

BGB § 633; Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)

Teil B § 13 Nr. 4 und 5 Abs. 1

Die Pflicht des Unternehmers, die auf einer vertragswidrigen Leistung beruhenden Mängel zu beseitigen, ist nicht von einem schriftlichen Verlangen des Bestellers abhängig. Die Bedeutung der Schriftform (§ 13 Nr. 5 Abs. 1 Teil B VOB) erschöpft sich darin, dem Besteller seine Ansprüche über den Ablauf der im § 13 Nr. 4 aaO bestimmten Verjährungsfrist zu erhalten.

Aktenzeichen: VII ZR 24/58

BGH, Urt. v. 30. Oktober 1958

OLG Düsseldorf

4/1

VII ZR 24/58

Verkündet
am 30. Oktober 1958
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
I n d e m R e c h t s s t r e i t

des Bauunternehmers Anton G. in D. S. straße ,
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma Wilhelm K., Inhaber Paul R., in D.,
W. straße ,
Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 1958 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Scheffler, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und
Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 28. No-
vember 1957 wird insoweit zurückgewiesen, als der Beklagte
zur Zahlung von 3.146,67 DM nebst 4 % Zinsen von 739,03 DM
seit dem 31. Januar 1956 und von weiteren 2.407,64 DM seit
dem 10. Februar 1956 verurteilt worden ist.

Im übrigen wird das angefochtene Urteil, soweit der
Beklagte verurteilt worden ist, und ferner hinsichtlich
der Kostenentscheidung aufgehoben. In diesem Umfange wird
die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1955/1956 baute der Beklagte das ihm und seiner Ehefrau gehörige Hausgrundstück M[REDACTED]straße 3 a und 5 in D[REDACTED] wieder auf. Die Installationen führten die Firmen Kr[REDACTED] und Sch[REDACTED] aus. Das hierfür erforderliche Material bestellte die Firma Sch[REDACTED] bei der Klägerin. Diese übersandte ihre Rechnungen nach Lieferung des Materials unmittelbar an den Beklagten. Der Beklagte zahlte an die Klägerin insgesamt 6.619,78 DM. Weitere Zahlungen lehnte er ab.

Die Klägerin hat von dem Beklagten die Zahlung eines Restbetrages von 7.225,43 DM nebst Zinsen verlangt. Zur Begründung dieses Anspruchs hat sie zunächst angeführt, es sei mit dem Beklagten vereinbart worden, daß er die Materiallieferungen unmittelbar an sie bezahle. Im zweiten Rechtszuge hat sie die Klageforderung auch auf eine Abtretung der Firma Schmidt gestützt.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat eingewandt, er habe mit der Klägerin keinen Vertrag geschlossen, sondern nur mit den Firmen Kr[REDACTED] über den Einbau der Heizung und Sch[REDACTED] über die Installierung der sanitären Anlagen. Das Entgelt für die Materiallieferungen habe er auf Bitten der Handwerker zum Teil unmittelbar an die Klägerin abgeführt. Eine Verpflichtung hierzu habe für ihn aber nicht bestanden.

Ferner hat der Beklagte vorgebracht, die abgetretene Forderung bestehe nicht oder jedenfalls nicht in der eingeklagten Höhe; sie sei auch noch nicht fällig. Es seien nicht alle an die Baustelle gelieferten Materialien zur Installation verwendet worden. Die Firma Sch[REDACTED] habe die ihr übertragenen Arbeiten nicht fertiggestellt, sie zum Teil auch mangelhaft ausgeführt. Sie habe die Mängel trotz



Rüge nicht beseitigt, so daß er die Firma Ga[REDACTED] mit der Fertigstellung der Arbeiten habe betrauen müssen. Hierdurch seien ihm Mehrkosten entstanden. Die in Rechnung gestellten Preise seien teilweise übersetzt. Durch die unsachgemäße Ausführung einzelner Arbeiten seien ihm Schäden in Höhe von 2.500 DM entstanden.

Wegen der ihm gegen Sch[REDACTED] zustehenden Ansprüche hat der Beklagte notfalls mit Schadensersatzansprüchen gegenüber der Klageforderung aufgerechnet.

Die Klägerin hat das Vorbringen des Beklagten bestritten. Sie hat erwidert, die in Rechnung gestellten Materialien seien auch eingebaut worden. Das Bestehen von Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüchen des Beklagten gegen Sch[REDACTED] hat sie in Abrede gestellt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 7.028,67 DM nebst Zinsen verurteilt, im übrigen aber die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält die Klägerin für berechtigt, mindestens auf Grund der Abtretungserklärung der Firma Sch[REDACTED] vom 27. August 1956 die Klageforderung geltend zu machen. Soweit der Beklagte am Schlusse der zweiten Tatsacheninstanz auch in Abrede gestellt hat, mit der Firma Sch[REDACTED] in Vertragsbeziehungen zu stehen, will das Beru-

funksgericht sein Vorbringen im Hinblick auf den vorangegangenen gegenteiligen Vortrag des Beklagten nicht gelten lassen. Diese Auffassung läßt keinen Rechtsverstoß erkennen.

Das Zustandekommen eines Werkvertrages zwischen der Firma Sch[REDACTED] und dem Beklagten geht nach Ansicht des Berufungsgerichts aus dessen wiederholter und eingehender Darstellung hervor, auch soweit diese nach der Bekanntgabe der Abtretung liegt. Es kann dem Berufungsgericht kein Rechtsverstoß zur Last gelegt werden, wenn es ungeachtet der Ausführungen des Beklagten in den Schriftsätzen vom 28. Oktober und 6. November 1957 bei dieser Auffassung verblieben ist. Die - auch vom Berufungsgericht nicht verkannte - Tatsache, daß der Beklagte ursprünglich die Firma Kr[REDACTED] auf Grund eines einheitlichen Kostenanschlages mit der gesamten Installation betraut hatte und daß der Vorschlag, zur Ausführung der sanitären Anlagen die Firma Sch[REDACTED] hinzuziehen, von Kr[REDACTED] ausgegangen ist, läßt gegenüber der früheren Darstellung des Beklagten nicht den Schluß zu, daß die Firma Sch[REDACTED] ausschließlich als Subunternehmerin der Firma Kr[REDACTED] beschäftigt worden ist. Denn der Beklagte hatte auch vorgebracht, daß die Firma Sch[REDACTED] sich bereit erklärt habe, die Installationsarbeiten zu denselben Bedingungen auszuführen, wie sie mit der Firma Kr[REDACTED] vereinbart waren (Schriftsatz des Beklagten vom 25. Oktober 1956, Seite 3), mit Sch[REDACTED] sei zwischen dem 13. und 20. September 1955 zu den mit Kr[REDACTED] verabredeten Bedingungen ein Werkvertrag geschlossen worden (aaO S. 5). Diese Einlassung, die einem gerichtlichen Geständnis (§ 288 ZPO) mindestens sehr nahe kommt, hat der Beklagte in der Folgezeit nicht widerrufen. Die erst in den Schriftsätzen vom 28. Oktober und 6. November 1957 geäußerte Rechtsansicht, er stehe zu der Firma Sch[REDACTED] in keinen vertraglichen Beziehungen, hat der Beklagte mit einer Ausnahme auch nicht auf neue Behauptungen, sondern auf die Aussagen

der bereits vernommenen Zeugen gestützt. Die aber hat das Berufungsgericht ohne Verfahrensverstoß in anderer Weise gewürdigt als der Beklagte. Neu ist in dem Zusammenhang lediglich die in das Zeugnis von Kr. gestellte Behauptung, die Zahlungen an Sch. seien auf Veranlassung der Firma Kr. geleistet worden. Dieses Vorbringen ist aber weder hinreichend substantiiert noch legt es in Anbetracht der sonstigen Tatumstände die Annahme nahe, Vertragsbeziehungen des Beklagten zu Sch. hätten nicht bestanden. Wenn es nach der eigenen Darstellung des Beklagten im September 1955 auf der Grundlage der mit Kr. getroffenen Vereinbarungen mit Sch. zu einem Vertrag über die sanitäre Installation gekommen ist, so stand diesem auf Grund einer solchen Abmachung unmittelbar ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung zu. Daß die Firma Kr. hinsichtlich der Zahlungen an Sch. ein Weisungsrecht haben sollte, läßt der sonstige Vortrag des Beklagten nicht erkennen. Im übrigen ist die Behauptung, Zahlungen an Sch. seien auf Veranlassung von Kr. geleistet worden, mit dem ursprünglichen, später nicht widerrufenen Vorbringen des Beklagten, er habe sowohl von Sch. wie von Kr. Rechnungen erhalten (Schriftsatz vom 23. Januar 1956 S. 3), er habe alle Zahlungen, auch die an die Klägerin geleisteten, für Sch. bzw. Kr. verbucht (ebenda), zwischen ihm und Sch. sei unstreitig, daß er auf die Werklohnforderung des Sch. sehr erhebliche Vorschüsse geleistet habe (Schriftsatz vom 25. Oktober 1956, S. 5), nicht zu vereinbaren.

Hiernach bedurfte es der von dem Beklagten beantragten Vernehmung des Zeugen Kr. nicht. Das Berufungsgericht konnte vielmehr ohne Rechts- oder Verfahrensverstoß davon ausgehen, daß der Beklagte mit der Firma Sch. unmittelbar einen Vertrag über die Ausführung der sanitären Installationsarbeiten einschließlich der Lieferung des hierzu erforderlichen Materials geschlossen hat. Auf die Frage, ob das Berufungsgericht durch Nichtzulassung des neuen Vorbringens

des Beklagten in dieser Hinsicht die Vorschriften des § 529 Abs. 2 oder 3 oder des § 279 Abs. 1 ZPO verletzt hat, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

II. Gegenüber der an die Klägerin abgetretenen Forderung der Firma Sch[REDACTED] auf Bezahlung der vereinbarten Vergütung wendet der Beklagte ein, die Firma Sch[REDACTED] habe die im Ver-
trage enthaltenen Arbeiten nicht zu Ende geführt, sie habe nicht alle von der Klägerin in Rechnung gestellten Mate-
rialien eingebaut, sie habe auch mangels Einhaltung der im
Vertrage vorgesehenen Bedingungen keinen Anspruch auf Be-
zahlung etwaiger zusätzlicher Arbeiten.

1) Das Berufungsgericht entnimmt den Ausführungen des Zeu-
gen Karl-Heinz Sch[REDACTED], eines Sohnes des Inhabers der Firma
Sch[REDACTED], und des Zeugen Pe[REDACTED], des Bauleiters des Beklag-
ten, daß der Beklagte sich ohne hinreichenden Grund von dem
Vertrage mit Sch[REDACTED] losgesagt habe, indem er die Firma
Ga[REDACTED] mit der Fortsetzung der Arbeiten beauftragt habe.
Er habe Sch[REDACTED] weder zur Beendigung der angeblich noch feh-
lenden Arbeiten aufgefordert noch ihm eine angemessene Nach-
frist hierzu gesetzt. Sein Rücktritt vom Vertrage mit Sch[REDACTED]
sei daher unbegründet.

a) Die Revision weist demgegenüber auf den Vortrag der
Klägerin im Schriftsatz vom 24. Oktober 1956 (S. 4 f) hin.
Danach soll Sch[REDACTED] erklärt haben, er habe alle Arbeiten
ausgeführt und keine Mängel zu vertreten. Daraus folgert
die Revision, Sch[REDACTED] habe die vollständige Erfüllung des
Vertrages endgültig abgelehnt. Wegen dieser ernsthaften
Weigerung habe es einer Fristsetzung durch den Beklagten
nicht bedurft.

Das Oberlandesgericht hat sich mit diesem Vorbringen
des Beklagten nicht befaßt. Es brauchte das auch nicht zu

tun; denn die von der Revision angeführte Stelle im Schriftsatz der Klägerin vom 24. Oktober 1956 kann nicht als strikte Weigerung Sch[REDACTED], etwa noch unvollständige Arbeiten zu vollenden, aufgefaßt werden. Es heißt dort, die Berechtigung von Mängelansprüchen werde von der Firma Sch[REDACTED] bestritten. Diese habe der Klägerin mitgeteilt, ihr sei von irgendwelchen Mängelansprüchen des Beklagten nichts bekannt. Der Beklagte habe ihre Arbeiten durch seinen damaligen Architekten abgenommen. Die Abnahme sei auch durch das Bauaufsichtsamt ohne Beanstandung erfolgt.

Wenn die Firma Sch[REDACTED] Ansprüche des Beklagten bestreitet, weil ihre Arbeiten, wie sie behauptet hat, nicht beanstandet und nach Fertigstellung abgenommen worden sind, so läßt dies keineswegs auf eine ernsthafte Erfüllungsweigerung für den Fall schließen, daß berechtigte Ansprüche des Beklagten aus dem Werkvertrage gegen sie bestehen sollten. Der Beklagte hat nicht vorgetragen, daß die Firma Sch[REDACTED] mit der Ausführung ihrer Arbeiten in Verzug gekommen ist. Er hat dieser Firma auch unstreitig keine angemessene Frist zur Fertigstellung etwa noch fehlender Arbeiten gesetzt. Es liegen daher weder die Voraussetzungen des § 636 noch die des § 326 BGB vor. Der Beklagte durfte deshalb von dem Vertrage mit Sch[REDACTED] nicht zurücktreten. Auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht ihm nicht zu. Das Berufungsgericht hat mithin ohne Rechtsverstoß einen Anspruch des Beklagten auf Ersatz der ihm durch den Auftrag an Gamm-ler angeblich entstandenen Mehrkosten verneint.

b) Unter Bezugnahme auf die Vorschrift des § 649 BGB macht die Revision weiter geltend, die Firma Sch[REDACTED] müsse sich wenigstens die Beträge anrechnen lassen, die sie durch die Arbeiten Ga[REDACTED] erspart habe. Das Berufungsgericht hat zu diesem Einwand keine Stellung genommen.

Der Einwand ist schon deshalb nicht beachtlich, weil der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen hat, daß er den Vertrag mit der Firma Sch[REDACTED] gekündigt habe. Im übrigen hat er nicht zahlenmäßig angegeben, welche Beträge die Firma Sch[REDACTED] durch Nichtausführung vorgesehener Arbeiten erspart haben soll. Unter diesen Umständen stellt die von der Revision erhobene Beanstandung ein neues Vorbringen dar, das in diesem Rechtszuge nicht berücksichtigt werden kann.

2) Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, es sei der Auffassung, daß nicht alle von der Firma Sch[REDACTED] in Rechnung gestellten Materialien eingebaut worden sind. Für die Behauptung, von der Klägerin zur Baustelle geliefertes Material sei von den Handwerkern wieder abgefahren worden, hat der Beklagte anfänglich keinen Beweis angetreten. In dem Schriftsatz vom 28. Oktober 1957 (S. 2) hat der Beklagte seinen Vortrag dahin ergänzt, daß Leute der Firma Sch[REDACTED] von der Klägerin gelieferte Materialien aus dem ersten Stock des Baugrundstücks geworfen und mit einem Dreiradwagen der Firma Sch[REDACTED] abgefahren hätten. Das Vorbringen ist in das Zeugnis des Sohnes des Beklagten gestellt. Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantritt gemäß den §§ 529 Abs. 2, 279 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen.

Ob die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision berechtigt sind, bedarf keiner Erörterung; denn die - ohnehin wenig substantiierte - Behauptung des Beklagten, Sch[REDACTED] habe einen Teil des von der Klägerin angelieferten Materials abgefahren, ist belanglos, weil das Berufungsgericht für erwiesen hält, daß alle von Sch[REDACTED] in Rechnung gestellten Materialien im Hause des Beklagten und seiner Ehefrau tatsächlich eingebaut worden sind. Es folgt hier den Bekundungen der Zeugen Karl-Heinz und Werner Sch[REDACTED], insbesondere

aber der Aussage des Zeugen Gl., der gesagt hat, der Beklagte habe ihn u.a. gebeten, das Aufmaß zu machen. Das habe er getan. Der Beklagte sei bei der Anfertigung des Aufmaßes die erste halbe oder ganze Stunde zugegen gewesen. Dann sei er fortgegangen und habe zu ihm, Zeugen, gesagt: "Mache es allein weiter".

Die Revision meint, der Beweis, daß die Aufmaßlisten Gl. mit den Abrechnungen der Firma Sch. übereinstimmen, könne nicht dadurch erbracht werden, daß Gl. aufgemessen habe.

In welcher Weise sich der Tatrichter die Überzeugung von der Wahrheit eines bestrittenen Sachvortrags verschafft, steht jedoch grundsätzlich in seinem Ermessen. Ob diese Überzeugung nach dem Beweisergebnis zu Recht begründet ist, kann im Revisionsrechtszug nicht nachgeprüft werden. Der Beklagte hat an keiner Stelle behauptet, die Aufmaßlisten des Zeugen Gl. enthielten nicht alle von der Firma Sch. berechneten Materialien. Er hat sich gegenüber der Bekundung des Zeugen Gl. lediglich auf den Standpunkt gestellt, er habe diesen nicht beauftragt, ein einseitiges Aufmaß vorzunehmen. Darauf kommt es aber nicht an. Später hat der Beklagte allerdings noch vortragen lassen, Gl. habe nur das angelieferte, nicht das eingebaute Material vermessen, das Aufmaß habe als Unterlage für Abschlagszahlungen dienen sollen. Er hat sich hierfür erneut auf das Zeugnis des Gl. berufen.

Diesen Beweisantritt hat das Oberlandesgericht unter Berufung auf die §§ 529 Abs. 2, 279 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen. Ob das richtig war, kann dahingestellt bleiben. Die Rüge nach § 286 ZPO liegt jedenfalls neben der Sache. Der Zeuge Gl. ist zu der Frage des Aufmaßes und des Vorliegens eines Auftrags des Beklagten bereits gehört worden.

Das Oberlandesgericht war nicht gehalten, ihn hierzu nochmals zu vernehmen.

3) Nach einem auch für die Firma Sch[REDACTED] gültigen Zusatz im Kostenanschlag des Kr[REDACTED] vom 22. Juni 1955 durften im Angebot nicht enthaltene oder zusätzliche Arbeiten nur im Einvernehmen mit der Bauleitung ausgeführt werden. Über sie waren innerhalb 24 Stunden von der Bauleitung Quittungen einzuholen.

Der Beklagte hat beanstandet, daß die Tagelohnzettel für diese Arbeiten nicht vorgelegt seien. Nachdem die von dem Zeugen Gl[REDACTED] unterschriftlich anerkannten Zettel zu den Akten gereicht worden waren, hat das Berufungsgericht die für zusätzliche Arbeiten in Rechnung gestellten Beträge für begründet erklärt.

Zu Unrecht beanstandet dies die Revision. Sie meint, das Berufungsgericht habe gegen § 286 ZPO verstoßen, wenn es ungeachtet des Bestreitens des Beklagten Gl[REDACTED] als dessen Beauftragten angesehen habe; Gl[REDACTED] sei auch nicht Bauleiter gewesen.

Allerdings enthält das Berufungsurteil an der Stelle, an der es den Anspruch der Firma Sch[REDACTED] auf Bezahlung der Mehrarbeiten erörtert (VI 9), keine besondere Begründung dafür, daß Gl[REDACTED] auf den Tagelohnzetteln mit verbindlicher Wirkung für den Beklagten quittieren durfte. Das Berufungsgericht hat aber in anderem Zusammenhang (vgl. V 3 des Urteils) auf Grund der Bekundungen der Zeugen Karl-Heinz und Werner Sch[REDACTED] sowie des Gl[REDACTED] einen Auftrag des Beklagten, mindestens aber dessen Duldung, daß Gl[REDACTED] in seinem Namen auftrat, für erwiesen erachtet. Das konnte es um so eher, als Gl[REDACTED] von dem Zeugen Karl-Heinz Sch[REDACTED] als der Architekt des Beklagten angesehen wurde

und als der Zeuge Werner Sch[REDACTED] ausgesagt hat, Gl[REDACTED] sei dem Inhaber der Firma Sch[REDACTED] von dem Beklagten als derjenige hingestellt worden, an den er sich mit allen Rückfragen wegen der Bauarbeiten zu wenden habe. Daß Gl[REDACTED] nicht nur bei dem Aufmaß der Arbeiten der Firma Sch[REDACTED] für den Beklagten gehandelt hat, konnte das Berufungsgericht auch dessen eigener Aussage entnehmen.

Unter diesen Umständen liegt keine Verletzung des § 286 ZPO vor, wenn das Berufungsgericht seine Überzeugung, Gl[REDACTED] habe die Tagelohnzettel rechtmäßig für den Beklagten unterzeichnet, nicht noch besonders begründet hat. Daß es, sofern Gl[REDACTED] die Ausführung der Arbeiten für den Beklagten anerkannte, keiner besonderen Unterschrift des Bauleiters bedurfte, ergibt sich von selbst.

Eine Feststellung, daß die Tagelohnzettel binnen 24 Stunden zur Anerkennung vorgelegt worden sind, erübrigte sich; denn der Beklagte hatte in den Tatsacheninstanzen lediglich gerügt, daß die Zettel nicht zu den Prozeßakten eingereicht seien. Mit Rücksicht hierauf enthält die Beanstandung der Revision ein neues tatsächliches Vorbringen, das in diesem Rechtszuge nicht berücksichtigt werden kann.

III. Das Berufungsgericht hat die in Rechnung gestellten Forderungen der Firma Sch[REDACTED], soweit sie von dem Beklagten noch nicht bezahlt sind, d.h. in Höhe von 7.317,99 DM, nur um einen Betrag von 289,32 DM (3 % der Angebotspreise) gekürzt, weil Sch[REDACTED] auch insoweit in das Angebot der Firma Kr[REDACTED] eingetreten sei. Die übrigen von dem Beklagten wegen unvollständiger oder vertragswidriger Leistungen und wegen überhöhter Preise gemachten Abzüge hält es nicht für gerechtfertigt.

1) Soweit sich der Beklagte auf mangelhafte Leistungen der Firma Sch. berufen hat, hält das Berufungsgericht seine Einwendungen schon deshalb für unbegründet, weil er trotz Hinweises der Klägerin der Firma Sch. seine Beanstandungen nicht schriftlich angezeigt habe. Insofern kann den Ausführungen in dem angefochtenen Urteil nicht beige- treten werden. Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht auf die Vorschrift in Teil B § 13 Nr. 5 Abs. 1 der dem Ver- tra- ge mit Sch. zugrundeliegenden Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB). Diese lautet:

"Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf eine vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich ver- langt."

Die Vorschrift betrifft den Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Mängelbeseitigung, also auf Er- füllung des Werkvertrages. Sie steht in engem Zusammenhang mit der in § 13 Nr. 4 Teil B der VOB geregelten Abkür- zung der Verjährungsfrist des § 638 BGB (Urteil des Senats vom 29. September 1956 - VII ZR 6/56 = NJW 1957, 344, 345) und bezweckt, dem Besteller durch das Erfordernis der Schriftlichkeit der Mängelanzeige die Ansprüche auf Mängel- beseitigung, gegebenenfalls auf Gewährleistung, noch nach Eintritt der Verjährung zu erhalten. Der Besteller soll der Notwendigkeit enthoben sein, durch gerichtliche Schritte die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen. Insofern gewährt ihm die Bestimmung einen Ausgleich für die ihm nach- teilige Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 638 BGB) von 5 auf 2 Jahre (BGH aaO). Hierin erschöpft sich nach Ansicht des Senats aber auch die Bedeutung der Vorschrift. Zweck der Verdingungsordnung für Bauleistungen ist es, einen

der Eigenart des Bauvertrags angepaßten gerechten Ausgleich zwischen den Belangen des Bauherrn und des Bauunternehmers zu schaffen. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn die dem Unternehmer obliegende Pflicht zur Mängelbeseitigung, gegebenenfalls zur Gewährleistung, als solche von einer dem allgemeinen bürgerlichen Recht unbekannten schriftlichen Mängelrüge des Bestellers abhängen sollte. Der Wortlaut der Bestimmung spricht durchaus nicht für eine solche Auslegung, sondern eher dagegen, (im Ergebnis übereinstimmend Hereth-Ludwig-Naschold Komm. zur VOB II S. 400 f und 403; a.A. Staudinger-Riedel 11. Aufl. Anm. 16 zu § 633 BGB; Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bauausf. Z 2, 414 Bl. 14 R, jedoch ohne nähere Begründung).

Die Frage der Verjährung der Mängelansprüche des Beklagten hat in diesem Rechtsstreit bisher keine Rolle gespielt. Sollte sie noch auftreten, so wären, da hier die Mängel nur einredeweise dem an die Klägerin abgetretenen Werklohnanspruch entgegengesetzt werden (§ 404 BGB), gegebenenfalls die Vorschriften der §§ 639 Abs. 1, 478, 479 BGB zu beachten. Diese Vorschriften werden durch die Bestimmungen der VOB nicht berührt; insbesondere kann keine Rede davon sein, daß die in § 478 BGB erwähnte Mängelanzeige der Schriftform bedürfte.

Das Berufungsgericht durfte hiernach dem Beklagten die Berufung auf Mängel der von der Firma Sch. geleisteten Arbeit nicht mit der von ihm gegebenen Begründung abschneiden. Infolgedessen muß das angefochtene Urteil zum Teil aufgehoben werden.

Im einzelnen ist zu den Beanstandungen der Revision folgendes zu sagen:

a) In den Positionen 2, 4, 5, 7 und 8 der Rechnung vom 20. Februar 1956 hat die Firma Sch[REDACTED] dem Beklagten eine Reihe von Ventilen in Rechnung gestellt, die nach der Behauptung des Beklagten undicht gewesen sind. Auf das Verlangen des Beklagten, die Ventile auszuwechseln, hat die Klägerin erwidert, der vom Beklagten gerügte Mangel könne durch Anbringung neuer Dichtungsscheiben leicht behoben werden. Die Firma Sch[REDACTED] sei bereit, die Ventile abzudichten. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Stellung genommen.

Ein Recht des Beklagten, die für die Ventile in Rechnung gestellten Beträge abzusetzen, entfällt gleichwohl. Da er auf das Angebot Sch[REDACTED], den Mangel zu beseitigen, nicht eingegangen ist, nach § 633 Abs. 2 BGB aber nur einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels hat, steht dem Beklagten auch nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu (§ 242 BGB).

b) Die Position 14 der Rechnung vom 20. Februar 1956 betrifft zwei Boiler-Entleerungshähne. Der Beklagte macht geltend, es fehlten die notwendigen Verschraubungen.

Da die Firma Sch[REDACTED] den Mangel zwar bestreitet, weil die Verschraubungen vorhanden gewesen seien, sich aber bereit erklärt hat, die fehlenden Schrauben wieder anzubringen, gilt hier das oben zu a) Gesagte.

c) Die unter Position 16 aufgeführten vier Belüftungsventile sind nach der Behauptung des Beklagten nicht geliefert worden. Das Berufungsgericht hat auf Grund der Aussagen der Zeugen Karl-Heinz und Werner Sch[REDACTED] sowie des Gl[REDACTED] festgestellt, daß die in der Aufmaßliste des Gl[REDACTED] aufgeführten Gegenstände, die mit den in der Rechnung vom 20. Februar 1956 enthaltenen Materialien übereinstimmen, im Hause des Beklagten eingebaut sind.

Auch dieser Einwand ist nicht begründet. Auf die Ausführungen oben zu II 2 kann verwiesen werden.

d) Unter Position 32 hat die Firma Sch[REDACTED] 15 Wassermesser mit je 77,60 DM in Rechnung gestellt.

aa) Nach der Behauptung des Beklagten soll hierfür ein Preis von je 63.- DM vorgesehen gewesen sein. Das Berufungsgericht hält auf Grund der Aussage des Zeugen Karl-Heinz Sch[REDACTED] für erwiesen, daß ein Preis von 77,60 DM je Warmwassermesser vereinbart worden sei. Da es angesichts dieser Preisabrede auf den angemessenen Preis der Messer nicht ankomme, sei die Bekundung des Zeugen auch durch einen Sachverständigen nicht zu widerlegen.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Ob die Ansicht der Revision, die Position 32 könne nicht begründet sein, wenn der Vertrag über die von Sch[REDACTED] ausgeführte Installation mit der Firma Kr[REDACTED] abgeschlossen worden wäre, zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben; denn wie oben zu I dargelegt worden ist, ist das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß davon ausgegangen, daß ein Vertrag unmittelbar zwischen Sch[REDACTED] und dem Beklagten zustande gekommen ist.

bb) Der Beklagte hat ferner beanstandet, daß die Warmwasserzähler schadhaft seien. Das Berufungsgericht sieht den in das Zeugnis des Oberingenieurs L[REDACTED] von der Firma Ga[REDACTED] gestellten Beweis dafür, daß die Firma Sch[REDACTED] falsche Warmwasserzähler geliefert habe, nicht für geführt an.

Der Zeuge L[REDACTED] hatte aber auch bekundet, er habe bisher nur vermutet, daß falsche Warmwassermesser geliefert seien, weil die Zähler nicht ordnungsgemäß arbeiteten. Sie

zeigten die Wassermenge nicht richtig an. Diesen Teil der Aussage hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Sofern dies deshalb nicht geschehen ist, weil der Beklagte die Beanstandung nicht schriftlich erhoben hat, kann dem Urteil nach dem oben (III a) Gesagten nicht gefolgt werden; andernfalls aber ist, wie die Revision zutreffend rügt, der § 286 ZPO verletzt. Das angefochtene Urteil muß daher, soweit das Berufungsgericht den auf die Klägerin übergegangenen Anspruch der Firma Sch. zu Position 32 der Rechnung vom 20. Februar 1956 für begründet erachtet hat, d. h. in Höhe eines Betrages von 1.164.- DM, aufgehoben werden. Den zu diesem Posten verlangten Betrag wird das Berufungsgericht der Klägerin nur zusprechen können, wenn der Einwand des Beklagten, die Warmwasserzähler arbeiteten nicht richtig, sich - gegebenenfalls auf Grund zusätzlich zu erhebender Beweise - als unbegründet herausstellt.

e) Zu der Beanstandung des Beklagten, von den unter Position 34 berechneten 178,13 lfm Gußrohr seien 12 m schadhaft, hat das Berufungsgericht keine Stellung genommen, offenbar weil auch insoweit keine schriftliche Mängelanzeige des Beklagten vorliegt.

Da diese Auffassung des Berufungsgerichts unrichtig ist, unterliegt das angefochtene Urteil auch hinsichtlich dieses Punktes der Aufhebung. Soweit es dieser Rüge an der erforderlichen Spezifizierung fehlen sollte, weil der Beklagte nicht näher angegeben hat, an welchen Stellen die Rohre schadhaft seien, wird das Berufungsgericht den Sachverhalt nötigenfalls gemäß § 139 ZPO aufzuklären haben.

Für die Bemängelung des Beklagten, daß von 43 unter Position 37 in Rechnung gestellten Abzweigen 10 und von 55 Bogen (Position 39) 5 schadhaft seien, gilt das gleiche.

Der der Klägerin zugesprochene Betrag ist somit bei Position 34 um 168 DM, bei Position 37 um 40 DM und bei Position 30 um 10 DM zu kürzen.

f) Zu den Positionen 59 und 60 bestreitet der Beklagte, daß je 17 Klosetteinrichtungen und Regulierhähne geliefert worden seien. Die Klägerin beruft sich demgegenüber auf die Abnahmebestätigung des Zeugen Gl., die je 17 Klosetts und Regulierhähne enthalte. Das Berufungsgericht hat hierzu ohne Rechtsverstoß ausgeführt, der Beklagte müsse die Aufmaßlisten des Zeugen Gl. gegen sich gelten lassen (vgl. oben zu II 2).

Aus dem gleichen Grunde hat das Berufungsgericht über die Beanstandungen des Beklagten zu den Positionen 63 (16 statt 17 Ablegetablets) und 64 (15 statt 16 Kristallspiegel) rechtsirrtumsfrei abschlägig erkannt.

g) Ausweislich der Positionen 61 und 62 hat die Firma Sch. 19 Waschtische und 38 Regulierventile berechnet. Der Beklagte hat geltend gemacht, es seien nur 16 Waschtische und 32 Regulierventile eingebaut worden. Ferner seien zwei Waschtische kleiner als berechnet. Der Zeuge Karl-Heinz Sch. hat bei seiner Vernehmung eingeräumt, es mögen zwei Waschtische und die entsprechende Anzahl Regulierventile weniger eingebaut worden sein, als in Rechnung gestellt seien. Der Beklagte habe dadurch aber keinen Schaden erlitten, weil insoweit Sonderwünsche zweier Mieter berücksichtigt worden seien, die höhere Kosten als die in Rechnung gestellten Tische und Ventile verursacht hätten. Die Mehrkosten seien von den Mietern erhoben worden. Im übrigen seien alle Waschtische nur in einer Größe geliefert worden.

Das Berufungsgericht hält die in die Rechnung vom 20. Februar 1956 eingesetzten Beträge auf Grund dieser Aussage in Verbindung mit der Aufmaßliste des Zeugen Gl. für gerechtfertigt, zumal der Beklagte die Bekundungen des Zeugen Sch. nicht substantiiert bestritten und Einzelangaben nicht gemacht habe.

Die Revision erblickt hierin eine Verletzung des § 286 ZPO, weil die Klägerin ungeachtet der Hinweise des Beklagten im Schriftsatz vom 28. Oktober 1957 (S. 10) ihre Forderung nicht näher begründet habe.

Dieser Einwand ist nicht gerechtfertigt. Allerdings ist die Rechnung der Firma Sch., wie auch der Zeuge Karl-Heinz Sch. zugibt, hinsichtlich der Posten 61 und 62 insofern nicht zutreffend, als die darin aufgeführte Anzahl von Waschtischen und Regulierventilen tatsächlich nicht geliefert worden ist. Wenn aber das Berufungsgericht auf Grund der Aussage des Zeugen Karl-Heinz Sch. als erwiesen ansieht, daß der Beklagte dennoch Arbeiten und Material zu mindestens dem gleichen Werte geliefert erhalten hat, wie die in Rechnung gestellten Gegenstände, so ist hiergegen vom Rechtsstandpunkt aus nichts einzuwenden. Auch in eine Prüfung, ob der Beklagte mit den auf Wunsch der Mieter vorgenommenen Änderungen einverstanden war, brauchte das Berufungsgericht nicht einzutreten. Denn der Beklagte hat insoweit keine Einwendungen erhoben.

h) Laut Position 65 sind 11 Einbauwannen (170 x 75) zum Preise von je 235.- DM geliefert worden. Der Beklagte meint, die gelieferten Wannen seien nur 170 x 68 cm groß und daher erheblich billiger. Das Berufungsgericht schließt sich der Bekundung des Zeugen Karl-Heinz Sch. und der von der Klägerin vorgelegten Preisliste der Burger Eisenwerke GmbH an und hält für nachgewiesen, daß der Größenunterschied für die Preisbemessung unerheblich ist.

Die Beanstandungen der Revision laufen auf eine von der des Berufungsgerichts abweichende Beweiswürdigung hinaus, deren Nachprüfung dem Revisionsgericht versagt ist. Einbauwannen in der von dem Beklagten behaupteten Breite von 680 mm sind in dem Prospekt der Burger Eisenwerke übrigens nicht enthalten.

i) Unter den Positionen 70 und 71 sind je 168,61 DM (je 1 % Zuschläge für "Insgemein" und für Entwurfsausarbeitung) in Rechnung gestellt. Der Beklagte hält die bei Nr. 71 aufgeführten 168,61 DM für unberechtigt, weil der Entwurf von dem Zeugen Gl. [REDACTED] angefertigt worden sei. Das Berufungsgericht ist gemäß der Aussage des Zeugen Werner Sch. [REDACTED] der Ansicht, die beiden Posten müßten zusammengefaßt werden. Sie stellten in Wirklichkeit eine Abgeltung von 2 % für "Insgemein" dar.

Die Revision rügt eine Verletzung des § 286 ZPO, weil das Berufungsgericht den von dem Beklagten genannten Zeugen Gl. [REDACTED] insoweit nicht vernommen und weil es eine der Bekundung des Zeugen Werner Sch. [REDACTED] entsprechende Parteivereinbarung nicht festgestellt habe.

Dem kann nicht gefolgt werden. Daß die Firma Sch. [REDACTED] den Entwässerungsplan nicht aufgestellt hat, gibt die Klägerin zu; etwas anderes hat auch das Berufungsgericht nicht angenommen. Der Vernehmung des Zeugen Gl. [REDACTED] bedurfte es daher nicht. Das Berufungsgericht brauchte auch nicht näher auszuführen, wie es zu der gesonderten Inrechnungstellung von 1 % der Gesamtkosten für die Ausarbeitung des Entwurfs gekommen ist, nachdem der Zeuge Werner Sch. [REDACTED] die Darstellung der Klägerin bestätigt hatte, man habe bei der Verteilung der sonst üblichen 2 % für "Insgemein" auf zwei verschiedene Posten einem Wunsch des Beklagten bei der Rechnungsaufstellung entsprochen.

IV. Der Beklagte hat geltend gemacht, durch die unsachgemäße Ausführung der Klosettabfalleitungen und dadurch, daß die Firma Sch[REDACTED], um keine Unreinlichkeiten in das Rohr gelangen zu lassen, in den Verschluß am Klosettopf Papier gesteckt, dieses aber später nicht wieder entfernt habe, seien nach Ingebrauchnahme der Toiletten Wohnungen beschädigt worden. Der Fußboden habe neu gespachtelt werden müssen, auch seien erhebliche Schäden an Decken und Wänden entstanden. Insgesamt belaufe sich der Schaden auf 2.500 DM.

Die Klägerin hat diese Behauptung bestritten, insbesondere daß die Abfalleitungen ein falsches Gefälle gehabt hätten und die Muffen undicht gewesen seien.

Das Berufungsgericht hat den Beweis dafür, daß die Klosettabfalleitungen ein falsches Gefälle hätten, auf Grund der Aussagen der Zeugen P[REDACTED] und L[REDACTED] nicht für erwiesen erachtet. Das nachträgliche Vorbringen des Beklagten hierzu und die von ihm angetretenen weiteren Beweise hat es wegen Verspätung zurückgewiesen.

Die Revision rügt eine Verletzung des § 286 ZPO, weil der Berufungsrichter sich nicht mit der Verstopfung der Klosettabflüsse befaßt habe. Ferner hält sie die Nichtzulassung der im Schriftsatz vom 28. Oktober 1957 (S. 11) angetretenen zusätzlichen Beweise für ungerechtfertigt.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 28. Oktober 1957 sei nach den §§ 529 Abs. 2, 279 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen, kann nicht gefolgt werden. Eine Zurückweisung des Vortrags des Beklagten nach § 529 Abs. 2 ZPO war schon deshalb nicht zulässig,

weil der Beklagte die fraglichen Einwendungen gegen die Klageforderung erst erheben konnte, nachdem die im ersten Rechtszuge mit ihrer Klage abgewiesene Klägerin ihre Ansprüche auf eine Abtretung der Firma Sch[REDACTED] gestützt hatte. Das aber ist erst im zweiten Rechtszuge geschehen.

Nach § 523 in Verbindung mit § 279 Abs. 1 ZPO können nachträglich angebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel auch im Berufungsrechtszug zurückgewiesen werden. Das ist jedoch nur möglich, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde und wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts die Partei das Angriffs- oder Verteidigungsmittel in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher angebracht hat.

Das Berufungsgericht meint, der Beklagte hätte bei Wahrung der zu beachtenden Sorgfalt geraume Zeit früher zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung nehmen und die ergänzenden Beweise antreten können. Damit sind jedoch die Voraussetzungen des § 279 Abs. 1 ZPO, insbesondere eine grobe Nachlässigkeit des Beklagten, nicht dargetan. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Der Begriff der groben Nachlässigkeit erfordert, daß Behauptungen und Beweisantritte unter besonders schwerer Außerachtlassung der in der Prozeßführung erforderlichen Sorgfalt und der auf den Gegner zu nehmenden Rücksicht verspätet vorgebracht werden. Sie liegt nicht vor, solange die Partei ihr bisheriges Vorbringen für ausreichend hält und halten durfte (Rosenberg Lehrbuch 7. Aufl. § 76 III 4 a).

Im vorliegenden Falle hatte sich der Beklagte zum Beweise für das schlechte Gefälle des Klosettabfallrohrs auf das Zeugnis des Bauleiters P[REDACTED] berufen. Dieser ist im Termin am 6. Juli 1957 vernommen worden. Nach Abschluß der Beweiserhebungen durch den Einzelrichter hat der Vor-

sitzende unter dem 2. August 1957 Verhandlungstermin auf den 7. November 1957 anberaumt. Im Schriftsatz vom 28. Oktober 1957 hat der Beklagte dann sein Vorbringen ergänzt und weiteren Beweis angetreten.

Es mag sein, daß dieser neue Vortrag früher hätte angebracht werden können; das Berufungsgericht hat aber nicht ausreichend berücksichtigt, daß zwischen dem Termin am 6. Juli 1957 und dem Schriftsatz vom 28. Oktober 1957 die Gerichtsferien lagen und daß der Beklagte auf Grund des Ausganges des Rechtsstreits im ersten Rechtszuge - wenigstens zunächst - ohne ein Verschulden der Meinung sein konnte, die Klage werde schon aus anderen Gründen als wegen seiner Einwendungen gegen die Arbeit der Firma Sch[REDACTED] abgewiesen werden. Im übrigen ist auch nicht dargetan, daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch die zusätzlichen Beweis-antritte des Beklagten verzögert worden wäre. Das Berufungsgericht hat bei seinen Ausführungen in erster Linie das von dem Beklagten beantragte Sachverständigengutachten im Auge. Es ist richtig, daß dieses nach Eingang des Schriftsatzes vom 28. Oktober 1957 nicht mehr im Wege der prozeßleitenden Anordnung nach § 272 b ZPO zum Termin beschafft werden konnte. Jedoch spricht nichts dafür, daß eine solche Anordnung ergangen wäre, wenn der Beklagte seinen Schriftsatz zeitiger gebracht hätte, und daß dann der Sachverständige sein Gutachten bis zum Termin am 7. November 1957 erstattet haben würde.

Bei dieser Sachlage hätte das Oberlandesgericht das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 28. Oktober 1957 und die darin enthaltenen Beweisantritte nicht außer Acht lassen dürfen; es hätte vielmehr darüber sachlich entscheiden, also über die Behauptung, die Klosetts seien durch Maßnahmen der Firma Sch[REDACTED] verstopft worden und die Klosett-

abfalleitungen hätten nicht das rechte Gefälle, gegebenenfalls einen Sachverständigen hören müssen. Der Prozeßverstoß führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils insoweit, als der Beklagte auf die von der Firma Sch. zu vertretende angebliche Schlechtleistung einen Schadensersatzanspruch von 2.500 DM stützt.

V. Das Berufungsgericht hat dem Kläger einen Betrag von 7.028,67 DM zugesprochen. Dieser kürzt sich entsprechend den Ausführungen oben zu III 2 d bb um 1.164 DM, die für die Warmwasserzähler in Rechnung gestellt sind, ferner gemäß III 2 e um $168 + 40 + 10 = 218$ DM für angeblich schadhafte Gußrohre, Abzweige und Bogen, endlich um den von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch von 2.500 DM (oben zu IV). Die Klage ist daher vorerst nur in Höhe von 3.146,67 DM nebst den darauf entfallenden, mangels Feststellbarkeit des Zeitpunktes des Verzugseintritts von den jeweils späteren Terminen an zugesprochenen Zinsen begründet. In dieser Höhe ist die Revision des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen.

Da der Beklagte somit jedenfalls zur Zahlung von mehr als 2.000 DM verpflichtet bleibt, bedurfte es keines Eingehens auf die von der Revision beanstandete Auffassung des Berufungsgerichts, die von dem Beklagten im Termin vor dem Einzelrichter des Oberlandesgerichts am 1. Juni 1957 abgegebene Erklärung, er werde einen Teilbetrag von 2.000 DM an die Klägerin zahlen, sei ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB.

Soweit das Berufungsgericht der Klägerin mehr als die hier zuerkannten 3.146,67 DM einschließlich der darauf entfallenden Zinsen zugesprochen hat, sowie wegen der Kostenentscheidung ist das angefochtene Urteil aufzuheben. In die-

sem Umfange ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung nach Maßgabe der vorstehenden Gründe an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Glanzmann Scheffler Heimann-Trosien Dr. Winkelmann Meyer