

118

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 259/75

Schluß- URTEIL

Verkündet am
25. März 1976
Werner,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma C-Bau KG, Baubetreuungsgesellschaft mbH & Co,
L, Friedrich-E-Platz, vertreten durch die
C-Bau-GmbH, ebenda, diese vertreten durch den allein
vertretungsberechtigten Geschäftsführer Dr. Karl S
ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagten,
Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma R Baugesellschaft mit beschränkter Haftung,
L, Friedrich-E-Platz, vertreten durch den
Geschäftsführer Alfred R. Se, Direktor in Er,
Kanton T/Schweiz,

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1976 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogt sowie der Richter Erbel, Dr. Girisch, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teil- und Grundurteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 4. August 1975 aufgehoben, soweit der Klage stattgegeben worden ist.

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

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin 1/7 der Gerichtskosten und 2/9 der außergerichtlichen Kosten zu tragen. Die Entscheidung über die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

18

- 3 -

Tatbestand:

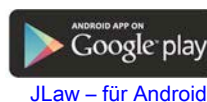
Die Beklagte übertrug der Klägerin mit Schreiben vom 8. Dezember 1969 die Rohbauarbeiten für ein Großbauvorhaben in L[REDACTED]. Die Auftragssumme belief sich auf rd. 15.700.000,-- DM. Abzurechnen war nach Massen und Einheitspreisen. Alle Lohn- und Materialpreiserhöhungen sowie Nachforderungen wegen Sozialleistungserhöhungen wurden bis zum 31. Oktober 1971 mit evtl. Verlängerung bis zum 31. Dezember 1971 ausgeschlossen. Die Rohbauarbeiten sollten vom 15. Februar 1970 bis 15. Mai 1971 durchgeführt werden.

Bei der Ausführung der Rohbauarbeiten traten erhebliche Verzögerungen auf. Die Parteien streiten über deren Ursache. Der aufgestellte Zeitplan wurde am 6. Januar 1971 von der Beklagten überarbeitet und ein neuer Endtermin auf Ende 1971 festgelegt. Im Schreiben vom 18. November 1971 setzten die Architekten der Beklagten der Klägerin für die Fertigstellung der Wohntürme C und D einen letzten Termin bis Ende Januar 1972.

Mit Schreiben vom 28. Januar 1972 bat die Klägerin um Neufestsetzung der Einheitspreise wegen zwischenzeitlich eingetretener Erhöhungen der Löhne und Materialpreise. Die Beklagte lehnte dieses Verlangen im Schreiben vom 23. Februar 1972 ab, weil die Klägerin nach dem Zeitplan die Arbeiten im Jahre 1971 hätte fertigstellen müssen. Am 15. März 1972 forderte die Klägerin für die Monate Januar und Februar 1971 wegen höherer Kosten 748.629,16 DM und am 29. März 1972 unter Fristsetzung bis 15. April 1972 wegen Massenüberschreitungen und von der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beklagten verlangter abweichender Ausführung der Stahlbetonarbeiten weitere 1.440.000 DM. Die Beklagte lehnte diese Forderungen ab. Darauf kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 3. Mai 1972 den Bauvertrag. Bis dahin hatte die Beklagte auf die ihr jeweils am Monatsende vorgelegten Teilrechnungen unter Abzug eines vereinbarten Sicherheitsbetrags von 10 % insgesamt 13.936.683,39 DM gezahlt. Die Klägerin errechnet anhand der vereinbarten Einheitspreise eine Werklohnforderung von 13.380.187,60 DM und weiterer 352.074,44 DM für Regiearbeiten.

Die Klägerin hat insgesamt 8.839.159,17 DM nebst Zinsen eingeklagt. Dieser Betrag umfaßt neun Forderungen. Die Beklagte hat diese Forderungen bestritten und hilfsweise Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt.

Das Landgericht hat in seinem Teilurteil vom 21. Dezember 1972 die Entscheidung über die Forderungen Nr. 1, 7 und 8 von zusammen 4.245.325,41 DM nebst Zinsen dem Schlußurteil vorbehalten und die übrigen Forderungen im Gesamtbetrag von 4.593.833,80 DM nebst Zinsen abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Abweisung der Forderungen Nr. 3, 5 und 6 sowie der Forderung Nr. 9 in Höhe von 328.946,86 DM auf Erstattung der Mehrwertsteuer zu den Forderungen Nr. 3, 5 und 6 bestätigt. Die Forderungen Nr. 2 und 4 sowie die Forderung Nr. 9 auf Erstattung der Mehrwertsteuer zu diesen beiden Forderungen in Höhe von 126.297,94 DM hat es dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Der erkennende Senat hat die Revision der Klägerin durch Beschluß vom 27. November 1975 zurückgewiesen und durch Urteil vom selben Tage - VII ZR 241/73 - den die Forderungen Nr. 2, 4 und 9 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärenden Teil des Berufungsurteils aufgehoben und insoweit die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Inzwischen hatte das Landgericht durch ein weiteres Teilurteil vom 1. November 1974 über die bei ihm noch anhängig gewesenen Klageforderungen Nr. 1, 7 und 8 sowie über die Höhe der vom Oberlandesgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärten Forderungen Nr. 2, 4 und 9 teilweise entschieden.

Auf die Berufungen der Parteien gegen dieses Urteil hat das Oberlandesgericht durch Teil- und Grundurteil vom 4. August 1975 die Beklagte zur Zahlung von 3.120.102,51 DM nebst Zinsen verurteilt, ferner festgestellt, daß die Beklagte der Klägerin den weiteren aus der Nichtzahlung der Mehrwertsteuer in Höhe von 1.689.336,24 DM entstehenden Schaden zu ersetzen habe und die Klage in Höhe von 418.031,77 DM sowie der entsprechenden Mehrwertsteuer nebst Zinsen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen, soweit sie nicht wegen Beträgen von 667.631,23 DM und 73.439,44 DM nebst Zinsen noch beim Landgericht anhängig ist und es sich selbst die Entscheidung über Beträge von insgesamt 151.789,91 DM mit Zinsen sowie über den Feststellungsantrag bezüglich eines Betrags von 10.839,59 DM vorbehalten hat.

Die Klägerin verfolgt mit der Revision den Klagsanspruch in Höhe weiterer 1.251.122,54 DM nebst Zinsen. Diese Revision hat der Senat durch Beschluß vom 25. März 1976 nach dem Entlastungsgesetz zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten erstrebt die Abweisung der Klage, soweit das Berufungsgericht ihr stattgegeben hat. Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Ansprüche der Klägerin

I. Die restliche Werklohnforderung

1. Das Berufungsgericht hatte in seinem ersten Urteil die Nachforderungen der Klägerin wegen Lohn- und Materialpreiserhöhungen für die Zeit vom 1. November 1971 bis zur Kündigung des Vertrags am 3. Mai 1974 (Forderung Nr. 4) und den auf die Kündigung gestützten Entschädigungsanspruch gemäß § 9 Nr. 3 VOB/B, § 642 BGB (Forderung Nr. 2) sowie die Forderung (Nr. 9) auf Erstattung der auf beide Forderungen entfallenden Mehrwertsteuer dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Diese Entscheidung hat der Senat aufgehoben, weil der Klägerin der Anspruch nur dann zustehe, wenn sie durch von ihr nicht zu vertretende Umstände gehindert gewesen sei, die vertraglich vorgesehene Leistung während der Geltung der Festpreisklausel zu erbringen, was die Klägerin zu beweisen habe.

18

Die Frage hat Bedeutung für die Ansprüche Nr. 2 und Nr. 4 und damit auch für die von beiden abhängige Forderung Nr. 9. Der Anspruch der Klägerin auf den restlichen Werklohn für die erbrachten Leistungen wird, entgegen der Ansicht, der Revision durch sie nicht berührt. Da die Parteien das Vertragsverhältnis als beendet ansehen, muß die Beklagte jedenfalls die erbrachten Leistungen der Klägerin vergüten, gleichgültig ob diese kündigen durfte oder nicht.

2. Aus diesem Grunde steht dem Vergütungsanspruch der Klägerin auch nicht entgegen, daß sie die vertraglich übernommenen Arbeiten nicht voll erbracht und die Beklagte deshalb deren Leistung nicht abgenommen hat. Die von der Revision angeführte Vertragsbestimmung Nr. 11.1 AVuV, wonach Zahlungen nur auf "fix und fertige" Leistungen erfolgen, kann nicht mehr eingreifen, denn nach Beendigung des Vertragsverhältnisses müssen die von der Klägerin erbrachten Leistungen abgerechnet und von der Beklagten beglichen werden. Für die notwendigen Restarbeiten und die Behebung von Mängeln hat die Beklagte vom Werklohn der Klägerin 1.251.122,54 DM einbehalten.

II. Die Forderung Nr. 4

umfaßt Nachforderungen wegen Lohn- und Materialpreiserhöhungen für die Zeit vom 1. November 1971 bis zur Kündigung des Vertrags am 3. Mai 1972.

Nach der Bestimmung Nr. 5.1 der Allgemeinen Vorbemerkungen und Vertragsbedingungen (AVuV) sollte die Festpreisvereinbarung bis 31. Oktober 1971 gelten mit Verlängerung evtl. bis 31. Dezember 1971.

Das Landgericht hat in seinem ersten Urteil diese Forderung für unbegründet erachtet, weil die Parteien nicht vereinbart hätten, daß die Klägerin nach Ablauf der Festpreiszeit Lohn- und Materialpreiserhöhungen auf die Beklagte abwälzen dürfe. Demgegenüber hat das Berufungsgericht im ersten Urteil den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, weil die Festpreisabrede sich allenfalls auf die Zeit bis 31. Dezember 1971 erstreckte, möglicherweise sogar nur bis 31. Oktober 1971, was noch der Klärung durch das Landgericht bedürfe.

Darauf hat das Landgericht in seinem zweiten Urteil den Klaganspruch in Höhe von 418.031,77 DM und der darauf entfallenden Mehrwertsteuer von 45.983,49 DM abgewiesen, weil die Klägerin in den Monaten November und Dezember 1971 noch an die Klausel gebunden gewesen sei.

Demgegenüber hat das Oberlandesgericht in seinem zweiten Urteil die Werklohnnachforderung auch für die Zeit von 1. November bis 31. Dezember 1971 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Es hält eine wirksame Vereinbarung der Parteien über eine Verlängerung der Festpreisklausel bis 31. Dezember 1971 nicht für zustandegekommen. Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß die Parteien sich über die Bedingungen, unter denen die Klausel über den 31. Oktober 1971 hinaus gelten sollte, nicht geeinigt hätten.

1. Soweit die Revision diese Feststellung des Berufungsgerichts angreift, kann sie keinen Erfolg haben, weil die tatrichterliche Beweismwürdigung keinen Rechtsfehler erkennen läßt. Dem Berufungsgericht ist zuzustim-

men, daß der handschriftliche Zusatz: "Die Festpreisvereinbarung gilt bis 31. Oktober 1971 + Verlängerung evtl. bis 31. Dezember 1971" nicht erkennen läßt, unter welchen Umständen die Verlängerung gelten sollte. Da auch die Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte für solche Umstände ergeben hat, kann es aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht sich außerstande sieht, im Wege der ergänzenden Auslegung den Sinn der Klausel zu ermitteln und es deshalb annimmt, die Geltung der Festpreisvereinbarung sei nicht über den 31. Oktober 1971 hinaus verlängert worden.

2. In dem nach Erlaß des angefochtenen Urteils ergangenen Revisionsurteil vom 27. November 1975 hat jedoch der Senat das die Forderung Nr. 4 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärende erste Berufungsurteil aufgehoben, weil nicht angenommen werden könne, daß sich die Beklagte mit der Fristverlängerung bis 31. Januar 1972 im Schreiben vom 18. November 1971 auch bereitfinden wollte, eine die vereinbarten Festpreise überschreitende Vergütung zu zahlen, wenn die Klägerin die vorgesehene Ausführungsfrist, für deren Dauer die Festpreise gelten sollten, aus von ihr zu vertretenden Gründen nicht eingehalten habe. Insoweit wird auf das Revisionsurteil vom 27. November 1975 - VII ZR 241/73 - verwiesen. Da auch das angefochtene Urteil hierzu keine Feststellungen enthält, muß es insoweit aufgehoben werden, als die Klage unter I, 5 des Urteilstenors wegen der Beträge von 418.031,77 DM und 45.983,49 DM nebst Zinsen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist, zwecks Klärung der Frage, ob und inwieweit die Klägerin durch von ihr nicht zu vertretende Umstände gehindert war, die Ar-

beiten während der Geltung der Festpreisvereinbarung auszuführen, was die Klägerin zu beweisen hat.

III. Die Klageforderung Nr. 2

begründet die Klägerin damit, daß sie den Bauvertrag gekündigt habe, weil die Beklagte fällige Zahlungen trotz Fristsetzung endgültig abgelehnt habe (§ 9 Nr. 1 a VOB/B) und ihr deshalb nach § 9 Nr. 2 VOB/B eine angemessene Entschädigung von 62.500 DM gemäß § 642 BGB zustehe.

Das Berufungsgericht hat im ersten Berufungsurteil diese Forderung ebenfalls dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, weil die Kündigung der Klägerin berechtigt gewesen sei. Auch diese Entscheidung hat der Senat im ersten Revisionsurteil aufgehoben, weil der von der Beklagten abgelehnte Anspruch der Klägerin auf höhere Einheitspreise als die in der Festpreisvereinbarung festgelegten davon abhängt, ob und inwieweit die Klägerin durch nicht von ihr zu vertretende Umstände gehindert war, die vertraglich vorgesehenen Arbeiten in den vereinbarten, die Dauer der Festpreisklausel nicht überschreitenden Ausführungsfristen durchzuführen. Das vor Erlaß des ersten Revisionsurteils die Klageforderung Nr. 2 auch der Höhe nach zuerkennende zweite Berufungsurteil muß deshalb ebenfalls aufgehoben werden. Das gleiche gilt für die Klageforderung Nr. 9, soweit das Berufungsgericht der Klägerin den auf die Forderung Nr. 2 entfallenden Mehrwertsteuerbetrag von 6.875,-- DM zuerkannt hat (Urteilstenor I, 1 b) und c)).

IV. Säumniszuschläge und Vollstreckungskosten

Innerhalb der Forderung Nr. 8 hat das Berufungsgericht der Klägerin für an das Finanzamt gezahlte Säumniszuschläge und Vollstreckungskosten 318.060,25 DM zuerkannt und festgestellt, daß die Beklagte der Klägerin auch den darüber hinausgehenden Schaden ersetzen muß, der daraus entsteht, daß sie 1.689.336,24 DM Mehrwertsteuer nicht gezahlt hat.

Aus der von der Klägerin vorgelegten Auskunft des Finanzamts O [REDACTED] vom 18. Januar 1974 ergibt sich zwar, daß das Finanzamt ihr die genannten Nebenkosten berechnet hat. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Klägerin dem Finanzamt die Mehrwertsteuer schuldet. Das ist nur dann der Fall, wenn ihr ein entsprechender mehrwertsteuerpflichtiger Werklohnanspruch gegen die Beklagte erwachsen ist. Auch das hängt wiederum davon ab, ob ihr die Festpreise übersteigende Ansprüche gegen die Beklagte zustehen. Zu prüfen bleibt weiter, ob sich die Steuerforderung nicht auch auf der Klägerin bereits aberkannte Werklohnansprüche bezieht.

B. Die Gegenansprüche der Beklagten

Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht einen Teil der hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Ansprüche für unbegründet erachtet.

I. Mehraufwand für nicht ausgeführte Arbeiten

macht die Beklagte in Höhe von 235.596,16 DM und 322.586,63 DM geltend, weil die Klägerin mangels eines rechtserheblichen Kündigungsgrundes die Arbeiten nicht habe einstellen dürfen und sie sich deshalb einer sie zum Schadensersatz verpflichtenden Vertragsverletzung schuldig gemacht habe.

Das Berufungsgericht ist unter Bezugnahme auf die Gründe seines ersten Urteils weiterhin der Ansicht, daß der Klägerin am 3. Mai 1972 ein Kündigungsrecht zugestanden habe.

Auch hierzu wird auf die Ausführungen des Senats im ersten Revisionsurteil verwiesen, wonach die Kündigungsvoraussetzung, daß die Beklagte die von der Klägerin verlangten höheren Einheitspreise hätte zahlen müssen, auch davon abhängt, ob und inwieweit die Klägerin durch von ihr nicht zu vertretende Umstände gehindert war, die Vertragsleistungen in den vereinbarten Ausführungsfristen auszuführen. Zum Kündigungsrecht der Klägerin hat der Senat unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 21. November 1968 - VII ZR 89/66 - (= Schäfer-Finnern Z 2.511 Bl. 14) darauf hingewiesen, daß der Auftraggeber in einem zweifelhaften Falle nicht ohne weiteres gehalten ist, dem Verlangen des Auftragnehmers nach höheren Zahlungen nachzukommen, um zu vermeiden, daß dieser sich von seiner Verpflichtung, das Bauwerk fertigzustellen, lossagt. Das ergibt sich auch aus § 18 Nr. 4 VOB/B, wo ausdrücklich gesagt ist, daß Streitfälle den Auftragnehmer nicht berechtigen, die Arbeiten einzustellen. Das gilt insbesondere bei einem so großen Bauwerk, wie es die Beklagte zu

erstellen übernommen hatte, das bereits weitgehend fertig gestellt war und für das die Beklagte der Klägerin immerhin schon ca. 12,5 Millionen DM gezahlt hatte.

II. Entfernung einer Betonplatte

Die Klägerin hat auf einem benachbarten Grundstück der B[REITENBURG]-Werke AG mit deren Erlaubnis eine 20 x 20 m große Betonplatte angelegt, um von dort aus die Bauarbeiten ausführen zu können. Nach Ansicht der Beklagten gehört es zu den vertraglichen Nebenpflichten der Klägerin, diese Platte nach Abschluß der Arbeiten zu beseitigen. Die dadurch entstehenden Kosten gibt sie mit 5.000 DM an. Die Klägerin behauptet, die Platte sei von der Nachfolgeunternehmerin weiter benützt worden und die Beklagte habe bei der Übergabe der Baustelle nicht verlangt, daß sie die Platte beseitige.

Nach Ansicht des Landgerichts hätte die Klägerin die Platte entfernen müssen, denn sie habe nicht vorgetragen, daß sie auf Wunsch der Beklagten im Mai 1972 die Platte den Nachfolgeunternehmern überlassen habe.

Das Berufungsgericht verneint einen Erstattungsanspruch der Beklagten, weil sie die Klägerin nicht aufgefordert habe, die Platte zu entfernen. Es sei kein stichhaltiger Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß die Klägerin der Aufforderung nicht nachgekommen wäre.

Die Revision verweist auf Schriftsätze der Klägerin aus den Jahren 1974 und 1975, in denen die Klägerin sich geweigert habe, die Platte zu entfernen. Auf diese späte-

re Zeit kann jedoch nicht abgestellt werden. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, daß ihre Nachfolgerin, die Firma G■■■■ und Bi■■■■■, nachdem sie die Arbeiten eingestellt hatte, die Betonplatte weiterbenutzt hat. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die Beklagte, wenn sie hiermit nicht einverstanden war, die Klägerin alsbald hätte auffordern müssen, die Platte zu entfernen. Später gehörte das Entfernen der Platte zur Räumung der Baustelle. Daß diese der Klägerin noch obgelegen hätte, hat die Beklagte nicht dargetan.

III. Verzugsschäden

Den Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht Ansprüche auf Ersatz von Verzugsschäden verneint, kann nicht gefolgt werden.

1. Die Vereinbarung Nr. 6.1 AVuV, wonach die Klägerin bei Nichteinhaltung festgelegter Zwischentermine ohne weiteres in Verzug gerate, die Beklagte auf Kosten der Klägerin die Arbeiten durch Dritte fertigstellen lassen und wegen verspäteter Fertigstellung Schadensersatz verlangen dürfe, betrifft nach seiner Ansicht Überschreitungen von Terminen bei Aufrechterhalten des Vertragsverhältnisses. Die Bestimmungen der §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 und 5 VOB/B würden durch sie nicht berührt. Danach könne der Auftraggeber aber nur dann Verzugsschäden geltend machen, wenn er zuvor dem verzögerlich arbeitenden Auftragnehmer unter Fristsetzung die Entziehung des Auftrags angedroht und den Vertrag nach Fristablauf schriftlich gekündigt habe. Diese Voraussetzungen hält das Berufungsgericht nicht für gegeben.

2. Diese Ausführungen erfassen nicht den vollen Sachverhalt. Die Klägerin kann auch dann der Beklagten Schadensersatzpflichtig sein, wenn sie zur Kündigung des Vertrags nicht berechtigt war und der Beklagten durch kündigungsbedingte verspätete Fertigstellung der Bauten ein Schaden entstanden ist. Die Klägerin war zur Kündigung wegen Nichtleistung fälliger Zahlungen nicht berechtigt, wenn sie, wie die Beklagte behauptet, infolge ungenügenden Einsatzes von Arbeitskräften die vereinbarten Fertigstellungstermine nicht eingehalten hat und die Beklagte deshalb ihre Forderung auf Zahlung höherer Preise nicht anzuerkennen brauchte.

IV. Mängelbeseitigungskosten

1. Das Berufungsgericht unterstellt, daß die Klägerin streichfertigen Beton mangelhaft herstellen ließ, daß die Klägerin auf Grund einer Nachbesserungsaufforderung der Beklagten die Firma Th[REDACTED] mit der Mängelbeseitigung beauftragte, die Arbeiten aber einstellen ließ, als sie den Vertrag kündigte, und daß darauf die Beklagte die Fertigstellung anderweit vergab und dafür 128.558,05 DM aufwendete. Das Berufungsgericht meint jedoch, die Beklagte hätte trotz der unter Beweis gestellten Nachbesserungsaufforderung vor dem Einsatz der Firma Th[REDACTED] die Klägerin, als diese die Arbeiten einstellte, nochmals zur Behebung der Mängel des streichfertigen Betons auffordern müssen. Es sei nicht beweisbar, daß die Klägerin einer solchen Aufforderung nicht nachgekommen wäre.

Damit hat das Berufungsgericht die an ein klares und eindeutiges Nachbesserungsverlangen (§ 633 Abs. 2 BGB) zu stellenden Anforderungen überspannt. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Beklagte der Klägerin am 14. Juni 1972 schrieb, sie nehme zur Kenntnis, daß die Klägerin die Beseitigung der vorhandenen Mängel endgültig ablehne und gehe davon aus, daß sich die in der VOB vorgesehene Fristsetzung zur Mängelbeseitigung erübrige; sie werde die hierdurch entstehenden Kosten der Klägerin in Rechnung stellen. Damit war für die Klägerin klargestellt, wie ihre Weigerung, vorhandene Mängel zu beseitigen, von der Beklagten aufgefaßt würde. Daß sich das Schreiben vom 14. Juni 1972 auf die in den Begehungsprotokollen aufgeführten Mängel bezog, vermag daran nichts zu ändern, gab der Klägerin jedenfalls keinen Anlaß anzunehmen, die vor der Kündigung ausgesprochene Aufforderung zur Beseitigung der Mängel an dem streichfertigen Beton solle nicht mehr weiter gelten. Die Klägerin könnte allerdings berechtigt gewesen sein, die von der Firma Th[REDACTED] begonnene Nachbesserung nicht weiterführen zu lassen, wenn die Beklagte fällige Zahlungen nicht geleistet hat (§ 16 Nr. 4 Abs. 3; S. 3 VOB/B). Auch insofern kommt es darauf an, ob die Klägerin höhere Einheitspreise verlangen durfte.

2. Die in der Berufungsbegründung der Beklagten vom 3. März 1975 aufgeführten zahlreichen weiteren Mängel hat das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt, weil die Beklagte sie im ersten Rechtszug nicht behauptet habe und ihre Klärung zu einer erheblichen Verzögerung der Entscheidung über diesen Streitpunkt führen würde.

Ob darin, wie die Revision rügt, ein Verfahrensfehler liegt, kann dahinstehen. Da das Urteil aufgehoben werden muß, hat die Beklagte in der neuen Verhandlung Gelegenheit, die behaupteten Mängel erneut geltend zu machen.

V. Vertragsstrafe

Die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche hält das Berufungsgericht sowohl im Hinblick auf eine Versäumung des Endtermins für die Fertigstellung des Rohbaus als auch hinsichtlich der Versäumung von Zwischenterminen für unbegründet.

1. Ob insoweit ein die Beklagte bindendes Geständnis vorliegt, als das Berufungsgericht annimmt, der Fertigstellungstermin sei auf den 28. Februar 1972 festgelegt worden, braucht im Revisionsverfahren nicht geprüft zu werden, denn der Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Vertragsstrafenanspruch der Beklagten wegen Versäumung des Endtermins verneint, kann nicht beigetreten werden. Die Ansicht, die Klägerin sei in der Zeit bis zur Vertragsaufkündigung am 3. Mai 1972 deshalb nicht in Verzug geraten, weil sie die Überschreitung des Endtermins nicht zu vertreten habe, ist nicht gerechtfertigt, wenn die Beklagte wegen von der Klägerin zu vertretender Verzögerung der Arbeiten die verlangten höheren Einheitspreise nicht zu zahlen brauchte, was noch geprüft werden muß. Dann durfte die Klägerin weder die Arbeiten einstellen (§ 16 Nr. 4 Abs. 3 VOB/B) noch den Vertrag kündigen (§ 9 Nr. 2 VOB/B). Ob solchenfalls die Voraussetzungen für einen Vertragsstrafenanspruch der Beklagten gegeben waren, bleibt zu prüfen.

2. Nach Nr. 6.1 AVuV sollte die Beklagte berechtigt sein, für jeden Arbeitstag, um den vereinbarte Zwischentermine überschritten wurden, eine Verzugsstrafe von 0,2 % der Auftragssumme vom Guthaben der Klägerin abzuhalten. Die Beklagte hat eine Gesamtstrafe von 22.951.945,31 DM errechnet.

Das Berufungsgericht verneint einen Vertragsstrafensanspruch wegen Versäumung von Zwischenterminen aus mehreren Gründen.

U.a. ist es der Ansicht, die Vertragsstrafenvereinbarung sei, soweit sie sich auf die Versäumung von Zwischenterminen bezieht, rechtsunwirksam, weil es ihr an der notwendigen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit fehle und sie auch nicht der Auslegung fähig sei. Hierfür weist es darauf hin, daß die Überschreitung eines einzelnen Zwischentermins die Überschreitung aller weiteren zur Folge habe. Das wirke sich dahin aus, daß der Unternehmer unter Umständen schon vom frühesten Arbeitsbeginn an bis zum schließlich beendeten Auftrag mit der Vertragsstrafe belastet bleibe. Da sich auch ihre Höhe nicht nach der auf bestimmte Terminsarbeiten entfallenden Vergütung, sondern nach der vollen Auftragssumme richten soll, könne nicht festgestellt werden, wie sie im einzelnen zu berechnen sei. Eine wortgetreue Anwendung der unter Nr. 6.1 AVuV niedergelegten Bestimmung scheide somit aus. Es lasse sich mangels ausreichender Anhaltspunkte aber auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermitteln, welche Vorstellung die Parteien gehabt hätten.

Diese tatrichterliche Erwägung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die Ansicht der Revision, solchenfalls müsse im Wege der Vertragsauslegung angenommen werden, die Beklagte dürfe gem. §§ 315, 316 BGB die Höhe der Vertragsstrafe bestimmen, ist nicht vertretbar, denn es kann keine Rede davon sein, daß die Beklagte ein solches Recht haben soll.

C.

Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil, soweit der Klage stattgegeben worden ist, in vollem Umfang aufzuheben, da eine Tilgung der Forderungen der Klägerin infolge der Aufrechnung mit den noch zu prüfenden Gegenforderungen der Beklagten nicht auszuschließen ist. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht hat den vollen Werklohn der Klägerin mit 15.357.602,18 DM ermittelt. Hiervon hat die Klägerin 10 %, also 1.535.760,22 DM an die Sparkasse der Stadt Leverkusen abgetreten. Der noch offenstehende Teil des Werklohns beträgt 1.013.507,79 DM. Das Berufungsgericht hat aber unter I, 2 a) und b) des Urteils tenors die Beklagte zur Zahlung von 264.627,67 DM und 767.880,11 DM an die Sparkasse verurteilt. Beide Beträge zusammen ergeben 1.032.507,78 DM, also 19.000,-- DM mehr als die Beklagte noch an Werklohn schuldet. Das beruht auf zwei offensichtlichen Irrtümern. Einmal ist in dem im Urteilstenor unter I 2 g genannten Betrag, der ausweislich S. 82 des Urteils 246.627,67 DM ausmacht, die Reihen-

folge der Ziffern 4 und 6 vertauscht. Außerdem beträgt die Differenz zwischen 1.013.507,79 DM und 767.880,11 DM nicht 246.627,67 DM, sondern nur 245.627,68 DM. Das hat die Beklagte auf S. 6 ihrer Revisionsbegründung zutreffend ausgeführt. Das Berufungsgericht wird darauf zu achten haben, daß diese Fehler in einer neuen Entscheidung vermieden werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO.

Vogt

Erbel

Girisch

Doerry

Bliesener