

2231 020

Nachschlagewerk: ja

Antliche Sammlung: nein

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B

§ 16 Ziff. 4 Abs. 3

Für die Geltendmachung eines Verzugeschadens bedarf es dann keiner Nachfristsetzung, wenn sich der Schuldner ernstlich weigert, rechtzeitig zu erfüllen.

BGH, Urt. v. 30. Januar 1964 - VII ZR 125/62 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

VII ZR 125/62

Verkündet
am 30. Januar 1964
Woltschek,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Jakob N. [REDACTED], Inhaber Dipl.-Ing. Emil Peter
N. [REDACTED], F. [REDACTED] a.M.-H. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die B. [REDACTED] D. [REDACTED], vertreten durch den
Bundesminister der Finanzen in Bonn, dieser vertreten
durch den Oberfinanzpräsidenten in Frankfurt a.M.,
A. [REDACTED] alles [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1964 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Frankfurt a.M. vom 12. März 1962
aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 1. Februar 1955 erteilte das Sonderbauamt in Frankfurt a.M. (SBA) auf Grund einer Requisitionsanforderung der damaligen US-Besatzungsmacht (sog. 6 GA-Schein vom 29. Juni 1954) der aus der Klägerin und noch zwei anderen Unternehmern bestehenden Arbeitsgemeinschaft (Arge) den Auftrag zur Errichtung von 25 Wohngebäuden. Der Gesamtauftrag umfaßte etwa 10 Millionen DM, von denen etwa 2,9 Millionen DM auf die Klägerin entfielen. Nach dem Auftragsschreiben sollten die Bestimmungen der VOB (Teil B) anwendbar sein; andererseits war am Kopfe des Auftrags vermerkt, daß aus ihm Ansprüche gegen den Bund und das SBA als Dienststelle des Landes Hessen nicht hergeleitet werden könnten. Der Auftrag ist durchgeführt, und die ihm ursprünglich zugrundgelegten Arbeiten sind im wesentlichen abgerechnet worden.

Die Klägerin hat am 4. Juli 1956 bei dem Amtsgericht Frankfurt a.M. die Eröffnung des Vergleichsverfahrens beantragt; in der Folgezeit wurde ihr Vergleichsvorschlag von der Mehrheit der Gläubiger angenommen.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte eine Schadensersatzforderung geltend mit der Begründung, daß diese ihre Leistungen, die im Zusammenhang mit dem Hauptauftrag noch erbracht worden waren, zu spät vergütet habe. Durch den Verzug der Beklagten sei die Klägerin zahlungsunfähig geworden und in das Vergleichsverfahren getrieben worden. Im einzelnen handelt es sich um folgende Forderungen:

- 1.) Aufbau einer neuen Zufahrtsstraße, die infolge polizeilicher Sperrung der bisher benutzten Straße erforderlich wurde: Hierzu hat die Arge am 24. August 1955 eine spezifizierte Rechnung über 171.717,47 DM, von denen 40.035,95 DM

auf die Klägerin entfielen, dem SBA übersandt. Das SBA legte die Rechnung der amerikanischen Dienststelle vor, die am 23. August 1956 einen Betrag von nur 81.690,60 DM genehmigte. Damit war die Arge nachträglich einverstanden. Der auf die Klägerin entfallende Betrag von 23.601,09 DM wurde am 15. November 1956 an sie ausbezahlt.

2.) Mehrkosten infolge Lohnerhöhung: Hierzu legte die Arge am 9. Februar 1956 eine Rechnung über 127.457,76 DM vor, die das SBA auf 120.755,67 DM kürzte. Der auf die Klägerin entfallende Anteil von 36.730,31 DM wurde am 22. August 1956 an sie bezahlt.

3.) Mehrkosten infolge vorübergehenden Baustops: Von der am 3. Mai 1956 eingereichten Rechnung der Arge über 1.704.318,11 DM wurde der Klägerin ein anteiliger Betrag von 355.931,-- DM von der Preisprüfungsstelle anerkannt. Nach weiteren Kürzungen wurden der Klägerin am 20. Mai 1957 172.650,20 DM vergütet.

Die der Klägerin aberkannten Forderungen sind zwischen den Parteien zum Teil noch streitig, aber nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits.

Die Klägerin beziffert ihren durch die Eröffnung des Vergleichsverfahrens entstandenen Schaden auf 381.916,58 DM (aufgegliedert in ihrem Schriftsatz vom 6. Juli 1959 S. 20 ff.) die sie mit der Klage geltend machte.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat vorgetragen, sie sei nicht im Verzug gewesen, da ihr, wie die Klägerin gewußt habe, nur im Rahmen des 6 GA-Scheins Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Für die hier in Frage kommenden "außervertraglichen" Leistungen könne sich die Klägerin nicht auf die Zahlungsfristen der

VOB berufen. Die Klägerin habe überdies auch keine Nachfrist gem. § 16 Ziff. 4 Abs. 3 VOB (B) gesetzt. Schließlich wäre ein etwaiger Verzug der Beklagten für die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht ursächlich gewesen, da die Klägerin in dem maßgebenden Zeitpunkt auf jeden Fall illiquid gewesen wäre und das Vergleichsverfahren hätte beantragen müssen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die auf einen Teilbetrag von 20.000 DM beschränkte Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung von 20.000 DM weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet.

I.

Die Fälligkeit der Forderungen:

In dem zwischen den Parteien noch anhängigen Rechtsstreit, in welchem die Klägerin wegen der Mehrkosten infolge des Baustops eine Restforderung von etwa 25.000 DM geltendmacht, hat der Senat in seinem Urteil vom 29. Juni 1961 (VII ZR 86/60) bereits festgestellt, daß es sich bei dem in Frage stehenden Auftrag nicht um eine "verlängerte Requisition" handelte. Vielmehr haben die Parteien entsprechend den Auftragsbeutengrundsätzen von 1954 (MBl d. BME 1954, 190) einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen und die Bestimmungen der VOB (B) zu dessen Bestandteil gemacht. Der hiermit in Widerspruch stehende Satz des Auf-

tragschreibens, es handle sich um eine Requisition, aus der keine Ansprüche gegen den Bund usw. hergeleitet werden könnten, ist nur die Wiedergabe einer unrichtigen und daher nicht beachtlichen Rechtsansicht der Beklagten. Im einzelnen kann hierzu auf die Gründe dieses Urteils verwiesen werden.

Den Auftragsbautengrundsätzen 1954 und dem Auftragschein ist auch nicht zu entnehmen, daß die Bestimmungen des § 16 VOB (B) über die Fälligkeit der Ansprüche der Unternehmer und über den Verzug der Bauherrin nicht gelten sollten, insbesondere daß die Beklagte befugt sein sollte, entgegen den Bestimmungen des § 16 VOB (B) mit der Befriedigung der Ansprüche der Unternehmer zu warten, bis diese von der damaligen US-Besatzungsmacht genehmigt und die erforderlichen Mittel bereitgestellt wären. Das angefochtene Urteil enthält auch keine Feststellung, daß die Parteien derartiges vereinbart haben. Dementsprechend hatte der Senat in dem oa. Urteil dem Berufungsgericht zur Prüfung gestellt, ob die von der Klägerin geltendgemachte Mehrforderung (unabhängig von ihrer Genehmigung oder Nichtgenehmigung durch die Amerikaner) sachlich begründet sei.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß die von der Arge eingereichten Rechnungen nicht prüfungsfähig gewesen seien. Damit stellt sie sich in Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten, denn sie hat die Rechnungen geprüft und auf Grund dieser Prüfung sind sie in der Folgezeit auch beglichen worden. Daß sie noch weitere Unterlagen hätte anfordern müssen, hat sie nicht behauptet.

Es fehlt auch an einer Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Prüfung der Rechnungen besonders schwierig gewesen sei und deshalb ausnahmsweise eine Verlängerung der Zweimonatsfrist des § 16 Ziff. 2 Abs. 1 Satz 1 VOB (B) hätte

rechtfertigen können. Selbst wenn das aber der Fall gewesen sein sollte, so war die Beklagte keinesfalls berechtigt, der Klägerin fast 15 Monate lang, wovon über 10 Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens liegen, jegliche Zahlung für die Straßenbauarbeiten vorzuenthalten. Es ist nicht vorstellbar, daß eine Rechnungsprüfung diese lange Zeit beanspruchen konnte. Zumindest hatte die Klägerin Anspruch auf Abschlagszahlungen (§ 16 Ziff. 1 und Ziff. 2 Abs. 1 S. 3 VOB(B)).

Es ist daher jedenfalls nach dem bisherigen Sachstand davon auszugehen, daß die Ansprüche der Klägerin zumindest in Höhe der inzwischen anerkannten und bezahlten Beträge jeweils 2 Monate nach Rechnungstellung durch die Arge fällig waren (§ 16 Ziff. 2 Abs. 1 VOB (B)), somit

1. aus dem Aufbau der neuen Zufahrtsstraße (Rechnung vom 24. August 1955) 23.601,09 DM am 24. Oktober 1955,

2. für Mehrkosten infolge Lohnerhöhungen (Rechnung vom 9. Februar 1956) 36.730,31 DM am 9. April 1956,

3. für Mehrkosten infolge des Baustops (Rechnung vom 3. Mai 1956) 172.650,20 DM am 3. Juli 1956.

Wenn die Beklagte und ihr folgend das Berufungsgericht meinen, die Klägerin könne wegen der verspäteten Zahlung der erstgenannten Rechnung (Aufbau der Zufahrtsstraße) schon deshalb keinen Schaden geltendmachen, weil sich die Arge bereit erklärt habe, die Kosten für den Ausbau der Straße vorzulegen, obwohl sie wußte, daß sie damals nicht dazu verpflichtet gewesen sei (BU 3. 16), so kann dem nicht gefolgt werden, denn dieser Erklärung kann kein anderer Sinn beigemessen werden als höchstens der, daß, um eine Unterbrechung der Bauarbeiten zu vermeiden, die Arge sofort mit den er-

forderlichen Arbeiten ohne vorherige Ausschreibung und Einigung über die Kosten beginnen wollte. Nachdem aber die Zufahrtsstraße von der Arge auf ihre Kosten erstellt und nach Beendigung der Arbeiten hierüber eine spezifizierte Rechnung eingereicht worden war, bestand für die Beklagte kein berechtigter Anlaß mehr, mit der Begleichung der Rechnung zu warten, bis diese von der damaligen US-Besatzungsmacht genehmigt war, wie denn das Berufungsgericht auch selbst die Auffassung vertritt, daß für die hier in Frage stehenden "außervertraglichen Leistungen" ebenfalls die Bestimmungen der VOB (B) Anwendung finden sollten (BU S. 13).

Das Berufungsgericht meint nun allordings, die Bestimmungen des § 16 VOB (B) könnten in diesem Falle keine Anwendung finden, weil der zusätzliche Bau der Straße "von der Arge einseitig zustandegekommen" sei und es deshalb und es deshalb einer vorherigen Überprüfung durch die Amerikaner und das SBA bedurft hätte (BU S. 12). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Parteien hatten sich unstreitig von Anfang geeinigt, daß die Straße von der Arge gebaut werden sollte. Es bestand also nicht, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, ein vertragsloser Zustand. Daraus folgt, daß die Arge eine angemessene Bezahlung verlangen konnte. Der "Einseitigkeit", d.h. der nicht im Rahmen einer Ausschreibung vorgenommenen Arbeitsübernahme, kann deshalb auch nicht das Recht des SBA entnommen werden, die Bezahlung der Arge zu verzögern und im Falle einer Nichtbewilligung durch die Amerikaner sie nicht oder in nicht angemessener Höhe zu befriedigen. Es würde jeder Lebenserfahrung widersprechen, wenn sich die Arge auf ein solches Risiko eingelassen hätte, zumal der Bau der Straße ja nicht in ihrem Interesse, sondern im Interesse der Bauherrin ausgeführt werden sollte. Die Beklagte war also wie in den anderen Fällen gehalten, die Rechnung fristgemäß zu prüfen und zu begleichen, soweit die Forderung angemessen war, also jedenfalls in Höhe des später anerkannten und ausbezahlten Betrags. Ebenso wie bei den

beiden anderen Rechnungen konnte es für die Verpflichtung der Beklagten auch hier nicht mehr darauf ankommen, ob und in welcher Höhe die amerikanischen Dienststellen die Rechnung genehmigten.

Auch aus dem Umstand, daß die Arge mit der Beklagten über die Höhe der Rechnung verhandelt hat, läßt sich noch nicht schließen, daß die Beklagte bis zu einer Einigung keinerlei Zahlung, auch keine Abschlagszahlung leisten sollte. Das Berufungsgericht hat hierzu auch keine hinreichenden Feststellungen getroffen.

II.

Verzug der Beklagten:

Die Schadensersatzforderung der Klägerin setzt außer der Fälligkeit der Forderungen weiter voraus, daß die Beklagte in Verzug geraten ist. Dazu bedurfte es, worauf der Senat bereits in seinem Urteil vom 29. Juni 1961 - VII 2R 167/60 - (LM Nr. 1 zu § 16 VOB (B) = NJW 1961, 1968) hingewiesen hat, einer vorangegangenen fruchtlosen Fristsetzung nach § 16 Ziff. 4 Abs. 3 VOB (B). Weiter ist erforderlich, daß der Verzug der Beklagten schuldhaft war (§§ 285, 276 BGB).

1.) Das Berufungsgericht sieht es als nicht erwiesen an, daß die Klägerin der Beklagten eine Nachfrist im Sinne des § 16 Ziff. 4 Abs. 3 VOB (B) gesetzt hat. Die Beklagte trifft überdies kein Verschulden, wenn sie damals geglaubt habe, es handle sich um eine Requisitionsleistung, und sie dürfe deshalb die Genehmigung der Amerikaner und die Bereitstellung der erforderlichen Mittel abwarten.

2.) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Klägerin sind begründet.

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war im vorliegenden Fall eine Nachfristsetzung nicht erforderlich.

Nach der ständigen Rechtsprechung bedarf es zur Geltendmachung der Rechte aus § 326 BGB dann keiner Nachfristsetzung, wenn sich der Schuldner ernstlich weigert, den Anspruch des Gläubigers zu erfüllen (u.a. BGH Urteil vom 11. Januar 1961 - VIII ZR 86/60 - = LM Nr. 2 zu § 326 (Dc)). Sinn und Zweck der nach § 326 BGB geforderten Fristsetzung ist, den Schuldner vor die Frage zu stellen, ob er die Folgen des § 326 Abs. 1 auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese Folgen von sich abwenden soll. Weigert sich der Schuldner von vornherein ernstlich, die Forderung des Gläubigers zu erfüllen, dann wird diese Fragestellung zur leeren und überflüssigen Form. Es kann deshalb in solchen Fällen auf sie verzichtet werden; die Folgen aus § 326 BGB treten dann auch ohne Fristsetzung ein.

Dieser Grundsatz muß entsprechend auch für die Bestimmung des § 16 Ziff. 4 Abs. 3 VOB (B) gelten, da auch für die Geltendmachung eines Verzugsschadens bei ernstlicher Weigerung des Schuldners, rechtzeitig zu zahlen, eine Nachfristsetzung ebensowenig sinnvoll wäre.

Die Beklagte hatte nun, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts (BfJ S. 14 oben) ergibt, der Klägerin gegenüber erklärt, daß es sich um eine Requisitionsleistung handle und sie deshalb für die hier in Frage stehenden Leistungen nicht verpflichtet sei, an die Arge irgendwelche Zahlungen zu leisten, bevor nicht die entsprechenden Mittel bereitgestellt wären. Sie hat also der Klägerin damit zu erkennen gegeben, daß sie nicht willens und in der Lage sei, vorher Zahlungen zu leisten; die Beklagte hat denn auch niemals behauptet, daß sie im Falle einer Nachfristsetzung pünktlich gezahlt hätte. Das genügt zur Feststellung einer ernstlichen Weigerung der Beklagten, rechtzeitig zu zahlen.

Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts beruht auf der Erwägung, daß die Beklagte sich niemals endgültig geweigert habe, zu zahlen. Darauf kann es aber nicht ankommen, wenn ein Gläubiger sich wegen Verzugs des Schuldners gemäß § 326 BGB endgültig vom Vertrag lösen will. Darum geht es hier nicht, vielmehr um die Geltendmachung des reinen Verzögerungsschadens, für die in der VOB - anders als im allgemeinen bürgerlichen Recht - grundsätzlich eine Nachfristsetzung vorausgesetzt wird.

Es kommt in diesem Zusammenhang auch nicht darauf an, ob die Weigerung der Beklagten auf einem Verschulden beruht, denn auch eine etwa unverschuldete Weigerung würde die Fristsetzung ebenso zu einer "leeren und überflüssigen Form" machen.

Ebensowenig ist entscheidend, ob die Klägerin ihrerseits hätte erkennen können, daß es sich nicht um eine Requisitionseistung handelte und die Vorschriften der VOB uneingeschränkt galten; denn daraus allein kann noch nicht die Notwendigkeit hergeleitet werden, mindestens vorsorglich eine Nachfrist zu setzen, die angesichts der ernstlichen Weigerung der Beklagten von vornherein als zwecklos angesehen werden müßte. Die Entscheidung des Senats in einem ähnlich gelagerten Fall, in welchem ein Verzug des Schuldners mangels Nachfristsetzung verneint wurde (LM Nr. 1 zu § 16 VOB), steht dem nicht entgegen, da es dort an einem entsprechenden, durch konkrete Einzelheiten belegten Vortrag des Gläubigers und dahingehenden Revisionsrügen fehlte.

b) Eine weitere Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin ist, daß die Beklagte den Verzug verschuldet hat.

Das Berufungsgericht ist in anderem Zusammenhang, damit aber auch wohl für den Fall des Verzugeschadens der Auffassung, daß ein Verschulden der Beklagten nicht vorgelegen habe, denn der Begriff der Requisitionsleistung im Zusammenhang mit Bauaufträgen für die damaligen Besatzungsmächte sei in seiner rechtlichen Bedeutung zu dieser Zeit noch nicht richtig erkannt worden; die Klägerin habe damals auch noch selbst geglaubt, es handle sich um eine Requisitionsleistung (BU S. 16)

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Nach Auffassung des Reichsgerichts kann zwar auch ein unverschuldeter Rechtsirrtum über die Leistungspflicht ebenso wie ein Tatsachenirrtum ausnahmsweise zur Verneinung eines Schadensersatzanspruchs aus Verzug führen (RGZ 96, 313, 316; 130, 23, 28; 156, 113, 120). Dem ist der Bundesgerichtshof gefolgt (LM Nr. 1 und 3 zu § 285 BGB sowie III Nr. 3 zu Art. V MRG (AmZ) 56). Einhellig wird aber stets die Ansicht vertreten, daß in jedem Fall ein strenger Maßstab anzulegen sei. Schon wenn der Schuldner an der Richtigkeit seiner Rechtsauffassung hätte Zweifel haben müssen, kann er sich deshalb nicht mehr mit Erfolg auf seinen Rechtsirrtum berufen.

Mindestens solche Zweifel mußte aber die Beklagte haben. Schon im Jahre 1954 waren die damalige US-Besatzungsmacht und die Bundesrepublik übereingekommen, daß mit Wirkung vom 1. April 1954 die Auftragsbeutungsgrundsätze 1954 gelten sollten, nach welchen die Verträge mit den Unternehmern auf bürgerlichrechtlicher Grundlage abzuschließen und durchzuführen waren. Die Beklagte hat diese Grundsätze selbst öffentlich bekannt gemacht. Wenn nun, wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 25. Mai 1960 unwidersprochen vorgetragen hat, in Hessen davon abgewichen und

nach Requisitionsgrundsätzen verfahren wurde, dann hat das die Beklagte zu vertreten. Auf einen etwaigen - möglicherweise noch entschuldbaren - Rechtsirrtum der mit der Durchführung der Besatzungsbauten betrauten örtlichen Landesbehörden kann es dabei nicht ankommen. Sache der Beklagten war es, die Durchführung der damaligen Besatzungsbauten, bei denen es sich um eine Vielzahl von Millionenprojekten handelte, zentral zu steuern und dafür zu sorgen, daß überall nach den vereinbarten Auftragsbautengrundsätzen, durch die sie selbst ihr Verwaltungshandeln gebunden hatte, verfahren wurde, die Bauten also nicht als Requisitionsleistungen, sondern auf Grund bürgerlichrechtlicher Verträge mit den Unternehmern errichtet wurden. Geschah dies, wie hier, nicht, so beruhte das auf einem der Beklagten vorwerfbaren Organisationsfehler.

Nun hat der Senat in seiner oa. Entscheidung - allerdings im Zusammenhang mit der Frage der Fristsetzung - ausgeführt, die Zahlungsweigerung der beklagten Bundesrepublik habe nicht auf bösem Willen beruht. Das wird auch hier der Fall sein; aber darauf kommt es nicht an, denn für die Unentschuldbarkeit eines Rechtsirrtums genügt jede Fahrlässigkeit.

Der Umstand, daß die Klägerin möglicherweise damals selbst geglaubt hat, es handle sich um eine Requisitionsleistung, steht ihrem Schadensersatzanspruch nicht entgegen. Das könnte höchstens dann von Bedeutung sein, wenn sie dadurch den Rechtsirrtum der Beklagten hervorgerufen oder gefördert hätte (vgl. dazu RGZ 97, 313, 316). Für eine solche Annahme bestehen aber keine Anhaltspunkte; vielmehr war das Gegenteil der Fall.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann infolgedessen ein schuldhafter Verzug der Beklagten nicht verneint werden.

III.

Die Ursächlichkeit des Verzugs für den Schaden
der Klägerin:

Das Berufungsgericht verneint die Ursächlichkeit, weil die Klägerin auch bei rechtzeitiger Bezahlung der Forderung von 36.730,31 DM zahlungsunfähig geworden wäre und das Vergleichsverfahren hätte beantragen müssen.

Ob dies richtig ist, könnte schon zweifelhaft sein, denn das Berufungsgericht hat, wie die Klägerin mit Recht rügt, nicht die Angaben des Zeugen R. beachtet, wonach die Bank der Klägerin für Lohnzahlungen noch einen weiteren Kredit von 23.000 DM bewilligt haben soll. Doch kann das dahingestellt bleiben, da nach dem bisherigen Sachstand davon auszugehen ist, daß die Beklagte in dem Zeitpunkt, als das Vergleichsverfahren beantragt wurde, auch noch mit der weiteren Forderung von 23.601,09 DM, also mit insgesamt über 60.000 DM im Verzug war und schon damit der Begründung des Berufungsgerichts der Boden entzogen ist. Die Möglichkeit, daß die Klägerin, wenn ihr damals 60.000 DM zur Verfügung gestanden hätten, das Vergleichsverfahren hätte vermeiden können, ist nicht auszuschließen, zumal sie bei vertragmäßigem Verhalten der Beklagten in Kürze auch noch mit dem Eingang weiterer 172.650,20 DM hätte rechnen können.

Das Berufungsgericht wird deshalb die Frage der Ursächlichkeit erneut zu prüfen und gegebenenfalls auch die erforderlichen Feststellungen zur Höhe des Schadens zu treffen haben.

IV.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Bundesrichter Dr. Vogt ist
erkrankt und kann deshalb
nicht unterschreiben.

Glanzmann