

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 215/69

URTEIL

Verkündet am
16. Dezember 1971
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) Dr. Fritz W [REDACTED],
- 2) Heinz B [REDACTED],
beide wohnhaft in R [REDACTED] über H [REDACTED],
Am O [REDACTED],

Beklagte, Widerkläger, Berufungs-
beklagte, Revisionskläger und Revi-
sionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma K [REDACTED] - GmbH, B [REDACTED],
W [REDACTED] Straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
ihren Geschäftsführer Johann K [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
klägerin, Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 19. Juni 1969 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten zur Zahlung von mehr als 13.027,78 DM nebst Zinsen und von weiteren Zinsen in Höhe von 2 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank aus 50.000 DM vom 13. Dezember 1961 bis 30. Juni 1963 verurteilt worden sind.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision der Beklagten und die Revision der Klägerin werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin 2/3 zu tragen. Die Entscheidung über das restliche Drittel wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagten haben in Resse, Kreis Burgdorf, 24 Einfamilienreihenhäuser erstellen lassen. Die notwendigen Erd-, Maurer-, Putz-, Estrich-, Isolierungs-, Beton- und Zimmererarbeiten hat die Klägerin durchgeführt. Sie hatte unter dem 19. August 1961 ein Angebot auf der Grundlage von Einheitspreisen abgegeben. Die Parteien einigten sich jedoch im November/Dezember 1961 auf einen Pauschalpreis von 17.500 DM je Haus. Ob außerdem zwischen ihnen ein Vorbehalt für den Fall zwischenzeitlicher Preisveränderungen vereinbart wurde, ist streitig. Dagegen haben sie für die von den Beklagten zu leistenden Zahlungen einen Plan aufgestellt, der u.a. eine erste Zahlung der Beklagten von 50.000 DM bei Einrichtung der Baustelle vorsah. Anfang des Jahres 1962 ließen die Beklagten durch die Klägerin weiterhin vordringlich zwei Musterfertighäuser errichten, die gesondert abgerechnet worden sind.

Die Klägerin fühlt sich an die ursprüngliche Pauschalvereinbarung nicht mehr gebunden. Sie meint, die Beklagten müßten eine von ihr, der Klägerin, bei den Vertragsverhandlungen ins Gespräch gebrachte Preisgleitklausel gegen sich gelten lassen. Die Beklagten hätten aber auch die festgelegten Zahlungstermine nicht eingehalten. Insgesamt macht die Klägerin folgende Rechnung auf:

1. Für die Arbeiten an den 24 Reihenhäusern nach der Schlußrechnung vom 31. Dezember 1963/5. Juni 1964 503.589,15 DM



Übertrag:	503.589,15 DM
2. Für unstreitig erbrachte zusätzliche Leistungen	76.265,08 DM
3. Verzugsschaden durch Nichteinhaltung des Zahlungsplanes	<u>50.000,-- DM</u>
	629.854,23 DM
abzüglich von den Beklagten geleistete Zahlungen in Höhe von	<u>488.053,83 DM</u>
	141.800,40 DM.

Diesen Betrag hat die Klägerin (nebst Zinsen) im vorliegenden Verfahren eingeklagt.

Die Beklagten bestreiten, mit der Klägerin vereinbart zu haben, daß diese zwischenzeitliche Lohn- und Materialpreiserhöhungen über die ausgemachte Pauschale hinaus berechnen dürfe. Sie, die Beklagten, seien mit fälligen Zahlungen auch nie in Verzug gewesen. Sie haben vorsorglich mit Minderungsansprüchen aus Baumängeln und mit einer restlichen Forderung aus dem Verkauf eines der Reihenhäuser an den Geschäftsführer der Klägerin aufgerechnet. Wegen der behaupteten Mängel haben sie ferner eine Feststellungswiderklage erhoben.

Das Landgericht wies durch Teilurteil die Klage in Höhe von 133.589,15 DM ab. Es hielt beide Parteien an der Pauschalvereinbarung fest, so daß die Klägerin als Vergütung verlangen könne:

Die Pauschale	420.000,-- DM	
für zusätzliche Arbeiten	<u>76.265,08 DM</u>	
insgesamt:	496.265,08 DM	496.265,08 DM,

Übertrag:	496.265,08 DM
auf die	<u>488.053,83 DM</u>
bezahlt seien. Über den verbleibenden	
Betrag von restlichen	8.211,25 DM
sei der Rechtsstreit wegen der von den	
Beklagten geltend gemachten Minderungs-	
ansprüche nicht entscheidungsreif.	

Auf die Berufung der Klägerin verurteilte das Oberlandesgericht die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 22.127,78 DM (nebst Zinsen), sowie von 2 % Zinsen über den jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank aus 50.000 DM für die Zeit vom 13. Dezember 1961 bis 30. Juni 1963. Im übrigen beließ es das Berufungsgericht bei der vom Landgericht ausgesprochenen Klagabweisung. Zu der verurteilten Summe gelangte es folgendermaßen:

Werklohn für die 24 Reihenhäuser unter	
Abweichung von der ursprünglichen Pauschale	448.377,78 DM,
zuzüglich für unstreitig von der Klägerin	
erbrachte weitere Leistungen	<u>76.265,08 DM</u>
	524.642,86 DM
abzüglich Zahlungen der Beklagten	<u>488.053,83 DM</u>
	36.589,03 DM.

Davon gingen ferner ab zur	
Aufrechnung gestellte Schadens-	
ersatzansprüche der Beklagten	
wegen Mängeln an den Bauwerken	6.250,-- DM
und die im ersten Rechtszug noch	
anhängige Teilforderung von	<u>8.211,25 DM</u>
	<u>14.461,25 DM</u>
verbleiben:	22.127,78 DM.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Klägerin verfolgt die Klage weiter, soweit sie auch vom Berufungsgericht abgewiesen wurde. Die Beklagten erstreben die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht verneint eine Einigung der Parteien bei der Vergabe des Auftrags dahin, daß es der Klägerin gestattet sein sollte, die nach Abgabe ihres Angebots etwa eintretenden Lohn- und Materialpreiserhöhungen über den ausgemachten Pauschalpreis hinaus in Rechnung zu stellen. Die Klägerin habe zwar in ihrem Schreiben vom 25. November 1961 über die am gleichen Tage mit dem Architekten der Beklagten Z. [REDACTED] geführte Besprechung darauf hingewiesen, daß sie einen solchen Vorbehalt machen müsse. Eine dementsprechende Abrede sei aber nicht Vertragsinhalt geworden. Denn in dem Schreiben des Architekten Z. [REDACTED] vom 27. November 1961, das erst das verbindliche Vertragsangebot der Beklagten enthalte, sei lediglich auf die besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten Bezug genommen, die gerade eine gegenteilige Klausel enthielten. Dieses Angebot habe die Klägerin durch Schreiben vom 13. Dezember 1961 vorbehaltlos angenommen.

Auch später sei keine abweichende Regelung getroffen worden. Die Beklagten hätten immer nur in Aussicht gestellt, etwaige Preiserhöhungen zu berücksichtigen, nämlich dann, wenn sie sie auf ihre Abnehmer hätten abwälzen können. Das habe aber vorausgesetzt, daß der jeweilige höhere Lohn- und Materialaufwand im einzelnen nachgewiesen werden könne. Dazu sei die Klägerin nicht in der Lage gewesen.

2. Dagegen wendet sich die Revision der Klägerin. Sie kann keinen Erfolg haben.

a) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Bauvertrag zwischen den Parteien sei erst nach der Besprechung am 25. November 1961 endgültig zustande gekommen, und zwar auf Grund des von Architekt Z. [REDACTED] für die Beklagten an die Klägerin gerichteten Schreibens vom 27. November 1961, das diese vorbehaltlos angenommen habe, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Damit setzt sich das Berufungsgericht nicht, wie die Revision der Klägerin meint, in Widerspruch zu dem Ergebnis der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme. Selbst wenn man davon ausgehen muß, daß im Laufe der Unterredung vom 25. November 1961 zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und Architekt Zacher die Frage einer späteren Angleichung des Pauschalpreises an etwaige Preiserhöhungen zur Sprache gekommen ist, so war damit eine dementsprechende Klausel doch noch nicht vereinbart. Selbst die Zeugin K. [REDACTED], auf die sich die Revision der Klägerin beruft, hat ausgesagt, Z. [REDACTED] habe erklärt, er wolle diesen Punkt erst noch mit den Beklagten besprechen. Das steht einer endgültigen Erteilung des Auftrags an diesem Tage entgegen.

Wenn nun das Berufungsgericht in dem Schreiben Zachers vom 27. November 1961 eine Bezugnahme auf die eigenen Vertragsbedingungen der Beklagten sieht, die eine Preisangleichungsklausel gerade nicht enthalten, so kann das rechtlich nicht mißbilligt werden. Entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin, konnte die Klägerin nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, daß mit der bloßen Verweisung auf die "bes. Vertragsbedingungen" den von ihr vorgetragenen Wünschen über die Berücksichtigung späterer Preisveränderungen Rechnung getragen worden sei. Die Frage war vorher gerade offen geblieben. Daraus, daß die Beklagten in die Kaufverträge mit ihren Abnehmern - möglicherweise "vorsorglich" - einen Preisänderungsvorbehalt aufnehmen ließen, ergibt sich für das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nichts. Es ist deshalb nicht zu erkennen, inwiefern das Berufungsgericht das Schreiben Z. [REDACTED] vom 27. November 1961 nicht in seinem Gesamtzusammenhang (BGH LM Nr. 1 zu § 133 (B)) gewürdigt haben sollte.

Dem Antwortschreiben der Klägerin vom 13. Dezember 1961 ist keinerlei Hinweis auf die von ihr angestrebte Preisangleichungsklausel zu entnehmen. Deshalb durfte das Berufungsgericht darin ohne Rechtsverstoß die vorbehaltlose Annahme des Angebots der Beklagten zu deren Vertragsbedingungen sehen.

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über das Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben (vgl. dazu etwa BGHZ 54, 236) kommen

entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin nicht zum Zuge. Nach dem von der Klägerin vorgetragenen Inhalt der Besprechung vom 25. November 1961 konnte sie selbst nicht davon ausgehen, daß an diesem Tage der Auftrag bereits endgültig mündlich erteilt worden war. Deshalb konnten auch ihre Schreiben vom gleichen Tage an die Beklagten und ihren Architekten nicht den für ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben maßgeblichen Zweck erfüllen (BGHZ 54, 236, 239), das Ergebnis vorangegangener Vertragsverhandlungen verbindlich festzulegen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht erst in dem zwei Tage später verfaßten Schreiben Z. [REDACTED] das endgültige Angebot der Beklagten erblickt, das die Klägerin ihrerseits mit Schreiben vom 13. Dezember 1961 angenommen hat.

b) Ohne Rechtsverstoß entnimmt schließlich das Berufungsgericht auch den späteren Verhandlungen zwischen den Parteien über eine Erhöhung der von der Klägerin zu beanspruchenden Vergütung keine Einigung darüber, daß die von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten durch Lohn- und Materialpreiserhöhungen von den Beklagten übernommen würden. Das Berufungsgericht berücksichtigt insoweit den gesamten zwischen den Parteien geführten Schriftwechsel und würdigt ihn eingehend.

Dabei vermengt es keineswegs, wie die Revision der Klägerin meint, unzulässigerweise die Frage, ob es überhaupt zu einer Vereinbarung gekommen ist, wonach die Beklagten die Mehrkosten übernehmen, mit der Frage, wie diese Mehrkosten nachzuweisen seien. Vielmehr ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der

von den Beklagten abgegebenen Erklärungen durchaus möglich. Es leuchtet ein, daß die Beklagten nur bereit waren, im einzelnen nachweisbare Lohn- und Materialpreiserhöhungen zu tragen, weil sie allein dann in die Lage versetzt wurden, diese Mehrkosten auf ihre Abnehmer abzuwälzen. Daß das Berufungsgericht das Schreiben der Klägerin vom 4. März 1964 unbeachtet gelassen hat, rügt die Revision der Klägerin zu Unrecht. Die Bauindexzahlen konnten nur als Anhalt dienen. Sie genügten aber nicht, wie die Beklagten unmißverständlich zum Ausdruck gebracht haben und die Klägerin auch verstanden hat. Für die Frage, ob es zu einer Einigung über die Übernahme der Mehrkosten durch die Beklagten gekommen ist, war ein Sachverständigengutachten zur Höhe der Lohn- und Preissteigerungen, auf das sich die Klägerin berufen hat, unerheblich. Nach der Auslegung der Erklärungen der Beklagten durch das Berufungsgericht war für diese entscheidend, daß die Mehrkosten im einzelnen zu belegen waren. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

II.

1. Das Berufungsgericht ist jedoch der Auffassung, der Klägerin sei ein Festhalten an dem vereinbarten Pauschalpreis nach § 242 BGB nicht mehr zuzumuten. Einmal sei der Bauplan in wesentlichem Umfang anders, als ursprünglich vorgesehen, durchgeführt worden. Zum anderen habe sich das Bauvorhaben durch die vorrangige Errichtung der beiden Musterhäuser verzögert. Schließlich hätten die Beklagten den vereinbarten Zahlungsplan

nicht eingehalten. Der gleichwohl durchgeführte Bauvertrag müsse deshalb den veränderten Umständen angepaßt werden. Hierbei geht das Berufungsgericht von den Einheitspreisen im ursprünglichen Angebot der Klägerin aus und ermittelt die ihr zustehende Vergütung nach den von ihr tatsächlich erbrachten Leistungen, ohne einen Nachlaß zu berücksichtigen. Unter Hinzuziehung eines Sachverständigen gelangt es zu einer Werklohnforderung der Klägerin für die Arbeiten an den 24 Reihenhäusern von insgesamt 448.377,78 DM.

2. Diese Ausführungen greift die Revision der Beklagten an. Dem Rechtsmittel muß insoweit ebenfalls der Erfolg versagt bleiben.

a) Es ist allerdings zuzugeben, daß für den Unternehmer mit dem Abschluß eines Pauschalvertrages stets ein gewisses Risiko verbunden ist, das er mit der Vereinbarung eines festen Preises bewußt in Kauf nimmt (vgl. etwa BGH Schäfer/Finnern Z 2.311 Bl. 5; WM 1964, 1253). Dieses von ihm zu tragende Risiko ist nach Treu und Glauben aber nicht unbegrenzt. Das hat der Senat bereits für den Fall entschieden, daß sich die Vertragspartner beiderseits über den Umfang der auszuführenden Arbeiten in erheblichem Maße geirrt haben (VR 1965, 803). Ähnlich ist es, wenn im Leistungsverzeichnis enthaltene Arbeiten wegfallen und möglicherweise andere hinzukommen.

Zwar hat eine Änderung der Bauausführung nicht grundsätzlich zur Folge, daß eine einmal getroffene Pauschalvereinbarung überhaupt nicht mehr anwendbar

wäre (Senatsurteil VII ZR 76/61 vom 29. November 1962). Etwas anderes muß aber gelten, wenn der geplante Bau in wesentlichem Umfang anders als ursprünglich vorgesehen errichtet wird und es dadurch zu erheblichen Veränderungen des Leistungsinhalts nach dem abgeschlossenen Pauschalvertrag kommt. Solche einschneidende Änderungen, mögen sie auf eine Abwandlung des Bauentwurfs oder auf besondere Anordnungen des Auftraggebers zurückzuführen sein, rühren an die Grundlagen des vom Unternehmer gebildeten Preises und können deshalb nicht ohne Auswirkungen auf die ausgemachte Pauschale bleiben. Für diesen Fall sieht denn auch die VOB (B) in § 2 Ziff. 5 die Vereinbarung eines neuen Preises "unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten" vor. Sogar in den "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der Beklagten, die zwischen den Parteien gelten, heißt es unter Ziff. 11.2, Abweichungen vom vereinbarten Preis seien zulässig, "wenn durch Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnung des Auftraggebers die vertraglichen Preisgrundlagen geändert werden". Sind diese Voraussetzungen gegeben und haben sich die Vertragspartner nicht auf eine neue Vergütung geeinigt, muß die ursprüngliche Preisabsprache - wie auch sonst bei wesentlichen Erschütterungen der Geschäftsgrundlage - den veränderten Verhältnissen angepaßt werden.

b) So ist es im vorliegenden Falle. Das Berufungsgericht stellt rechtsfehlerfrei fest, daß die Klägerin Arbeiten im Werte von rund 100.000 DM, also annähernd 1/4 der gesamten Auftragssumme nicht erbracht hat. Dafür kamen andere, im Angebot der Klägerin nicht aufgeführte Leistungen von über 70.000 DM hinzu. Diese wesent-

liche Verschiebung innerhalb des Leistungsinhalts, wie er dem Pauschalvertrag zwischen den Parteien zugrunde gelegt worden war, rechtfertigt allein schon die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung. Auf die Verzögerung der Bauzeit durch die vorrangige Errichtung der Musterhäuser und auf die Nichteinhaltung des vereinbarten Zahlungsplanes kommt es in diesem Zusammenhang nicht mehr an.

Daß im Ergebnis die vom Berufungsgericht errechnete, der Klägerin zuerkannte Gesamtvergütung nicht allzuweit von der ursprünglichen Angebotssumme der Klägerin entfernt ist, spielt, entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten, keine entscheidende Rolle. Es genügt, daß die zu erbringenden Leistungen ihrer Art nach wesentlich verändert worden sind. Denn der Pauschalpreis, der auf Grund eines nach Einheitspreisen abgegebenen Angebots gebildet worden ist, knüpft an im einzelnen bestimmte Arbeiten an. Es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß er für jede Leistung gelten soll, die der vorgesehenen schon in ihrem Wortvolumen gleichkommt. Leistungsverschiebungen des vom Berufungsgericht festgestellten Umfanges sind auch keineswegs, wie die Revision der Beklagten noch meint, im Rahmen eines Bauvertrages stets zu erwarten.

Unbeachtlich ist ferner, daß die Leistungsänderungen von den Parteien einverständlich vorgenommen worden sind. Haben die Parteien dabei an etwaige Auswirkungen auf den ausgemachten Pauschalpreis zunächst nicht gedacht und deshalb keine entsprechenden neuen Vereinbarungen ge-

troffen, so hindert das nach Treu und Glauben eine Anpassung der ursprünglichen Absprache an die veränderten Verhältnisse, nachdem sich der Umfang der Abweichungen herausgestellt hat, nicht.

c) Das Berufungsgericht geht bei der von ihm vorgenommenen, eingehend begründeten Anpassung der von den Parteien getroffenen Preisvereinbarung an den neuen Leistungsinhalt von den im ursprünglichen Angebot der Klägerin enthaltenen Einheitspreisen aus, berücksichtigt die von ihr gewährten Nachlässe aber nicht mehr. Damit hält es sich innerhalb des ihm insoweit eingeräumten richterlichen Ermessens. Bei der Abwägung aller Umstände konnte es durchaus den tatsächlichen Verlauf des Bauvorhabens, also auch eine etwaige längere Bauzeit und sonstige eingetretene Erschwernisse in Betracht ziehen. Das Berufungsgericht war nicht gezwungen, wiederum einen Pauschalpreis zu bilden.

Die vom Berufungsgericht anhand der Aufmaße mit Hilfe des von ihm zugezogenen Sachverständigen und auf Grund der ihm vorliegenden Zeugenaussagen aufgemachte Rechnung über die von der Klägerin tatsächlich erbrachten Leistungen wird von keiner der Parteien angegriffen. Sie ist auch nicht zu beanstanden. Deshalb schulden die Beklagten unter Berücksichtigung der von ihnen unstreitig geleisteten Zahlungen noch den vom Berufungsgericht ermittelten Betrag von restlichen 36.589,03 DM.

III.

1. Das Berufungsgericht versagt es den Beklagten, gegen diese Summe teilweise mit einer Restkaufpreisforderung von 9.100 DM aufzurechnen. Es hält den Vortrag der Beklagten hierzu für nicht genügend substantiiert.

2. Die dagegen von der Revision der Beklagten erhobene Verfahrensrüge greift durch.

Die Beklagten hatten schon im ersten Rechtszug vortragen lassen, der Geschäftsführer Komor der Klägerin habe eines der von den Beklagten erstellten Reihenhäuser zum Preis von 51.600 DM gekauft. Dabei sei vereinbart worden, den Kaufpreis mit der von der Klägerin zu fordernden Vergütung zu verrechnen. Im zweiten Rechtszug haben die Beklagten diese Behauptung wiederholt und den von ihnen geltend gemachten restlichen Kaufpreisanspruch mit 9.100 DM beziffert (Schriftsatz der Beklagten vom 27. September 1967 S. 4 und Anlage). Damit war die von ihnen erhobene Gegenforderung hinreichend umschrieben. Davon durfte die Beklagte um so mehr ausgehen, als sich die Klägerin hierzu im Laufe des Rechtsstreits nie geäußert hat, ohne daß den gesamten Umständen nach angenommen werden könnte, sie habe den diesbezüglichen Vortrag der Beklagten überhaupt nicht bestreiten wollen.

Insoweit ist das Berufungsurteil daher aufzuheben und die Sache zur Aufklärung des in Frage stehenden Streitpunkts an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

IV.

1. Das Berufungsgericht spricht der Klägerin als besonderen Verzugsschaden 2 % Zinsen über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank aus 50.000 DM für die Zeit vom 13. Dezember 1961 bis 30. Juni 1963 zu. Es

zuverlässig nur durch einen zeitlich aufeinander abgestimmten Vergleich der von den Beklagten geleisteten Zahlungen mit den von der Klägerin erteilten Zwischenrechnungen ermitteln. Darüber haben die Parteien Angaben gemacht, die nicht vollständig miteinander übereinstimmen (vgl. einerseits GA 296/299, die im Anlagenheft II enthaltenen Schreiben und die in der Mappe "Lose Blätter" befindliche Aufstellung der Klägerin vom 22. Mai 1967; andererseits die Aufstellungen der Beklagten GA 422/424, 477/481, 505/507). Damit wird sich das Berufungsgericht auseinanderzusetzen haben, ehe es über den der Klägerin zuzubilligenden Verzugsschaden in der von ihm beabsichtigten Form befindet. Um ihm das zu ermöglichen, muß das Berufungsurteil auch in diesem Streitpunkt aufgehoben werden.

V.

Das Berufungsurteil kann ferner im Kostenpunkt keinen Bestand haben. Da das Oberlandesgericht abschließend über die von der Klägerin eingelegte Berufung entschieden hat, mußte es, wie sich aus § 308 Abs. 2 ZPO ergibt, selbst darüber befinden, wer die Kosten des zweiten Rechtszugs zu tragen hat (BGHZ 20, 397, 398/399). Es durfte die Entscheidung darüber nicht "dem Schlußurteil des Landgerichts vorbehalten", das sich mit dem in den zweiten Rechtszug gelangten Teil der Klage überhaupt nicht mehr zu befassen haben wird. Nur bei einer - auch nur teilweisen - Zurückverweisung der Sache darf die Entscheidung über die Rechtsmittelkosten ganz oder teilweise dem Vorderrichter überlassen werden. Allein dann besteht aber auch ein Bedürfnis für eine solche Maßnahme.

VI.

Das angefochtene Urteil ist nach alledem in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die weitergehende Revision der Beklagten und die Revision der Klägerin sind zurückzuweisen. Die Entscheidung des Senats über 2/3 der Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 92 ZPO. In welchem Umfang die Parteien das restliche Drittel zu tragen haben, hängt vom endgültigen Ausgang des Berufungsverfahrens ab. Deshalb muß die Entscheidung hierüber dem Berufungsgericht übertragen werden.

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt

Girisch