

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 339 ff;

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B § 11

Ist eine Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, daß der Auftragnehmer eine für die Errichtung eines Bauwerks bestimmte Frist überschreitet, wird aber die Bauausführung durch vom Auftraggeber zu vertretende Umstände so erheblich verzögert, daß der ganze Zeitplan des Auftragnehmers umgeworfen und er zu einer durchgreifenden Neuordnung gezwungen wird, so wird die Vertragsstrafenzusage hinfällig.

BGH, Urt. v. 13. Januar 1966 - VII ZR 262/63 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII_ZR_262/63

URTEIL

Verkündet am

13. Januar 1966

Jodas

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Witwe Katharina K [REDACTED], M [REDACTED],
K [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin,
Revisionsklägerin und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft Franz S [REDACTED],
Bauunternehmung, M [REDACTED], F [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch ihre Gesellschafter Ludwig F [REDACTED] und
Hildegard B [REDACTED], geb. S [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Revisionsbeklagte und Anschluß-
revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Dr. Mezger und Dr. Finke

für Recht erkannt:

- 1.) Auf die Revision der Beklagten wird das an Verkündungs Statt den Parteien am 6./7. August 1963 zugestellte Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von 3.006,23 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

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

- 2.) Die weitergehende Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben die Beklagte 16/26 und die Klägerin 7/26 zu tragen. Über die restlichen 3/26 hat das Berufungsgericht zu befinden.

Von Rechts wegen



Tatbestand :

Die Klägerin hat gemäß Bauvertrag vom 17. August 1955 für den im Verlauf des Rechtsstreits verstorbenen Ehemann der jetzigen Beklagten in M. ein Haus im Rohbau errichtet. Sie hat die Schlußrechnung vom 15. September 1956 über 239.741,44 DM ausgestellt und hierauf 200.000 DM erhalten. Den Restbetrag von 39.741,44 DM nebst Zinsen hat sie eingeklagt.

Die Beklagte hat mehrere Rechnungsposten bestritten, Minderungsansprüche geltend gemacht und mit einer Vertragsstrafenforderung sowie mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.

Der Beklagte hat seinem Architekten R. den Streit verkündet. Dieser ist der Klägerin als Streithelfer beigetreten.

Das Landgericht hat der Klägerin 28.743,54 DM nebst Zinsen, das Oberlandesgericht ihr auf die Berufung der Beklagten nur 18.868,75 DM nebst Zinsen zuerkannt; die weitergehende Klage ist abgewiesen worden.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin wendet sich mit ihrer Anschlußrevision gegen die Aberkennung weiterer 7.000 DM nebst Zinsen durch das Berufungsgericht. Jede Partei beantragt, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Der Streithelfer ist im Revisionsverfahren nicht vertreten.

Entscheidungsgründe :

I.

Das Berufungsgericht geht von der Massenberechnung des Sachverständigen Szauer in dessen Gutachten vom 20. März 1959 aus, die nach dem Willen der Parteien an die Stelle der Abrechnung der Klägerin getreten sei.

1.) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte berücksichtigen müssen, daß nach § 3 des Bauvertrags die zu den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses vereinbarten Preise Festpreise seien und daß nach § 2 Ziff. 3 der den Vertragsbeziehungen zugrunde gelegten VOB (B) die tatsächlich ausgeführten Mengen nur insoweit für die Preisberechnung maßgebend seien, als sie 10 % der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Mengen über- oder unterschreiten.

Diese Ausführungen zielen, wie aus Ziff. 1 c der Revisionsbegründung erhellt, darauf ab, die Klägerin dürfe, trotz der Einigung der Parteien auf die von dem Sachverständigen Szauer ermittelten Massen, Mehrleistungen bis zu 10 % der im Leistungsverzeichnis bei den einzelnen Positionen eingesetzten Mengen nicht berechnen.

Damit verkennt die Revision den Sinn des § 2 Ziff. 3 VOB (B). Diese Bestimmung besagt nicht, daß Abweichungen bis zu 10 % der tatsächlich ausgeführten Massen von den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen bei der Berechnung des Werklohns unberücksichtigt bleiben. § 2 Ziff. 3 VOB (B) regelt vielmehr den Einheitspreis, nicht den Umfang der zu

berechnenden Leistung. Der vereinbarte Einheitspreis gilt, solange die Leistung, die er betrifft, nicht um mehr als 10 % der im Vertrag vorgesehenen Menge nach oben oder unten abweicht. Bei größeren Abweichungen soll der vereinbarte Einheitspreis neu festgelegt werden, weil sich dann die Berechnungsgrundlage ändert. Ist, wie die Revision ausführt, ein Stockwerk weniger gebaut worden als im Vertrag vorgesehen war, so hätte das allenfalls zu Lasten der Beklagten eine Erhöhung der vereinbarten Einheitspreise rechtfertigen können (§ 2 Ziff. 3 Abs. 3 VOB (B)). Daß in der Massenberechnung des Sachverständigen Szauer dieses Stockwerk irrtümlich enthalten sei, behauptet die Revision selbst nicht. Die Klägerin ist somit nicht gehindert, ihre Mehrleistungen in Rechnung zu stellen.

2.) Die Parteien haben vor dem Einzelrichter in der Sitzung vom 18. März 1958 erklärt, der Architekt Szauer solle, weil die Unterlagen nicht mehr vorhanden seien, als Sachverständiger die Massen neu ermitteln. Schon das Landgericht hat in seinem Urteil (S. 15) diese Vereinbarung dahin ausgelegt, daß die Aufmessung des Sachverständigen der Schlußrechnung zugrunde zu legen sei. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt.

Diese tatrichterliche Auslegung der Parteivereinbarung kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Daraus folgt, daß sich die Forderung der Klägerin nur noch nach der Massenberechnung des Sachverständigen zu richten hat und daß es unerheblich ist, ob die Klägerin in ihre Rechnung einzelne Posten nicht oder nur in geringerem Ausmaß eingesetzt hatte.

Ob der Werklohnanspruch der Klägerin für die von dem Sachverständigen ermittelten Mehrleistungen bei Erstellung des Gutachtens schon verjährt war, brauchte das Berufungsgericht mangels einer dahingehenden Einrede der Beklagten nicht zu erwägen. In dieser Hinsicht die Beklagte zu befragen (§ 139 ZPO), hatte es keinen Anlaß.

II.

Das Berufungsgericht erkennt der Beklagten eine Gegenforderung von 7.000 DM für ca. 2.500 m³ Kies zu, den die Klägerin als Aushub auf dem Grundstück gewonnen und zum Straßenbau verwendet hat. Zwar hätten die Parteien über die Verwertung des beim Aushub anfallenden Kieses ausdrücklich nichts vereinbart. Aus Pos. I, 5 des Leistungsverzeichnisses und der zum Vertragsbestandteil gemachten DIN 1962 Ziff. 7 gehe aber hervor, daß die Klägerin den Aushub nur insoweit abfahren sollte, als er nicht verwendungsfähig war. Diese Vereinbarung sei dahin auszulegen, daß der Beklagten das Verfügungsrecht über das verwendungsfähige Material habe vorbehalten bleiben sollen und daß die Klägerin verpflichtet gewesen sei, Weisungen der Beklagten einzuholen. Dies habe sie nicht getan und damit ihre Vertragspflichten verletzt sowie sich schadensersatzpflichtig gemacht. Daß die Beklagte den Kies zum gleichen Preis wie die Klägerin hätte verkaufen können, sei mit Sicherheit anzunehmen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Anschlußrevision ohne Erfolg.

1.) In der Vorbemerkung zu I des Leistungsverzeichnisses ist, was die Anschlußrevision übersieht, bestimmt, daß der Aushub nach seiner Beschaffenheit getrennt zu lagern und anfallender Kies zum Hinterfüllen zu verwenden war. Überschüssiger bzw. nicht verwendungsfähiger Abraum sollte in eine von der Klägerin zu stellende Grube abgefahren werden. Pos. I, 3 betrifft das Hinterfüllen mit aus dem Aushub gewonnenem Kies, Pos. I, 1 das entgeltliche Abfahren des verbleibenden, nicht verwendungsfähigen Aushubs.

Diesen Bestimmungen konnte das Berufungsgericht das für die Klägerin erkennbare, auch naheliegende Interesse der Beklagten entnehmen, verwendbares Aushubmaterial - jedenfalls von dem hier gegebenen Wert - wirtschaftlich selbst zu verwerten, auch soweit es auf der Baustelle selbst nicht gebraucht wurde. Dem entspricht die weitere Auslegung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei, sobald sie die Verwertbarkeit des ausgehobenen Kieses erkannt habe, verpflichtet gewesen, Weisungen der Beklagten einzuholen.

2.) In der Berufungsbegründung (S. 27) der Beklagten heißt es, "unbestritten" habe die Klägerin etwa 2.500 m³ Kies aus der Baugrube gegen Vergütung abgefahren und verkauft. Dazu hat die Klägerin in der Berufungserwiderung erklärt, der Beklagten ständen hinsichtlich der 2.500 m³ Kies, "die von der Klägerin abgefahren worden sind", keine Gegenansprüche zu. Auch dem übrigen Vorbringen der Klägerin ist nicht zu entnehmen, daß sie die Menge des von der Beklagten in Rechnung gestellten Kieses bestreiten

wollte. Unter diesen Umständen hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, die Klägerin hinsichtlich der Kiesmenge zu befragen (§ 139 ZPO).

III.

Der Sachverständige Szauer hat für das Hinterfüllen der Kellerumfassungswände zwei Beträge (Pos. 1, 3 und 3a) eingesetzt. Er hat unterschieden zwischen aus der Baugrube gewonnenem und angefahrenem Material. Letzteres sei beschafft worden, weil der Aushub überwiegend wegen Platzmangels von der Baustelle habe abgefahren werden müssen. Das Hinterfüllen mit vorhandenem $273,89 \text{ m}^3$ Material hat er entsprechend Pos. 3 des Angebots mit $3,50 \text{ DM/m}^3$, das mit geliefertem $391,76 \text{ m}^3$ entsprechend Pos. 3 und Pos. 5 (= Anfahren) mit $3,50 + 2,95 \text{ DM/m}^3$ (= Pos. 3a des Gutachtens) berechnet.

Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung (S. 7) behauptet, auf der Baustelle sei genügend Platz zum Lagern des zum Hinterfüllen verwendeten ausgehobenen Kiesel vorhanden gewesen. Deshalb müßten von der Klagforderung der Materialpreis von $2,95 \text{ DM} \times 391,76 \text{ m}^3 = 1.175,28 \text{ DM}$ und die Transportkosten von $2,25 \text{ DM} \times 391,76 \text{ m}^3 = 881,46 \text{ DM}$ abgesetzt werden.

Das Berufungsgericht ist dem nicht gefolgt, weil das Baugrundstück keinen Platz zum Lagern des Aushubs geboten habe.

1.) Die Revision behauptet, außer dem der Beklagten gutgeschriebenen Kies (vgl. oben II) habe noch weiteres

Aushubmaterial zur Verfügung gestanden. Wenn die Klägerin dieses Material anderweitig abgeladen habe, ohne es zu verkaufen, dann hätte sie es dort wieder abholen können und dann wären nur die ohnehin berechneten Transportkosten entstanden. Habe aber die Klägerin das Material verkauft, dann müsse sie der Beklagten den Erlös gutbringen.

Damit kann die Revision nicht gehört werden. Es ist nicht ersichtlich, daß die Beklagte in den Vorinstanzen behauptet hat, die Klägerin habe außer den 2.500 m³ Kies, die der Beklagten gutgeschrieben sind, noch weiteres Aushubmaterial weggefahren und dieses zum Hinterfüllen wieder heranschaffen können. Jedenfalls weist die Revision keinen dahingehenden Sachvortrag nach. Werden aber der Beklagten die abgefahrenen 2.500 m³ Kies mit 2,95 DM/m³ gutgebracht, so muß sie der Klägerin, worauf diese in ihrer Berufungserwiderung (S. 6) mit Recht hingewiesen hat, den zum Verfüllen beschafften Kies in gleicher Höhe vergüten.

2.) Daß die vom Sachverständigen ermittelten Mengen Verfüllmaterial verwendet worden sind, hat die Beklagte nicht bestritten. Das Berufungsgericht geht mit dem Sachverständigen davon aus, ein Teil des Materials sei auf dem Grundstück gewonnener Aushub gewesen. Daß außer diesem und dem abgefahrenen Kies noch weiteres Verfüllmaterial auf dem Grundstück vorhanden gewesen sei, hätte, entgegen der Ansicht der Revision, die Beklagte dartun müssen.

IV.

Das Landgericht hat den Streit über eine Forderung von 11.563,91 DM für Regiearbeiten (= gegen Stundenlohn

ausgeführte Arbeiten), um die die Klägerin die Klage erweitert hatte, abgetrennt. Es hat von dem Betrag, den der Sachverständige Szauer errechnet hat, 4.975,35 DM für von dem Bauunternehmer Schiegg nach Abzug der Klägerin vom Bau ausgeführte Regiearbeiten abgesetzt.

In ihrer Berufungsbegründung hat die Beklagte behauptet, die von dem Sachverständigen ermittelte Gesamtvergütung enthalte noch vier Posten, die in dem abgetrennten Rechtsstreit als Regiekosten geltend gemacht würden und deshalb ebenfalls von dem vom Sachverständigen ermittelten Betrag abgehen müßten.

Das Berufungsgericht hat nur den auf einen der Posten entfallenden Betrag von 130 DM abgesetzt. Daß die drei weiteren Posten in der Aufstellung des Sachverständigen Regieforderungen umfassen, über die in dem abgetrennten Rechtsstreit zu entscheiden ist, hält es nicht für erwiesen.

Die Revision meint, damit habe das Berufungsgericht die Beweislast verkannt. Der Sachverständige Szauer habe nach seiner Erklärung im Gutachten sämtliche Bauleistungen, einschließlich der in Regie ausgeführten, erfaßt. Demgegenüber müsse die Klägerin den Gegenbeweis führen, daß die Berechnung des Gutachters keine in dem abgetrennten Rechtsstreit geltend gemachten Regieforderungen enthalte.

Dem kann nicht beigetreten werden. Die Beklagte mußte wenigstens angeben, inwieweit sie die Berechnung des Sachverständigen, die nach dem Willen der Parteien maßgebend

sein soll, beanstandet. Die Posten in der Berechnung des Sachverständigen, die nach Ansicht der Beklagten in dem abgetrennten Rechtsstreit geltend gemacht werden, hat das Berufungsgericht behandelt. Seine Ansicht, der Berechnung des Sachverständigen sei nichts dafür zu entnehmen, daß drei dieser Posten in dem anderen Rechtsstreit eingeklagte Regieforderungen umfaßten, ist nicht zu beanstanden. Daß noch in sonstigen Positionen der Berechnung des Sachverständigen in dem abgetrennten Rechtsstreit zur Entscheidung stehende Regieforderungen enthalten seien, hat die Revision nicht behauptet.

V.

In § 7 des Bauvertrags war als voraussichtlicher Termin für den Beginn der Arbeiten der 1. September 1955 bestimmt. Die Rohbauarbeiten sollten bis 1. Dezember 1955 beendet sein. "Die Fertigstellung des gesamten Auftrags bis zum 25. Februar 1956 (wurde) gewährleistet". Bei Überschreitung des in § 7 genannten Beendigungstermins war nach § 9 eine Vertragsstrafe von 250 DM für jeden Werktag verwirkt.

Die drei genannten Termine sind nicht eingehalten worden. Die Beklagte will mit einer Vertragsstrafenforderung aufrechnen.

Das Berufungsgericht verneint sie. Die Vertragsstrafe sei, so führt es aus, für den Fall einer Überschreitung des auf den 25. Februar 1956 festgelegten Beendigungstermins vereinbart worden. Nach der gesetzlichen Regelung in § 339 BGB sei sie verwirkt, wenn der Schuldner in

Verzug komme, der ohne Mahnung eintreten könne, wenn, wie hier, für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt sei (§ 284 Abs. 2 BGB). Diese gesetzliche Regelung gelte nach § 11 der dem Vertrag zugrunde gelegten VOB (B), sofern nichts anderes vereinbart werde. Ob nach dem Willen der Vertragsparteien deshalb, weil die Klägerin die fristgerechte Herstellung des Baues "gewährleistet" habe, die Vertragsstrafe auch verwirkt sein solle, wenn die fristgerechte Erfüllung aus von der Klägerin nicht zu vertretenden Gründen unterbleibe, könne dahinstehen. Jedenfalls solle auch bei einer Garantieübernahme die Vertragsstrafe nicht verwirkt sein, wenn der Ehemann der Beklagten die Nichteinhaltung der Herstellungsfrist zu vertreten habe. Das aber sei hier der Fall. Unstreitig habe schon der auf den 1. September 1955 festgelegte Baubeginn durch vom Ehemann zu vertretende Umstände um mehr als 4 Wochen hinausgeschoben werden müssen. Ferner habe die Klägerin bewiesen, daß die Baudurchführung durch zahlreiche Änderungswünsche des Ehemanns der Beklagten verzögert worden sei.

Diese Ausführungen greift die Revision ohne Erfolg an.

1.) Daß die Klägerin trotz des um mehr als 4 Wochen verspäteten Baubeginns den Rohbau doch noch bis zum 1. Dezember 1955 hätte fertig stellen müssen, kann der Revision nicht zugestanden werden. Sie beruft sich hierfür auf die vom Berufungsgericht angeführte Äußerung des Sachverständigen Szauer. Dieser hat zwar die terminsgerechte Fertigstellung des Rohbaus trotz des verspäteten Beginns bei erhöhtem Arbeitseinsatz und Leistung von Überstunden für möglich erklärt. Daß die Klägerin hierzu

verpflichtet und in der Lage gewesen sei, hat die Beklagte jedoch nicht dargetan. Es bleibt deshalb dabei, daß die Beklagte diese Verzögerung zu vertreten hat und daß sich dies auf die etwaige Verwirkung der Vertragsstrafe zu ihrem Nachteil auswirken muß.

2.) Die bis zum 25. Februar 1956 begrenzte Fertigstellungsfrist ist auch nicht um die Zeitspanne, um die der Ehemann der Beklagten den Baubeginn und die Bauausführung verzögert hat, mit der Wirkung erweitert worden, daß die Vertragsstrafenvereinbarung nunmehr für die so verlängerte Frist gelten sollte.

a) Allerdings wird eine solche Fristverlängerung unter Aufrechterhaltung der Vereinbarung in Betracht kommen, wenn es sich um nicht sonderlich ins Gewicht fallende Abweichungen vom Fristplan handelt (vgl. Urt. d. Sen. vom 12. Juli 1962 VII ZR 22/61 und Ingenstau-Korbion, VOB (B) § 11 Anm. 10).

Anders liegt der Fall aber, wenn vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände dazu geführt haben, daß sein ganzer Zeitplan umgeworfen und er zu einer durchgreifenden Neuordnung gezwungen wird. Daß die Beteiligten auch eine solche Lage bei Vereinbarung der Vertragsstrafe erfassen wollten, kann nicht angenommen werden; jedenfalls würde das nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen, wie bereits das Landgericht S. 28/29 seines Urteils mit zutreffender Begründung ausgeführt hat. Es hat insbesondere mit Recht darauf verwiesen, daß grundlegende Änderungen weitere Folgen nach sich ziehen, die in das ursprüngliche Vertragsbild nicht mehr einzuordnen sind

und deswegen eine neue Fristberechnung unmöglich, zum mindesten aber unsicher machen. Gerade das muß aber bei einem Vertragsstrafenversprechen der vorliegenden Art vermieden werden, wie der Senat bereits im Urteil vom 30. Oktober 1961 VII ZR 83/60 betont hat.

b) Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts haben die vom Beklagten zu vertretende Verspätung des Baubeginns sowie seine Änderungswünsche zu einer Verzögerung von insgesamt mehr als 11 Wochen geführt.

Die Klägerin hatte vom Baubeginn bis zur Fertigstellung nur 6 Monate zur Verfügung, und zwar ausschließlich die stets unsicheren Herbst- und Wintermonate. Selbst eine geringe Störung mußte sich deswegen fühlbar auswirken. Fiel aber, wie es hier geschah, sogar fast die Hälfte der vorgesehenen Zeit weg, so bedeutete das eine so grundlegende Umgestaltung der Verhältnisse, daß dem Vertragsstrafenversprechen der Boden entzogen worden ist, wie oben dargelegt wurde.

3.) Allerdings erhebt die Revision gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts über die vom Beklagten zu vertretenden Verzögerungen verschiedene Verfahrensrügen. Sie sind jedoch unbegründet.

a) Daß die Änderungen gleichzeitig hätten durchgeführt werden können, hat die Beklagte nicht behauptet. Zudem hätte die Klägerin, selbst wenn sie die Fertigstellung zum 25. Februar 1956 garantiert haben sollte, den dazu erforderlichen erhöhten Arbeitseinsatz nicht zur Abwendung der Vertragsstrafe zu leisten brauchen,

da der Ehemann der Beklagten die Verzögerung zu vertreten hatte.

b) Mit dem bloßen Hinweis auf die Strafanzeige des Sohnes der Beklagten gegen den Zeugen Rö [REDACTED] kann die Revision nicht die Feststellung des Berufungsgerichts angreifen, daß nachträglich der Rauchkamin geändert werden mußte. Das gleiche gilt für die Feststellung, die Lage der Selche sei erst während des Rohbaus endgültig festgelegt worden und deshalb hätten nachträglich Rauchkamine durch die Betondecken gebrochen werden müssen. Daß die Klägerin selbst die Selche gebaut habe, nimmt übrigens das Berufungsgericht, entgegen der Ansicht der Revision, nicht an. Ebensowenig berührt die Bezugnahme auf die Strafanzeige die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Änderung der Kühlanlage und der Heizung sowie die endgültige Bestimmung der Lage der Selche eine Änderung der ursprünglich geplanten Schlitz- und Durchbrüche notwendig gemacht habe. Wenn das Berufungsgericht hinsichtlich der durch die Änderungen bedingten Verzögerungen der Bekundung des Bauführers Rö [REDACTED] folgt, so lag das in seinem tatrichterlichen Ermessen und kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Es ist nicht anzunehmen, daß es dabei die Bekundung des Zeugen E [REDACTED] übersehen hat, Rö [REDACTED] habe ihn veranlaßt, die zur bautechnischen Überprüfung bestimmten Betonwürfel aus einer besseren Mischung herzustellen.

c) Neben der Bekundung des Zeugen Rö [REDACTED], daß die Ausführung des Bauvorhabens durch die gewünschten Änderungen verzögert wurde, brauchte das Berufungsgericht hierüber nicht noch einen Sachverständigen zu vernehmen. Es führt

die Überschreitung des Fertigstellungstermins vom 25. Februar 1956 nicht nur auf die Änderungen, sondern auch auf den unstreitig verspäteten Baubeginn und außerdem auf die spätere Frostperiode zurück.

d) Daß nach dem Vertrag in der festgelegten Bauzeit ein Stockwerk mehr habe errichtet werden sollen als tatsächlich gebaut worden ist, und die Klägerin deshalb den Fertigstellungstermin hätte einhalten können, hat die Beklagte nicht schlüssig dargelegt. Ihr Hinweis im Schriftsatz vom 20. November 1962 (S. 8) auf den Unterschied zwischen den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen und den vom Sachverständigen Szauer als ausgeführt festgestellten Massen genügt dafür nicht. Im Vertrag ist zudem nicht vereinbart, daß sich die Ausführungsfrist bei Beschränkung des Bauvorhabens mit Wirkung für die Vertragsstrafe verkürzen sollte.

e) Das Berufungsgericht stellt fest, der Ehemann der Beklagten habe aus der durch den späteren Baubeginn bedingten verspäteten Fertigstellung des Rohbaus ersehen, daß der Bauzeitplan nicht eingehalten werden konnte. Wenn er trotzdem die Änderung verlangte, habe er die Überschreitung des Beendigungstermins vom 25. Februar 1956 in Kauf genommen.

Zu Unrecht verweist demgegenüber die Revision auf § 6 Ziff. 1 VOB (B). Zwar hat der Auftragnehmer nach dieser Vorschrift dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen, wenn er sich in der ordnungsgemäßen Durchführung behindert glaubt. Sie besagt aber weiter, daß er

auch ohne Anzeige Berücksichtigung der hindernden Umstände beanspruchen könne, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren. Letzteres stellt das Berufungsgericht in rechtlich nicht angreifbarer Weise fest.

f) Die Klägerin habe, so führt das Berufungsgericht aus, bei Einhaltung der Fristen mit der Fertigstellung der wesentlichen Arbeiten noch vor Frostaussbruch rechnen können und sich deshalb nicht auf höhere Kosten verursachende Maßnahmen einzustellen brauchen, die einen Fortgang der Arbeiten bei Frost ermöglichten.

Demgegenüber beruft sich die Revision zu Unrecht darauf, die Klägerin habe die fristgerechte Fertigstellung garantiert. Falls sie wirklich eine solche Garantie gegeben hat, so kann die Beklagte jedenfalls wegen der von ihrem Ehemann zu vertretenden Verzögerungen daraus keine Rechte herleiten.

VI.

Das Berufungsgericht verneint den von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Fertigstellung des Bauwerks.

Eine dieser Rügen hat hinsichtlich eines Teilbetrages von 3.006,23 DM Erfolg; im übrigen sind sie unbegründet.

1.) Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 11. Juni 1957 (S. 4) die durch verspätete Fertigstellung des

Hauses verursachten Schäden zusammengestellt. An Mietausfällen seien entstanden für Wohnungen 14.448,85 DM, Garagen 3.120 DM und Läden 3.526 DM. Weil der Metzgereibetrieb nicht rechtzeitig in das neue Haus habe verlegt werden können, hätten sich Mehraufwendungen von 2.425 DM ergeben. Die Ladeneinrichtungsfirma sei dreimal vergeblich auf der Baustelle erschienen und habe zusätzlich für Regiestunden 473,23 und 108 DM berechnet.

a) Auch für Verzugsschäden gilt § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) (BGH VII ZR 60/62 vom 16. Januar 1964). Danach kann nur der unmittelbare Schaden ersetzt verlangt werden, entgangener Gewinn dagegen nicht. Mietausfall ist entgangener Gewinn. Einem Anspruch auf Ersatz der behaupteten Mietausfälle steht somit schon § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) entgegen.

b) Für die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht erachte die Bestimmung des § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) im Hinblick auf § 9 des Bauvertrags für ausgeschlossen, ist dem angefochtenen Urteil nichts zu entnehmen. Das Berufungsgericht hat § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) nicht erwähnt. Zudem ist in § 9 des Bauvertrags nur hinsichtlich der Haftung des Unternehmers für Mängel auf die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen.

2.) Gegenansprüche wegen Mehraufwendungen für den Metzgereibetrieb und erhöhter Zahlungen an die Ladeneinrichtungsfirma betreffen dagegen Schäden, die unmittelbar durch Verzug der Klägerin entstanden sein können.

a) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß Verzug

der Klägerin eine Mahnung des Ehemanns der Beklagten voraussetze, denn bei Wiederaufnahme der Arbeiten nach Ablauf der Frostperiode war für die Leistungen nicht mehr eine Zeit nach dem Kalender bestimmt (§ 284 BGB).

Die Revision meint demgegenüber, soweit sich durch vom Ehemann der Beklagten zu vertretende Umstände der Leistungszeitpunkt verschoben habe, sei die Beklagte lediglich gehalten, sich nicht auf diese Verzögerungen zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs zu berufen; in Anbetracht des durch die Vertragsstrafe garantierten Endtermins habe es keiner Mahnung mehr bedurft.

Dem kann nicht beigetreten werden. Zwar kann, auch wenn keine kalendermäßig bestimmte Leistungszeit vereinbart ist, unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ohne Mahnung Verzug eintreten, wenn besondere Umstände vorliegen, insbesondere das Zeitmoment im Rahmen des Vertrags von entscheidender Bedeutung ist (BGH VII ZR 8/61 vom 28. Juni 1962 in BB 1962, 856). Diese Voraussetzungen waren aber hier nicht gegeben. Bei Wiederaufnahme der Arbeiten nach der Frostperiode war, wie ausgeführt, der Bauzeitplan überholt. Dessen Fristen galten also nicht mehr (§ 5 Ziff. 1 Satz 2 VOB (B)).

b) Eine Mahnung hat den Zweck, dem Schuldner vor Augen zu führen, daß das Ausbleiben seiner Leistung Folgen haben werde, und ihn daher zur sofortigen Leistung zu veranlassen. Routinemäßige Ersuchen um Beschleunigung genügen nicht (BGH in NJW 1963, 1823). Die Beklagte hat

nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht behauptet, daß die mündlichen Aufforderungen ihres Ehemannes im Juni und Juli 1956 diesen Inhalt hatten.

Die Revision verweist demgegenüber auf den Schriftsatz der Beklagten vom 20. November 1962 (S. 4). Dort ist unter Beweis gestellt, der Ehemann der Beklagten habe am 11. Juni 1956 die Klägerin energisch zur Beschleunigung der Arbeiten aufgefordert und auf die Folgen hingewiesen. Damit war eine Mahnung i.S. des § 284 BGB behauptet. Möglicherweise ist deshalb die Klägerin schon am 11. Juni 1956 und nicht erst, wie das Berufungsgericht annimmt, durch das Schreiben des Ehemanns der Beklagten vom 14. Juli 1956 gemahnt worden.

Da das Berufungsgericht annimmt, die Klägerin habe auch unter Berücksichtigung der vom Ehemann der Beklagten zu vertretenden Verzögerungen die Arbeiten bis Anfang Juni 1956 abschließen können, war die geschuldete Leistung im Zeitpunkt der von der Beklagten behaupteten Mahnung auch fällig (§ 284 Abs. 1 BGB).

c) Das Berufungsgericht erkennt nicht, daß nach § 284 BGB die Mahnung keine Fristsetzung erfordert. Es meint jedoch, bei der Fertigstellung eines Bauwerks ergebe sich aus der Natur der Sache, daß die Verzugsfolgen nicht mit der Mahnung schlechthin, sondern erst nach Ablauf einer sich nach dem Stand der Arbeiten richtenden angemessenen Frist eintreten könnten.

Für diese Ansicht ist den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nichts zu entnehmen. Auch aus § 5 Ziff. 4

VOB (B) ergibt sich nichts dafür, denn diese Bestimmung betrifft den Fall, daß der Auftraggeber den Vertrag kündigen will (§ 8 Ziff. 3 VOB (B)). Hier aber stellte der Ehemann der Beklagten unter Aufrechterhaltung des Vertrags Schadensersatzansprüche wegen Verzugs in Aussicht.

d) Es bleibt deshalb zu prüfen, ob erst nach dem 11. Juni 1956 aus von der Klägerin zu vertretenden Gründen der Metzgereibetrieb in das neue Haus verlegt werden konnte und der Beklagten infolgedessen ein Schaden entstanden ist, ferner ob die Ladeneinrichtungsfirma dreimal nach diesem Zeitpunkt vergeblich auf der Baustelle erschienen ist und ihr dadurch eine Mehrforderung gegen die Beklagte erwachsen ist. Die von der Beklagten dieserhalb geltend gemachten Schadensersatzforderungen ergeben nach ihrer Behauptung insgesamt einen Betrag von 3.006,23 DM. In dieser Höhe und wegen der entsprechenden Zinsen, desgleichen im Kostenpunkt, ist das angefochtene Urteil deshalb auf die Revision der Beklagten aufzuheben und die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

VII.

Das Berufungsgericht hat auch die sonstigen von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche verneint.

1.) Die Beklagte hat einen Schadensersatzanspruch daraus hergeleitet, daß ihr ein Elektromotor vom Baugelände gestohlen worden sei, weil die Klägerin keinen

Bauzaun errichtet habe. Schon das Landgericht hat ihr diesen Anspruch versagt, weil nicht feststehe, wer den Motor gestohlen habe und wie das geschehen sei und deshalb nicht gesagt werden könne, ob das Fehlen eines Bauzauns ursächlich gewesen sei. Insoweit hat der Ehemann der Beklagten im Berufungsverfahren keine Einwände erhoben. Das Berufungsgericht ist dem Landgericht beigetreten.

Die Revision führt aus, der Motor sei der Klägerin "versichtlich geliehen" worden, deshalb habe das Berufungsgericht die Klägerin als beweisfällig behandeln müssen (§§ 282, 604 BGB). Mit dieser neuen Behauptung kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden.

2.) Die Beklagte hat die Fußböden in einzelnen Wohnungen als mangelhaft bezeichnet, weil die Klägerin den Betonboden schlecht ausgeführt habe. Im Berufungsverfahren hat sie diese Rüge auf alle Böden ausgedehnt und sich hierfür auf ein Gutachten des Sachverständigen Szauer in dem Rechtsstreit des Mieters Sc [REDACTED] gegen die Beklagte bezogen, wonach in dessen Wohnräumen Böden eine Neigung von 1-2 cm aufwiesen. Das Berufungsgericht hat dieserhalb einen Minderungs- oder Schadensersatzanspruch verneint, weil allenfalls ein Schönheitsfehler vorliege, aber kein den Wert oder die Tauglichkeit aufhebender oder mindernder Fehler (§ 633 BGB).

Das ist nicht rechtsfehlerhaft; seine Meinung konnte sich das Berufungsgericht auch ohne Anhörung eines Sachverständigen, die die Beklagte beantragt hat, bilden.

3.) Die Klägerin hat einen geborstenen Pfeiler auf ihre Kosten neu errichtet. Die Beklagte hat behauptet, um einem Einsturz vorzubeugen, habe auch die für einen Durchgang vom vorderen zum hinteren Kühlraum vorgesehene Öffnung neben dem Pfeiler zugemauert werden müssen. Infolgedessen hätten für jeden Kühlraum eigene Aggregate angeschafft und eine Treppe angelegt werden müssen, wodurch wertvoller Raum verloren gegangen sei.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe gegenüber der Behauptung der Klägerin, es sei technisch möglich gewesen, den Durchgang beizubehalten und ihn mit einem stärkeren Träger zu überbrücken, nichts eingewandt. Es bejaht diese Möglichkeit auch aus eigener Sachkenntnis.

a) Die Revision meint, die Klägerin habe die Beklagte auf die Möglichkeit, durch Verlegen eines Trägers den Durchgang beizubehalten, hinweisen müssen. Damit kann sie nicht gehört werden. Die Beklagte hat die Behauptung der Klägerin im Schriftsatz vom 9. Dezember 1960 (S. 12), die Öffnung sei auf Verlangen des Architekten zugemauert worden, nicht bestritten. Zudem wäre es auch Sache der Beklagten gewesen, die Klägerin auf die sich aus dem Zumauern des Durchgangs für sie ergebenden wirtschaftlichen Folgen hinzuweisen.

b) Die Behauptung der Klägerin, der Durchgang hätte durch Verlegen eines Trägers beibehalten werden können, hat die Beklagte in den Vorinstanzen nicht bestritten. Wenn das Berufungsgericht diese Möglichkeit aus eigener

Sachkenntnis bejaht, so kann das aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

4.) Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß die Klägerin ihr obliegende Reinigungsarbeiten nicht ausgeführt habe.

Die Revision rügt, die Klägerin müsse beweisen, daß sie den Bau gereinigt habe. Das Berufungsgericht habe auch nicht die Bekundung des Bauunternehmers Schiegg berücksichtigt, er habe der Klägerin obliegende Reinigungsarbeiten ausgeführt.

Damit hat die Revision keinen Erfolg. Zwar hat der Schuldner zu beweisen, daß er die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt hat (§ 362 BGB). An dem Haus der Beklagten haben jedoch außer der Klägerin auch andere Handwerker und später noch der Bauunternehmer Schiegg gearbeitet. Deshalb hätte die Beklagte näher darlegen müssen, welche Reinigungsarbeiten der Klägerin oblagen. Sie hat aber nur ganz allgemein behauptet, die Klägerin habe 1/5 der ihr obliegenden Reinigungsarbeiten nicht ausgeführt. Der hierzu vernommene Bauunternehmer Schiegg hat den Umfang der von ihm für die Klägerin ausgeführten Reinigungsarbeiten nicht anzugeben vermocht. Die Beklagte ist im weiteren Verlauf des Rechtsstreits, namentlich im Berufungsverfahren, hierauf nicht mehr eingegangen. Es fehlt demnach jeder Anhalt, um die Höhe einer Ersatzforderung der Beklagten zu bestimmen.

VIII.

Nach §§ 97, 92 ZPO hat die Beklagte 16/26, die Klägerin 7/26 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen 3/26 bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Heimann-Trosien Rietschel Erbel

Dr. Mezger Finke