



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 160/01

Verkündet am:
29. Juli 2003
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Scharen, Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und den Richter Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 18. Juli 2001 verkündete Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Insoweit wird der Rechtsstreit zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von dem beklagten Landkreis im Wege einer Teilklage Schadensersatz. Er ist in der Berufungsinstanz an die Stelle der ursprünglichen Klägerin getreten, nämlich der G. GmbH & Co. KG, vertreten durch die G. GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer G., den jetzigen Kläger.

Der Beklagte erwarb mit Vertrag vom 26. September 1988 von der M. GmbH & Co. KG eine ausgebeutete Fläche einer Tongrube, auf der er eine Abfallentsorgungsanlage für Erdaushub und Bauschutt errichten wollte. Auf der verbleibenden Fläche sollte weiterhin Ton abgebaut werden. Nachdem das H. Oberbergamt dem Beklagten die zur Errichtung einer solchen Anlage erforderliche Genehmigung erteilt hatte, übertrug der Beklagte mit Vertrag vom 19./22. Dezember 1989 den Betrieb der Anlage auf eine Bietergemeinschaft, an der u.a. die frühere Klägerin beteiligt war. An die Stelle der Bietergemeinschaft trat die von dieser Bietergemeinschaft gegründete R. GmbH in den Vertrag ein, die ihre Ansprüche wiederum später auf die frühere Klägerin übertrug. In dem Vertrag vom 19./22. Dezember 1989 wurde Bezug genommen auf die Ausschreibungsunterlagen. In diesen Unterlagen war eine Vertragsdauer von acht Jahren vorgesehen. Die anzubietenden Preise sollten für die Jahre 1990/91 gelten und danach erhöht werden. Es wurden ferner Mindestmengen Erdaushub und Bauschutt genannt, von denen "auszugehen" sei.

Durch gesonderten Vertrag beauftragte der Beklagte die R. GmbH ferner mit der Errichtung eines 200 m langen Trenndamms zwischen der Deponie und dem Tonabbaugelände; die Errichtung dieses Damms hatte der Beklagte in seinem Vertrag mit der M. GmbH & Co. KG zur Sicherung der verbleibenden Tonabbauf Flächen vor dem auf der Deponiefläche gelagerten Material übernommen.

Auf Antrag der R. GmbH erteilte das H. Oberbergamt am 1. Februar 1991 die Genehmigung zur vorübergehenden Zwischenlagerung

von ca. 20.000 t unbelasteten Bauschutts zum Zwecke der Aufarbeitung und Verwendung als Dammbaumaterial.

Im August 1992 brach der in der Zwischenzeit von der R. GmbH errichtete Damm auf einer Länge von ca. 100 m. Die Ursachen sind zwischen den Parteien streitig. Es wurde ein Beweissicherungsverfahren durchgeführt, in dem ein Sachverständiger ein Gutachten erstattet hat. Nach dem Dammbbruch untersagte das Bergamt W. bis auf weiteres die Ablagerung von Erdaushub. Eine Reparatur des Dammes ist nicht erfolgt.

Im November 1992 erteilte das H. Oberbergamt auf Antrag der R. GmbH die endgültige Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Anlage zum Brechen und Klassieren von natürlichem und künstlichem Gestein einschließlich Abbruchmaterial. Da die Recyclinganlage vor der vollständigen Fertigstellung bereits betrieben werden sollte, fand im Dezember 1992 eine Zwischenabnahme der Anlage statt. In dem Protokoll über die Zwischenabnahme setzte das Bergamt W. eine Frist zur Aufarbeitung der vorhandenen größeren Mengen Bauschutts und zur Fertigstellung der Flächenbefestigung bis zum 1. Juli 1993.

Mit Bescheid vom 18. Juni 1993 untersagte das Bergamt W. dem Beklagten, ab dem 1. Juli 1993 Bauschuttmaterial anzunehmen und zwischenzulagern, da die Grenze der vorgesehenen und genehmigten Lagerflächen bereits überschritten sei. Das Bauschuttzwischenlager war zu diesem Zeitpunkt auf über 25.000 t angewachsen. Der R. GmbH wurde in dem Bescheid aufgegeben, schnellstmöglich für den Abbau der vorhandenen Bauschutthalde zu sorgen.

Im Anschluß kam es zu Gesprächen zwischen dem Beklagten und der R. GmbH, deren Inhalt streitig ist. Im Verlauf dieser Gespräche verlangte unstreitig der Beklagte von der R. GmbH die Befestigung der vorgesehenen Lagerflächen, was diese u.a. im Hinblick auf den fehlenden Damm verweigerte. Schließlich setzte der Beklagte der R. GmbH mit Schreiben vom 28. Oktober 1993 eine Frist bis zum 3. November 1993 zur Befestigung der Zwischenlagerfläche mittels Asphaltierung und drohte für den Fall des erfolglosen Fristablaufs die Ersatzvornahme an. Die R. GmbH kam der Aufforderung nicht nach. Der Beklagte erklärte daraufhin am 10. November 1993 die fristlose Kündigung des Vertrages. Die R. GmbH hatte jedenfalls zu diesem Zeitpunkt die Fläche für angelieferten und aufzuarbeitenden Bauschutt mit einem Unterbau versehen und auf einer Fläche von 15 x 70 m geräumt. Sie widersprach der Kündigung. Daraufhin verlangte der Beklagte von der R. GmbH unter Androhung einer Ersatzvornahme die Entfernung von Bauschutt vom Deponiegelände. Der Beklagte beauftragte schließlich Drittfirmen unter anderem mit Abdichtungsarbeiten sowie der Aufarbeitung, dem Transport und dem Aufhalten von Bauschutt. Im weiteren Verlauf stellte der Beklagte den Deponiebetrieb auf dem Gelände ein und betreibt dort seit mehreren Jahren eine Kompostieranlage.

Mit der von der früheren Klägerin erhobenen Klage machte diese geltend, der Beklagte sei zur fristlosen Kündigung des Vertrages nicht berechtigt gewesen. Der R. GmbH sei dadurch ein Schaden entstanden, daß die mit dem Beklagten vereinbarten Mindestmengen von Erdaushub und Bauschutt nicht eingehalten worden seien. Dieser belaufe sich auf mindestens insgesamt 5.182.200,21 DM. Sie machte mit ihrer Klage hiervon einen Teilbetrag geltend,

den sie nacheinander auf eine unstreitige Restforderung von 45.410,18 DM und auf jahresbezogen bezifferte Schadensersatzforderungen für die Jahre 1991-1997 stützte. Außerdem sei ihr durch das Abrutschen des Damms weiterer Schaden entstanden; das Abrutschen sei auf Mängel in der Bauleitung und Bauplanung, die unstreitig dem Beklagten oblegen hat, zurückzuführen.

Der Beklagte rechnete auf mit den Aufwendungen, die er für die Ersatzvornahme durch Drittfirmen gehabt habe. Er begründete ferner die Aufrechnung auch damit, daß die R. GmbH nach dem Ergebnis des im Beweissicherungsverfahren eingeholten Sachverständigengutachtens jedenfalls zu 20 % mitverantwortlich für den Dambruch sei und deshalb auch anteilig die Sanierungskosten zu tragen habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat die frühere Klägerin Berufung eingelegt; eine Begründung des Rechtsmittels ist nach mehrfacher Fristverlängerung am Tag des Fristablaufs beim Berufungsgericht eingegangen. Eingang der Berufungsbegründung hat die frühere Klägerin um Berichtigung des Rubrums dahingehend gebeten, daß Kläger nunmehr der jetzige Kläger sei, dem die frühere Klägerin die streitgegenständlichen Forderungen übertragen habe, als der jetzige Kläger ihr seine Geschäftsanteile verkauft habe. Es wurde eine notarielle Urkunde vorgelegt, aus der sich ergibt, daß sich die frühere Klägerin im Hinblick auf die erfolgte Abtretung verpflichtet hat, unter anderem in dem hier vorliegenden Rechtsstreit einen Parteiwechsel durch Zustimmung des Beklagten herbeizuführen.

Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert. Es hat ein Grundurteil erlassen, wonach die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist,

für den Zeitraum vom 1. September 1992 bis zum 31. August 1993 jedoch nur in Höhe von 80 %.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er die Aufhebung des Berufungsurteils anstrebt, soweit zu seinem Nachteil entschieden worden ist, sowie die Verwerfung der Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil als unzulässig, jedenfalls die Zurückweisung der Berufung als unbegründet.

Der Kläger ist dem Rechtsmittel entgegengetreten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist, und in diesem Umfang zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Die Rügen der Revision gegen die Zulässigkeit der Berufung greifen nicht. Das Berufungsgericht hat eingangs seiner Entscheidungsgründe ausgeführt, die Berufung des Klägers, der im Wege des vom Beklagten nicht gerügten Parteiwechsels auf der Klägerseite erst im zweiten Rechtszug in den Rechtsstreit eingetreten sei, sei zulässig. Die Revision nimmt ausdrücklich hin, daß das Berufungsgericht den Parteiwechsel für zulässig gehalten hat, sie rügt jedoch, daß die Berufung der ursprünglichen Klägerin von dieser nicht begründet worden sei. Die Berufung des jetzigen Klägers setze aber eine zulässige

- also auch ordnungsgemäß begründete - Berufung der früheren Klägerin voraus.

Die Revision bezieht sich dabei auf den Beschluß des VIII. Senats des Bundesgerichtshofs vom 21. September 1994 (NJW 1994, 3358). In diesem Beschluß hat der VIII. Senat ausgeführt, die Berufung der dortigen Klägerin zu 2 sei unzulässig, denn der Parteiwechsel in zweiter Instanz setze eine zulässige Berufung voraus. Die Berufung des dortigen Klägers zu 1 sei aber schon deswegen unzulässig, weil dieser die Berufung nicht fristgerecht begründet habe.

Diese Ausgangssituation liegt hier nicht vor, denn die frühere Klägerin hat die Berufung ordnungsgemäß begründet. Eingangs der form- und fristgerecht eingereichten Berufungsbegründung werden "für die Klägerin und Berufungsklägerin" Anträge gestellt, die im weiteren begründet werden. Die Begründung wird eingeleitet mit dem Satz: "Die Klägerin wendet sich mit dieser Berufung gegen das angegriffene Urteil in allen Punkten, ausgenommen nur ein geringer Zinsanteil.". Danach ist hier nicht in Zweifel zu ziehen, daß die Berufung von der früheren Klägerin begründet worden ist. Diese hat allerdings zugleich auch darum gebeten, das "Rubrum zu ändern", weil sie die streitgegenständliche Forderung an den jetzigen Kläger abgetreten habe. Der damit angestrebte Parteiwechsel, den das Berufungsgericht - insoweit von der Revision ausdrücklich nicht angegriffen - zu Recht für zulässig gehalten hat, hatte dann aber auf die Zulässigkeit der Berufung keinen Einfluß mehr.

II. 1. Die Revision hält den Erlaß des Grundurteils schon deshalb für unzulässig, weil der Kläger die von ihm geltend gemachte Forderung nicht

schlüssig dargelegt habe. Der Vortrag zu den ersparten Aufwendungen sei unsubstantiiert, zu einem anderweitigen Erwerb fehle jeder Sachvortrag. Es sei deshalb nicht die Annahme gerechtfertigt, daß sich mit hoher Wahrscheinlichkeit im Betragsverfahren ein Anspruch des Klägers ergeben werde.

2. Ein Grundurteil darf nur ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, alle Fragen, die zum Grund es Anspruchs gehören, erledigt sind, und nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, daß der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (BGH, Urt. v. 02.10.2000 - II ZR 21/99, NJW 2001, 224, 225 m. Hinw. auf die st. Rspr.). Diese Voraussetzungen erfüllt das Berufungsurteil nicht. Es klärt die Ansprüche des Klägers, die lediglich einen Teil der insgesamt behaupteten Forderung betreffen, nicht und läßt damit den Umfang der getroffenen Entscheidung nicht erkennen; damit erweist es sich insoweit mangels hinreichender Bestimmtheit der getroffenen Feststellungen als unzulässig (vgl. BGHZ 108, 256, 260). Es läßt sich ihm nicht entnehmen, welche Ansprüche dem Kläger dem Grunde nach zustehen, die das Landgericht der Höhe nach beurteilen soll. Das Berufungsurteil stellt damit keine tragfähige Grundlage dar für eine Beurteilung der Anspruchshöhe durch das Landgericht.

a) Für den Zeitraum von 1991 bis zur Kündigung des Vertrages am 10. November 1993 hat das Berufungsgericht dem Urteilstenor nach offenbar nicht nur die unstreitige Forderung für berechtigt gehalten. Insoweit hat es jedoch angenommen, daß nur die tatsächlich abgelieferten Erdaushub- und Bau-schuttmengen für die zu zahlende Vergütung maßgeblich seien, denn der Beklagte habe die Abnahme der im Vertrag genannten Mindestmengen nicht garantiert (BU 29). Die tatsächlich erbrachten Leistungen sind aber nach den

Feststellungen des Berufungsgerichts von der früheren Klägerin abgerechnet und belaufen sich unstreitig auf 45.410,18 DM. Feststellungen dazu, daß die R. GmbH weitere Leistungen erbracht habe, die noch nicht abgerechnet worden sind, hat das Berufungsgericht bisher nicht getroffen, so daß insoweit für einen weiteren Zahlungsanspruch, der diesen Zeitraum betrifft, kein Raum mehr verbleibt. Insoweit wäre das Berufungsgericht auch nicht an einer - teilweisen - Entscheidung zur Höhe gehindert gewesen, denn dieser Betrag ist unstreitig.

Allerdings macht der Kläger auch nicht nur diese Forderung geltend, sondern beansprucht vor allem die Differenz zwischen den erwarteten Umsätzen aufgrund der in den Angebotsunterlagen genannten Mengen und den tatsächlichen Umsätzen aufgrund der angelieferten Mengen unter Abzug ersparter Aufwendungen. Zu der Begründetheit solcher Ansprüche verhalten sich die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils indessen überhaupt nicht, soweit es um den Zeitraum vor dem 1. September 1992 geht. Das Berufungsgericht nimmt vielmehr an, daß ein Anspruch aus § 324 BGB a.F. (erst) ab diesem Zeitpunkt bestehe, weil dem Beklagten die Erfüllung einer von ihm zu erbringenden Mitwirkungspflicht dadurch unmöglich geworden sei, daß er der R. GmbH seit dem 1. September 1992 das Deponiegelände nicht mehr habe zur Verfügung stellen können, nachdem das Bergamt W. die weitere Ablagerung von Erdaushubmaterial untersagt habe. Hinsichtlich der Abnahme von Bauschutt habe der Beklagte nach der Untersagungsverfügung des Bergamts W. vom 18. Juni 1993 seiner Mitwirkungspflicht nicht mehr nachkommen können. Über Vergütungsansprüche vor diesen genannten Zeitpunkten enthalten die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils keinerlei Aussage, insbesondere läßt sich nicht erkennen, ob nach der Beurteilung des Berufungsge-

richts überhaupt insoweit der Höhe nach vom Landgericht zu beurteilende Ansprüche bestehen sollen, wie der Tenor des Berufungsurteils dies jedoch voraussetzt.

b) Das Berufungsgericht hat allerdings angenommen, der Beklagte schulde neben der vereinbarten Vergütung dem Kläger Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsschluß wegen fehlerhafter Ausschreibung. Im Rahmen der hier anzunehmenden beschränkten Vergabe im Sinne von § 9 VOB/A bzw. nach § 8 Nr. 2 VOL in der damals gültigen Fassung vom 12. August 1984 habe der Auftraggeber alle die einwandfreie Preisermittlung beeinflussenden Umstände feststellen und sie in den Bedingungsunterlagen angeben müssen. Er sei auch zur richtigen Angabe dieser Umstände verpflichtet gewesen. Die Vorschrift solle nämlich gewährleisten, daß aufgrund der Ausschreibung des Auftraggebers alle Bieter von gleichen und zutreffenden Angebotsbedingungen ausgingen. Eine Verletzung dieser Beschreibungspflicht könne eine Haftung des öffentlichen Auftraggebers aus Verschulden bei Vertragsschluß nach sich ziehen, wenn der Auftraggeber in der Ausschreibung unrichtige Angaben mache oder ihm bekannte erhebliche Umstände verschweige. Der Beklagte habe in seinen Ausschreibungsunterlagen zu hohe und damit unzutreffende Mindestmengen angegeben. Diese Mengen seien hinsichtlich des Bauschutts zu keiner Zeit und hinsichtlich des Erdaushubs nur in der Anfangszeit erreicht worden. Der Schadensersatzanspruch des Klägers führe dazu, daß dieser so zu stellen sei, wie die R. GmbH gestanden hätte, hätte der Beklagte die zutreffenden Abfallmengen für Bauschutt vor Vertragsabschluß angegeben.

Insoweit rügt die Revision zu Recht, daß die Feststellungen des Berufungsgerichts einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Ausschreibung nicht tragen.

Unabhängig von der Frage, ob dem rechtlichen Ansatz des Berufungsgerichts zur Bindung des Beklagten an die hier in Rede stehenden Angaben in den Ausschreibungsunterlagen zu folgen ist, käme ein solcher Anspruch, wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen ist, nur in Betracht, wenn die Angaben fehlerhaft gewesen wären. Das Berufungsgericht hat dies allein daraus geschlossen, daß die angegebenen Mindestmengen für unbelasteten Bauschutt zu keiner Zeit und für Erdaushub in der Anfangszeit nicht erreicht worden seien. Daß dem Beklagten Fehler bei der Ausschreibung unterlaufen sind, folgt jedoch nicht ohne weiteres daraus, daß die Mindestmengen tatsächlich nicht oder nicht über den gesamten Zeitraum erreicht wurden. Wollte man überhaupt eine Bindung des Beklagten an die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen bejahen, so wären weitere Feststellungen zur Fehlerhaftigkeit dieser Angaben und dazu erforderlich, daß der Beklagte die Fehlerhaftigkeit zu vertreten hat. Dies gilt insbesondere, soweit das Berufungsgericht diesen Schadensersatzanspruch offenbar auch für die Zeit nach dem Dambruch für begründet hält. Daß in diesem Zeitraum nicht so viel Bauschutt und Erdaushub angeliefert wurde und werden konnte, wie erwartet, liegt nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht oder jedenfalls nicht nur daran, daß der Beklagte sich bei der Ausschreibung geirrt hätte, sondern an der weiteren Entwicklung, die den geplanten Verlauf durchkreuzt hat, insbesondere an dem Dambruch und den damit in Zusammenhang stehenden behördlichen Verfügungen. Wollte man auch für diesen Fall eine Bindung des Beklagten an die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen bejahen, so wären weitere

Feststellungen dazu notwendig, daß der Beklagte diese Entwicklung, die letztlich dazu geführt hat, daß der Vertrag vorzeitig nicht mehr praktiziert wurde, allein zu vertreten hatte.

c) Nach alledem tragen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts seine Würdigung nicht, in dem hier in Rede stehenden Zeitraum seien noch Forderungen aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnis - außer der unstreitigen Forderung - offen. Insoweit wird das Berufungsgericht daher erneut zu prüfen haben, ob und für welchen Zeitraum vom Kläger geltend gemachte Ansprüche bestehen. Stünde dem Kläger nur ein Anspruch auf Zahlung der unstreitigen Restforderung zu, so könnte diese bereits durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung (dazu unten IV.) erloschen sein. Die Klage wäre dann - soweit es um Ansprüche des Klägers geht, die den Zeitraum vor dem Ausspruch der Kündigung betreffen - nicht begründet, ohne daß es auf die Frage eines Mitverschuldens der R. GmbH am Bruch des Damms ankäme.

III. Für den Zeitraum nach Ausspruch der Kündigung durch den Beklagten bis Ende 1997 hat das Berufungsgericht einen Fortbestand des Vergütungsanspruchs bejaht, weil die fristlose Kündigung unwirksam gewesen sei. Der Vorwurf des Beklagten, die R. GmbH habe die ihr obliegende Verpflichtung zur Befestigung der vom Beklagten als Zwischenlagerfläche bezeichneten Anlieferungsfläche zur Aufnahme unbearbeiteten Bauschutts nicht erfüllt, trage eine fristlose Kündigung nicht. Zwar habe nach dem Vertrag vom 19./22. Dezember 1989 die R. GmbH die Pflicht gehabt, die Anlieferungsflächen zu befestigen. Die Aufbringung der dazu erforderlichen Mittel sei ihr aber nicht zumutbar gewesen, als der Beklagte von ihr die Befestigung verlangt und ihr dazu eine Frist bis zum 3. November 1993 gesetzt und am 10. Novem-

ber 1993 gestützt auf den erfolglosen Fristablauf gekündigt habe. Zu dieser Zeit habe die R. GmbH nicht davon ausgehen können, daß der Beklagte den Vertrag vom 19./22. Dezember 1989 fortführen und sich seinerseits vertragstreu verhalten werde. Voraussetzung für die Abnahme der aus Erdaushub- und Bauschuttdeponie bestehenden Abfallentsorgungsanlage sei die Fertigstellung des Trenndamms zwischen Deponie- und Tagebaubereich gewesen, wie sie dem Beklagten im Rahmen der Planung der Deponie vorgegeben gewesen sei. Der Trenndamm sei gebrochen gewesen, seine Sanierung zum Zeitpunkt der Kündigung nicht gesichert. Der Beklagte habe sich nicht dazu entschließen können, den Damm zu sanieren, obwohl ihm bekannt gewesen sei, daß das im August 1992 nach dem Dambruch verfügte Verbot, weiteren Erdaushub in der Deponie abzuladen, die R. GmbH um erhebliche Einnahmen gebracht habe. Auf wiederholte Fragen der R. GmbH habe sich der Beklagte nicht zur Fortführung der Deponie geäußert. Er habe sich geweigert, über eine kombinierte Preisklausel für die Lohn- und Materialeinsätze zu verhandeln.

Auf die Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe damit die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich einer nachträglichen Vertragsänderung verkannt, kommt es nicht an. Das Berufungsgericht ist bei seinen Feststellungen nicht davon ausgegangen, daß die Parteien nachträglich ihre vertraglichen Beziehungen geändert hätten. Es hat vielmehr angenommen, die R. GmbH sei im Zeitpunkt der Fristsetzung und Kündigung nicht verpflichtet gewesen, entsprechende Investitionen vorzunehmen, weil die Fortführung des Vertrages unsicher gewesen sei.

Diese Würdigung des Berufungsgerichts greift indessen zu kurz. Das Berufungsgericht hat nur die unklare Situation berücksichtigt, die nach dem Bruch des Trenndamms entstanden war, und diese dem Beklagten angelastet. Es hat nicht in Betracht gezogen, daß nicht erst diese unklare Situation das Vertragsverhältnis gestört hat, sondern daß bereits der Bruch des Trenndamms Einfluß auf die Geschäftsgrundlage des Vertrages gehabt haben könnte, mit der Folge, daß der Vertrag der geänderten Geschäftsgrundlage anzupassen gewesen wäre. Dies könnte zur Folge haben, daß zwar die R. GmbH die Befestigung der als vom Beklagten als Zwischenlagerfläche bezeichneten Anlieferungsfläche verweigern konnte, der Beklagte seinerseits sich jedoch möglicherweise vorzeitig, wenn auch nicht fristlos, aus dem Vertragsverhältnis lösen konnte, weil ein Festhalten an dem Vertrag für die gesamte vorgesehene Laufzeit dem Beklagten unter den geänderten Verhältnissen, unter denen die R. GmbH die Erfüllung ihrer vertraglich übernommenen Verpflichtungen verweigern durfte, nicht zuzumuten war. Diese Frage wird sich nur aufgrund einer umfassenden tatrichterlichen Würdigung aller Umstände beantworten lassen. Dabei werden nicht nur die bisher vom Berufungsgericht herangezogenen Erwägungen maßgeblich sein. Insbesondere wird es darauf ankommen, welche Seite in welchem Maße für den Bruch des Trenndamms verantwortlich ist. Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht bisher nur im Rahmen der Erörterungen zum Mitverschulden getroffen, das sich der Kläger auf seine Vergütungs- oder Schadensersatzansprüche entgegenhalten lassen muß. Diese Feststellungen lassen sich aber nicht ohne weiteres übertragen auf die Prüfung der jeweiligen Verantwortung beider Seiten dafür, daß der Vertrag nicht mehr weiter durchgeführt worden ist.

IV. Wenn nach alldem feststeht, daß dem Kläger Ansprüche zustehen, wird das Berufungsgericht auch über die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Forderungen zu entscheiden haben. Auch soweit das Berufungsgericht die Berechtigung dieser Forderungen in seinem Grundurteil verneint hat, hält dies rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Ersatz der Kosten, die dem Beklagten durch die Einschaltung dritter Unternehmer für die Aufarbeitung des gelagerten Bauschutts, die Befestigung der Ablieferungsfläche, die Fertigstellung des Sichtschutzdamms sowie die Zurverfügungstellung eines Starkstromanschlusses entstanden seien, könne der Beklagte von der R. GmbH nicht im Wege der Aufrechnung mit Ansprüchen gemäß § 633 Abs. 3, 635 BGB a.F. geltend machen. Es handele sich hierbei nämlich um Aufwendungen für die Durchführung von Arbeiten, die der R. GmbH in Auftrag gegeben worden seien und die sie infolge der Kündigung des Vertrages nicht mehr habe ausführen können. Solche Kosten seien aber im Rahmen ersparter Aufwendungen des gekündigten Unternehmers zu berücksichtigen.

Dabei hat das Berufungsgericht übersehen, daß die R. GmbH nach den bisher getroffenen Feststellungen diese Leistungen nach dem Vertrag schuldete und nicht erbracht hat. Es handelte sich also nicht um Leistungen, die infolge der Kündigung nicht mehr erbracht werden konnten, sondern um solche, mit deren Erfüllung sich die R. GmbH möglicherweise deshalb in Verzug befand, weil sie diese trotz Mahnung des Beklagten nicht erbracht hat. Hat sich an ihrer vertraglichen Verpflichtung - auch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage - nichts geändert, so könnte deshalb

dem Beklagten ein Anspruch auf Ersatz der Kosten zustehen, die er aufbringen mußte, um die geschuldeten Leistungen durch Dritte ausführen zu lassen.

2. Soweit der Beklagte die Aufrechnung mit einem Teilbetrag der vom Sachverständigen veranschlagten Kosten für die Dammsanierung erklärt hat, hat das Berufungsgericht den Standpunkt eingenommen, auch ein solcher Anspruch stehe dem Beklagten nicht zu. Zwar seien der R. GmbH Fehler bei der Ausführung des Damms unterlaufen. Der Beklagte habe jedoch in den fast neun Jahren seit dem Bruch des Damms keinerlei Anstalten gemacht, diesen reparieren zu lassen. Eine Verpflichtung der M. GmbH & Co. KG gegenüber bestehe nicht mehr, nachdem der Beklagte das Grundstück käuflich erworben habe. Ein Anspruch auf Vorschußleistung für die anteiligen Sanierungskosten stehe dem Beklagten daher nicht zu.

Auch dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Ist der Dambruch - auch - auf der R. GmbH anzulastende Fehler bei der Ausführung des Damms zurückzuführen, wovon das Berufungsgericht ausgeht, so erstreckt sich der Schadensersatzanspruch des Beklagten als Besteller des Werks auf Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen. Der Mangel selbst ist bereits der Schaden (BGH, Urt. v. 27.06.2002 - VII ZR 238/01, BauR 2003, 123). Abweichend von § 249 Abs. 1 BGB kann der Besteller verlangen, daß dieser Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag abgegolten wird (BGHZ 61, 28, 30; 61, 369, 371; BGH, Urt. v. 11.07.1991 - VII ZR 301/90, BauR 1991, 744). Unerheblich ist, ob der Besteller den zur Verfügung gestellten Betrag zur Mängelbeseitigung verwendet (BGHZ 61, 28, 30; 99, 81, 84). Der Besteller muß mit dem ihm zur Verfügung gestellten Betrag in die Lage versetzt werden, den Mangel ohne Vermögenseinbuße zu

beseitigen. Ob der Besteller die Mängelbeseitigung durchführen läßt, unterliegt allein seiner Disposition (BGH, Urt. v. 10.04.2003 - VII ZR 251/02, Umdr. S. 7).

V. Sollte das Berufungsgericht nach der erneuten Verhandlung wieder den Erlaß eines Grundurteils erwägen, so wird es zu berücksichtigen haben, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei einem Klagebegehren, das sich aus mehreren Teilansprüchen zusammensetzt, ein einheitliches Grundurteil nur ergehen kann, wenn feststeht, daß jeder der Teilansprüche dem Grunde nach gerechtfertigt ist (BGHZ 89, 383, 388; BGH Urt. v. 20.12.1990 - VII ZR 302/89, NJW-RR 1991, 533, 534). Vorgaben des Klägers, wie sich die Klagesumme auf die Einzelansprüche verteilt oder in welcher Reihenfolge sie dem erhobenen Klagebegehren zugeordnet werden sollen, hat der Richter auch bei Erlaß eines Grundurteils zu beachten. Folglich darf über lediglich hilfsweise eingeführte Ansprüche eine Entscheidung nur ergehen, wenn

feststeht, daß die vorrangig erhobenen Forderungen nicht geeignet sind, den Klageanspruch in vollem Umfang abzudecken (BGH, Urt. v. 04.12.1997 - IX ZR 247/96, NJW 1998, 1140).

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens

RiBGH Asendorf ist infolge
Urlaubs an der Unterschrifts-
leistung gehindert.

Melullis