

VII ZR 97/58

Verkündet
am 25. Juni 1959
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

des Bauunternehmers August zur N[REDACTED] senior, B[REDACTED],
T[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Zahnarzt Dr. med. dent. Rudolf Sch[REDACTED], B[REDACTED],
U[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 1959
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der
Bundesrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Winkelmann und
Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf.
vom 31. Januar 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entschei-
dung, zugleich über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat 1954 die Erd-, Maurer-, Beton- und Putzarbeiten für ein Einfamilienhaus des Beklagten übernommen. Es sollte zu Einheitspreisen nach Aufmaß abgerechnet werden. Die Arbeiten begannen am 2. November 1954; am 29. Dezember 1954 war das Richtfest. Auf vom Architekten des Beklagten geprüfte Zwischenrechnungen vom 26. November und 29. Dezember 1954 hat der Beklagte 14.000,-- DM und 9.000,-- DM gezahlt. Als der Kläger mit einer dritten Teilrechnung vom 23. Februar 1955 abermals eine Abschlagzahlung von 4.800,-- DM forderte, lehnte der Beklagte jede weitere Zahlung ab, weil der Bau so zahlreiche schwere Mängel aufweise, daß er abgebrochen werden müsse. Im März 1955 kündigte er dem Kläger und dem Architekten die Verträge. Das Haus stand jedenfalls am Ende des Berufungsrechtszuges noch im Rohbau; das Dach war nicht gedeckt; die Baupolizei hatte das Weiterbauen untersagt.

Der Kläger behauptet, er habe für 33.486,20 DM Bauleistungen erbracht. Von dem unter Berücksichtigung der Zahlungen des Beklagten nach seiner Meinung ihm noch zustehenden Werklohnanspruch von 10.486,20 DM hat er einen Teilbetrag von 5.800,-- DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er fordert vom Kläger Schadensersatz und hat im Wege der Widerklage einen Teilbetrag von 3.000,-- DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Er behauptet, der Kläger würde, falls er einwandfrei gearbeitet hätte, nach richtigem Aufmaß und nach den vereinbarten Einheitspreisen 24.579,42 DM Werklohn zu beanspruchen haben; dieser Betrag mindere sich gemäß dem vereinbarten Nachlaß von 2 % um 491,59 DM und um die beiden Teilzahlungen, so daß ein Betrag von 1.087,83 DM bleibe.

Dem Kläger stehe jedoch kein Werklohn mehr zu. Seine Leistungen seien unbrauchbar. Hilfsweise rechne er, Beklagter, mit Schadensersatzansprüchen auf. Allein der Abbruch des Hauses werde mindestens 6.000,-- DM kosten; einschließlich der Wiederaufbaukosten übersteige sein Schaden die etwaige Werklohnforderung des Klägers um weit mehr als 3.000,-- DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg gehabt. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den geltend gemachten Klageanspruch weiter und erstrebt er die Abweisung der Widerklage. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Gestützt auf die Sachverständigengutachten erachtet das Berufungsgericht den Rohbau in dem Zustand, in dem er sich bei der Stillegung befand, für unbrauchbar. Der Beklagte habe den Bauvertrag nicht etwa bloß schlecht, sondern überhaupt noch nicht erfüllt. Der Beklagte habe das Werk auch noch nicht abgenommen. Auf die Meinungsverschiedenheiten der Sachverständigen darüber, ob der Rohbau ausgebessert und dadurch die vertraglich geschuldete Leistung, wenn auch mangelhaft bleibend, erzielt werden könne, oder ob der Rohbau abgebrochen und neu errichtet werden müsse, komme es nicht an. Der Kläger habe so lange keinen Vergütungsanspruch, als er den Bauvertrag nicht einmal schlecht oder mangelhaft, vielmehr überhaupt noch nicht erfüllt habe, gleichgültig, ob sich eine Vertragserfüllung durch Ausbesserungsarbeiten oder durch einen Neubau erreichen lasse. Die Mängel zu beseitigen, erfordere so schwere und



umfangreiche Arbeiten, daß der Kläger zur Zeit keinesfalls mehr als die bereits gezahlten 23.000,-- DM verlangen könne. Selbst wenn diese Arbeiten nicht den von dem Bauingenieur M. errechneten Betrag von 22.008,93 DM oder nicht einmal den von dem Sachverständigen Br. geschätzten Betrag von 12.000,-- bis 15.000,-- DM erfordern sollten, habe der Beklagte doch vorläufig keinen höheren Werklohn als die gezahlten 23.000,-- DM zu entrichten. Der Kläger habe nichts dafür vorgetragen, daß die unvermeidbaren Instandsetzungskosten nicht mindestens ungefähr die 10.000,-- DM ausmachen, die nach seiner Ansicht der Beklagte ihm noch an Werklohn schulde.

Der Kläger habe aber nicht nur vom Beklagten keinen Werklohn zu fordern, sondern müsse ihm auch mindestens noch 3.000,-- DM Schadensersatz leisten (§§ 276, 635 BGB). Der Kläger habe schuldhaft den Bauvertrag nicht erfüllt. Auch wenn die Instandsetzungsarbeiten gut ausgeführt würden, bleibe ein erheblicher Minderwert des Rohbaus, der den Verkehrswert des Gebäudes dauernd beeinträchtigen werde. Ob dieser Minderwert, wie der Beklagte behauptet, 8.000,-- DM bis 10.000,-- DM betragen werde, könne dahingestellt bleiben. Nach eigener Sachkunde des Berufungsgerichts belaufe er sich jedenfalls mindestens auf den mit der Widerklage geltend gemachten Betrag von 3.000,-- DM.

II.

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

1) Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte den Rohbau bisher nicht abgenommen hat (§ 640 BGB). Hiergegen bestehen keine Bedenken; auch die Revision bringt dazu nichts vor.

2) Der Beklagte hat den Bauvertrag unstreitig im März 1955 gekündigt. Darin lag nicht, wie die Revision meint, eine dem Bauherrn bis zur Vollendung des Werks jederzeit freistehende Kündigung nach § 649 BGB, die die Verpflichtung des Beklagten unberührt gelassen hätte, dem Kläger die vereinbarte Vergütung - unter Abzug ersparter Aufwendungen - zu zahlen. Der Beklagte hat vielmehr wegen der schlechten Bauausführung das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grunde gekündigt. Die Rechtsgrundlage hierfür ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 626 BGB. Daß ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gegeben war, folgt aus dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt. Danach war dem Beklagten nach Treu und Glauben in Anbetracht dessen, daß die den Vertragszweck gefährdende Arbeitsweise des Klägers dazu geführt hatte, daß die Baupolizei das Weiterbauen untersagte, nicht mehr zuzumuten, den Rohbau vom Kläger fertigstellen zu lassen (RG vom 12. Oktober 1917, zit. bei RGRK § 649 Anm. 2; BGH VII ZR 274/56 vom 18. März 1957 und VII ZR 102/58 vom 12. Februar 1959).

3) Mit der vor der Fertigstellung des Werks ausgesprochenen Kündigung hat der Beklagte nicht etwa, wie die Revision anscheinend meint, das Vertragsverhältnis rückwirkend aufgehoben, sondern lediglich dem Kläger die weitere Bauausführung entzogen. Die Rechtsbeziehungen der Parteien, wie sie bis zur Kündigung bestanden, regeln sich nach wie vor gemäß den Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 631 ff BGB). Demgemäß könnte das teilweise hergestellte Werk ^{auch} noch abgenommen werden.

a) Durch die Kündigung als solche ist daher der Anspruch des Klägers auf den bis dahin verdienten Werklohn nicht berührt worden. Wohl aber kann er dadurch betroffen sein, daß der Beklagte Schadensersatz verlangt.

b) Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung der bis zur Kündigung geschuldeten Leistungen (§ 635 BGB) sind gegeben. Eine Abnahme des Werkes ist nicht Voraussetzung für diesen Anspruch (RGZ 165, 41, 45). Daß die Mängel des Rohbaus auf Umständen beruhen, die der Kläger zu vertreten hat, hat das Berufungsgericht festgestellt. Die insoweit vorgebrachten Rügen der Revision sind nicht begründet, wie nachstehend unter III noch dargelegt wird. Der Beklagte hat auch dem Kläger, wie dieser selbst in seinem Schriftsatz vom 13. Oktober 1955 vorgetragen hat, eine Frist zur Beseitigung der Mängel gesetzt. Daß diese Aufforderung nach der Kündigung ergangen ist, berechtigte den Kläger nicht, die Beseitigung der Mängel zu verweigern, soweit sie dem teilweise hergestellten Werk anhafteten, und nimmt ihr nicht deshalb die sich aus den §§ 634, 635 BGB ergebenden rechtlichen Wirkungen. Hiervon abgesehen bedurfte es aber nach § 634 Abs. 2 BGB nicht einmal einer Fristsetzung, da das Vertrauen des Beklagten in die Fähigkeit des Klägers, die schweren Mängel des Rohbaues, sofern dies überhaupt möglich ist, zu beheben, durch dessen schlechte Arbeitsweise mit Recht erschüttert war (vgl. BGH bei LM Nr. 1 zu § 634 BGB).

4) Den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB kann der Beklagte nach seiner Wahl grundsätzlich in zwei Formen geltend machen (BGHZ 27, 215):

a) Er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern, indem er die Übernahme des mangelhaften Rohbaus ablehnt, die Zahlung jeglicher Vergütung verweigert und weiteren ihm durch die Nichterfüllung des Vertrags entstandenen Schaden vom Kläger ersetzt verlangt.

b) Statt dessen kann der Beklagte den Rohbau in seinem mangelhaften Zustand übernehmen und Ersatz des Schadens fordern, der

durch die Mängel verursacht ist. Er kann dann den Betrag geltend machen, der erforderlich ist, um den Rohbau in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, und die aus der Schlechterfüllung des Vertrages herrührenden weiteren Schäden, insbesondere einen trotz der Nachbesserung verbleibenden Minderwert des Gebäudes ersetzt verlangen. Übernimmt der Beklagte den Rohbau, so schuldet er dem Kläger den bis zur Kündigung des Vertrages erwachsenen Werklohn.

5) Das Berufungsgericht hat nicht klar herausgestellt, worauf der Beklagte mit seinem Schadensersatzbegehren abzielt.

a) Falls der Beklagte die Übernahme des Rohbaus mit Recht ablehnt, so steht dem Kläger, wie bereits ausgeführt, kein Werklohnanspruch zu. Für diesen Fall durfte das Berufungsgericht aber nicht den mit der Widerklage geltend gemachten Betrag von 3.000,-- DM mit der Begründung zusprechen, daß der Kläger den bei einer Ausbesserung des Rohbaus verbleibenden Minderwert von mindestens 3.000,-- DM ersetzen müsse. Von einem Minderwert des Baues kann naturgemäß nur die Rede sein, wenn der Bau erhalten bleibt. Zur Entscheidung über die Widerklage muß daher der Rechtsstreit schon aus diesem Grunde an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der Beklagte hat überdies, soweit ersichtlich, den mit der Widerklage geltend gemachten Teil seines Schadens gar nicht mit dem Minderwert des künftigen Hauses begründet.

b) Aber auch zur Klage läßt sich das angefochtene Urteil in Anbetracht der Unklarheit über das Begehren des Beklagten nicht halten.

aa) Will der Beklagte den Bau nicht abnehmen und braucht er das auch nicht zu tun, so kann schon jetzt endgültig entschieden werden, daß dem Kläger, ohne daß es noch auf Gegen-

ansprüche des Beklagten ankäme, kein Werklohnanspruch zusteht. Die Meinung des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe "vorläufig" oder "zur Zeit" kein Werklohnanspruch zu, entspricht nicht der Rechtslage. Allerdings wäre der Kläger dadurch, daß das Berufungsgericht die Klage bloß als "zur Zeit" unbegründet abgewiesen hat, in diesem Falle nicht beschwert.

bb) Will aber der Beklagte, was nach dem Inhalt des Berufungsurteils nicht ausgeschlossen ist, den Rohbau übernehmen, so kann der Kläger durch die Abweisung der Klage als zur Zeit unbegründet beschwert sein. Der Beklagte will ersichtlich den Bau nicht durch den Kläger ausbessern lassen; wegen der bisherigen schlechten Arbeitsweise des Klägers braucht er sich hierauf auch nicht einzulassen. Dann kann er sich aber auch nicht auf mangelnde Fälligkeit der Klagforderung berufen. Infolgedessen muß auch in diesem Falle bereits jetzt über die beiderseitigen Ansprüche entschieden werden. Das Berufungsgericht hat jedoch weder über die Höhe der Werklohnforderung noch die der Gegenansprüche des Beklagten entschieden. Durch das Fehlen einer klaren Abrechnung ist der Kläger, wenn er auch nur "vorläufig" abgewiesen ist, beschwert. Unklar ist überdies in dem angefochtenen Urteil, ob das Berufungsgericht nicht doch von einer Aufrechnung des Beklagten mit Schadensersatzansprüchen ausgeht. Trifft dies zu, so muß klargestellt werden, in welchem Umfange die Forderungen der Parteien durch die Aufrechnung untergegangen sind. Beträgt der Werklohnanspruch des Klägers nach Abzug der Zahlungen des Beklagten nicht, wie der Kläger behauptet, 10.486,20 DM, sondern entsprechend der Behauptung des Beklagten nur 1.087,83 DM, so ist auch eine entsprechend geringere Gegenforderung des Beklagten durch die Aufrechnung untergegangen. Mit Recht fühlt sich der Kläger durch diese Unklarheiten des angefochtenen Urteils beschwert.

III.

Die Rügen der Revision hinsichtlich der vom Berufungsgericht festgestellten Mängel des Rohbaus sind unbegründet.

1) Das Berufungsgericht entnimmt dem Gutachten des Sachverständigen Br., daß die Fundamente des Hauses statt 15 cm stellenweise nur 9 cm tief sind und daß die wechselnde Tiefe auf unsorgfältiger Arbeit beruht. Die Revision rügt, das Berufungsgericht beachte nicht, daß der Sachverständige die Fundamente trotzdem gemäß der Feststellung des Statikers als ausreichend bezeichnet habe. Hierbei übersieht sie, daß die Betrachtung und Bewertung des Sachverständigen nach dessen Gutachten nur für Gründungen außerhalb des Bereiches untertägigen Bergbaues gelten sollen, daß der Rohbau jedoch innerhalb dieses Bereichs steht. Hiervon abgesehen nimmt das Berufungsgericht aber auch nicht an, daß die Fundamente des Hauses nicht ausreichen. Es führt lediglich deren wechselnde und stellenweise zu geringe Tiefe als einen der Mängel an, die zusammen genommen nach der Meinung des Sachverständigen Brunne die Tauglichkeit des Baues gefährden.

Die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Fundamente der Garage nicht entsprechend den Ausführungszeichnungen 1 m tief sind und auch nicht als Flachgründung ausreichen, greift die Revision nicht an.

2.) Die Stärke der Fugen zwischen den Mauersteinen überschreitet, so stellt das Berufungsgericht fest, im Durchschnitt daß Maß von 2 cm, auch sind die Fugen teilweise nicht lot- und waagerecht. Die Widerstandsfähigkeit und Druckfestigkeit des Mauerwerks sind infolgedessen beeinträchtigt.

Hieraus folgt das Berufungsgericht nicht, wie die Revision meint, daß das Mauerwerk schon wegen der nicht einwandfreien Fugen nicht tragfähig sei, was der Sachverständige Brunne verneint hat. Es behandelt aber, und zwar in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen, die mangelhaften Fugen als einen der die Festigkeit des Mauerwerks beeinträchtigenden Faktoren, als welche die Steine, der Mörtel, die Fugenstärke und -füllung, sowie der Verband der Steine in Betracht komme.

3.) Der Verband der Steine ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts ebenfalls mangelhaft. Kleine Steinbrocken sind nicht nur vereinzelt, sondern stellenweise gereiht übereinander verwendet. An diesen und auch an anderen Stellen stehen die Stoßfugen in mehreren Schichten übereinander, statt von Schicht zu Schicht um mindestens einen Viertelstein zu verspringen. Diese Feststellungen stützen sich auf das Gutachten des Sachverständigen Brunne. Daß dieser Sachverständige auch wegen dieser Mängel dem Rohbau nicht die Tauglichkeit voll abspricht, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es kommt jedoch in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen zu dem Ergebnis, daß in Anbetracht aller Mängel des Bauwerks dessen Standfestigkeit angezweifelt werden muß.

4.) Daß einige Moniereisen der Stahlbetondecken nicht genügend überdeckt sind, hat auch der Sachverständige Br. als Mangel bezeichnet. Die Decken entsprachen nach seiner Meinung augenscheinlich den praktischen Anforderungen, und die Mängel können ausgeräumt werden. Im angefochtenen Urteil heißt es demgegenüber, nur wenn die Fehlstellen mit feinem Sand- und Zementgemisch abgedeckt würden, werde nach dem Gutachten Brunne die praktische Brauchbarkeit des Hauses nicht beeinträchtigt. Daß das Berufungsgericht damit das Gutachten falsch aufgefaßt habe, kann der Revision nicht zugestanden werden, denn auch der Sachverständige Br. erklärt Ergänzungs-

arbeiten für notwendig und hält erst nach ihrer Durchführung den Bau insofern für brauchbar. Das Berufungsgericht hat zudem hervorgehoben, daß das Prüfamnt für Baustatik der Stadt B[REDACTED] bei einer Schlagprobe mit dem Federhammer weder bei der Keller- noch bei der Erdgeschoßdecke die erforderliche Festigkeit habe feststellen können und eine Belastungsprobe verlangt habe.

5.) Das Berufungsgericht bezeichnet den Rohbau in seinem jetzigen Zustand als unbrauchbar. Es folgert die Unbrauchbarkeit aus allen Mängeln zusammengekommen. Damit befindet es sich nicht nur in Einklang mit dem Gutachter Wrede, sondern ebenso mit dem Gutachter Brunne.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Dr. Winkelmann

Erbel