

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2087 037

VII ZR 121/63

URTEIL

Verkündet am

29. April 1965

Pohl,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Maria Agnes S [REDACTED] geb. Sch [REDACTED], Sü [REDACTED]-
[REDACTED] bei Si [REDACTED], We [REDACTED],

Beklagter, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Diplom-Ingenieur Dr. Alfred M e [REDACTED], D [REDACTED]-
Mei [REDACTED], M [REDACTED]str. [REDACTED], als Verwalter des Konkurses über
das Vermögen des Bauunternehmers Hermann L [REDACTED], D [REDACTED]-
Mei [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 19. April 1963 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter des Konkurses über das Vermögen des Bauunternehmers Hermann L. Dieser führte im Jahre 1954 den Wiederaufbau eines Ruinengrundstücks in D-Mei durch, das der Beklagten und Johanna Maria Sch, die in den ersten beiden Rechtszügen mitverklagt war, in ungeteilter Erbengemeinschaft gehört. L. begann bereits im April 1954 mit den Bauarbeiten. Am 10. Mai 1954 schloß er mit den Beklagten einen schriftlichen Vertrag, durch den er sich verpflichtete, die von ihm angebotenen Maurer- und Betonarbeiten gegen eine Vergütung von 42.636,09 DM auszuführen.

Nach § 1 des Vertrags bildete u.a. die VOB (Teil B) die Grundlage für die Ausführung der Arbeiten. Gemäß § 3 des Vertrags waren die Arbeiten bis zum 5. Juni 1954 fertigzustellen; die Bauleitung war berechtigt, "für jeden

Tag der Überschreitung dieser Frist den Betrag von 100 DM als Konventionalstrafe an dem Rechnungsbetrag des Unternehmers zu kürzen". § 6 Abs. 2 des Vertrags lautete: "Abschlagszahlungen werden nach Fortschreiten der Arbeiten auf der Baustelle bis zu 90 % der geleisteten Arbeiten gewährt, sofern Gelder zur Verfügung stehen."

Während der Bauarbeiten kam es wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten zwischen L. und den Beklagten. L. stellte die Arbeiten mehrfach ein, zuletzt am 25. Juni 1954 mit der Begründung, daß er keine angemessenen Abschlagszahlungen erhalten habe. Als am 1. Juli 1954 die zweite Rate der Landesmittel angewiesen worden war, forderte L., der am 28. Mai 1954 20.000 DM erhalten hatte, eine weitere Abschlagszahlung von zunächst 15.000, später 10.000 DM, während der Bevollmächtigte der Beklagten, Assessor S., lediglich zur Zahlung von 5.000 DM bereit war. Mit Schreiben vom 16. Juli 1954 setzten die Beklagten dem Gemeinschuldner eine Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten bis zum 19. Juli 1954 und machten gleichzeitig die Konventionalstrafe geltend. Da L. die Arbeiten nicht wieder aufnahm, entzogen die Beklagten ihm am 21. Juli 1954 den Auftrag.

L. erteilte am 20. August 1954 eine Schlußrechnung über 13.717,62 DM.

Einen Teilbetrag seiner Forderung von 10.000 DM trat er am 16. September 1954 an die Firma J. & Co ab. Am 13. Oktober 1954 erwirkte die Allgemeine Ortskrankenkasse D. wegen eines Betrages von 7.625,99 DM einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gegen L. Über dessen Vermögen wurde Anfang November 1954 das Konkursverfahren eröffnet.



Am 10. Dezember 1954 überwiesen die Beklagten den Betrag der Schlußrechnung auf ein Treuhandkonto L[REDACTED]/J[REDACTED] & Co. bei der Stadtparkasse D[REDACTED]. Über das Konto sollte Rechtsanwalt Dr. H[REDACTED] verfügen. 5.793,08 DM! wurden auf Weisung der Beklagten dem Kläger ausgezahlt. Über den Restbetrag von 7.924,54 DM sollte erst verfügt werden, wenn die "Berechtigten" - die Firma J[REDACTED] & Co, die AOK D[REDACTED], der Kläger und die Beklagten - sich einigten oder die Berechtigung des einen oder anderen durch gerichtliches Urteil festgestellt wurde.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß der Rechtsanwalt Dr. H[REDACTED] in D[REDACTED]-H[REDACTED] als Inhaber des Treuhandkontos L[REDACTED]/J[REDACTED] & Co. bei der Städtischen Sparkasse in D[REDACTED] verfüge:

- a) zu Gunsten der Firma Ludwig J[REDACTED] & Co. mit einem Betrage von 4.206,92 DM;
- b) zu Gunsten der AOK D[REDACTED] mit dem Rest des Kontos (3.717,62 DM) nebst aufgelaufenen Zinsen.

Der Kläger hat ferner einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen geltend gemacht.

Die Beklagten haben Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger zu verurteilen, gegenüber dem Rechtsanwalt Dr. H[REDACTED] sein Einverständnis damit zu erklären, den von diesem treuhänderisch verwalteten Betrag von 7.924,54 DM nebst aufgelaufenen Zinsen an die Beklagten auszusahlen.

Sie haben vorgetragen:

Der Kläger sei nicht befugt, die eingeklagten Ansprüche geltend zu machen, weil die Forderung schon vor Konkurseröffnung abgetreten und gepfändet worden sei. Die Forderung sei nicht fällig. Der Auftrag sei L am 21. Juli 1954 zu Recht entzogen worden. Die für Verschalung in Rechnung gestellten Beträge und die Mehrkosten, die durch Ausführung von Vollbetondecken statt Hohlkörperdecken entstanden seien, brauchten sie nicht zu zahlen. Ferner habe L verschiedene Leistungen, die er nicht erbracht habe, mit 422,09 DM in Rechnung gestellt.

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, in die Auszahlung von 7.368,58 DM (4.206,92 DM an die Firma J & Co. und 3.161,66 DM an die AOK) einzuwilligen, und der Klage auf Zahlung von Zinsen zum Teil stattgegeben. Der Widerklage hat es in Höhe von 555,96 DM nebst Zinsen entsprochen. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der beiden Beklagten zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision beantragt die Beklagte Maria Agnes S, die Klage gegen sie ganz abzuweisen und auf die Widerklage den Kläger zu verurteilen, in die Auszahlung des ganzen von Rechtsanwalt Dr. H noch treuhänderisch verwalteten Betrags an sie und Johanna Maria Sch einzuwilligen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision zweifelt die Prozeßführungsbefugnis des klagenden Konkursverwalters zu Unrecht an.

1.) Was den an die Firma J. [REDACTED] und Co. abgetretenen Teil der Forderung angeht, so kann dahinstehen, ob eine von dieser Firma dem Gemeinschuldner L. [REDACTED] erteilte Ermächtigung, die Forderung gerichtlich geltend zu machen, auf den Kläger übergegangen wäre. Jedenfalls nimmt das Berufungsgericht, das insoweit auf die Ausführungen des Landgerichts verweist, ohne Rechtsfehler an, daß die Firma J. [REDACTED] & Co. auch dem Kläger selbst eine Ermächtigung erteilt hat. Eine solche findet das Landgericht darin, daß die Firma J. [REDACTED] & Co. die Führung des Rechtsstreits durch den Kläger über 5 Jahre lang stillschweigend gebilligt hat. Das für die Prozeßführungsbefugnis weiter erforderliche eigene schutzwürdige Interesse des Klägers bejaht das Berufungsgericht mit Recht deshalb, weil die Firma J. [REDACTED] & Co. (ebenso wie die AOK) sich an die Konkursmasse halten könnte, wenn der Kläger in diesem Rechtsstreit unterliegen würde.

2.) Der von der AOK gepfändete und zur Einziehung überwiesene Teil der Forderung ist im Vermögen L. [REDACTED] verblieben, und dieser behielt die Befugnis, auf Leistung an den Pfändungsgläubiger zu klagen (RGZ 83, 116, 118f; RG J. 1935, 3541). Da die Forderung insoweit noch zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörte (§ 1 Abs. 1 KO), besteht kein Bedenken gegen die Annahme, daß das ihm verbliebene Verfügungsrecht nunmehr durch den Konkursverwalter auszuüben ist (§ 6 Abs. 2 KO).

II.

Die Revision leugnet, daß durch die Hinterlegung bei Rechtsanwalt Dr. H. [REDACTED] Ansprüche der Firma J. [REDACTED] & Co. und der AOK auf Auszahlung begründet worden seien. Auch darin hat sie unrecht.

Freilich können solche Ansprüche nicht aus den §§ 372 ff BGB und der Hinterlegungsordnung hergeleitet werden. Diese Vorschriften sind auf die Hinterlegung auf das durch Rechtsanwalt Dr. H. [REDACTED] eingerichtete Treuhandkonto nicht anwendbar (vgl. BGH BB 1964, 818).

Die Ansprüche der Firma J. [REDACTED] & Co. und der AOK konnten aber unbedenklich aus dem Schreiben vom 9. Dezember 1954 gefolgert werden, mit dem die Beklagten Rechtsanwalt Dr. H. [REDACTED] Anweisungen für die Verfügung über das Konto gegeben haben. Der Kläger hat den Wortlaut dieses Schreibens im Schriftsatz vom 26. November 1956 mitgeteilt, das Landgericht führt den wesentlichen Inhalt des Schreibens im Tatbestand seines Urteils an. Danach durfte Rechtsanwalt Dr. H. [REDACTED] über das Konto zugunsten der "Berechtigten", unter denen die Firma J. [REDACTED] & Co. und die AOK aufgeführt waren, verfügen, wenn eine Einigung der Berechtigten vorlag oder durch gerichtliches Urteil die Berechtigung des einen oder anderen gegenüber sämtlichen übrigen Beteiligten feststand. Daraus konnte entnommen werden, daß gemäß § 328 BGB der Firma J. [REDACTED] & Co. und der AOK ein gegebenenfalls einzuklagender Anspruch gegen die übrigen Beteiligten auf Einwilligung in die Auszahlung eingeräumt werden sollte. Diese Bedeutung haben offensichtlich beide Parteien in den Tatsacheninstanzen dem Schreiben auch beigelegt und nirgendwo angezweifelt, daß der Firma J. [REDACTED] & Co und der AOK ein einklagbarer Anspruch auf Beteiligung an dem hinterlegten

Betrag verschafft werden sollte. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht hierüber nichts mehr auszuführen.

III.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagten hätten L. am 21. Juli 1954 den Auftrag zu Unrecht entzogen. Der Gemeinschuldner habe damals das Recht gehabt, die Fortführung der Arbeiten abzulehnen, weil die Beklagten eine angemessene Abschlagszahlung verweigert hätten. Die von ihnen angebotenen 5.000 DM seien zu wenig gewesen; L. habe für die damals von ihm schon ausgeführten Arbeiten ein den Betrag von 5.000 DM erheblich übersteigender Vergütungsanspruch zugestanden, der nach dem Gutachten des Sachverständigen Li. mehr als 9.000 DM betragen habe.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1.) Die Beklagte hat sich darauf berufen, L. sei nach § 16 Nr. 4 Abs. 2 VOB (Teil B) zur Einstellung der Arbeit nur berechtigt gewesen, wenn er zuvor eine angemessene Nachfrist für die Abschlagszahlung gesetzt habe.

Diese Verteidigung der Beklagten läßt das Berufungsgericht nicht gelten. Es führt aus, es sei entbehrlich gewesen, eine Nachfrist zu setzen. Die Beklagten hätten ernstlich und endgültig eine höhere Zahlung als 5.000 DM verweigert und dies bei verschiedenen Gelegenheiten stets zum Ausdruck gebracht. Unter diesen Umständen wäre das Setzen einer Nachfrist eine leere und nutzlose Förmlichkeit gewesen.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen sind nicht berechtigt.

Sie meint, vom Erfordernis der Nachfrist dürfe nicht abgesehen werden, weil nur auf diese Weise klare Verhältnisse über die Berechtigung des Auftragnehmers, die Arbeit einzustellen, geschaffen werden könnten. Indessen ist im Falle des § 16 Nr. 4 Abs. 2 VOB das Bedürfnis, klare Verhältnisse zu schaffen, nicht größer als in sonstigen Fällen, in denen bestimmte Rechtsfolgen grundsätzlich erst nach dem Setzen einer Nachfrist eintreten, z.B. im Falle des § 326 BGB; und hier wie dort sind die Rechtsbeziehungen auch dann geklärt, wenn eine endgültige und ernstliche Erfüllungsweigerung die Bestimmung einer Nachfrist als zwecklos erscheinen läßt. Demgemäß hat der erkennende Senat bereits entschieden, daß bei solcher Erfüllungsweigerung auch für § 16 Nr. 4 Abs. 2 VOB das Setzen einer Nachfrist entbehrlich ist (MDR 1964, 409).

Gegen die Feststellung, die Beklagten hätten sich endgültig und ernstlich geweigert, mehr als 5.000 DM zu zahlen, hat die Beklagte lediglich in der Revisionsverhandlung eingewandt, eine solche Weigerung hätten die Beklagten erst am 12. Juli 1954 erklärt.

Das Vorbringen ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Wenn es zuträfe, so hätte I. [REDACTED] jedenfalls ab 12. Juli 1954 nicht weiter zu arbeiten brauchen, und daraus folgt, daß die Kündigung der Beklagten vom 21. Juli 1954 nicht wegen Einstellung der Arbeiten gerechtfertigt war.

Außerdem widerspricht das Vorbringen den Feststellungen des Berufungsgerichts. Den Ausführungen S. 16 oben und S. 23 unten des Berufungsurteils ist die Feststellung zu entnehmen, daß die Beklagten schon gleich, nachdem am 2. Juli 1954 die zweite Rate der Landesmittel auf ihr

Konto überwiesen worden war, die Zahlung von mehr als 5.000 DM verweigert haben. Wenn die Beklagte diese Feststellung nicht gelten lassen wollte, so hätte sie eine entsprechende Verfahrensrüge in der schriftlichen Revisionsbegründung erheben müssen (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 ZPO).

2.) Die Revision knüpft daran an, daß L. [REDACTED] - auch nach der Meinung des Berufungsgerichts - zeitweise die Arbeit eingestellt habe, ohne dazu berechtigt zu sein, so am 25. Juni 1954. Der seit diesem Tag bestehende Verzug habe, so führt die Revision aus, nur durch Wiederaufnahme der Arbeit geheilt werden können. Da L. [REDACTED] die Arbeit nicht wieder aufgenommen habe, hätten die Beklagten den Auftrag entziehen dürfen. Daran ändere sich nichts deshalb, weil L. [REDACTED] später - nach dem Berufungsgericht ab 2. Juli 1954 - die Fortführung der Arbeit habe verweigern dürfen. L. [REDACTED] habe vielmehr mindestens den während seines Verzugs ausgefallenen Teil der Arbeiten nachholen müssen und "weitere Abschlagszahlungen nur in dem Rhythmus fordern" können, "der sich ergeben hätte, wenn er seine Arbeiten vertragsmäßig erbracht hätte".

Hierin kann der Revision nicht gefolgt werden. Bei der vom Berufungsgericht festgestellten ernstlichen und endgültigen Verweigerung einer angemessenen Abschlagszahlung besteht kein Anhalt dafür, daß die Beklagten etwa, wenn L. [REDACTED] Arbeiten "nachgeholt" hätte, sich zu einer höheren Abschlagszahlung bereitgefunden hätten.

Die bereits vorher eingetretene Verzögerung der Arbeiten könnte allerdings deshalb ins Gewicht fallen, weil L. [REDACTED] für jeden Tag der Verzögerung 100 DM Vertragsstrafe zu zahlen hatte. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann aber die Kündigung der Beklagten vom 21. Juli 1954 nicht als berechtigt angesehen werden. Wie das

Berufungsgericht ausführt und unten (unter IV) noch erörtert wird, sind L. von der bis zur Kündigung vom 21. Juli 1954 eingetretenen Verzögerung nur 11 Arbeitstage zur Last zu legen. Die hierfür zu entrichtende Vertragsstrafe von 1.100 DM reichte nicht aus, um den Beklagten das Recht zu gewähren, L. nur eine Abschlagszahlung von 5.000 DM anzubieten, da dieser über 9.000 DM für die bereits geleisteten Arbeiten zu beanspruchen hatte.

3.) Die Revision meint, die Entziehung des Auftrags sei auch deshalb berechtigt gewesen, weil L. durch wiederholte willkürliche Einstellung der Arbeit die "Vertrauensgrundlage schwer erschüttert" habe; sein bisheriges Verhalten habe weitere Verzögerungen als sicher erscheinen lassen.

Auch hiermit kann die Revision nicht durchdringen. Soweit das Berufungsgericht die Einstellung der Arbeit durch L. für unberechtigt hält, geschieht das deshalb, weil er Abschlagszahlungen nach § 6 des Vertrags nur habe fordern können, "sofern Gelder zur Verfügung stehen", und die für das Bauvorhaben beantragten öffentlichen Mittel zur Zeit der Arbeitseinstellung noch nicht eingegangen waren. Über die Bedeutung des § 6 Abs. 2 des Vertrags haben die Parteien gestritten (vgl. S. 13 f. BU). Mag nun aber L. zu Recht oder Unrecht die Weiterarbeit von Abschlagszahlungen abhängig gemacht haben, so erlaubt seine auf diesen Grund gestützte Weigerung nicht den Schluß, daß er auch dann, wenn ihm aus den nunmehr vorhandenen Mitteln eine angemessene Abschlagszahlung gewährt worden wäre, nicht weitergearbeitet hätte.

4.) Die Revision meint, die Beklagten hätten, ohne nach § 8 Nr. 1 VOB (B), § 649 S. 2 BGB zur Zahlung der Vergütung verpflichtet zu bleiben, am 21. Juli 1954 kün-

digen können, weil L. in wirtschaftlichen Verfall geraten sei.

Bei "wirtschaftlichem Verfall" des Auftragnehmers schützt § 8 Nr. 2 VOB den Auftraggeber. Dieser kann den Vertrag mit den in § 8 Nr. 2 VOB angegebenen Folgen kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, das Vergleichsverfahren beantragt oder in Konkurs gerät. Die Revision behauptet nicht, daß einer dieser Tatbestände am 21. Juli 1954 gegeben war.

Auf die Monate später liegende Konkurseröffnung kommt es nicht an. Die in § 8 Nr. 2 VOB genannten Gründe müssen zur Zeit der Kündigung gegeben sein. Ist das nicht der Fall, so beendet die Kündigung den Vertrag mit der in § 8 Nr. 1 VOB angeordneten Folge, daß der Auftragnehmer seinen Vergütungsanspruch behält. Treten die in § 8 Nr. 2 VOB genannten Ereignisse später ein, so können sie den Vertrag nicht mehr beeinflussen, da dieser durch die Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB schon vorher beendet war.

Es kann dahinstehen, ob § 8 Nr. 2 VOB, was die wirtschaftliche Lage des Auftragnehmers angeht, eine erschöpfende Regelung enthält oder ob auch eine sonstige Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Auftragnehmers zur Kündigung mit den in § 8 Nr. 2 angegebenen Rechtsfolgen berechtigen kann. Wenn überhaupt, so könnte das nur für den Fall gelten, daß die Durchführung des Vertrags ernstlich gefährdet wäre. Dafür hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nichts vorggetragen. L. hatte die Arbeit zum größten Teil fertiggestellt, und es spricht, wie oben unter III 3 schon ausgeführt, nichts dagegen, daß er sie, wenn er eine angemessene Abschlagszahlung erhalten hätte, alsbald beendet hätte.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle in F. 1934, 2934, auf die sich die Revision beruft, spricht nicht für sich. Abgesehen davon, daß es sich dort nicht um einen dem VOB unterliegenden Vertrag handelte, beruht das Urteil des Oberlandesgerichts Celle auf der Feststellung, daß dem Unternehmer die Fertigstellung der Arbeit wegen seiner wirtschaftlichen Lage unmöglich geworden war. Daß das auch hier am 21. Juli 1954 der Fall gewesen wäre, hat die Beklagte nicht behauptet.

IV.

Das Berufungsgericht geht demnach ohne Rechtsfehler davon aus, daß L. der Anspruch auf die gesamte vertragliche Vergütung von 42.636,09 DM abzüglich ersparter Aufwendungen (und der im Berufungsurteil als gerechtfertigt anerkannten Abzüge) nach § 8 Nr. 1 VOB zusteht. Es führt aus, die vertragliche Vergütung übersteige diejenige, welche für die tatsächlich ausgeführten Arbeiten beansprucht werde, um etwa 13.000 DM. Der vom Landgericht dem Kläger zugesprochene Betrag von 7.368,58 DM stehe diesem deshalb auch dann zu, wenn von der vertraglichen Vergütung die - nach dem Berufungsgericht in Höhe von 1.100 DM verwirkte - Vertragsstrafe abgesetzt werde und die nach dem Sachverständigengutachten gerechtfertigten Abzüge von 401,03 DM gemacht würden.

Die Revision macht geltend, eine Vertragsstrafe sei nicht für nur 11 Tage in Höhe von 1.100 DM, sondern für 27 Tage in Höhe von 2.700 DM verwirkt.

Damit kann sie schon deshalb nichts erreichen, weil auch weitere 1.600 DM Vertragsstrafe den Anspruch auf die vertragliche Vergütung nicht aufzehren würden. Auch im einzelnen sind aber die Angriffe der Revision gegen die Bemessung der Vertragsstrafe nicht begründet:

1.) Das Berufungsgericht errechnet insgesamt eine Fristüberschreitung von 37 Werktagen. Hiervon zieht es die Tage ab, an denen L. die Arbeit mit Recht eingestellt habe und deshalb nicht in Verzug geraten sei (vgl. § 11 Nr. 2 Satz 1 VOB).

Die Arbeitseinstellung am 18. Mai 1954 hält es für unberechtigt und zieht für sie demnach von den 37 Tagen nichts zu Gunsten L. ab. Bei diesem Verfahren konnte das Berufungsgericht offen lassen, wie lange die am 18. Mai 1954 beginnende Arbeitseinstellung andauerte. Sie kommt L. ohne Rücksicht auf ihre Dauer nach dem Berufungsurteil in keinem Falle zugute, weil ihm hierfür von den 37 Tagen Fristüberschreitung nichts gutgebracht ist. Die Ausführungen der Revision, das Berufungsgericht habe hier fälschlich L. nur 3 Tage zur Last gelegt, gehen daher fehl.

2.) Am 31. Mai 1954 sind die Arbeiten unterbrochen worden, weil statt der begonnenen Hohlkörperdecken auf Anordnung des Bevollmächtigten der Beklagten Vollbetondecken eingebaut werden sollten und hierfür eine Nachtragsstatik gefertigt und von der Baubehörde genehmigt werden mußte. Den hierdurch entstandenen, auf 6 Tage bemessenen Zeitverlust haben nach der Ansicht des Berufungsgerichts die Beklagten zu vertreten.

Die Beklagten hatten geltend gemacht, im Kostenschlag seien "Stahlbetondecken" vorgesehen gewesen und L. habe diese Angabe nach Abschluß des Bauvertrags einseitig in "Hohlkörperdecken" geändert. Dieser Behauptung folgt das Berufungsgericht nicht und stellt fest, daß schon in der vor Beginn der Arbeiten angefertigten Statik vom 23. April 1954 Hohlkörperdecken vorgesehen waren.

Die Revision rügt, das Oberlandesgericht habe nicht Beweis über die Behauptung der Beklagten erhoben, daß L. die Änderung den Beklagten und dem Architekten verheimlicht habe. Die Rüge hat keinen Erfolg. In der Berufungsbegründung (S. 3 f.), auf die sich die Revision bezieht, war für ein "Verheimlichen" der Änderung kein Beweis angetreten. Das weitere Beweisangebot, das die Revision als übergangen rügt, ist in einem Schriftsatz vom 5. April 1963 enthalten, der nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereicht wurde und bei der Entscheidung nicht zu berücksichtigen war.

3.) Das Berufungsgericht führt aus, ab 2. Juli 1954 sei L. nicht in Verzug gewesen, weil seit diesem Tage die zweite Rate der Landesmittel auf das Konto der Beklagten überwiesen gewesen sei, diese aber gleichwohl eine ausreichende Abschlagszahlung verweigert hätten.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe statt des 2. Juli 1954 den 5. Juli 1954 zugrunde legen müssen. Von der Gutschrift am 2. Juli 1954 hätten die Beklagten frühestens am 3. Juli 1954 Nachricht haben und frühestens am 4. Juli 1954 eine Überweisung an L. vornehmen können; dieser würde daher nicht vor dem 5. Juli 1954 die Arbeit aufgenommen haben.

Dieses Vorbringen bleibt ohne Erfolg. Die Beklagten haben in den Tatsacheninstanzen nicht bestritten, daß sie schon am 2. Juli 1954 über die Landesmittel verfügen konnten. Trüfe das obige Vorbringen der Revision zu, so hätten die Beklagten es dem Berufungsgericht unterbreiten müssen. Denn der Kläger hatte behauptet, der Bevollmächtigte der Beklagten, Assessor S., habe sich bereits am 2. und 3. Juli 1954 geweigert, den von dem Architekten schon unterschriebenen Scheck mit zu un-

terzeichnen (S. 12 des Schriftsatzes vom 28. November 1956).
Dieser Darstellung haben die Beklagten in den Tatsachen-
instanzen nicht widersprochen.

4.) Mit der in der Revisionsverhandlung aufgestellten
Behauptung, die Beklagten hätten sich erst am 12. Juli
1954 geweigert, mehr als 5.000 DM zu zahlen, können sie
in dieser Instanz nicht gehört werden, wie oben unter III
schon ausgeführt ist.

V.

Nach allem ergibt sich, daß die Klage jedenfalls in
dem Umfange begründet ist, in dem das Landgericht ihr ent-
sprochen und das Berufungsgericht dessen Urteil bestätigt
hat, und weiter, daß auch der Antrag der Revision zur Wi-
derklage keinen Erfolg haben kann.

Die Revision ist demnach mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Meyer

Bundesrichter Erbel und Dr. Finke
haben ihren Urlaub angetreten und
können deshalb das Urteil nicht
unterschreiben.

Glanzmann