

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 132/88

URTEIL

Verkündet am:
14. Juni 1989
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma B- W GmbH, K Weg, M, vertreten durch den
Geschäftsführer Werner W, ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

g e g e n

1. Firma Be-U R-A Gesellschaft mit beschränkter
Haftung & Co. KG., Re, pers. haft. Gesellschaf-
terin: Firma Be-U R-A GmbH, ebenda, diese ver-
treten durch den Geschäftsführer Franz Sch, An der RÖ-
straße, Re,
2. Firma Be-U R-A GmbH, An der RÖstraße,
Re, vertreten durch den Geschäftsführer
Franz Sch, ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und von -

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 25. März 1988 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die als Bauunternehmerin in den Jahren 1977 bis 1981 Betonarbeiten an einem Schulneubau der Verbandsgemeinde Ul (im folgenden als Bauherr bezeichnet) ausführte, verlangt von der Erstbeklagten als Lieferantin und der Zweitbeklagten als deren persönlich haftender Ge-

sellschafterin Schadensersatz wegen der Belieferung mit Fertigbeton, der nicht die zugesicherte Qualität aufwies. Vor allem in den Jahren 1977 und 1978 erreichten gelieferte Betonpartien mehrfach nicht die erforderliche Druckfestigkeit, so daß Nachbesserungen und Reparaturen erforderlich wurden, wie u.a. die vom 9. Mai bis zum 13. Juli 1979 von einer Firma T [REDACTED] ausgeführte Sanierung der im September 1977 hergestellten Erdgeschoßdecke im sogenannten "Block A". In einem Schreiben vom 9. November 1977 erkannte die Erstbeklagte (künftig nur noch: Beklagte) an, daß die Minderfestigkeit des gelieferten Betons auf von ihr zu vertretenden Fehlern beruhe. Sie erbrachte in der Folgezeit zunächst Teilzahlungen auf die von der Klägerin und von dem Bauherrn erhobenen Forderungen.

Durch außergerichtlichen Vergleich vom 24. Mai 1984 legten die Parteien und der Bauherr die Schadensersatzleistung der Beklagten auf 810.000 DM fest, von denen nach Abzug der erbrachten Leistungen noch 341.742 DM zu zahlen waren. Etwaige "Zinsansprüche" des Bauherrn und der Klägerin waren von dem Vergleich ausdrücklich ausgenommen. Die noch verbliebene restliche Vergleichssumme von 341.742 DM wurde von der Versicherung der Beklagten am 13. Juni 1984 an den Bauherrn überwiesen, der daraufhin am 27. Juni 1984 200.000 DM an die Klägerin zahlte.

Mit der Klage verlangt die Klägerin Schadensersatz wegen der Nachteile, die ihr infolge der vom Bauherrn verzögerten Auszahlung der ihr nach ihrer Ansicht seit dem 16. Juni 1978 als Teilwerklohn zustehenden 200.000 DM in der Zeit bis zum 27. Juni 1984 entstanden sein sollen. Sie hatte



am 16. Juni 1978 schriftlich beim Bauherrn unter Hinweis auf erbrachte Teilleistungen eine Abschlagszahlung von 225.000 DM erbeten, die ihr wegen der Schäden an der Erdschoßdecke im Block A nicht ausgezahlt wurden, obwohl der Bauherr nach Einreichung einer "dritten Zwischenrechnung" der Klägerin vom 2. März 1979 mit einer nunmehr auf 220.000 DM bezifferten Abschlagszahlungsforderung deren rechnerische Berechtigung am 16. März 1979 in Höhe von 206.118,20 DM anerkannte. Zur Auszahlung kam es auch in der Folgezeit nicht, weil sich die Klägerin gegenüber dem Bauherrn weigerte, in den von diesem der Firma T [REDACTED] erteilten Sanierungsauftrag für die Betondecke im Block A als Auftraggeber einzutreten. Sie begründete dies mit der von der Beklagten beziehungsweise von deren Versicherung noch nicht erklärten Zustimmung zu der Art und Weise der in Auftrag gegebenen Sanierung. Nach ihren Angaben sind ihr infolge der verzögerten Auszahlung in der Zeit vom 16. Juni 1978 bis zum 30. September 1982 Zinserträge in Höhe von 64.127,78 DM entgangen; in der Zeit vom 1. Oktober 1982 bis zum 27. Juni 1984 habe sie für aufgenommene Kredite 44.683,14 DM Zinsen zahlen müssen, so daß ihr ein Schaden von 108.810,92 DM entstanden sei. Diesen Betrag nebst 12 % Zinsen seit dem 27. November 1984 hat sie mit der Klage geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 5.733,86 DM nebst Zinsen ab 27. November 1984 in gestaffelter Höhe stattgegeben und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zah-

lung weiterer 103.077,06 DM nebst Zinsen entsprechend der Staffe- lung für den vom Berufungsgericht zuerkannten Teilan- spruch.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit die Klage abgewiesen worden ist.

I. Die Klägerin hat nach den Feststellungen des Beru- fungsgerichts gegenüber der Beklagten einen Schadensersatz- anspruch, weil der im Herbst 1977 gelieferte Fertigbeton für die Erdgeschoßdecke im Block A des von der Klägerin für den Bauherrn zu erstellenden Schulneubaus die zugesicherte Druckfestigkeit nicht erreichte (§§ 459 Abs. 2, 463 BGB). Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß der Anspruch als Mangelfolgeschaden (BGHZ 50, 200, 203 ff = WM 1968, 838) grundsätzlich die durch den Vergleich vom 24. Mai 1984 nicht erledigten Ausfälle und Nachteile umfaßt, die der Klägerin durch Zurückbehaltung eines Teils ihres Werklohns seitens des Bauherrn entstanden und infolge rechtzeitiger Klageer- hebung nicht verjährt sind. Einwendungen gegen diesen Aus- gangspunkt erheben die Beklagten in der Revisionsinstanz nicht mehr. Rechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht. Da- gegen kann dem angefochtenen Urteil nicht darin gefolgt wer- den, daß Ausfälle nur für die Zeit bis zum 13. Juli 1979 zu berücksichtigen seien (unten II) und für die Schadensbe- rechnung ein zurückbehaltener Werklohnanteil von nicht mehr als 162.502,47 DM zugrunde gelegt werden könne (unten III).

II. 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts kann die Klägerin Ersatz nur für solche Ausfälle verlangen, die ihr durch Zurückhaltung der Abschlagszahlung bis zur vollständigen Sanierung der Erdgeschoßdecke am 13. Juli 1979 entstanden sind. Für diese Schäden sei die mangelhafte Betonlieferung ursächlich geworden, weil nach dem Verhalten des Bauherrn insbesondere in und nach einer Besprechung vom 2. April 1979 anzunehmen sei, daß er ohne den Schaden an der Erdgeschoßdecke im Block A die am 16. Juni 1978 angeforderte und bis zum 4. Juli 1978 fällige Abschlagszahlung geleistet hätte. Dagegen habe es die Klägerin allein zu vertreten, daß der Bauherr die Zahlung auch über den 13. Juli 1979 hinaus zurückgehalten habe. Sie habe sich nämlich zu Unrecht geweigert, die Kosten für die von der Firma T [REDACTED] ausgeführte Sanierung zu übernehmen. Dazu sei sie im Verhältnis zum Bauherrn auch ohne vorherige Deckungszusage der Beklagten oder deren Versicherung verpflichtet gewesen, nachdem sie entgegen § 635 BGB bis dahin die Sanierung nicht selbst betrieben habe. Ihre Verpflichtung sei seit langem fällig gewesen. Fast eineinhalb Jahre nach dem Schadenseintritt habe sich die Klägerin über die Art und Weise der Sanierung klar sein können. Nur die von der Klägerin verweigerte Kostenübernahme und nicht etwa weitere Ersatzansprüche hätten den Bauherrn veranlaßt, die Abschlagszahlung weiter zurückzuhalten, wie sich aus einem Aktenvermerk des Bauherrn vom 2. April 1979 ergebe. Habe die Klägerin also insgesamt die Zurückbehaltung des bis dahin fälligen und des künftig fällig werdenden Werklohns selbst herbeigeführt, so könne sie das Risiko, sich für eine Sanierungsart entscheiden zu müssen, nicht mit der Folge auf die Beklagte abwälzen, daß diese sich auf die Passivität der Klägerin nicht berufen

dürfe. Die Beklagte sei nämlich nicht verpflichtet gewesen, sich für eine bestimmte Sanierungsmaßnahme zu entscheiden, sondern nur dazu, der Klägerin die Kosten für eine sachgemäße Schadensbeseitigung zu erstatten.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

2. Das angefochtene Urteil läßt nicht eindeutig erkennen, ob das Berufungsgericht die Verantwortlichkeit der Beklagten für die der Klägerin nach dem 13. Juli 1979 entstandenen Zinsschäden mangels Ursächlichkeit des Verhaltens der Beklagten oder wegen ganz überwiegenden Alleinverschuldens der Klägerin (§ 254 BGB) ausschließen will. Einer abschließenden Klärung dieser Frage bedarf es jedoch nicht, weil das angefochtene Urteil mit beiden Begründungen keinen Bestand haben kann.

a) Der Ursachenzusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten und dem fortdauernd entstehenden Schaden läßt sich nicht verneinen; er ist insbesondere nicht durch eine von diesem Verhalten unabhängige, selbständige Handlung der Klägerin unterbrochen worden (vgl. zu dieser Möglichkeit im Bereich des Deliktsrechts u.a. BGHZ 58, 162, 165 ff; MünchKomm/Grunsky, 2. Aufl., Vorbem. vor § 249, Rdn. 52; Palandt/Heinrichs, 48. Aufl., Vorbem. vor § 249 Anm. 5 B g).

Nachdem die Firma T [REDACTED] am 13. Juli 1979 die Sanierungsarbeiten abgeschlossen hatte, beruhte die weitere Einbehaltung der Abschlagszahlung darauf, daß die Kosten für

die Sanierung nicht ausgeglichen waren. Im Verhältnis der Parteien zueinander war dies nicht Sache der Klägerin, sondern in erster Linie der Beklagten, die nach §§ 463, 249 Satz 1 BGB zum Ersatz des der Klägerin durch die mangelhafte Betonlieferung entstandenen Schadens verpflichtet war. Primär bestand der Schaden in der Belastung der Klägerin mit einem Gewährleistungsanspruch des Bauherrn. Um ihn zu beseitigen, hätte die Beklagte die Klägerin von der Gewährleistungspflicht freistellen müssen. Denn im Falle der Belastung des Geschädigten mit dem Anspruch eines Dritten geht der Ersatzanspruch nach § 249 Satz 1 BGB grundsätzlich auf Freistellung von dieser Belastung (BGHZ 57, 78, 81; BGH Urteile vom 2. April 1987 - IX ZR 68/86 = WM 1987, 725 unter 3 b - und vom 26. Oktober 1988 - VIII ZR 230/87 = WM 1989, 26 = LM BGB § 276 Hb Nr. 50 unter II 2 d cc). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts durfte die Beklagte also nicht abwarten, bis die Klägerin ihrerseits der im Verhältnis zu dem Bauherrn bestehenden Gewährleistungspflicht nachgekommen war und die Sanierungskosten beglichen hatte. Ob die Freistellung im Wege einer Haftungsübernahme der Beklagten gegenüber dem Bauherrn oder der unmittelbaren Geldzahlung an ihn oder an die Firma T [REDACTED] zu geschehen hatte, kann dahingestellt bleiben, weil die Beklagte keine dieser Maßnahmen ergriffen hat. Zweifel an dem Ursachenzusammenhang zwischen der mangelhaften Betonlieferung und der Untätigkeit der Beklagten einerseits und der fortdauernden Einbehaltung der Abschlagszahlung andererseits können unter diesen Umständen nicht bestehen. Angesichts der primären Schadensersatzpflicht der Beklagten steht auch die Untätigkeit der Klägerin gegenüber dem Bauherrn als Mitursache für dessen Verhalten nicht so selbständig und unabhängig neben dem Ver-

halten der Beklagten, daß von einer Unterbrechung des Kausalverlaufs (BGHZ 58, 162, 165 ff) gesprochen werden könnte.

b) Sollte das angefochtene Urteil so zu verstehen sein, daß die Klägerin gemäß § 254 BGB den Schaden ganz überwiegend verursacht und verschuldet habe, wäre auch dies mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht haltbar.

Als einziges Argument für die alleinige Verantwortlichkeit der Klägerin führt das Berufungsgericht deren Weigerung an, die schadhafte Decke auf eigene Kosten durch die Firma Torkret sanieren zu lassen. Dazu war sie jedoch im Verhältnis zur Beklagten auch unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung nicht verpflichtet. Nach Fertigstellung der Arbeiten am 13. Juli 1979 wäre nur noch die Erstattung der später ersichtlich auch von der Beklagten als sachgerecht angesehenen Kosten der Firma T [REDACTED] in Höhe von 338.178,26 DM in Betracht gekommen. Die Klägerin hätte also entweder eigenes Kapital einsetzen oder Kredit in der erforderlichen Höhe aufnehmen müssen. Abgesehen davon, daß es zweifelhaft und nicht festgestellt ist, ob ihr ein solcher, die einbehaltene Abschlagszahlung erheblich übersteigender Kapitaleinsatz zumutbar war (vgl. dazu BGHZ 61, 346, 350; Soergel/Mertens, BGB, 11. Aufl., § 254 Rdn. 85; MünchKomm/Grunsky, BGB, 2. Aufl., § 254 Rdn. 57 m.w.Nachw.), hätte die Zahlung an die Firma T [REDACTED] den Schaden auch nicht gemindert, sondern erhöht, wie die Revision mit Recht geltend macht. Zwar hätte der Bauherr in diesem Falle die Abschlagszahlung geleistet, so daß der Zinsschaden aus der Zurückbehaltung der 200.000 DM nicht entstanden wäre. Stattdessen hätte die Klä-

gerin aber einen Zinsschaden aus den höheren Sanierungskosten gehabt, den die Beklagte wegen ihrer Freistellungsverpflichtung ebenfalls hätte erstatten müssen. Auf diesen Schaden wären nicht etwa, wie die Beklagte in der Revisionserwiderung meint, die Zinserträge aus der Abschlagszahlung des Bauherrn "anzurechnen" gewesen. Sie stellten nämlich keinen durch die Übernahme der Sanierungskosten verursachten zusätzlichen Vorteil dar, sondern bedeuteten nur den Wegfall eines sonst anderweitig entstehenden Schadens.

Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, daß die Klägerin aufgrund der Besprechung vom 2. April 1979 nicht die Sanierungskosten hätte bezahlen, sondern nur in den Vertrag mit der Firma T. eintreten müssen. Das mag für die Monate Mai und Juni 1979 zutreffen. Nach Abschluß der Arbeiten am 13. Juli und Erteilung der Rechnung durch die Firma T. am 31. Juli 1979 wäre die Klägerin zur alsbaldigen Bezahlung verpflichtet gewesen. Eine Schadensminderung wäre angesichts des höheren Kapitaleinsatzes auch in diesem Falle nicht eingetreten.

3. Feststellungen über andere Mitverschuldensgründe hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Das Revisionsgericht konnte gleichwohl den Klageanspruch für die Zeit nach dem 13. Juli 1979 nicht endgültig zuerkennen, weil die Schadenshöhe bisher nicht feststeht und darüber hinaus nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Klägerin aus anderen als den vom Berufungsgericht erörterten Gründen ein gewisses, wenn auch nicht überwiegendes Mitverschulden trifft.

a) Die Berechnung ihres Zinsschadens hat die Klägerin hinreichend dargelegt. Sie muß sich möglicherweise jedoch im

Wege der Vorteilsausgleichung Kapitalnutzungen aus Zahlungen der Beklagten anrechnen lassen, soweit sie diese nicht oder erst später anderweitig verrechnen durfte. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang - insoweit ohne Widerspruch der Revision - feststellt, hatte die Versicherung der Beklagten im Jahre 1978 78.258,32 DM, am 27. Juli 1979 140.000 DM und am 26. Juni 1981 250.000 DM an die Klägerin gezahlt, ohne daß im jeweiligen Zahlungszeitpunkt bereits fällige Ansprüche von der Klägerin spezifiziert waren. Konnte die Klägerin die von der Versicherung erhaltenen Beträge mangels eigener Verrechnungsmöglichkeit als Vorauszahlung zinsbringend nutzen, so mindert sich zumindest zeitweilig der Ersatzanspruch der Klägerin um die tatsächlich erzielten oder erzielbaren Zinserträge.

Die Berechnung der grundsätzlich von der Beklagten vorzutragenden und zu beweisenden Vorteilsausgleichung kann das Revisionsgericht nicht vornehmen, weil es an den dafür erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen über Entstehung und Höhe der Schadensersatzansprüche sowie über die tatsächlichen oder nur möglichen Zinserträge etwaiger Vorauszahlungen fehlt. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß die Klägerin befugt war, Zahlungen der Beklagten auf bereits entstandene Schadenaufwendungen auch dann zu verrechnen, wenn sie diese der Beklagten beziehungsweise deren Versicherung noch nicht spezifiziert hatte. Denn mit den Vorauszahlungen hatte die Beklagte zu erkennen gegeben, daß diese der Abdeckung bereits entstandener Schäden dienen sollten.

b) Nicht völlig auszuschließen ist, daß die Klägerin ein gewisses Maß an Mitverschulden für die Höhe des Schadens

trifft. Das könnte anzunehmen sein, wenn sie die Beklagte nicht rechtzeitig und ausreichend über die zu begleichenden Sanierungskosten informiert hätte. Sie hat allerdings in ihren Schreiben vom 14. September und 21. Dezember 1978 sowie vom 16. Januar, 19. und 27. März und 5. April 1979 die mit der Abwicklung des Schadens beauftragte Versicherung der Beklagten deutlich darauf hingewiesen, daß der Bauherr die Abschlagszahlung nur deshalb zurückhalte, weil die Sanierung durch die Firma T■■■■ nicht gesichert sei. Insoweit ist ihr mangelnde Information nicht vorzuwerfen. Es fehlt aber an Feststellungen darüber, ob und wann die Klägerin die Versicherung der Beklagten über den Eingang der Rechnung der Firma T■■■■ informiert und Zahlung verlangt hat und ob sich aus einer etwa verzögerten Mitteilung angesichts des sonstigen Verhaltens der Beklagten im Zusammenhang mit den Sanierungsverhandlungen auf ein Mitverschulden der Klägerin hinsichtlich der Dauer dieser Verhandlungen und damit der Höhe des entstandenen Schadens schließen läßt.

Weiterhin müßte geprüft werden, ob ein Mitverschulden der Klägerin auch darin zu sehen ist, daß sie in ihren Schreiben vom 5. April und vom 12. Juni 1979 nicht unbedingt und konsequent auf die Freistellung von den Sanierungskosten gedrängt, sondern alternativ eine weitere Abschlagszahlung von 150.000 DM gefordert und am 27. Juli 1979 in Höhe von 140.000 DM auch erhalten hat. Zwar spricht kaum etwas dafür, daß die Klägerin sich ohne späteren Ausgleich mit der geforderten Zahlung anstelle der viel höheren Sanierungskosten begnügen wollte. Möglicherweise konnte die Versicherung die Schreiben aber berechtigterweise so verstehen, daß sie sich vorerst nicht selbst um die Begleichung der Rechnung Torkret

zu kümmern brauche oder daß die Klägerin die Zahlung der 140.000 DM zur Minderung gerade des Schadens nutzen werde, der ihr an Zinsausfall durch die vom Bauherrn einbehaltene Abschlagszahlung entstanden war und noch weiterhin entstand. Ein Mitverschulden hinsichtlich eines noch aufzuklärenden Zeitraumes und eines noch festzustellenden Teiles des Schadens ist nach alledem bisher nicht auszuschließen.

III. 1. Das Berufungsgericht führt weiter aus, für die Zeit vom 4. Juli 1978 bis zum 13. Juli 1979 stehe der Klägerin ein Zinsausfall nicht auf die volle Summe der vom Bauherrn einbehaltenen 200.000 DM zu, sondern nur auf den verminderten Betrag von 162.502,47 DM. Dieser ergebe sich daraus, daß die Klägerin in der Zeit bis 13. Juli 1979 Zahlungen in Höhe von 98.496,37 DM für gelieferten Beton nicht geleistet habe. In dieser Höhe abzüglich bis dahin entstandener und von der Versicherung der Beklagten befriedigter Schadensersatzansprüche von 54.880,64 DM, mithin in Höhe eines Differenzbetrages von 43.615,73 DM sei ihr ein Verzinsungsausfall nicht entstanden. Deshalb sei für die Ausfallberechnung nicht von den vom Bauherrn einbehaltenen 206.118,20 DM auszugehen, sondern von dem um 43.615,73 DM verminderten Betrag von 162.502,47 DM. Auf dieser Grundlage errechne sich bei Berücksichtigung der von der Kreissparkasse Mayen bestätigten Anlagezinssätze der gemäß § 287 ZPO zu schätzende Ausfall von 5.733,86 DM.

Auch diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

2. a) Zutreffend ist die Ausgangserwägung, die entgangene Verzinsung sei um die Beträge zu mindern, die sich

infolge nicht bezahlter Betonlieferungen als Zinersparnis zugunsten der Klägerin ausgewirkt haben. Die Revision erhebt gegen diesen Ausgangspunkt keine Einwendungen. Sie greift auch nicht die Art und Weise der Berechnung der Ausfallsumme entsprechend den von der Kreissparkasse Ma[REDACTED] angegebenen Anlagezinssätzen an.

b) Mit Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Reduzierung des Ausgangsbetrages für die Zinsberechnung auf 162.502,47 DM. Aufgrund der bisherigen Feststellungen ist jedenfalls nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht weitere Schadensersatzansprüche der Klägerin, die gegen die nicht bezahlten Betonlieferungen zu verrechnen waren, in Höhe von 42.348,95 DM zugunsten der Klägerin hätte berücksichtigen müssen, so daß der geltend gemachte Betrag von 200.000 DM zurückgehaltener Abschlagszahlung überschritten würde.

aa) Das Berufungsgericht hat von der Klägerin geltend gemachte Vorhaltekosten für die Einschalung der Obergeschoßdecke im Block A, berechnet für die Zeit vom 1. Oktober 1977 bis 20. November 1978, in Höhe von 16.812,54 DM unberücksichtigt gelassen, weil dies auch in dem von der Beklagten veranlaßten Rechnungsprüfungsbericht des Sachverständigen Esser vom 23. August 1983 zu Pos. 1.2.3 so geschehen sei und die Klägerin darüber hinaus nichts vorgetragen habe.

Die Revision rügt mit Recht, diese Begründung sei widersprüchlich. Aus dem genannten Prüfungsbericht ergibt sich, daß der Sachverständige die Position 1.2.3 abgesetzt hat, weil die Klägerin die Obergeschoßschalung angebracht

habe, nachdem der Mangel bereits bekannt gewesen sei; sie habe damit ihre Schadensminderungspflicht verletzt (Seite 2 und 7 des Prüfungsberichts). In anderem Zusammenhang führt das Berufungsgericht jedoch aus, die Klägerin treffe nicht deshalb ein Mitverschulden, weil sie die Betonierungsarbeiten trotz sichtbarer Schwindrisse fortgesetzt habe. Widersprüchlich sind die beiden Feststellungen, weil sich mangelndes Mitverschulden auch auf die Anbringung der Schalung für die Fortsetzung der Obergeschoßbetonierung vor dem 1. Oktober 1977 beziehen müßte. Denn das angefochtene Urteil stellt jedenfalls nicht fest, wann der Klägerin im Laufe ihrer fortgesetzten Arbeiten der tatsächliche Mangel der Erdgeschoßdecke bekannt wurde und wann die Obergeschoßschalung fertiggestellt war.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich zugleich, daß nach den bisherigen Feststellungen der Sache nach ein Mitverschulden nicht angenommen werden kann. Darlegungs- und beweispflichtig dafür, ob die Klägerin die Schalung voreilig und in Kenntnis des bereits eingetretenen Schadens angebracht hat, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die Klägerin, sondern die Beklagte. Ergibt sich eine Verletzung der Schadensminderungspflicht, wie ausgeführt, nicht schlüssig aus dem genannten Rechnungsprüfungsbericht, so hätte die Beklagte Näheres ausführen müssen. Das ist ersichtlich nicht geschehen.

An dieser Sachlage ändert sich nichts durch den Hinweis der Beklagten in ihrer Revisionserwiderung, beide Parteien und der Bauherr seien im Vergleich vom 24. Mai 1984 von dem Prüfungsbericht E [REDACTED] und den dort anerkannten Schadensbe-

trägen ausgegangen. Das angefochtene Urteil enthält keine Feststellung darüber, ob und in welchem Ausmaß die Klägerin bei Abschluß des Vergleichs die Nichtberücksichtigung bestimmter Einzelposten ihrer Forderungen gebilligt hat beziehungsweise die Parteien darüber einig waren.

bb) Im Ergebnis gilt dasselbe für einen von der Klägerin beanspruchten Schadensbetrag von 20.352,41 DM. Die Klägerin hatte ihn zusammen mit weiteren Positionen von 16.011,33 DM als Mehr- und Vorhaltekosten bis zur endgültigen Betonierung der Obergeschoßdecke am 20. November 1978 geltend gemacht (Schriftsatz vom 31. Mai 1985 mit Kostenaufstellung vom 7. April 1983). Der Sachverständige E. hatte ihn unter Berufung auf seine zum vorgenannten Betrag von 16.812,54 DM (oben zu aa) gegebene Begründung gestrichen. Da diese Begründung - wie ausgeführt - nach den bisherigen Feststellungen nicht stichhaltig ist, fehlt es auch hinsichtlich dieses Teilbetrages an ausreichenden Feststellungen darüber, daß die Klägerin die geltend gemachten Kosten selbst verschuldet habe.

cc) Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin geltend gemachten Vorhaltekosten für die Baustelleneinrichtung in Höhe von 5.184 DM (Schriftsatz vom 31. Mai 1985 mit Kostenaufstellung vom 7. April 1983 sowie Rechnungsprüfungsbericht Esser unter Pos. 1.2.5) ebenfalls unter Berufung auf den Prüfungsbericht E. als Schadensersatzbetrag abgesetzt. Der Sachverständige hatte sich zur Begründung nur auf seine Ausführungen zu den beiden oben erörterten Positionen 1.2.3 und 1.2.4 bezogen. Da diese Begründung nicht schlüssig ist (vgl. oben aa), gilt dasselbe für die Vorhaltekosten.

Mithin fehlt es bisher an Feststellungen darüber, daß die Klägerin die Vorhaltekosten schuldhaft selbst verursacht hat.

IV. Das angefochtene Urteil konnte nach alledem keinen Bestand haben, soweit es die Klage abgewiesen hat, weil ersatzfähige Schäden nur in der Zeit bis zum 13. Juli 1979 und aufgrund eines Ausgangsbetrages von 162.502,47 DM zu berücksichtigen seien. Soweit das Berufungsgericht die Klageabweisung auch darauf gestützt hat, der Klägerin stünden keine Schadensersatzansprüche aus der Verzögerung von Schadensersatzleistungen zu, hat die Revision keine Einwendungen erhoben. Rechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht.

Da das Berufungsurteil nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten werden konnte und mangels tatsächlicher Feststellungen eine eigene Sachentscheidung für das Revisions-

gericht nicht möglich war, mußte die Sache im Umfange der Aufhebung an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, zurückverwiesen werden.

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß