober 1959 dahin ausgelegt, daß für den Hausteil B■■■■ und für den Hausteil N■■■■ je eine Heizungsanlage eingebaut werden sollte. Diese rechtsfehlerfreie Auslegung bindet das Revisionsgericht.

b) Soweit für die Heizungsanlagen im Hause B■■■■/N■■■■ eine Verteuerung dadurch eingetreten ist, daß Anlagen mit Schalenbrennern nicht mehr eingebaut werden durften, gilt dasselbe, wie oben zu II 3 b zur Heizungsanlage Fritzen ausgeführt.

6. Das Berufungsgericht hat die Kosten von 350,50 DM für ein zweites Garagentor zu Lasten des Beklagten berücksichtigt. Hierzu hat es festgestellt, daß das Haus B■■■■/N■■■■ entgegen der Auffassung des Beklagten nach den Plänen nicht nur eine, sondern zwei Garagen erhalten sollte.

Die Revision behauptet, der Erwerber N■■■■ habe den in der Bauzeichnung als Keller bezeichneten Raum auf eigene Kosten als Garage ausbauen wollen. Sie weist aber nicht nach, daß der Beklagte diese Behauptung in den Vorinstanzen aufgestellt hätte.

7. Das Berufungsgericht hat für den Bau der zwei Garagenauffahrten Kosten von 1.503,89 DM als notwendig erachtet. Hierbei hält es den Vortrag des Beklagten für irrig, die Kosten seien dadurch entstanden, daß auf Wunsch der Erwerber der Garagenboden zunächst höher,

später wieder tiefer gelegt worden sei. Vielmehr sei, so führt das Berufungsgericht aus, der von vornherein zu hoch gelegte Garagenboden später abgesenkt worden, um einen befahrbaren Weg zur Garage zu erhalten. Das folgert das Berufungsgericht aus dem Schreiben des Architekten R. an B. vom 10. Mai 1960, in dem es heißt: "Ich bestätige hiermit wunschgemäß, daß die Garagenhöhe von 2,25 m Oberkante Garagenfußboden bis Oberkante Erdgeschoßfußboden auf 2,55 m erhöht wird."

Die Revision greift die tatrichterliche Auslegung dieses Schreibens zu Unrecht an. Ihre Auffassung, daß R. damit bestätigt habe, der Garagenboden werde wunschgemäß erhöht, ist unzutreffend.

8. Das Berufungsgericht macht zu den von ihm festgestellten Baukosten einen pauschalen Zuschlag von etwa 5 v. H. der Gesamtbaukosten, nämlich für den Bau F. 3.000 DM und für den Bau B./N. 3.500 DM. Es begründet das damit, daß Sc. bei der Baubesichtigung im März 1961 und in seinem Gutachten die noch offenen Arbeiten zwar im wesentlichen, aber doch nicht restlos erfaßt habe und erfahrungsgemäß auch nicht habe erfassen können.

Diese tatrichterliche Schätzung hält sich noch im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO.

9. Das Berufungsgericht hat das Honorar von 6.443 DM, das die Klägerin an die mit der Fortführung der Bauvorhaben beauftragten Architekten Ba. und Sl. gezahlt hat, zu den vom Beklagten zu tragenden Mehrkosten gerechnet.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die Aufgabe der neuen Architekten, die die im Rohbau stecken-gebliebenen Bauten zu Ende führen mußten, war nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt außergewöhnlich schwierig. Das rechtfertigte hier, gemäß § 2 VO Pr Nr. 66/50 über die Gebühren für Architekten vom 13. Oktober 1950, die Vereinbarung höherer Gebühren als der nach der Gebührenordnung für Architekten (GOA) vorgesehenen.

B. Anschlußrevision der Klägerin

I.

Die Klägerin wendet sich mit Verfahrensrügen dagegen, daß das Berufungsgericht ihre Aufwendungen für Außenarbeiten an den beiden Grundstücken nur zum Teil berücksichtigt hat. Diese Rügen sind unbegründet. (vgl. oben zu A II 4).

II.

Ohne Erfolg beanstandet die Klägerin ferner, daß das Berufungsgericht einen Teil der Klage mit der Begründung abgewiesen hat, es handele sich um solche Arbeiten, deren Notwendigkeit Schauff nicht festgestellt habe. Wie bereits oben zu A II 8 dargelegt, hat das Berufungsgericht wegen etwaiger erforderlicher Zusatzarbeiten, die Sc [REDACTED] nicht berücksichtigt hat, pauschale Zuschläge von 3.000 DM und 3.500 DM gemacht. Diese Schätzung des Berufungsgerichts ist durch § 287 Abs. 1 ZPO gedeckt. Damit sind solche Zusatzarbeiten ausreichend berücksichtigt. Eine weitere Beweisaufnahme hierzu brauchte das Berufungsgericht nicht durchzuführen.

C. Nach alledem sind die Revisionen beider Parteien als unbegründet zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf den §§ 97, 92 ZPO.

Vogt

Finke

Schmidt

Girisch

Meise