

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

BGB § 326 A Abs. 1, S 3, §§ 325 Abs 1, S 2, 387

ZPO § 322 Abs 2, §§ 536, 554

- a) Der Gläubiger kann eine teilweise bewirkte ~~Leistung~~ annehmen und hinsichtlich des nicht erbrachten Teiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Gegenanspruch des Schuldners für die Teilleistung und der Schadensersatzanspruch des Gläubigers sind dann rechtlich selbständig. Sie können aufgerechnet werden.
- b) Hat das Landgericht einzelne Rechnungsposten einer zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung für begründet erklärt, so muß das Berufungsgericht, soweit die Klagforderung als solche außer Streit ist und wenn nur der Aufrechnende Berufung eingelegt hat, davon ausgehen, daß eine Gegenforderung im Betrage der Einzelposten besteht. Einen Verstoß hiergegen hat das Revisionsgericht auch ohne Rüge zu beachten.

BGH, Urt. v. 1. Februar 1962 - VII ZR 213/60 - OLG Köln

ver k ü n d e t

am 1. Februar 1962

_____, Justizobersekretär
als Urkundesbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma M _____ Baugesellschaft, R _____ & Co., in K _____,
F _____ Straße _____, vertreten durch den Bauunter-
nehmer Hans R _____ in K _____, W _____ Straße _____,

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

gegen

die Firma Michael S _____ KG, in Ka _____ (Eifel),
T _____ Straße _____, vertreten durch den Kaufmann
Michael S _____, ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Januar 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke
für Recht erkannt:

1) Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 2. Mai 1960 im Kostenpunkt und insoweit
aufgehoben, als zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

2) Die Klage wird bis auf einen Betrag von
1.289,81 DM nebst 5 % Zinsen hiervon seit dem 2.
Januar 1959 abgewiesen.

3) Im übrigen wird die Sache zur neuen Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 27. August 1958 bot die Klägerin der Beklagten bei von dieser übernommenen Straßenbauarbeiten "Baggern und Transportieren von anstehendem Erdreich" je cbm zu 3,25 DM an. Dieser Preis sollte nur für baggerfähigen Boden gelten. Falls Sprengarbeiten erforderlich wurden, wollte sie eine Zulage von 8,50 DM je cbm berechnen. Am 9. September 1958 einigten sich die Parteien mündlich auf einen Preis von 2,95 DM je cbm. Das Ergebnis der Besprechung bestätigte die Klägerin mit Schreiben vom 10. September 1958.

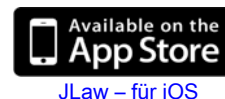
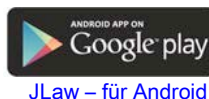
Am 22. September 1958 setzte die Klägerin, wie vereinbart, einen Demag- und einen O.u.K.-Bagger an der Baustelle ein. Als sich der Hochlöffel des Demag-Baggers für die Arbeiten nicht als geeignet erwies, schaffte die Klägerin noch am gleichen Vormittag diesen Bagger weg, um ihn, wie sie sagte, in ihrer Werkstatt mit einem Tieflöffel zu versehen. Entgegen ihrer Zusage brachte sie ihn jedoch nicht an die Baustelle zurück, sondern setzte ihn am nächsten Tag sonstwo ein. Dabei verblieb es trotz sofortiger Vorstellungen der Beklagten. Den O.u.K.-Bagger, ferner eine Planierraupe und die Lastwagen ließ die Klägerin für die Beklagte weiter arbeiten.

Am 26. September 1958 schrieb die Klägerin der Beklagten, sie könne die Arbeiten zu dem vereinbarten Preis nicht mehr durchführen, da der Boden nicht

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



baggerfähig sei. Die Beklagte solle 4,20 DM je cbm zahlen oder den Bagger für 30 DM und die Lastkraftwagen für 11 DM je Stunde mieten. Falls die Beklagte nicht auf ihre Vorschläge eingehe, sehe sie sich gezwungen, ihre Geräte und Fahrzeuge abzuziehen.

Am 10. Oktober 1958 setzte die Beklagte einen von ihr gemieteten Bagger auf der Baustelle ein. Am 27. Oktober 1958 schaffte sie aus ihrem Hauptbetrieb in Kassel noch einen Bagger "Weserhütte 9" herbei.

Ende Oktober forderte die Klägerin von der Beklagten über eine bis dahin geleistete Abschlagszahlung von 7.000 DM hinaus weitere Zahlungen, andernfalls sie den O.u.K.-Bagger ebenfalls abziehe. Am 31. Oktober 1958 tat sie dies auch. Darauf mietete die Beklagte einen weiteren Bagger "Weserhütte 6", der am 3. November 1958 die Arbeit aufnahm. Die beiden Lastwagen der Klägerin und ihre Planierbauppe arbeiteten bis zum 20. bzw. 24. November 1958 weiter.

Mit der Begründung, daß sie größtenteils nicht baggerfähigen Boden bewegt habe, hat die Klägerin der Beklagten statt des vereinbarten Preises von 2,95 DM je cbm für den O.u.K.-Bagger 30 DM und für die Lastkraftwagen 10,50 DM je Stunde, insgesamt 15.159 DM berechnet. Außerdem hat sie wegen des felsigen Bodens für erhöhten Verschleiß des O.u.K.-Baggers 1.527,45 DM verlangt. Sie hat ferner für den Einsatz der Planierbauppe und sonstige Arbeiten 12.339,30 DM gefordert. Mit ihrer Klage hat sie zuletzt noch 19.935,45 DM nebst Zinsen abzüglich von der Klägerin gezahlten 11.366,75 DM beansprucht.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und widerklagend die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 14.455,75 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung begehrt, daß diese ihr den aus der Verletzung des Vertrages entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen habe.

Sie hat bestritten, am 9. September 1958 oder später ein höheres Entgelt für den Fall zugesagt zu haben, daß Fels abzubaggern sei. Gestein sei an einer Stelle offen zu Tage getreten, auch habe die Klägerin die Bodenart schon vorher gekannt. Dennoch habe diese, um den Auftrag zu erhalten, die zunächst verlangte Vergütung um 0,30 DM auf 2.95 DM je cbm ermäßigt. Der Boden sei aber auch baggerfähig gewesen, denn ein Bagger habe ihn ohne vorherige Sprengung greifen können. Um zu verhindern, daß die Klägerin auch noch den L.u.K.-Bagger abzog, habe sie deren Verlangen entsprechen und Sprengungen vornehmen lassen, die bei Einsatz des Demag-Baggers unnötig gewesen wären. Da die Klägerin insgesamt nur 4.053,6 cbm Erdreich abgebaggert habe, könne sie nur $(4.053,6 \times 2.95) = 11.958,12$ DM beanspruchen. Unter Berücksichtigung ihrer übrigen Leistungen sei der Klägerin eine Forderung von 23.501,12 DM erwachsen. Nach Abzug ihrer Zahlungen von zusammen 19.580,24 DM betrage die Forderung der Klägerin noch 3.920,88 DM.

Gegenüber dieser Forderung hat die Beklagte mit einem Schadensersatzanspruch wegen vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin aufgerechnet und den weitergehenden Anspruch mit der Widerklage geltend gemacht.

Das vertragswidrige Verhalten der Klägerin sieht die Beklagte darin, daß die Klägerin den Demag-Bagger trotz ständiger Mahnungen nicht zur Baustelle zurückgebracht habe. Sie, die Beklagte, habe für die anderweit beschafften Bagger und Fuhrleistungen fast 60.000 DM zahlen müssen. Außerdem habe sie bis zum Abzug des O.u.K.-Baggers die von der Klägerin verlangten unnötigen Sprengungen durchführen lassen; die hierfür aufgewendeten 3.248,64 DM müsse ihr die Klägerin ersetzen. Insgesamt habe sie über 18.000 DM mehr ausgeben müssen, als wenn die Klägerin den Vertrag erfüllt hätte.

Auch 300 DM Vermessungskosten müsse ihr die Klägerin erstatten. Da mit dem O.u.K.-Bagger keine ordnungsgemäßen Profile hergestellt worden seien, habe ein Vermessungstechniker aus ihrer Hauptniederlassung in Kassel die geleisteten Arbeiten aufmessen müssen.

Unter Abzug der zugestandenen Restforderung der Klägerin (3.920,88 DM) hat die Beklagte den mit der Widerklage verlangten Betrag von 14.455,75 DM errechnet.

Da sie infolge der Vertragsverletzung der Klägerin ihrem Auftraggeber eine Vertragsstrafe wegen verspäteter Fertigstellung der Straße werde zahlen müssen und sie noch sonstige Aufwendungen haben werde, sei auch ihre Feststellungsklage gerechtfertigt.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 6.155,03 DM nebst Zinsen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Daher hat es eine verbleibende

restliche Werklohnforderung der Klägerin in Höhe von 9.548,70 DM festgestellt. Dieser gegenüber hat es die Aufrechnung der Beklagten mit einer Schadensersatzforderung in Höhe von 3.398,64 DM (3.248,64 Sprengkosten und 150 DM Vermessungskosten) für begründet erachtet.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht diese nur zur Zahlung einer restlichen Werklohnforderung von 4.688,45 DM nebst Zinsen verurteilt. Den Schadensersatzanspruch der Beklagten hat es auch insoweit verneint, als das Landgericht ihn als aufrechenbare Gegenforderung bejaht hatte.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die volle Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin gemäß der Widerklage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Ansprüche der Klägerin.

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß das gesamte von dem O.u.K.-Bagger der Klägerin bewegte Erdreich "baggerfähiger" Boden i.S. des Vertrages der Parteien war und deshalb die Klägerin nur die vereinbarte Vergütung von 2,95 DM je cbm zu beanspruchen hat. Daß die Klägerin mehr als die von der Beklagten zugestandenen 4.053,6 cbm Erde bewegt habe, hält es

nicht für erwiesen. Den geltend gemachten Anspruch wegen erhöhten Verschleißes an dem O.u.K.-Bagger verneint es, da der Bagger vertragsgemäß eingesetzt worden sei und der Anspruch der Klägerin sich deshalb auf die vereinbarte Vergütung beschränke. Demgemäß hat es der Klägerin für die Leistungen des O.u.K.-Baggers ($4.053,6 \times 2,95 =$) 11.958,12 DM zuerkannt.

Für die übrigen Leistungen (Einsatz der Planier-
raupe u.a.) hat es der Klägerin weitere 12.174,80 DM zugesprochen.

Von der Gesamtforderung der Klägerin von 24.132,92 DM hat das Berufungsgericht nur die von der Beklagten insgesamt gezahlten 19.477,05 DM abgezogen und demgemäß die Klageforderung auf 4.655,87 DM errechnet. Zu diesem Betrag hat es die bis zur letzten Zahlung der Beklagten am 2. Januar 1959 angefallenen Zinsen von 32,58 DM hinzugerechnet und die Beklagte zur Zahlung von 4.688,45 DM nebst Zinsen verurteilt.

Diese Berechnungen läßt die Beklagte gelten. Mit ihrer Revision rügt sie nur, daß ihre Gegenforderung nicht berücksichtigt worden ist.

II. Der Gegensanspruch der Beklagten.

1) Das Berufungsgericht hat die vom Landgericht für begründet erachtete, aufrechenbare Gegenforderung der Beklagten im Betrage von 3.398,64 DM verneint. Das rügt die Revision zwar nicht. Dennoch

muß das angefochtene Urteil insoweit schon wegen Verstoßes gegen §§ 322 Abs.2, 536 ZPO aufgehoben und die Klage in diesem Umfang abgewiesen werden. Darauf, ob der Beklagten in dieser Höhe ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs der Klägerin erwachsen ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

a) Nach dem Vertrage schuldete die Klägerin "Baggern und Transportieren von anstehendem Erdreich" bei bestimmten Straßenbauarbeiten. Diese geschuldete Leistung war ihrem Umfang nach und auch insofern, als zwei Bagger einzusetzen waren, teilbar. Die Klägerin hat nur den O.u.K.-Bagger eingesetzt und mit ihm auch nur einen Teil der vereinbarten Erdarbeiten ausgeführt. Die durchgeführten Erdbewegungen hat die Beklagte als Teilleistung angenommen. Sie ist bereit, den hierauf entfallenden Werklohn zu entrichten. In Verzug geraten ist nach ihrem Sachvortrag die Klägerin nur insoweit, als sie die mit dem Demag-Bagger zu leistende Arbeit nicht erbracht hat. Dementsprechend verlangt die Beklagte nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags, sondern nur wegen des nicht erfüllten Teils (§ 326 Abs.1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs.1 Satz 2 BGB).

Der Werkvertrag der Parteien zerfällt damit in einen erfüllten Teil, für den der Klägerin der Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Werklohn erwachsen ist, und in einen nicht ausgeführten Teil, hinsichtlich dessen die Beklagte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Beide Teile sind rechtlich selbständig zu beurteilen (vgl. RGZ 73,

58, 61; Staub HGB, 14. Aufl. und RGK HGB 2. Aufl., Anhang zu § 374 Anm. 127, 128; Staudinger BGB, 9. Aufl. § 326, B I 3 b). Der Verzug ergreift also in seinen Auswirkungen nur noch den nicht erfüllten Teil des Vertrags, während der bereits erfüllte Teil sich ablöst und rechtlich selbständig zu beurteilen ist.

Somit standen sich aufrechenbar die Werklohnforderung der Klägerin für die erbrachte Teilleistung und gegebenenfalls der Schadensersatzanspruch der Beklagten aus Verzug der Klägerin hinsichtlich des nicht erbrachten Teils der geschuldeten Leistung gegenüber.

b) Das Landgericht hat den Schadensersatzanspruch der Beklagten bezüglich der Spreng- und Vermessungskosten für begründet erachtet und die Aufrechnung der Beklagten mit einer Gegenforderung in Höhe von (3.248,64 + 150 =) 3.398,64 DM für zulässig erklärt. Das stellt eine nach § 322 Abs. 2 ZPO der Rechtskraft fähige, die Beklagte begünstigende Entscheidung dar. Denn wenn bei Aufrechnung mit einer Gegenforderung die Rechtskraft der Entscheidung sich nach § 322 Abs. 2 ZPO auch darauf erstreckt, daß die Gegenforderung durch die Aufrechnung erloschen ist, also nicht mehr besteht (RGZ 161, 167, 171; BGH VII ZR 189/59 vom 17. April 1961), so ist damit zugleich zugunsten des Aufrechnenden entschieden, daß die Gegenforderung in dieser Höhe bestanden hat. Auch durch die Feststellung, daß der Werklohnanspruch der Klägerin für den ausgeführten Teil der Arbeiten in Höhe von 3.398,64 DM infolge der Aufrechnung erloschen ist (§ 389 BGB), ist die Beklagte begünstigt. Hierbei ist es von ent-

scheidender Bedeutung, daß die Beklagte die Werklohnforderung der Klägerin bis zum Betrage von 3.920,88 DM nicht bestritten hatte, der Klage insoweit also nur mit der Aufrechnung entgegen getreten war. Die Klageforderung als solche war also in Höhe des vom Landgericht festgestellten Gegenanspruchs der Beklagten (3.398,64 DM) dem Streit entzogen. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem in den Urteilen RGZ 161, 167 und BGHZ 16, 394 entschiedenen.

Eine Entscheidung darf, soweit sie der Rechtskraft fähig ist, nicht zu Ungunsten des Rechtsmittelklägers abgeändert werden, es sei denn, daß auch der Gegner sie angefochten hat (§ 536 i.V. mit § 322 Abs.2 ZPO).. Ist dies aber nicht geschehen, so bindet sie im Rechtszug die übergeordneten Gerichte, auch das Revisionsgericht. Dieses muß deshalb auch ohne Verfahrensrüge (§ 554 Abs.3 Nr. 2 b ZPO) prüfen, ob sich das Berufungsgericht an die Bindung gehalten hat. Es liegt nicht anders als sonst bei der Bindung an eine rechtskräftige Entscheidung; auch diese Bindung hat das Revisionsgericht von Amts wegen zu beachten (BGH I ZR 3/50 vom 16. Januar 1951 - LM § 268 ZPO Nr. 1; II ZR 158/51 vom 15. Dezember 1951 - LM § 21 VAG Nr.2).

Das Berufungsgericht durfte also, da nur die Beklagte gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt hatte, dieses Urteil nicht zu deren Ungunsten abändern. Das aber hat es getan, indem es abweichend vom Landgericht entschied, daß der von diesem in Höhe von 3.398,64 DM für begründet erklärte Gegenanspruch der Beklagten nicht bestehe. Dem steht nicht entgegen, daß das Berufungsgericht im Ergebnis die

Beklagte zu einem geringeren Betrag (4.688,45 DM) statt 6.155,03 DM) verurteilt hat. Hierzu ist das Berufungsgericht deshalb gelangt, weil es die Werklohnforderung der Klägerin nur in geringerem Umfang für begründet erachtet hat. Es hätte jedoch auch gegenüber geringeren Werklohnforderungen die Aufrechnung der Beklagten mit der Gegenforderung in Höhe von 3.398,64 DM durchgreifen lassen müssen.

c) Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung der Zahlungen der Beklagten der Klägerin noch eine restliche Werklohnforderung von 4.688,45 DM zuerkannt. Die Klägerin hat das Berufungsurteil nicht angefochten. Nach vorstehenden Ausführungen hat diese Restforderung in Höhe von 3.398,64 DM als durch Aufrechnung erloschen zu gelten. Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils muß daher die Klage schon deshalb bis auf den verbleibenden Betrag von 1.289,81 DM nebst 5 % Zinsen hiervon seit dem 2. Januar 1959 abgewiesen werden.

2) Das angefochtene Urteil muß indessen auch im Übrigen, einschließlich der Kostenentscheidung, aufgehoben werden, soweit darin zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist. Das betrifft die verbleibende Klagforderung von 1.289,81 DM nebst Zinsen sowie die Entscheidung zur Widerklage. Insoweit ist aber die Sache nicht zur Entscheidung reif, vielmehr muß sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, daß der teils zur Aufrechnung gestellte, teils mit der Widerklage

geltend gemachte Schadensersatzanspruch der Beklagten nicht begründet sei, kann aus Gründen des sachlichen Rechts nicht beigetreten werden.

a) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin habe zwar vertragswidrig gehandelt, als sie den Demag-Bagger nach einem kurzen Einsatz von der Baustelle abzog und nicht wieder zurückbrachte. Die Beklagte habe jedoch daraus keine Folgerungen gezogen, sondern den O.u.K.-Bagger sowie die anderen Geräte der Klägerin weiterarbeiten lassen und sich mit dem Nichteinsatz des Demag-Baggers abgefunden.

Selbst wenn man in diesem Verhalten der Beklagten keine stillschweigende Vertragsänderung sehen wolle, habe die Beklagte doch der Klägerin nicht für den Wiedereinsatz des Demag-Baggers eine Frist mit der Erklärung gesetzt, daß sie nach deren Ablauf die Annahme der Leistung ablehne (§ 326 BGB). Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung stehe ihr daher nicht zu. Dadurch, daß sie nicht - dem Vertrag entsprechend - angemessene Abschlagszahlungen an die Klägerin geleistet habe, habe sie diese veranlaßt, auch den zweiten Bagger abzuziehen und schließlich ihre Tätigkeit ganz einzustellen.

Eine Fristsetzung würde sich nur dann erübrigt haben, wenn die Klägerin eindeutig zu erkennen gegeben hätte, sie wolle den Vertrag auf keinen Fall ordnungsgemäß erfüllen. Das sei nicht der Fall.

b) Mit Recht wendet sich die Revision gegen diese Ausführungen.

aa) Das Urteil ergibt nicht eindeutig, ob das Berufungsgericht feststellen will, die Parteien hätten stillschweigend den die Klägerin zum Einsatz der beiden Bagger verpflichtenden Vertrag dahin abgeändert, daß sie nur noch den O.u.K.-Bagger zur Verfügung stellen mußte. Sofern es diese Feststellung hat treffen wollen, so hat es sich, wie die Revision zutreffend rügt, dabei nicht mit der Bekundung des Zeugen W. vom 25. Februar 1958 auseinandergesetzt, wonach er und zwei Schachtmeister der Beklagten immer wieder nach dem Verbleib des Demag-Baggers gefragt haben.

Gegenüber dieser Rüge aus § 286 ZPO beruft sich die Klägerin in ihrer Revisionserwiderung zu Unrecht auf das Urteil BGHZ 35, 103, 106. Die Revision rügt nicht, das Berufungsgericht habe einen im ersten Rechtszug gestellten, im zweiten Rechtszug aber nicht wiederholten Beweisantrag übergangen. Sie bemängelt vielmehr, das Berufungsgericht habe die von ihm verwertete Beweisaufnahme des Landgerichts nicht vollständig gewürdigt. Dieser Rüge steht die angeführte Entscheidung nicht entgegen.

bb) Dem Berufungsgericht kann auch nicht darin gefolgt werden, daß ein Schadensersatzanspruch der Beklagten entfalle, weil sie der Klägerin keine Frist für den Wiedereinsatz des Demag-Baggers gesetzt habe.

Die Klägerin hat ihre Zusage, den Bagger mit einem Tieflöffel auszurüsten und ihn sofort zur Baustelle

zurückzubringen, nicht gehalten, sondern ihn sonstwo eingesetzt. Sie hat ihn nach der Darstellung des Beklagten auch später trotz wiederholter Vorhaltungen der örtlichen Vertreter der Beklagten nicht zur Baustelle zurückgeschafft. Sie hat es nach ihrem eigenen Sachvortrag deshalb nicht getan, weil die Beklagte ihr kein höheres als das vereinbarte Entgelt zahlen wollte. Das höhere Entgelt hat sie verlangt, nachdem ihr leistungsstarker Demag-Bagger gerade 15 bis 20 Minuten gearbeitet hatte. Hierauf brauchte aber die Beklagte nicht einzugehen, denn die zu bewegenden Erdmassen waren nach der Feststellung des Berufungsgerichts baggerfähiger Boden im Sinne des Vertrags. Die Klägerin hat ihr vertragswidriges Verhalten dadurch untermauert, daß sie, wie sie in ihrem Schriftsatz vom 23. Februar 1959 (S. 4/5) vorträgt, der Beklagten empfahl, sich von einer anderen Firma einen Bagger zu beschaffen. Vier Tage nach der Arbeitsaufnahme hat sie im Schreiben vom 26. September 1958 ihrer Forderung nach einem höheren Entgelt noch dadurch Nachdruck verliehen, daß sie nun auch den Abzug der übrigen Geräte, namentlich des O.u.K.-Baggers, androhte. Dieses Verhalten dürfte die Beklagte als eine ernsthafte und endgültige Weigerung der Klägerin ansehen, den Demag-Bagger zu den vereinbarten Bedingungen wieder einzusetzen und insoweit den Vertrag zu erfüllen. Eine Fristsetzung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB war unter diesen Umständen entbehrlich, denn eine Änderung des Entschlusses der Klägerin, den Demag-Bagger nicht wieder zu dem vereinbarten Entgelt einzusetzen, brauchte die Beklagte nicht mehr zu erwarten. Sie durfte vielmehr

eine Fristsetzung als leere Form betrachten (vgl. hierzu die in RGRK 11. Aufl. § 326 Anm. 15 angeführten Entscheidungen).

cc) Die Rechtsbehelfe aus § 326 BGB stehen zwar nur dem zu, der selbst vertragstreu bleibt (RGRK § 326 Anm. 8). Zu Unrecht hat aber das Berufungsgericht der Beklagten entgegengehalten, sie habe keine angemessenen Abschlagszahlungen auf die von der Klägerin mit dem O.u.K.-Bagger und den sonstigen Geräten ausgeführten Arbeiten geleistet. Hierzu war die Beklagte so lange nicht verpflichtet, als die Klägerin es ablehnte, ihre vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen und den leistungsstarken Demag-Bagger wieder einzusetzen (§ 320 Abs. 1 BGB).

Ob die Beklagte, wie die Revision meint, auch deshalb keine Abschlagszahlungen zu leisten brauchte, weil der O.u.K.-Bagger noch keine messbaren Profile hergestellt hatte, kann somit dahingestellt bleiben.

dd) Auch der spätere Abzug des O.u.K.-Baggers stellt demnach eine Vertragsverletzung der Klägerin dar, die sie zum Ersatz der der Beklagten dadurch entstandenen weiteren Schäden verpflichtet. Bei der gegebenen Sachlage bedurfte es insoweit ebenfalls keiner Fristsetzung.

3) Die Aufwendungen für die anderweit beschafften Bagger sowie die Spreng- und Vermessungskosten stellen nur Rechnungsposten eines sich nach § 326 BGB ergebenden Schadensersatzanspruchs dar. Der Beklagten

sind insoweit nicht etwa selbständige Einzelansprüche erwachsen. Deshalb bedeutet die Bindung an das von der Klägerin nicht angefochtene landgerichtliche Urteil nur, daß der Beklagten eine Schadensersatzforderung im Betrage von 3.398,64 DM gegen die Klägerin entstanden ist. Dagegen ist damit nicht endgültig entschieden, daß sich dieser Betrag gerade aus den Spreng- und Vermessungskosten zusammensetzen muß.

Das Berufungsgericht ist daher bei der Prüfung, ob der Beklagten ein 3.398,64 DM übersteigender Schadensersatzanspruch zusteht, verfahrensrechtlich nicht gezwungen, den genannten Betrag gerade als Ersatz von Spreng- und Vermessungskosten zuzubilligen. Käme es zu dem Ergebnis, daß die Beklagte aus sachlichrechtlichen Gründen solche Kosten nicht verlangen kann, so müßte es einen gegebenenfalls höheren Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen für die anderweit beschafften Bagger um den Betrag von 3.398,64 DM kürzen.

Den Aufwendungen, mit denen das Berufungsgericht der Beklagten die Spreng- und Vermessungskosten versagt hat, kann jedoch nicht gefolgt werden.

a) Die 300 DM Auslagen für ihren Vermessungstechniker kann die Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts deshalb nicht ersetzt verlangen, weil eine etwaige Vertragsverletzung der Klägerin hierfür nicht ursächlich geworden sei. Zwar habe der O.u.K.-Bagger keine einwandfreien Profile hergestellt. Der Vertrag der Parteien ergebe aber keine dahingehende Pflicht

der Klägerin. Selbst wenn jedoch die Klägerin einwandfrei meßbare Profile hätte herstellen müssen, so habe doch die Beklagte nicht den ihrer Weisung unterstellten Baggerführer entsprechend eingesetzt.

Diese Ausführungen lassen an sich keinen Rechtsfehler erkennen.

Das Berufungsgericht hat jedoch weiter erwogen, ob die Klägerin nicht durch den nach dem 30. Oktober 1958 erfolgten plötzlichen Abzug des O.u.K.-Baggers das Aufmessen erschwert habe. Auch hierin hat es keine Vertragsverletzung gesehen, weil die Klägerin zu jenem Zeitpunkt befugt gewesen sei, die Arbeiten einzustellen.

Daß dieser Rechtsansicht nicht gefolgt werden kann, ist bereits dargelegt. Deshalb bleibt zu prüfen, ob die Erwägung des Berufungsgerichts, das Aufmessen sei durch die plötzliche Fortnahme des zweiten Baggers erschwert und infolgedessen die Hinzuziehung eines Vermessungstechnikers erforderlich gewesen, zutrifft.

b) Der Anspruch auf Ersatz der Auslagen für die Sprengarbeiten ergibt sich nach dem Sachvortrag der Beklagten aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB, dessen Voraussetzungen das Berufungsgericht, wie ausgeführt, zu Unrecht verneint hat. Die Aufwendungen für die Sprengarbeiten sind danach ebenfalls durch den Verzug der Klägerin bedingt. Die Beklagte

behauptet, der leistungsstarke Demag-Bagger hätte das Erdreich ohne Sprengungen bewegen können, für die Arbeit des O.u.K.-Baggers habe dagegen mehrfach vorher gesprengt werden müssen. Um nun zu verhindern, daß die Klägerin auch noch den O.u.K.-Bagger abzog, habe sie deren Verlangen entsprochen und sprengen lassen. Falls dieser Sachvortrag der Beklagten zutrifft, sind ihr die Aufwendungen für die Sprengungen infolge des Abzugs des Demag-Baggers entstanden.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Bundesrichter Dr. Finke hat seinen
Urlaub angetreten und kann
deshalb nicht unterschreiben.

Glanzmann