

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

BGB § 639 Abs. 1, §§ 478, 479

Auch die schon vor der Abnahme erfolgte Anzeige eines Mangels des Werks erhält dem Besteller gemäß § 639 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 478, 479 BGB das Recht, nach Vollendung der Verjährung mit dem Schadensersatzanspruch aufzurechnen.

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B § 4 Nr. 7 Satz 2, § 6 Nr. 5 Abs. 2

§ 4 Nr. 7 Satz 2 VOB (B) gewährt dem Auftraggeber auch einen Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls, den dieser dadurch erleidet, daß der Auftragnehmer während der Bauausführung eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung beseitigt und neu ausführt, so daß das Bauwerk später fertig wird; § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) steht dem nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 29. Juni 1961 - VII ZR 174/60 - OLG Hamm
LG Essen

VII ZR 174/60

Verkündet
am 29. Juni 1961
Woitscheck, 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 E [REDACTED] W [REDACTED] GmbH. in E [REDACTED], D [REDACTED]-
straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Dr. [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma G [REDACTED] & Co., Hoch-, Tief- und Stahlbetonbau,
Kommanditgesellschaft, E [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten
durch ihren Komplementär Josef Gregor G [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/
Westf. vom 28. Juni 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, zugleich über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin hat für die Beklagte in E [REDACTED] ein Wohn- und Geschäftshaus, ein Garagen- und Lagergebäude und eine Tankstelle im Rohbau errichtet. Von ihrer 246.231,39 DM ausmachenden Gesamtforderung hat sie den unstreitig von der Beklagten noch nicht gezahlten Restbetrag von 14.385 DM nebst Zinsen sowie 2 aus Zahlungsverzug hergeleitete Beträge von 96,90 nebst Zinsen und 390,72 DM eingeklagt.

Die Beklagte hat gegenüber der Restforderung mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet und die Berechtigung der geltend gemachten Verzugsschäden bestritten.

Das Landgericht hat die Restforderung von 14.385 DM nebst Zinsen sowie Verzugsschadensansprüche über 47,50 DM nebst Zinsen hieraus und 160 DM zugesprochen.

Im Berufungsverfahren hat die Beklagte weitere Gegenansprüche zur Aufrechnung gestellt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Der Wohnhaus- und Mietausfall

Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe das Kellermauerwerk "exzentrisch", d.h. nicht genau auf die Mitte der Fundamente aufgesetzt und einen ungeeigneten Mörtel dafür verwendet. Die Klägerin habe deshalb diese Mauern wieder abreißen und neu errichten müssen. Infolgedessen



sei das Wohn- und Geschäftshaus mindestens 2 Monate später fertig geworden und ihr seien die Mieten daraus für diesen Zeitraum im Gesamtbetrag von 9.475 DM entgangen. Mit einer Gegenforderung in dieser Höhe rechne sie auf.

Das Berufungsgericht hält den Gegenanspruch aus verspäteter Herstellung des Wohnhauses nicht für begründet. Die Beklagte könne, so führt es aus, einen solchen Anspruch nur als Verzugsschaden (§ 286 Abs. 1 BGB) geltend machen. Die Klägerin sei jedoch nicht in Verzug gewesen. Auf positive Vertragsverletzung könne der Anspruch nicht gestützt werden.

Dieser Begründung des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß die Parteien nach ihrem insoweit übereinstimmenden Sachvortrag (Auftragsschreiben des Architekten Brecklinghaus vom 20. Dezember 1955; Schriftsätze der Beklagten vom 15. Januar 1959 (S. 5) und vom 19. Februar 1959 (S. 4); Schriftsatz der Klägerin vom 12. März 1959 (S. 6)) - Die Anwendbarkeit der Bestimmungen der VOB auf den Werkvertrag vereinbart haben. Hiervon geht in anderem Zusammenhang auch das Berufungsgericht aus (BU S. 10 Ziff. 6).

Nach § 4 Ziff. 7 VOB (B) hat der Auftragnehmer Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Dementsprechend hat die Klägerin das mangelhafte Kellermauerwerk - jedenfalls zum Teil - abgerissen und neu errichtet. § 4 Ziff. 7 S. 2 VOB bestimmt jedoch weiter, daß der Auftragnehmer, wenn er den Mangel zu vertreten hat, auch den daraus entstehenden Schaden ersetzen muß. Demnach besteht neben der Mängelbeseitigungspflicht eine Schadensersatzpflicht. Diese durch § 4

Ziff. 7 Satz 2 begründete Schadensersatzpflicht ist ihrem Umfange nach nicht begrenzt. Versuche der Auftragnehmer, bei den Beratungen im "Deutschen Verdingungsausschuß" über die Neufassung der VOB die Haftung aus § 4 Ziff. 7 Satz 2 durch eine Verweisung auf § 13 Ziff. 7 einzuschränken, haben keinen Erfolg gehabt (Hereth-Ludwig-Naschold, VOB Teil B § 4 Ez 239). Der Auftragnehmer hat deshalb dem Auftraggeber auch den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß der Auftragnehmer eine erkannte mangelhafte oder vertragswidrige Ausführung zwar durch eine mängelfreie ersetzt, das Bauwerk infolgedessen aber erst später fertiggestellt wird und der Auftraggeber deshalb erst später Mieteinnahmen daraus zu erzielen vermag.

Diese sich aus § 4 Ziff. 7 S. 2 ergebende Rechtsfolge erfährt durch § 6 Ziff. 5 Abs. 2 keine Einschränkung. Zwar ergibt sich aus dieser Bestimmung, daß der Auftragnehmer, wenn er im Fall einer Unterbrechung der Bauausführung die hindernden Umstände zu vertreten hat, dem Auftraggeber nur den dadurch verursachten unmittelbaren Schaden, nicht aber den entgangenen Gewinn zu ersetzen hat; und ein Mietausfall ist ein entgangener Gewinn. Es besteht aber kein Anlaß, die Haftungsbestimmung des § 6 Ziff. 5 Abs. 2 auch dann anzuwenden, wenn zugleich der Tatbestand des eine unbeschränkte Haftung vorsehenden § 4 Ziff. 7 S. 2 gegeben ist. Das den Mietausfall verursachende Ereignis ist dann nicht nur eine von dem Auftragnehmer zu vertretende Unterbrechung der Bauausführung. Unterbrechung ist vielmehr ihrerseits bereits die Folge der vom Auftragnehmer zu vertretenden mangelhaften oder vertragswidrigen Ausführung der Bauleistung, für die der Auftragnehmer unbeschränkt einzustehen hat.

Die Beklagte kann demnach einen Mietausfall, der sich daraus ergibt, daß das Wohn- und Geschäftshaus infolge der notwendig gewordenen Erneuerung der Kellermauern später fertig geworden ist, ersetzt verlangen. Das angefochtene Urteil kann somit, soweit das Berufungsgericht die Aufrechnung der Beklagten mit einem Schadensersatzanspruch von 9.475 DM wegen Ausfalls von Mieten aus dem Wohnhaus für unbegründet erklärt hat, nicht aufrecht erhalten werden. Sache der Beklagten bleibt es jedoch, in der neuen Verhandlung in schlüssiger Weise darzutun, daß das Abreißen und Erneuern der Kellermauern trotz des die Fortführung der Arbeiten hindernden Frostes im Februar 1956 eine spätere Bezugsfertigkeit zur Folge gehabt hat. Dabei hat die Zeit bis zur Erteilung der Baugenehmigung außer Betracht zu bleiben (vgl. unten II).

II. Der Garagenmietenausfall:

1) Die Garagen sollten laut Vertrag bis zum 10. Dezember 1956 erbaut sein. Die Klägerin hat nach der Behauptung der Beklagten die Arbeiten daran am 20. Februar 1957 beendet. Die baupolizeiliche Genehmigung für die Garagen ist erst am 23. Mai 1957 erteilt worden.

Der Bauvertrag war nicht wegen Verstoßes beider Parteien gegen § 367 Abs. 1 Ziff. 15 StGB und die einschlägigen baupolizeilichen Vorschriften nach § 134 BGB deshalb nichtig, weil die Garagen errichtet wurden, bevor die Baugenehmigung vorlag. Durch die genannten Bestimmungen war nicht der Abschluß des Bauvertrages, sondern das Bauen ohne Genehmigung verboten.

Trotz der Rechtswirksamkeit des Werkvertrags hat die Beklagte nicht den zur Aufrechnung gestellten Anspruch

auf Ersatz von 3.160 DM Mietzinsen infolge verspäteter Fertigstellung der Garagen. Zwar ergeben sich insoweit aus den Bestimmungen der VOB keine Einschränkungen. Dem Anspruch steht auch nicht, wie das Landgericht und das Berufungsgericht meinen, der Rechtsgedanke entgegen, daß ein rechtlich mißbilligter entgangener Gewinn nicht ersetzt zu werden braucht (RGZ 90, 305; 100, 112). Das Gesetz mißbilligt es nicht, daß aus einem Haus, mit dessen Ausführung vor Erteilung der Baugenehmigung begonnen wurde, schon früher Mieteinnahmen erzielt werden, sofern, wie hier, bei Bezugsfertigkeit die Baugenehmigung vorliegt. Die Beklagte hatte aber, bevor die Baugenehmigung erteilt war, aus dem abgeschlossenen Werkvertrag keinen Anspruch auf Ausführung der Bauarbeiten für die Garagen, weil die Klägerin (und auch die Beklagte) durch das Bauen ohne Genehmigung gegen das Gesetz verstießen. Solange ein solcher Anspruch nicht bestand, konnte die Klägerin mit der Fertigstellung der Garagen auch nicht in Verzug geraten.

2) Daß die Klägerin, was die Revision geltend macht, von der Beklagten auf die erst später erwarteten Garagen 40.000 DM an Vorauszahlungen erhalten hatte, ist in den Vorinstanzen nicht vorgetragen worden. Nach dem bisherigen Vortrag sind die Vorauszahlungen vielmehr auf das vorerst erbaute Wohn- und Geschäftshaus geleistet worden.

Die von der Revision an ihre neue Darstellung geknüpfte Rechtsfolgerung, die Klägerin dürfe nur, wenn sie Vorauszahlungen in dieser Höhe annehme, gegenüber dem Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf das Fehlen der Baugenehmigung berufen, ist zudem unbegründet. Die Hingabe und Annahme des

des Vorschusses ändert nichts daran, daß vor Erteilung der Baugenehmigung nicht gebaut werden durfte und deshalb die Beklagte von der Klägerin die Bauleistung noch nicht zu beanspruchen hatte.

III. Die Bereitstellungsprovisionen

Wegen der Verzögerung der Arbeiten am Wohn- und Geschäftshaus hat die Beklagte mit einem Anspruch über 1.750 DM aufgerechnet, den sie damit begründet, daß sie für den ihr zugesagten Baukredit 2 Monate lang, nämlich in den Monaten März und April 1956, nutzlos Bereitstellungszinsen habe zahlen müssen.

Das Berufungsgericht hat diesen Anspruch verneint.

1) Das ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Beklagte den zu I behandelten Mietausfall ersetzt verlangen kann; denn dann ist die Beklagte so gestellt, wie es bei rechtzeitiger Fertigstellung des Wohnhauses der Fall sein würde.

2) Darüberhinaus ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagte habe nicht dargetan, daß sie infolge verspäteter Fertigstellung des Rohbaus höhere Bereitstellungszinsen habe zahlen müssen. Die Revision hat insoweit keinen Rechtsfehler im angefochtenen Urteil nachgewiesen. Daß sich der Zinszahlungszeitraum insgesamt entsprechend verlängert habe, war in den Tatsacheninstanzen nicht substantiiert vorgetragen worden. Mit ihrer zum Teil neuen Darstellung kann die Beklagte in diesem Rechtszug nach dem Gesetz nicht mehr gehört werden.

IV. Die Baueisenforderung

Für die Bauten ist Eisen verwendet worden, das die Beklagte selbst beschafft hatte. Da die Klägerin der Beklagten Eisen in Rechnung stellte, ergaben sich zwischen den Parteien Unstimmigkeiten, über die sie verhandelten. Laut Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 3. Dezember 1958 haben sich die Parteien "nach eingehender Besprechung der Angelegenheit" dahin geeinigt, daß die Beklagte an die Klägerin 2.883,96 DM zahlte. Beide Parteien erkannten an, daß damit die Baueisenangelegenheit erledigt sei.

Im Berufungsverfahren hat die Beklagte behauptet, die Klägerin habe mit 2.282,44 DM in Rechnung gestelltes Eisen nicht geliefert. Sie habe deshalb die Vereinbarung vom 3. Dezember 1958 mit Schreiben vom 27. April 1959 wegen arglistiger Täuschung angefochten. Sie hat eine Gegenforderung über 2.282,44 DM zur Aufrechnung gestellt.

1) Die Revision meint zu Unrecht, der Vergleich vom 3. Dezember 1958 sei unwirksam, weil die Klägerin überhaupt kein Baueisen geliefert habe und deshalb die Vergleichsgrundlage fehle. In ihren Schreiben vom 27. April und 22. Juni 1959 hat die Beklagte selbst eingeräumt, daß die Klägerin Baueisen, nämlich Torstahl geliefert hat. Die Frage, ob die Klägerin selbst noch Baueisen für den Bau der Beklagten beschafft hatte, war gerade der Gegenstand der vergleichswisen Einigung. Denn in ihren Schreiben vom 6. und 13. Oktober 1958 an die Beklagte hatte die Klägerin behauptet, sie habe außer dem von der Beklagten von der Firma S. AG. beschafften Baueisen auch selbst von anderen Firmen Stahlmengen für den Bau der Beklagten

bezogen. Dem hatte die Beklagte im Schreiben ihrer Anwälte vom 20. Oktober 1958 widersprochen und behauptet, alles für ihren Bau verwendete Eisen selbst beschafft zu haben. Die Meinungsverschiedenheit hierüber bestand also schon vor Abschluß des "die Baueisenangelegenheit erledigenden Vergleichs" vom 3. Oktober 1958.

2) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht dargetan, daß die Klägerin sie bei Abschluß des Vergleichs vom 3. Dezember 1958 arglistig getäuscht habe, läßt ebenfalls keine unrichtigen Erwägungen erkennen.

a) Die Behauptung der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 2. Juni 1960 (S. 5), bei Vergleichsschluß habe die Rechnung der Firma S [REDACTED] AG. vom 25. Januar 1956 über 5.875,57 DM für von ihr selbst bezogenen Torstahl nicht vorgelegen, brauchte das Berufungsgericht nicht als ausreichend zu erachten, um daraus auf eine arglistige Täuschung der Klägerin zu schließen. Die Beklagte hat nicht behauptet, der Vertreter der Klägerin habe bei den Vergleichsverhandlungen am 3. Dezember 1958 der Beklagten bewußt das Vorhandensein dieser von der Firma S [REDACTED] AG. an die Beklagte gerichteten Rechnung verschwiegen.

b) Nach der Berufungsbegründung (S. 11) der Beklagten soll die Klägerin behauptet haben, zu einem späteren Zeitpunkt selbst noch für 2.883,96 DM zusätzlich Baueisen geliefert zu haben. Von dieser angeblich unrichtigen Behauptung der Klägerin will die Beklagte bei Abschluß des Vergleichs ausgegangen sein. Daß die Klägerin die angebliche Behauptung bewußt falsch aufgestellt habe, hat die Beklagte aber nicht dargelegt.

V. Der Verlauf der Abwasserrohre

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe den Verlauf der Abwasserleitungen nicht richtig im Plan eingezeichnet. Bei der späteren Erweiterung der Hofentwässerung seien umfangreiche Sucharbeiten notwendig gewesen, um die Anschlußstelle zu finden. Dafür habe sie 359,64 DM aufwenden müssen.

Die Klägerin hat zugegeben, aus der Zeichnung sei zwar nicht zu ersehen gewesen, daß ein Abwasserrohr um einen von der Beklagten selbst in den Boden eingelassenen Tank herumgeführt worden sei, jedoch habe sich der anlässlich der Erweiterungsarbeiten gesuchte Anschlußstutzen an der aus der Zeichnung ersichtlichen Stelle befunden. Dieser Darstellung, so stellt das Berufungsgericht fest, hat die Beklagte nicht widersprochen. Die Klägerin habe deshalb Aufwendungen für Sucharbeiten der Beklagten nicht zu vertreten.

Die Revision will dem Schriftsatz der Beklagten vom 2. Juni 1960 (S. 2) entnehmen, daß diese der Darstellung der Klägerin widersprochen habe. Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Den sehr eingehenden Darlegungen der Klägerin in ihren Schriftsätzen vom 13. Januar 1960 (S. 13) und 19. Januar 1960 (S. 5) ist die Beklagte in ihren folgenden Schriftsätzen vom 10. Februar, 9. März und 17. März 1960 nicht entgegengetreten. In ihrem Schriftsatz vom 2. Juni 1960 hat die Beklagte die Reihenfolge bestimmt, in der sie ihre Gegenansprüche zur Aufrechnung stellte und in diesem Zusammenhang unter Ziffer 5 die Schadensersatzforderung wegen der unrichtigen Zeichnung erwähnt. Ihre weiteren Ausführungen betreffen nicht den Entwässerungsplan. Sie hat zwar noch den in bestimmten Schriftsätzen

enthaltenen Sachvortrag der Klägerin bestritten, dabei jedoch die Schriftsätze vom 13. und 19. Januar 1960 nicht erwähnt. Im übrigen fehlt es auch an jedem Beweis- antritt der Beklagten gegenüber der Darstellung der Klägerin.

VI. Der Minderwert des Kellermauerwerks.

Die Beklagte behauptet, die Kellerwände seien nach dem Vertrag mit Zementmörtel aufzuführen gewesen. Die Klägerin habe jedoch geringwertigen Kalkzementmörtel dafür verwendet. Das habe der Statiker Dr. M. [REDACTED] schon im Januar 1956 vor dem Frosteinbruch beanstandet. Da der langsam abbindende Kalkzementmörtel infolge des Frostes weich und feucht geblieben sei, hätten ihr Architekt und ihr Statiker die Klägerin aufgefordert, das gesamte Mauerwerk abzureißen und unter Verwendung von Zementmörtel neu zu errichten. Das habe die Klägerin zugesagt, und sie, die Beklagte, habe geglaubt, daß die Klägerin sämtliche beim Frosteinbruch bereits fertiggestellt gewesenen Kellermauern neu errichtet habe. Die Klägerin habe ihr für die Kellermauern auch Zementmörtel in Rechnung gestellt.

Erst dem Schriftsatz der Klägerin vom 19. Januar 1960 habe sie entnommen, daß die Klägerin das Kellermauerwerk nur teilweise neu errichtet, den größten Teil dagegen in der Weise ausgebessert habe, daß sie die Fugen auskratze und mit Zementmörtel verstrich. Infolge des geringwertigen Mörtels ließen die Kellerwände Feuchtigkeit durch, in den Obergeschossen seien Risse entstanden, die Standfestigkeit und Lebensdauer des Hauses sei beeinträchtigt. Hieraus ergebe sich ein Minderwert des Gebäudes von 54.688 DM (= 10 % der Baukosten). Mit einem Schadensersatzanspruch in dieser Höhe rechne sie auf.

Das Berufungsgericht erachtet diesen Schadensersatzanspruch für verjährt, weil die 2-jährige Gewährleistungspflicht aus § 13 Ziff. 4 VOB längst abgelaufen gewesen sei, als die Beklagte mit ihrem Anspruch in ihrem Schriftsatz vom 10. Februar 1960 erstmals hervortrat. Die Klägerin habe den Mangel auch nicht arglistig verschwiegen, und die Beklagte habe das Bauwerk zudem ohne Vorbehalt abgenommen.

Auch insoweit greift die Revision das Urteil mit Recht an.

Der in Rissen, mangelnder Standfestigkeit und einem merkantilen Minderwert (BGHZ 9, 98) nach der Behauptung der Beklagten bestehende Schaden am Wohnhaus kann naturgemäß erst nach der Fertigstellung des Bauwerks entstanden sein. Er hat sich, wie die Beklagte behauptet, auch erst nach der Abnahme gezeigt.

Ob § 4 Ziff. 7 S. 2 VOB noch nach der Fertigstellung und Abnahme des Bauwerks einen Schadensersatzanspruch wegen Schäden gewährt, die durch eine während der Bauausführung erkannte und beanstandete mangelgafte Bauleistung verursacht wird, kann dahingestellt bleiben, desgleichen, innerhalb welcher Frist ein solcher Anspruch verjähren würde. Auch wenn nach der Abnahme des Bauwerks nur noch der der kurzen Verjährung unterliegende Schadensersatzanspruch aus Gewährleistung (§ 13 Ziff. 4 und 7) gegeben sein sollte, kann die Beklagte noch gegenüber der Werklohnforderung der Klägerin aufrechnen. Mit der schon während der Bauausführung erfolgten Beanstandung des Kellermauerwerks hat nämlich die Beklagte der Klägerin den Mangel, auf den die späteren Schäden am Bauwerk zurückgehen sollen, angezeigt. Damit hat sie sich nach den durch

die VOB nicht berührten §§ 639 Abs. 1, 478, 479 BGB (BGH NJW 1959, 142) das Recht, mit einem Schadensersatzanspruch wegen der Schäden am Haus aufzurechnen, auch dann erhalten, wenn nach der Abnahme nur noch ein Schadensersatzanspruch aus Gewährleistung gegeben sein sollte, der gemäß § 13 Ziff. 4 VOB in 2 Jahren verjährt. Die einmal erstattete Mängelanzeige erhält dem Auftraggeber die Einrede, auch wenn der Auftragnehmer vergebliche Nachbesserungsversuche unternimmt (BGH VII ZR 63/57 vom 25. November 1957); dieser Grundsatz gilt auch hier sinngemäß. Das Gesetz sagt nicht, daß die Anzeige während des Laufs der Verjährungsfrist erfolgt sein müsse. Es verlangt nur, daß der Mangel angezeigt wurde, bevor der Anspruch verjährt war (§ 478 BGB). Beim Kauf einer Sache, bei dem nach § 477 BGB die Verjährungsfrist mit der Ablieferung (Übergabe) zu laufen beginnt, wird zwar eine Anzeige vor der Ablieferung selten in Frage kommen. Beim Werkvertrag dagegen kann eine Mängelanzeige vor der die Verjährungsfrist in Lauf setzenden Abnahme nicht nur denkbar, sondern durchaus zweckmäßig sein. Das gilt, wie § 4 Ziff. 7 Satz 1 VOB zeigt, ganz besonders bei Bauverträgen, die den Bestimmungen der VOB unterliegen. § 4 Ziff. 7 VOB stattet den Auftraggeber mit Rechten aus, die es ihm ermöglichen, schon während der Ausführung der Vertragsleistung seinen Anspruch auf mangelfreie und vertragsmäßige Herstellung des Bauwerks wirksam geltend zu machen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ein solches Verlangen nicht zugleich als Mängelanzeige im Sinne der §§ 639, 478, 479 BGB gewertet werden sollte.

Die Beklagte kann daher gegebenenfalls noch mit dem Anspruch auf Ersatz des Schadens aufrechnen, der ihr aus der bereits bei der Bauausführung beanstandeten Errichtung mangelhafter Kellermauern entstanden sein soll.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 640 Abs. 2 BGB brauchte sich die Beklagte das Recht, Schadensersatz zu verlangen, nicht bei der Abnahme des Bauwerks vorzubehalten (RGZ 90, 18). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte oder ihr Architekt, wie das Berufungsgericht annimmt, bei der Abnahme wußten, daß die Klägerin das Mauerwerk teilweise nicht abgerissen, sondern nur den Fugenmörtel bis zu einer bestimmten Tiefe erneuert hat.

Das Berufungsgericht hätte deshalb über die Behauptung der Beklagten, aus dem bloßen Auskratzen und Neuverfugen eines Teils der Kellermauern ergebe sich ein Schaden, die angebotenen Beweise erheben müssen.

Da der behauptete, zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch den eingeklagten Betrag übersteigt, war das Urteil in vollem Umfange aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

VII. Die Verwendung minderwertiger Steine für die Tankstelle

Den sich hierauf beziehenden Vortrag der Beklagten, woraus diese einen Gegenanspruch über 3.000 DM herleitet, hat das Berufungsgericht, soweit die Beklagte aufrechnet, gemäß § 529 Abs. 5 ZPO, soweit sie mindert, gemäß § 279 ZPO als verspätet vorgebracht, unberücksichtigt gelassen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision brauchen nicht näher behandelt zu werden. Denn da das Berufungsgericht zu der unter VI erörterten Gegenforderung hätte Beweis erheben müssen, hätte es auch, ohne daß

der Rechtsstreit dadurch verzögert worden wäre, auf die behauptete Verwendung minderwertiger Steine für die Tankstelle eingehen können.

VIII. Die Zinsen aus der Klagforderung

Das Berufungsgericht hat der Klägerin 8 % Zinsen von 14.285 DM seit dem 30. Juli 1957 zuerkannt.

1) Dem Schreiben der Beklagten vom 18. Mai 1956 entnimmt es, daß der Restbetrag der Werklohnforderung ein halbes Jahr nach der Fertigstellung des Rohbaues zu begleichen war. Da das Wohn- und Geschäftshaus am 1. Januar 1957 und die Garagen am 1. März 1957 bezogen worden seien, sei, so führt das Berufungsgericht aus, gegen eine Verzinsung der restlichen Werklohnforderung ab 30. Juli 1957 nichts einzuwenden.

Die Revision meint zu Unrecht, die Klägerin könne für die Zeit vor dem 1. September 1957 keine Verzinsung der Werklohnforderung für den Garagenbau verlangen. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen nicht bestritten, daß die eingeklagte Restforderung bereits aus dem zuerst fertiggestellten Wohn- und Geschäftshaus herrührt. Zudem war die Garage, wenn sie am 1. März 1957 bezogen worden ist, im Rohbau schon früher fertiggestellt. Daß die Restforderung die nach der Darstellung der Revision zuletzt errichtete Tankstelle betrifft, hat die Beklagte in den Vorinstanzen nicht behauptet.

2) Zur Höhe des Zinssatzes hat die Klägerin das Schreiben der Stadtparkasse in E. vom 13. Januar 1960 vorgelegt, wonach sie ab 30. Juli 1957 einen 14.385 DM übersteigenden Kredit zu durchschnittlich 8 % Zinsen in Anspruch genommen hat. Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Das rechtfertigt den Zinsanspruch von 8 %.

IX. Die Nebenforderungen der Klägerin.

Das Landgericht hat festgestellt, daß die Klägerin nicht verpflichtet war, eine Zeichnung vom Verlauf der Entwässerungsleitungen anzufertigen, und daß die Beklagte deshalb nicht 2.000 DM von der Werklohnforderung der Klägerin einbehalten durfte. Es hat ihr 47,50 DM als anwaltliche Mahngebühr und 160 DM als Verzugszinsen zugesprochen. Hiergegen hat die Beklagte im Berufungsverfahren keine Einwendungen erhoben. Auch der Revisionsbegründung ist nicht zu entnehmen, warum diese Nebenansprüche unbegründet sein sollten.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Bundesrichter Dr. Vogt
ist beurlaubt und abwesend.

Glanzmann