

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 174/70

URTEIL

Verkündet am

16. Juni 1972

H i r t h ,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bäckermeisters Otto W [REDACTED] in M [REDACTED]
S [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Maurer Arno G [REDACTED] in A [REDACTED],
K [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr.h.c. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Hill, Offterdinger und Dr. Grell für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 1. Zivilsenat - vom 7. Oktober 1970 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger hat auf seinem Grundstück B [REDACTED] in A [REDACTED] ein Zweifamilienhaus errichtet. Noch bevor alle Außen- und Innenarbeiten zu Ende geführt waren, verkaufte er das Hausgrundstück zum Preise von 113 000 DM an den Beklagten. Der notarielle Vertrag vom 28. Juni 1966 sieht u.a. vor, daß das Grundstück dem Käufer am 1. Juli 1966 zum Besitz übergeben werden soll (§ 3). Der Kaufpreis soll nach § 4 in folgender Weise berichtet werden:

- a) Der Käufer übernimmt als Selbstschuldner die in Abt. III für die V [REDACTED]sparkasse S [REDACTED] eingetragenen Grundschulden von je 30 000 DM;

- 3 -

- b) 25 000 DM sind bis zum 1. August 1966 und weitere 20 000 DM bis zum 1. September 1966 zu begleichen. Der Betrag von 20 000 DM wird jedoch nur dann zur Zahlung fällig, wenn die in der privatschriftlichen Vereinbarung aufgeführten Arbeiten vom Verkäufer bis dahin ordnungsgemäß fertiggestellt worden sind;
- c) der Restbetrag von 8 000 DM ist unverzüglich nach Fertigstellung der Doppelgarage fällig.

Nach § 5 ist der Verkäufer verpflichtet, die in einer besonderen Vereinbarung (gemäß Anlage zum Kaufvertrag) aufgeführten Arbeiten bis zum 1. September 1966 auf seine Kosten auszuführen, mit Ausnahme der Doppelgarage. Der Verkäufer ist weiterhin verpflichtet, eine Bauwesenversicherung auf die Dauer von zwei Jahren abzuschließen und alle Rechte aus dieser Versicherung auf Verlangen an den Käufer abzutreten. Außerdem soll der Kläger den schadhaften Estrich im Wohnzimmer erneuern lassen.

Wenige Tage vor dem 26. Juli 1966 äußerte der Beklagte die Absicht, den am 1. August 1966 fälligen Betrag von 25 000 DM entgegen der Vereinbarung im Kaufvertrag nicht an den Kläger auszuzahlen, sondern auf ein Sperrkonto zu legen. Der Kläger teilte dem Beklagten mit Brief vom 26. Juli 1966 u.a. mit, daß er (Kläger) auf einer bedingungslosen Bezahlung der 25 000 DM bis 1. August 1966 bestehe. Gleichwohl zahlte der Beklagte am 2. August 1966 den Betrag von 25 000 DM mit der Bestimmung auf ein Sperrkonto ein, daß nur mit seiner Zustimmung darüber verfügt werden könne. Der Kläger hat einen Zahlungsbefehl über 25 000 DM nebst Zinsen erwirkt. Der Beklagte hat Widerspruch eingelegt. Der Kläger stornierte die bereits erteilten Handwerkeraufträge und nahm keine Ar-

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



beiten mehr vor. Der Beklagte ließ auf eigene Rechnung Bauarbeiten am Neubau ausführen und verfügte dabei über das auf dem Sperrkonto stehende Geld.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 25 000 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. August 1966 zu bezahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Hierzu hat er insbesondere vorgetragen: Ihm stehe ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Klagforderung zu. Es sei dem Kläger unmöglich gewesen, das Haus bis zum 1. September 1966 fertigzustellen. Der Kläger habe es auch abgelehnt, eine Bauwesenversicherung abzuschließen. Außerdem habe er fälschlicherweise zugesichert, die (auf-lagenwidrig) nicht mit einem Boden versehene Fäkalien-grube sei in Ordnung, und weiter den Auftrag erteilt, den Parkettboden auf den mangelhaften Estrich aufzu-bringen, ohne diesen, wie versprochen, zuvor zu erneuern. Da der Kläger mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug gekommen sei, sei er zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Der Beklagte hat mit seinen Gegenforderungen gegen-über dem Klaganspruch aufgerechnet und für den Fall, daß die Aufrechnung nicht für zulässig angesehen werde, Eventualwiderklage mit dem Antrag erhoben, den Kläger zu verurteilen, an den Beklagten 25 000 DM zu zahlen.

Der Kläger ist dem Vorbringen des Beklagten ent-gegengetreten.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger 23 333,90 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 1. August 1966 zu bezahlen, und die Klage im übrigen abgewiesen.

Dagegen hat sich der Beklagte mit der Berufung gewandt. Er hat sein Begehren auf Klagabweisung weiterverfolgt.

Beide Parteien haben ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Der Beklagte hat Revision eingelegt. Er hält seinen Antrag, die Klage ganz abzuweisen, aufrecht. Der Kläger bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Oberlandesgericht hat ausgeführt: Dem Beklagten stehe ein Schadensersatzanspruch gegen den Kläger nicht zu. Letzterer habe die Arbeiten am Haus einstellen dürfen, weil der Beklagte hinsichtlich seiner Schuld über 25 000 DM vorleistungspflichtig gewesen sei und sie am 1. August 1966 habe tilgen müssen. Als Rechtsgrundlage für ein Zurückbe-

haltungsrecht sei nur § 321 BGB in Betracht gekommen. Dessen Voraussetzungen hätten aber nicht vorgelegen.

Der Kläger habe sich zwar in einzelnen Punkten (Schadhaftigkeit des Estrichs, Fehlerhaftigkeit der Fäkaliengrube) nicht vertragsgemäß verhalten. Die darin zum Ausdruck gelangte Unkorrektheit des Klägers habe aber keinen "fundierten" Schluß darauf zugelassen, daß er nicht bereit gewesen sei, die von ihm im Kaufvertrag übernommenen Arbeiten ordnungsgemäß zu erbringen. Was die Fehlerhaftigkeit der Fäkaliengrube angehe, hätte der Beklagte nicht 25 000 DM zur Sicherheit einbehalten dürfen, zumal er gewußt habe, daß der Kläger zur Vergütung der restlichen Arbeiten auf den am 1. August 1966 fälligen Forderungsbetrag angewiesen war.

Die Weigerung des Beklagten, die Rate von 25 000 DM zu zahlen, lasse sich auch nicht damit rechtfertigen, daß der Kläger eine Bauwesenversicherung nicht abgeschlossen habe. Der Beklagte habe mit der entsprechenden Vereinbarung offenbar einen zweijährigen Versicherungsschutz zur Absicherung eines sich aus mangelhaften Arbeiten des Klägers ergebenden Risikos erstrebt. Dieser Zweck sei aber durch den Abschluß einer Bauwesenversicherung nicht zu erreichen gewesen. Seien beide Vertragspartner insoweit von einer falschen Vorstellung ausgegangen, könnte sich allenfalls die Frage stellen, ob infolge des Fehlens der Absicherung dem Beklagten ein Festhalten am Gesamtvertrag zuzumuten war. Der Beklagte selbst habe jedoch seine ihm nach Treu und Glauben ge-

setzte Opfergrenze dadurch nicht als berührt angesehen. Denn er habe auch noch dann auf der Durchführung des Vertrags bestanden, als er habe gewiß sein können, daß die Bauwesenversicherung nicht abgeschlossen wird. Habe er aber insoweit den Gesamtvertrag nicht als gefährdet angesehen, könne er deswegen auch kein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen.

Die vertragliche Nebenpflicht des Klägers, dem Beklagten den Baubescheid zu überlassen, habe sich allenfalls für die Zeit nach dem Abschluß der ihm (Kläger) vertraglich verbliebenen Fertigstellung des Hauses, aber nicht schon am 1. August 1966 ergeben.

Es sei dem - erfüllungsbereiten - Kläger am 1. August 1966 ferner nicht unmöglich gewesen, die Arbeiten am Haus termingerecht zu Ende zu bringen. Seine noch ausstehende Leistung sei auch nicht derart gefährdet gewesen, daß er sich nach Treu und Glauben darauf hätte einlassen müssen, jeweils nur Einzelbeträge mit des Beklagten Zustimmung vom Sperrkonto abheben zu dürfen. Sicherheit zu verlangen, sei der Beklagte um so weniger berechtigt gewesen, als der Kläger die ihm obliegenden Leistungen zum größten Teil bereits erbracht hatte und den restlichen Arbeiten noch später fällig werdende Zahlungen von 20 000 DM und 8 000 DM gegenüberstanden, deren Zurückbehaltung im Falle des Leistungsverzuges des Klägers dem Beklagten eine weitgehende Absicherung gebracht haben würde.

Die Aufwendungen für die von ihm selbst vorgenommenen Arbeiten könne der Beklagte weiterhin nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen. Die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage seien nicht gegeben. Eine ungerechtfertigte Bereicherung des Klägers liege nicht vor, weil er nicht durch die Selbstvornahme des Beklagten, sondern durch dessen vertragswidrige Zahlungsverweigerung von seinen Pflichten zur Fertigstellung des Hauses freigestellt wurde.

Soweit der Beklagte Ersatzansprüche wegen Mängeln der Stützmauer, des Filzbodens, der Flachdachisolierung und der Estrichböden zur Aufrechnung stelle, sei sein Verlangen nur begründet, soweit er dargetan habe, daß die Mängel Mehrkosten gegenüber den normalen Herstellungskosten verursacht haben. Im übrigen sei es unbegründet, da ein weitergehender Anspruch auf eine Herstellung hinausliefe, die der Kläger zu verweigern berechtigt sei. Was die Fäkaliengrube angehe, könne sich der Kläger nicht auf den im Vertrag vereinbarten Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen berufen, da er die Mängelfreiheit der Grube zugesichert hatte, obschon sie nicht wasserdicht war. Er sei daher verpflichtet, dem Beklagten die Aufwendungen für die Abdichtung zu ersetzen. Das Landgericht habe dem Beklagten Schadensersatz betreffend Fäkaliengrube, Estrich und Flachdachisolierung im Gesamtbetrag von 1 666,10 DM zuerkannt. Für das Zerschlagen und Einebnen der eingefallenen Stützmauer, die Beseitigung der mangelhaften Flachdachisolierung, die Entfernung der Filzbeläge und des Estrichs in drei Räumen sowie für das Herstellen eines wasserdichten Gruben-

bodens von 5 - 6 qm einschließlich der 170,15 DM Gutachterkosten komme das Berufungsgericht im Wege der Schätzung auf denselben Betrag.

II.

Hiergegen bringt die Revision vor:

A) 1. Die Vorleistung sei entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für den Beklagten unzumutbar geworden. Der Berufungsrichter habe den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten nicht beachtet, schon vor der Leistungsverweigerung des Beklagten am 1. August 1966 habe der Kläger Aufträge (an Handwerker) storniert und sei wiederholt zu angesetzten Handwerkerbesprechungen nicht erschienen, so daß mit den Arbeiten nicht habe begonnen werden können.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Der Kläger hat den vorstehend erwähnten Vortrag des Beklagten substantiiert bestritten. Der Berufungsrichter durfte die unter Beweis gestellte Behauptung des Beklagten (Stornierung von Aufträgen) für unerheblich erachten, weil sie nicht erkennen läßt, welche Aufträge storniert wurden, an welchen Tagen und aus welchem Anlaß dies geschah. Eine entsprechende Würdigung konnte der Tatrichter der weiteren Behauptung des Beklagten zuteil werden lassen, der Kläger sei wiederholt zu Handwerkerbesprechungen nicht erschienen.

2. Weiterhin beanstandet die Revision unter Hinweis auf den gegenteiligen Vortrag des Beklagten die Annahme des Berufungsgerichts, die Fertigstellung bis zum 1. September 1966 sei dem Kläger nicht unmöglich gewesen.

Der Angriff dringt nicht durch.

Die bloße Behauptung des Beklagten, am 1. August 1966 habe "festgestanden", daß der Kläger seine Herstellerpflicht nicht rechtzeitig würde erfüllen können, die termingerechte Fertigstellung sei unmöglich gewesen, durfte der Berufsrichter als unsubstantiiert betrachten. Seine unter Berücksichtigung aller Umstände getroffene Würdigung, bei intensiver Arbeit der beteiligten Firmen sei eine fristgerechte Fertigstellung bis 1. September 1966 möglich gewesen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

3. Die Revision bringt ferner vor, das Oberlandesgericht hätte angesichts des gemeinsamen Irrtums der Vertragspartner über den Deckungsschutz der Bauwesenversicherung im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu der Feststellung gelangen müssen, daß der Beklagte wenigstens den "üblichen Sicherheitseinbehalt" habe machen dürfen.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Der Berufsrichter hat festgestellt, daß sich beide Parteien über die Bedeutung der Bauwesenversicherung geirrt haben, und bei dieser Sachlage die

Grundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) angewandt. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. BGHZ 25, 391, 392 f). Hierzu hat der Tatrichter erwogen, daß einer Störung der Geschäftsgrundlage rechtliche Bedeutung nur zukommt, wenn das Festhalten am Vertrag - vorliegendenfalls insbesondere an der Zahlungsvereinbarung (§ 4) - gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß der Kläger den Gesamtvertrag trotz des Wegfalls der Bauwesenversicherung nicht als gefährdet angesehen hat, und dabei ersichtlich mit berücksichtigt, daß die dem Kläger obliegenden Leistungen zum größten Teil bereits erbracht waren, daß der Kläger zur Ausführung der noch ausstehenden, vom Beklagten geforderten Arbeiten auf den Empfang der Rate von 25 000 DM angewiesen war und daß dem Beklagten § 4 b des Vertrags eine "weitgehende Absicherung" bot, da die Kaufpreisrate von 20 000 DM nicht fällig wurde, sofern die vom Kläger vorzunehmenden Arbeiten nicht "ordnungsgemäß" fertiggestellt wurden. Wenn der Berufungsrichter unter diesen Umständen eine Anpassung des Vertrags in der Richtung ablehnte, dem Beklagten das Recht zuzubilligen, die Rate von 25 000 DM zurückzubehalten, so tritt darin ein Rechtsirrtum nicht zutage.

B) 1. Die Revision bringt weiterhin vor, das Oberlandesgericht habe verkannt, daß der Vertrag der Parteien die Elemente eines Werk- oder (echten) Werklieferungsvertrags (§§ 631, 651 BGB) enthalte. Darin daß der Beklagte die Arbeiten selbst habe ausführen lassen und in der Klagerwiderung erklärt habe, ihm

bleibe nichts anderes übrig, "als nunmehr die Arbeiten in eigener Regie durchzuführen", liege eine Kündigung nach § 649 BGB. Selbst wenn der Beklagte keinen Kündigungsgrund gehabt habe, behalte der Kläger zwar den Vergütungsanspruch, er müsse sich aber das anrechnen lassen, was er infolge Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart habe (§ 649 Satz 2 BGB).

Die Rüge hat Erfolg.

Wie die Ausführungen über die Mängelansprüche des Beklagten (Blatt 22 des Berufungsurteils) ergeben, ist mit dem Landgericht auch der Berufungsrichter der Meinung, daß der Vertrag vom 28. Juni 1966 Elemente eines Werkvertrages enthält (vgl. Palandt, BGB 31. Aufl. Einf. 3 vor § 631, § 651 Anm. 1 a), da sich der Kläger zum Verkauf des Grundstücks und weiterhin verpflichtete, das noch nicht fertiggestellte Wohnhaus bis zum 1. September 1966 bezugsfertig herzurichten (§ 5 des Vertrags). Der Revision ist zuzugeben, daß sich infolgedessen die Prüfung aufdrängte, ob nach dem mutmaßlichen Parteiwillen § 649 BGB anwendbar ist (vgl. BAG NJW 1969, 1192; Larenz, Schuldrecht II. Bd., 10. Aufl. S. 327 ff, Palandt aaO § 305 Anm. 6). Darin, daß der Beklagte nach vorheriger Ankündigung in der Klageerwiderung die dem Kläger obliegenden Leistungen selbst ausführen ließ, kann die Erklärung einer Kündigung liegen (vgl. BGH WM 1968, 847). Das hat der Tatrichter verkannt. Die Kündigung könnte zur Folge haben, daß der Kläger zwar den Vergütungsanspruch behält, sich jedoch nach § 649 Satz 2 BGB dasjenige anrechnen lassen muß, was er infolge der Auf-

hebung des Vertrags an Aufwendungen erspart hat. Zum gleichen Ergebnis könnte den Tatrichter bei Ablehnung des § 649 BGB die Selbstvornahme der Arbeiten durch den Beklagten dann führen, wenn dadurch die dem Kläger obliegende Leistung aus dem Verschulden des Beklagten unmöglich geworden wäre (§ 324 BGB; vgl. Gursky, NJW 1971, 782, 785).

Diesen Erwägungen wird auch nicht durch den Hinweis der Revisionsbeantwortung der Boden entzogen, daß die Rate von 25 000 DM als Kaufpreis für das Grundstück und den bereits geschaffenen Rohbau, der am 1. September 1966 fällige Betrag von 20 000 DM hingegen als Vergütung der ausstehenden Arbeiten bestimmt gewesen sei. In dieser Weise hat zwar das Landgericht § 4 des Vertrags vom 28. Juni 1966 ausgelegt. Der Beklagte hat diese Würdigung in der Berufungsbegründung aber angegriffen. Das Oberlandesgericht ist dem Landgericht, wie die Ausführungen Blatt 14 des Berufungsurteils ergeben, ersichtlich nicht gefolgt. Jedenfalls fehlt es insoweit an einer den Standpunkt der Revisionsbeantwortung stützenden tatrichterlichen Feststellung. Entgegen der in der Revisionsbeantwortung vertretenen Ansicht ist aus der Bemerkung des Berufungsrichters (Blatt 13 des Berufungsurteils), erst zum 1. September 1966 sei der "entsprechende Anspruch des Beklagten" fällig geworden, nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

Hiernach trägt die Begründung des Oberlandesgerichts nicht die Verurteilung des Beklagten, 23 333,90 DM an den Kläger zu zahlen. Unter diesen Umständen bedarf

es keiner Erörterung des weiteren Vorbringens in der Revisionsbegründung, das Berufungsgericht habe eine ungerechtfertigte Bereicherung des Klägers nicht mit der Begründung verneinen dürfen, der Kläger sei durch "vertragswidrige Zahlungsverweigerung" von seinen Pflichten zur Fertigstellung des Hauses freigestellt worden.

2. Schließlich beanstandet die Revision die Schätzung hinsichtlich der Mängelansprüche und des Schadensersatzanspruchs.

Die Rüge hat teilweise Erfolg.

Das Berufungsgericht leitet die Mängelansprüche aus den Vorschriften "über die ungerechtfertigte Bereicherung bzw. der Geschäftsführung ohne Auftrag her". Dabei übersieht das Oberlandesgericht aber, daß ein Anspruch des Bestellers auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln auch nicht auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden kann, wenn er nach Werkvertragsrecht (§ 633 Abs. 3 BGB) nicht begründet ist. Die Regelung des Werkvertragsrechts stellt den rechtlichen Grund für den Rechtsverlust des Bestellers dar, der selbst zur Mängelbeseitigung geschritten ist, ohne vorher den Unternehmer in Verzug zu setzen. In aller Regel läßt sich auch nicht sagen, daß die voreilige Beseitigung des Mangels durch den Besteller selbst dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht (vgl.

BGH NJW 1968, 43). Da hiernach das Vorbringen des Beklagten zur Begründung seiner Ersatzansprüche wegen der Mängel nicht schlüssig ist, gehen die Angriffe der Revision auf die Schätzung des Berufungsgerichts insoweit ins Leere.

Anders verhält es sich hinsichtlich des Schadensersatzes für die mangelhafte Abdichtung der Fäkaliengrube, die in der besonderen Vereinbarung (Anlage zum Kaufvertrag) nicht aufgeführt ist. Der Beklagte hat unter Beweisantritt die Aufwendungen für die Grube mit mindestens 1 800 DM beziffert. Diesen Beweisantrag hat der Berufungsrichter nicht gewürdigt, insbesondere seine Ablehnung nicht begründet (vgl. Putzo, ZPO 5. Aufl. § 287 Anm. 3 b). Daß der Beklagte seiner Berechnung nicht die Preise "im Herbst 1966" zugrundegelegt hat, die das Oberlandesgericht für maßgeblich hält, ist vom Tatrichter nicht festgestellt. § 287 ZPO ist insoweit verletzt.

III.

Das angefochtene Urteil muß nach den vorstehenden Ausführungen zu II B aufgehoben werden. Da die Sache weiterer Aufklärung bedarf, muß sie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Ihm wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Hill

Offterdinger

Dr. Grell