

Verkündet
am 5. April 1962
[REDACTED],
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2225 025

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

In dem Rechtsstreit

des Baumeisters Ingenieur Hans E [REDACTED], F [REDACTED]
[REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1) den Kaufmann Julius [REDACTED],
2) dessen Ehefrau Erna I [REDACTED] geb. B [REDACTED],
beide in F [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. April 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt (Main) vom 4. Mai 1960 wird zurückge-
wiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verpflichtete sich durch schriftlichen Vertrag vom 29. März 1958, für das Neubauvorhaben der Beklagten in Frankfurt, Zeil 39/Ecke Klingerstraße Bauarbeiten zum Preise von 237.000 DM auszuführen.

§ 7 des Vertrages lautet:

"Ausführungsfristen"

- 1) Der Auftragnehmer hat sofort nach Erhalt der Baugenehmigung am 14.4.1958 mit der Ausführung zu beginnen.
- 2) Der Auftragnehmer hat die Ausführung innerhalb von 75 Arbeitstagen am 31.7.1958 zu vollenden.
- 3)"

Nach § 10 des Vertrages sollten die Beklagten, wenn der Kläger die Frist des § 7 auf Grund eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht einhielt, berechtigt sein, "für jeden Tag der Verspätung" von dem vereinbarten Preis 300 DM abzuziehen.

Der Kläger begann mit den Arbeiten am 14. April 1958. Eine schriftliche Baugenehmigung (Bauschein) lag zu dieser Zeit noch nicht vor.

Am 22. April 1958 erließ die Bauaufsichtsbehörde ein Bauverbot, das formularmäßig damit begründet war, daß mit den Bauarbeiten ohne die nach § 66 Abs. 1 der Hessischen Bauordnung vom 6. Juli 1957 erforderliche Baugenehmigung begonnen worden sei. Die Weiterführung der Bauarbeiten wurde unter Hinweis auf die Bauordnung und § 367 Nr. 15 StGB mit sofortiger Wirkung unter Androhung eines Zwangsgeldes untersagt. Der Kläger stellte auf Weisung des Architekten der Beklagten die Arbeiten ein, nahm sie aber am 25. April 1958 wieder auf, nachdem er und der Architekt sich mit der Bauaufsichtsbehörde in Verbindung gesetzt hatten.

Das Bauverbot wurde nicht förmlich aufgehoben. Am 12. September 1958 wurde der Bauschein erteilt. Der Kläger hat die ihm übertragenen Arbeiten am 30. November 1958 fertiggestellt. Die Beklagten hatten die in § 7 Nr. 2 des Bauvertrages vereinbarte Frist wegen 12 Regentagen, 4 Tagen Unterbrechung durch das Bauverbot und 14 Tagen für Änderungen während der Bauzeit um 1 Monat bis zum 31. August 1958 verlängert. Wegen der dann noch bleibenden Fristüberschreitung von 90 Tagen haben sie gegen die Werklohnforderung in Höhe von $90 \times 300 = 27.000$ DM aufgerechnet.

Der Kläger sieht die Vereinbarung über die Vertragsstrafe als nichtig an, weil mit ihr die Durchführung der Bauarbeiten ohne Baugenehmigung habe erreicht werden sollen. Die Frist zur Fertigstellung habe erst mit der Zustellung des Bauscheins am 12. September 1958 zu laufen begonnen, so daß eine Fristüberschreitung nicht vorliege. Die Beklagten hätten auch die Verspätung falsch berechnet, da sie die Sonntage mitgezählt hätten.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 27.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie meinen, die Vertragsstrafe sei verwirkt. Die Fertigstellung sei nicht deshalb verzögert worden, weil der Bauschein nicht erteilt worden sei, sondern weil der Kläger Arbeitskräfte für einen anderen, ihm mehr Gewinn bringenden Bauauftrag abgezogen habe.

Dem Kläger sei bekannt gewesen, daß der Bauschein zum vorgesehenen Arbeitsbeginn am 14. April 1958 nicht habe vorliegen können. Dies sei aber kein Hindernis für den



Arbeitsbeginn gewesen, da die Unterlagen der Bauaufsichtsbehörde vorgelegen hätten und nach deren mündlicher Zusage mit den Arbeiten habe angefangen werden können. Der Kläger habe auch damit begonnen, nachdem ihm von ihrem Architekten mitgeteilt worden sei, daß von seiten der Bauaufsichtsbehörde keine Bedenken gegen den Beginn beständen.

Das Bauverbot sei nur formularmäßig wegen Nichterteilung des Bauscheins, in Wahrheit aber auf Grund bestimmter Beanstandungen erfolgt, nach deren Beseitigung der Kläger die Arbeiten ungestört habe fortsetzen können. Die Erlaubnis hierzu sei ihm von der Baubehörde ausdrücklich gegeben worden.

Das Landgericht hat die Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 25.498,78 DM nebst Zinsen verurteilt. Gegen das Urteil des Landgerichts haben die Beklagten Berufung und der Kläger Anschlußberufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Klage in vollem Umfange abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Anspruch auf Zahlung von 27.000 DM nebst Zinsen weiter.

Die Beklagten beantragen Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Zu entscheiden ist nur, ob der Anspruch auf Vertragsstrafe besteht, mit dem die Beklagten gegen die sonst unstreitige Klageforderung aufgerechnet haben. Nach der An-

sicht des Berufungsgerichts hat der Kläger die Vertragsstrafe verwirkt.

Die Vertragsstrafe sollte nach der Feststellung des Berufungsgerichts sichern, daß der Kläger die Arbeiten am 14. April 1958 begann und sie binnen 75 Arbeitstagen vollendete. Wie dem angefochtenen Urteil weiter zu entnehmen ist, wußten beide Parteien, daß der Bauschein am 14. April 1958 noch nicht vorliegen könne; gleichwohl sollte mit den Arbeiten an diesem Tage begonnen werden; die Parteien wollten aber im Einvernehmen mit der Baubehörde handeln und rechneten damit, daß diese, wie damals weitgehend üblich, die Ausführung der Arbeiten schon erlaube, bevor der später auszustellende Bauschein vorlag.

1) Die Vereinbarung der Vertragsstrafe hält das Berufungsgericht für wirksam. Sie verstößt nach seiner Auffassung weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten.

a) Die Revision sieht dagegen die Vereinbarung als nichtig an. Die Nichtigkeit ergibt sich nach ihrer Meinung aus § 134 BGB in Verbindung mit § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB und §§ 61, 70 der Hessischen Bauordnung vom 6. Juli 1957 (GVBl S. 101). Nach den genannten Vorschriften der Bauordnung müsse die Baugenehmigung schriftlich in Form eines Bauscheins erteilt werden. Da das nicht geschehen sei, liege eine wirksame polizeiliche Genehmigung im Sinne des § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB nicht vor. Dem zuwider hätten die Bestimmungen des Bauvertrags den Kläger verpflichtet, ohne Bauschein zu bauen. Diese Vereinbarung sei nichtig; daraus folge auch nach § 344 BGB die Nichtigkeit der Abrede über die Vertragsstrafe.

Dieses Vorbringen kann angesichts der Feststellungen und Ausführungen des Berufungsgerichts keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht stellt in tatsächlicher Würdigung fest, die Bauarbeiten seien mit mündlicher oder durch schlüssiges Verhalten erteilter Erlaubnis der Baubehörde durchgeführt worden. Dieses Verfahren sei zwar nicht ordnungsgemäß, habe aber damaliger häufiger Übung der Baubehörde entsprochen und den Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen. Die so erteilte Erlaubnis sei wirksam. Insbesondere könne ihre Unwirksamkeit nicht aus den Vorschriften der Hessischen Bauordnung hergeleitet werden.

Damit bejaht das Berufungsgericht zugleich, daß eine polizeiliche Genehmigung i.S. des § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB vorgelegen hat. So ist seine Bemerkung zu verstehen, daß die Übernahme der Verpflichtung, die Arbeiten schon ohne Vorliegen des Bauscheins mit formloser Genehmigung der Baubehörde auszuführen, und damit auch die Abrede über die Vertragsstrafe nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstießen. Denn auch in den Tatsacheninstanzen war der Gesetzesverstoß vom Kläger ausschließlich aus § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB in Verbindung mit den Vorschriften der Hessischen Bauordnung hergeleitet worden (vgl. S. 9 des Schriftsatzes vom 1.8.1959).

Die Revision kann nicht damit gehört werden, daß nach den Vorschriften der Hessischen Bauordnung die Baugenehmigung nur schriftlich erteilt werden könne und deshalb eine mündliche Genehmigung unwirksam sei. Das Berufungsgericht mißt der mündlichen Genehmigung Rechtswirksamkeit trotz der Bestimmungen der §§ 61, 70 der Bauordnung bei. Hierbei handelt es sich um eine nach dem hessischen Landesrecht zu beurteilende Frage. Verletzung dieses Rechts kann nach § 549 Abs. 1 ZPO in der Revisionsinstanz nicht gerügt werden

(vgl. LM Nr. 44 zu § 549 ZPO). Das gilt auch, soweit es sich um die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Rahmen des nicht nachprüfbaren Landesrechts handelt (vgl. LM Nr. 46 und 47 zu § 549 ZPO). Deshalb kommt es auf den Hinweis der Revision nicht an, daß Verwaltungsakte, die der vorgeschriebenen Form ermangelten, nichtig seien.

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kommt auch eine Nichtigkeit nach § 138 BGB nicht in Betracht. Da die Parteien nicht eigenmächtig, sondern im Einvernehmen mit der Baubehörde bauen wollten, haben sie jedenfalls subjektiv nicht in einer Gesinnung gehandelt, die ihnen als Sittenverstoß vorgeworfen werden könnte.

2) Der Tatbestand des Berufungsurteils ergibt keinen Anhalt dafür, daß der Anspruch auf die Vertragsstrafe nach § 341 Abs. 3 BGB entfielen. Auch die Revision trägt hierzu nichts vor.

3) Das Berufungsgericht stellt mit eingehender Begründung fest, der Kläger habe nicht bewiesen, daß die verspätete Vollendung der Bauarbeiten auf Umständen beruhe, die er nicht zu vertreten habe (vgl. §§ 339 Satz 1, 285 BGB). Die Revision greift das nicht an.

II.

Danach hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler bejaht, daß die Vertragsstrafe verwirkt sei. Auch die Entscheidung über die Höhe der Vertragsstrafe hält den Angriffen der Revision stand.

1) Das Berufungsgericht versteht den § 10 des Bauvertrages dahin, daß die Sonntage bei der Berechnung der "für jeden Tag der Verspätung" zu zahlenden Vertragsstrafe mitzuzählen

seien. Es begründet diese Auffassung mit den Erwägungen, die Vertragsstrafe sei vereinbart, um den Schadensnachweis zu ersparen, der Schaden der Beklagten bestehe in Mietausfall und dieser trete auch an Sonntagen ein.

Diese rechtlich mögliche Auslegung des § 10 bindet das Revisionsgericht. Daß in § 7 Abs. 2 von Arbeitstagen die Rede ist, hindert diese Auslegung nicht. § 7 Abs. 2 behandelt die Frist von 75 Tagen für die Ausführung der Arbeiten, § 10 dagegen den Zeitraum, um den sich die Ausführung nach Ablauf der 75 Arbeitstage verzögert. Es ist durchaus denkbar, daß die Parteien zwar die Ausführungsfrist nach Arbeitstagen, die Verspätung aber unter Einrechnung der Sonntage berechnen wollten und dem auch durch den Wortlaut des Vertrages Rechnung getragen haben, indem sie in § 7 Abs. 2 die Ausführung innerhalb 75 Arbeitstagen, in § 10 aber eine Vertragsstrafe von 300 DM für jeden Tag der Verspätung vereinbarten.

Die Berechnung des Berufungsgerichts steht allerdings nicht in Einklang mit der in § 11 Nr. 3 VOB Teil B vorgesehenen, nach der nur Werktage zählen. Auch daraus ergibt sich aber keine Rechtsverletzung.

Nach Abschnitt I § 3 d des Bauvertrages ist zwar die VOB Teil B Bestandteil des Vertrages. Der hier streitige § 10 steht in Abschnitt II des Vertrages. Dieser Abschnitt beginnt mit der Bemerkung, daß das Folgende in Ergänzung der VOB Teil B bzw. in Abweichung von ihr als vereinbart gelte. Das Berufungsgericht nimmt ersichtlich an, daß die Parteien in § 10 des Bauvertrages eine von § 11 Nr. 3 VOB Teil B abweichende Berechnung vereinbart haben. Es schließt sich damit der Auffassung der Beklagten an, die sich auf eine von § 11 Nr. 3 VOB Teil B abweichende Vereinbarung ausdrücklich berufen hatten (S. 4 des Schriftsatzes vom 16.1.1959).

2) Der Kläger rügt schließlich erfolglos, das Berufungsgericht habe sein Vorbringen im Schriftsatz vom 30. April 1960, daß die Ausführungsfrist wegen Zusatzarbeiten um mindestens 22 Tage zu verlängern sei, nicht berücksichtigt.

Der Schriftsatz vom 30. April 1960 ist nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereicht worden. Ob das Berufungsgericht die Verhandlung, wie in dem Schriftsatz beantragt, wiedereröffnete, stand nach § 156 ZPO in seinem Ermessen. Verpflichtet dazu wäre es nur gewesen, wenn das Vorbringen in nachgereichten Schriftsatz ergeben hätte, daß in der geschlossenen Verhandlung ein Anlaß vorgelegen hätte, das richterliche Fragerecht auszuüben (BGHZ 30, 60, 65; LM Nr. 1 a zu § 156 ZPO). Die Revision kann nicht dartun, daß diese Voraussetzung gegeben wäre. Ihr Hinweis auf die Nachschrift zur Schlußrechnung vom 8. Januar 1959 und das Schreiben des Klägers vom 5. Juli 1958 versagt. Es ist zu berücksichtigen, daß die Beklagten die Ausführungsfrist schon im Hinblick auf Zusatzarbeiten um 14 Tage verlängert haben. Aus den beiden von der Revision angeführten Urkunden ist nicht zu erkennen, daß der Kläger im Prozeß behaupten wollte, die Zusatzarbeiten hätten mehr als 14 Tage erfordert.

Glanzmann Dr. Winkelmann Meyer Dr. Vogt Finke