

BUNDESGERICHTSHOF 2070 046

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 27/66

URTEIL

Verkündet am

16. Mai 1968
H o r n
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in den Rechtsstreit

der Frau Irene S [REDACTED], D [REDACTED],
N [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagter, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Leonhard P [REDACTED] KG, Bauunternehmung,
B [REDACTED], vertreten durch ihren Komplementär, den
Kaufmann Peter S [REDACTED] in B [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII, Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 1. Dezember 1965 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für die Beklagte in Breyell den Rohbau eines Wohn- und Geschäftshauses mit Innenausbau ausgeführt und die Wände mit Klinkern verblendet. Dem Vertrag wurden - mit Ausnahme der Vorschriften über die Mängelhaftung - die Bestimmungen der VOB zugrunde gelegt. Die Schlußrechnung der Klägerin lautete über 416.687,57 DM. Der Architekt P. der Beklagten gelangte bei der Rechnungsprüfung auf einen Betrag von

- 3 -

368.948,24 DM; einen Teil seiner Kürzungen hat die Klägerin nicht anerkannt. Die Beklagte hat 320.486,71 DM an die Klägerin gezahlt. Diese hat von ihrer Restforderung 80.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat die Kürzungen ihres Architekten in vollem Umfang für berechtigt erklärt und noch weitere Rechnungsbeträge bestritten; sie hat ferner mit Schadensersatzansprüchen wegen schlechter Bauausführung sowie mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe aufgerechnet.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage in Höhe von 76.929,48 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie in Höhe von 1.130,92 DM abgewiesen; die Entscheidung über einen Betrag von 1.939,60 DM sowie die Kosten des Rechtsstreits hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten der Klägerin nur 68.588,50 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage in Höhe weiterer 8.340,98 DM nebst Zinsen abgewiesen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit das Oberlandesgericht ihr stattgegeben hat. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen. Die Beklagte hat im Revisionsverfahren dem Architekten P. den Streit verkündet; dieser ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.



Entscheidungsgründe:

Die Beklagte greift mit der Revision das Berufungsurteil in folgenden Punkten an:

I. Die "Betonwanne"

Als sich beim Ausschachten der Baugrube Grundwasser zeigte, gab der Architekt Palm der Klägerin mit Schreiben vom 1. April 1961 den Auftrag, den Tiefkeller mit einer Betonwanne auszubilden. Die Klägerin hat hierfür in ihrer Schlußrechnung (S. 24 - 27, Pos. A - U) insgesamt 29.534,27 DM berechnet.

Die Beklagte hat behauptet, in einer Besprechung der Parteien im Beisein ihres Architekten P. am 27. März 1961 sei die Herstellung einer echten Betonwanne vereinbart worden; die Klägerin habe aber anstelle einer einheitlich vergossenen und armierten Wanne nur eine Eisenbetonplatte verlegt und auf dieser die Wände errichtet. Die nicht vereinbarte Leistung könne sie nicht bezahlt verlangen; jedenfalls aber sei der verlangte Werklohn weit übersetzt.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Klägerin habe den Tiefkeller so gebaut, wie er ihr in Auftrag gegeben worden sei. Der Architekt P. habe in seinem Schreiben an die Klägerin vom 1. April 1961 als Betonwanne bezeichnet, was sich aus den Unterlagen des Statikers Sch. ergeben werde. Ob das eine echte Betonwanne entsprechend den Vorstellungen der Beklagten

gewesen sei, könne dahingestellt bleiben. Der nach Massen und Einheitspreisen errechnete Werklohn sei gemäß den sich aus den Prüfvermerken des Architekten P. [REDACTED] ergebenden Beträgen gerechtfertigt.

Die Angriffe der Revision hiergegen sind unbegründet.

1.) Sie verweist auf die Behauptungen der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 8 f), ihr Architekt P. [REDACTED] und die Klägerin hätten infolge pflichtwidrig unterlassener Prüfung des Baugrundes nicht mit dem in der Baugrube aufgetretenen Wasser gerechnet und es sei überhaupt zweifelhaft, ob es sich um Grundwasser gehandelt habe.

a) Eine Pflicht der Klägerin, den Baugrund auf Grundwasser zu prüfen, brauchte das Berufungsgericht den im Angebot der Klägerin enthaltenen Allgemeinen Bedingungen Ziff. 1.14 nicht zu entnehmen. Nach VOB (C. DIN 18300 Ziff. 0.122 in Verbindung mit Ziff. 4.302 sind Boden- und Wasseruntersuchungen keine Nebenleistungen, sondern in der Leistungsbeschreibung durch besondere Ansätze aufzuführen. Das ist nicht geschehen; infolgedessen bestand auch keine dahingehende Verpflichtung der Klägerin.

b) Zudem hat die Beklagte nicht dargelegt, daß im Falle einer vorherigen Prüfung des Bodens auf Grundwasser die von ihrem Architekten der Klägerin in Auftrag gegebene Ausgestaltung des Tiefkellers nicht erforderlich geworden wäre und sie die dadurch bedingten

Kosten hätte ersparen können. Der bloßen Vermutung der Beklagten, das in der Baugrube aufgetretene Wasser sei kein Grundwasser gewesen, brauchte das Berufungsgericht nicht nachzugehen.

2.) Ob der Statiker Sch[REDACTED] mit der Planung einer echten Grundwasser-Betonwanne beauftragt worden war, ist, wie das Berufungsgericht mit Recht sagte, unerheblich. Entscheidend ist der der Klägerin von dem Architekten P[REDACTED] erteilte Auftrag. Dessen Inhalt entnimmt das Berufungsgericht dem Schreiben des Architekten an die Klägerin vom 1. April 1961. Daß die Klägerin den Tiefkeller gemäß dem Auftrag des Architekten ausgestaltet hat, stellt das Berufungsgericht fest. Aus der Rechnung des Prüfsingenieurs Dr. S[REDACTED] vom 21. September 1962 ergibt sich nichts Gegenteiliges; von einer Betonwanne ist darin keine Rede. Die im Schriftsatz der Beklagten vom 3. Oktober 1965 (S. 3) aufgeführte Abschrift des Schreibens des Architekten an Dr. Ing. S[REDACTED] vom 11. September 1962 befindet sich nicht in den Akten. Was das Berufungsgericht angesichts des Schreibens des Architekten vom 1. April 1961 an die Klägerin und seiner Zeugenaussage, die Klägerin habe die Arbeiten so ausgeführt, wie sie bestellt waren, noch hätte prüfen sollen, sagt die Revision nicht.

3.) Die Beklagte hat ihre Behauptung im Schriftsatz vom 25. September 1962 (S. 7), für die Betonwanne im Tiefkeller sei ein Festpreis von 10.000 DM vereinbart worden, am 15. November 1963 vor dem Einzelrichter ausdrücklich aufgegeben. Das hat das Berufungsgericht übersehen, wie die Revision zutreffend hervorhebt. Das

Berufungsgericht nimmt aber in Ergebnis mit Recht an, daß die Vergütung nach Massen und Einheitspreisen zu berechnen ist. Das ergibt sich auch aus dem Auftrags-schreiben des Architekten vom 1. April 1961.

Daß die Klägerin aufwendiger gearbeitet habe als notwendig gewesen sei, habe die Beklagte, so führt das Berufungsgericht aus, durch nichts belegt; in Anbe-tracht der Rechnungsprüfung durch den Architekten P. und dessen Kürzungen hätte sie weitere Beanstandungen im einzelnen begründen müssen.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten (Schriftsatz vom 5. Oktober 1965, S. 3) nicht berück-sichtigt, daß der Architekt P. den Standpunkt ver-treten habe, die in der Besprechung vom 27. März 1963 ins Auge gefaßte Betonwanne verursache 12.000 DM Mehr-kosten, dafür würden aber andere Kosten über 4.000 DM eingespart.

Auf diese Behauptung kommt es nicht an. Selbst wenn der Architekt eine solche Meinung in Gegenwart von Vertretern der Klägerin geäußert hat, so ergibt sich daraus keine die Klägerin gegenüber der Beklagten bindende Preisvereinbarung.

b) Dafür, daß die Klägerin bei der Besprechung vom 27. März 1963 in der Lage und verpflichtet gewesen wäre, die Beklagte darauf hinzuweisen, die Mehrkosten für die "Wanne" würden sich höher stellen als der Ar-chitekt annehme, und daß die Beklagte bei einem solchen

Hinweis eine billigere Ausführung verlangt hätte, hat die Beklagte nichts vorgetragen. Sie in dieser Hinsicht zu befragen (§ 139 ZPO), hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß.

c) In der Revisionsbegründung (S. 8 oben) sind die Begriffe "Einheitspreis" und "Festpreis" nicht klar unterschieden. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß kein Festpreis für die Ausführung der "Wanne" vereinbart worden ist, die dafür erforderlichen Arbeiten vielmehr nach Einheitspreisen abgerechnet werden sollen. Das entspricht dem Schreiben des Architekten vom 1. April 1961.

d) Der Antrag der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 9/10), einen Sachverständigen zu vernehmen, bezieht sich auf die Behauptung, die Klägerin könne den von ihr berechneten Betrag nicht beanspruchen, weil sie keine echte Wanne ausgeführt habe. Daß sie aber einen solchen Auftrag nicht erhalten hat, ist bereits ausgeführt. Es kann deshalb nur darauf ankommen, ob die von der Klägerin in Rechnung gestellten Massen und Einheitspreise berechtigt sind. Insoweit fehlt es, wie das Berufungsgericht feststellt, an einem substantiierten Bestreiten der Beklagten.

II. Die Arbeitssohle

Die Klägerin hat in der Schlußrechnung (S. 40, Pcs. 1) hierfür 701,71 DM berechnet. Der Architekt hat diesen Betrag ganz abgesetzt. Das Berufungsgericht ent-

nimmt jedoch der Bestimmung DIN 1045 über die Ausführung von Bauwerken aus Stahlbeton sowie dem Gutachten des Sachverständigen Schiffers vom 29. Januar 1965 (S. 23), daß die Arbeitssohle notwendig war. Es folgt dem Sachverständigen auch darin, daß der dafür angesetzte Preis angemessen sei.

Ihre Ansicht, der Betrag für die Arbeitssohle müsse in die Kosten der "Wanne" einbegriffen werden, begründet die Revision nicht näher; insbesondere legt sie nicht dar, daß sich alsdann der für die Wanne berechnete Werklohn nicht erhöhen dürfte.

III. Das Holzmodell

Die Beklagte hat geltend gemacht, das von der Klägerin hergestellte und mit 150 DM in Rechnung gestellte Holzmodell für die Wendeltreppe (Rechnung S. 40, Pos. 6) sei nicht erforderlich gewesen, weil Ausführungszeichnungen vorgelegen hätten.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Architekt Palm das Modell in Auftrag gegeben hatte

Die Rüge der Revision, die Klägerin habe den Architekten darauf hinweisen müssen, daß das Modell nicht notwendig sei, greift nicht durch. Der Architekt hat bekundet, die Treppe habe sich zeichnerisch nur schwierig darstellen lassen; um sicher zu gehen, daß sie paßte und den bauamtlichen Vorschriften entsprach, habe

er das Modell anfertigen lassen. Dem Sachvortrag der Parteien ist nicht zu entnehmen, daß die Klägerin das besser wußte.

IV. Die Rahmenbinder

Die Klägerin hat zwei Rahmenbinder mit je 640 DM berechnet (Rechnung S. 40, Pos. 8). Der Architekt P. hat einen Preis von je 420 DM angesetzt. Das Berufungsgericht stützt sich auf das Gutachten des Sachverständigen Schiffers, der den Stückpreis mit 654,30 DM errechnet hat, und billigt deshalb der Klägerin die von ihr verlangten Beträge zu.

Bei ihrer Rüge, der Preis der Klägerin liege fast 20 % über dem Preisniveau des Angebots, das Berufungsgericht habe einen Sachverständigen vernehmen müssen, übersieht die Revision, daß der Sachverständige Schiffers hierzu gehört worden ist. Er hat seine Berechnung eingehend begründet.

V. Die Bewehrungspläne

Die Klägerin hatte in ihrem Schreiben vom 23. Februar 1961 die kostenlose Anfertigung der erforderlichen Bewehrungspläne übernommen. Eine neue statische Berechnung der Hofkellerdecke machte neue Bewehrungspläne notwendig. Für diese zusätzlichen Pläne hat sie 200 DM angesetzt (Rechnung S. 42, Pos. 22).

Das Berufungsgericht legt die sich aus dem Schreiben vom 23. Februar 1961 ergebende Vereinbarung dahin aus, daß die zugesagte kostenlose Anfertigung nicht für nachträglich nochmals erforderlich werdende Pläne gelten sollte.

Diese Auslegung der Vereinbarung durch den Tatrichter bindet das Revisionsgericht; sie ist, entgegen der Ansicht der Revision, mit dem Wortlaut der Zusage vereinbar. Wieso sie mit der (oben I behandelten) Gestaltung der "Wanne" nicht in Einklang stehen soll, legt die Revision nicht dar.

VI. Die Kellerfenster

Die Klägerin hat im Angebot nicht vorgesehene Kellerfenster der Größe 100 x 100 geliefert und eingesetzt und mit je 95 DM berechnet (Rechnung S. 8, Pos. 27 b). Der Architekt P. hat den Stückpreis auf 62,50 DM herabgesetzt. Der Sachverständige Schiffers hat ihn mit 76,40 DM ermittelt. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt.

Das Berufungsgericht sagt nicht, wie die Revision meint, der Stückpreis brauche sich nicht im Rahmen der Preise des Angebots zu halten. Es berücksichtigt jedoch daneben auch besondere Kosten dieser zusätzlich geforderten Leistung. Das entspricht der Bestimmung des § 2 Ziff. 6 Abs. 2 VOB (B). Inwiefern die eingehende Kalkulation des Sachverständigen zu beanstanden sein soll, führt die Revision nicht aus; ihr allgemeiner Hin-

weis auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung S. 4 stellt keine nachprüfbare Revisionsrüge dar.

VII. Die Klinker

Die Klägerin hat mit von der Beklagten bestellten Klinkersteinen die Wände verblendet. Die Klinker wurden nach und nach angeliefert und wiesen deshalb Unterschiede im Farbton auf. Die Beklagte wirft der Klägerin vor, sie hätte wissen müssen, daß scharf gebrannte Klinker bei jedem Brand farblich etwas anders ausfallen; sie hätte deshalb warten müssen, bis alle Klinker angeliefert waren, und diese dann unter Berücksichtigung ihrer Tönung so mischen müssen, daß die Flächen ein einheitliches Bild ergaben. Weil sie dies unterlassen und die Klinker auch schlecht verfugt habe, hafte sie ihr auf Schadensersatz.

1.) Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen des § 635 BGB nicht für gegeben. Die Klägerin habe weder warten müssen noch können, bis alle Steine angeliefert waren, um sie dann nach den Farbtönen zu sortieren; sie habe deshalb die unterschiedliche Tönung der Wände nicht zu vertreten.

Die Revision verweist auf die Allgemeinen Bedingungen (Ziff. 1.06), wonach der Auftragnehmer bei der Verarbeitung vom Auftraggeber gelieferter Baustoffe in gleicher Weise die Gewährleistung übernimmt,

wie wenn er selbst sie geliefert hätte, es sei denn, daß er erkennbare Mängel der Bauleitung schriftlich angezeigt habe.

Der Anwendung dieser Vorschrift steht jedoch die Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, daß der Umfang der zu verblendenden Flächen erst Mitte August 1961 feststand und die Klägerin deshalb die Gesamtmenge der benötigten Klinker nicht rechtzeitig angeben konnte. Das Berufungsgericht gründet diese Feststellung auf die Bekundung des Architekten P. und dessen Schreiben vom 21. August 1961 an die Klägerin. Warum es das nicht habe tun dürfen, führt die Revision nicht aus. Sie weist auch nicht nach, in welchem Schriftsatz sich die Behauptungen der Beklagten mit Beweisantritt befinden sollen, die Gesamtmenge der Klinker habe jederzeit angeliefert werden können und die Teillieferung sei durch den langsamen Baufortschritt bedingt. In dieser Richtung die Beklagte zu befragen (§ 139 ZPO), hatte das Berufungsgericht in Anbetracht der Bekundung des Architekten P. keinen Anlaß. Ob die Beklagte einen Schaden überhaupt schlüssig behauptet hat, braucht bei dieser Sachlage nicht entschieden zu werden.

2.) Eine mangelhafte Verfugung der Klinker hält das Berufungsgericht für nicht erwiesen. Daß diese Ansicht auf einem Verfahrensverstoß beruhe, rügt die Revision nicht.

Auf die zusätzliche Begründung des Berufungsgerichts, eine Haftung der Klägerin entfalle auch deshalb, weil der Architekt P. diese Arbeiten in Kenntnis

ihrer Ausführung für die Beklagte wirksam abgenommen habe (§ 640 Abs. 2 BGB), und auf den hiergegen gerichteten Angriff der Revision kommt es daneben nicht an.

VIII. Die Mehrzahlung an die Firma H [REDACTED]

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe so langsam gearbeitet, daß die Fenster nachträglich hätten eingeputzt werden müssen. Hierfür habe die Firma H [REDACTED] zusätzlich 929,73 DM berechnet.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts kommt für die Beklagte dieserhalb allenfalls ein Freistellungsanspruch gegen die Klägerin in Frage, weil sie den Betrag bisher nicht an die Firma H [REDACTED] gezahlt hat. Aber auch ein solcher besteht nach Ansicht des Berufungsgerichts zur Zeit nicht, weil nicht feststehe, ob die Klägerin den Betrag überhaupt schulde, sie vielmehr das von der Firma H [REDACTED] gegen sie erwirkte Urteil mit der Berufung angefochten habe.

Die Berufungsbegründung und der Schriftsatz der Beklagten vom 3. November 1965 (S. 3) enthalten, entgegen der Behauptung der Revision, kein schlüssiges Beweiserbieten dafür, daß die Forderung der Firma H [REDACTED] besteht. Solange aber die Beklagte nicht bewiesen hat, daß sie wegen der Forderung der Firma H [REDACTED] gegen die Klägerin einen fälligen Gegenanspruch hat, kann sie mit einem solchen gegenüber der Werk-

lohnforderung der Klägerin weder aufrechnen (§ 387 BGB) noch diesserhalb ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) geltend machen.

IX. Mehrputzkosten

Die Beklagte hat behauptet, am gesamten Bau sei das Mauerwerk schief; die Verputzer hätten deshalb den Putz bis zu 8 cm stärker auftragen müssen, wodurch ihr 7.000 DM Mehrkosten entstanden seien.

Der Sachverständige Schiffers hat das Mauerwerk als in ausreichendem Maße ordnungsgemäß bezeichnet. Der Zeuge H., dem das Verputzen der Wände übertragen war, hat bekundet, daß 18,48 m² nicht lotrecht gewesen seien und doppelt hätten verputzt werden müssen, was 36,59 DM Mehrkosten verursacht habe; daß Stellen von diesem Ausmaß nicht lotrecht ausfallen, sei bei einem so großen Bauvorhaben üblich. Das Berufungsgericht folgt den Bekundungen des Sachverständigen und des Zeugen. Es ist jedoch der Ansicht, daß auch bei einer 18,48 m² großen schiefen Stelle in den Wänden die Beklagte deshalb keinen Schadensersatz beanspruchen könne, weil sie entgegen §§ 634, 635 BGB der Klägerin keine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt habe.

Die Revision hält dem entgegen, daß man eine schiefe Wand nicht nachträglich gerade richten könne.

Das trifft nicht zu. Die Klägerin hätte auf eine andere Art die Unebenheit in der Wand ausgleichen können.

X. Die Vertragsstrafe

Nach dem Auftragschreiben des Architekten P. vom 1. März 1961 mußte die Klägerin die Arbeiten vom 15. März bis 30. Juni 1961 richtfertig, einschließlich Verblendung und Innenausbau, ausführen. Bei Fristüberschreitung sollte die Beklagte berechtigt sein, als Konventionalstrafe je Tag 2 % der Auftragssumme einzubehalten. Die Klägerin hat die vereinbarte Frist überschritten. Das Berufungsgericht gelangt jedoch zu dem Ergebnis, daß der Fall, für den die Vertragsstrafe verwirkt sein sollte, nicht eingetreten sei.

Es stellt fest, die Parteien hätten, als sie wegen des Wassers in der Baugrube die Errichtung der "Betonwanne" vereinbarten, laut Schreiben des Architekten P. vom 1. April 1961 der Klägerin für das Verblenden und den Innenausbau eine zusätzliche Frist von vier Wochen eingeräumt, im übrigen aber für die Richtfertigstellung des Rohbaues es bei dem Termin vom 30. Juni 1961 belassen. Dabei seien sie jedoch entsprechend dem Schreiben des Architekten davon ausgegangen, daß der Klägerin die statischen Unterlagen für die Wanne in wenigen Tagen ausgehändigt würden. Sie habe sie aber erst am 21. April 1961 erhalten und deshalb mehr als zwei Wochen später mit den Arbeiten am Tiefkeller beginnen können. Dadurch seien alle ihre Arbeiten am Bauwerk berührt worden.

Das Berufungsgericht hält es nicht für angängig, die Vertragsstrafenvereinbarung auch auf die Überschreitung einer um die verlorene Zeit verlängerten

Frist anzuwenden. Die Klägerin habe sich bereit gefunden, eine Verschiebung des Anfangszeitpunkts um fast drei Wochen hinzunehmen bei einer Gesamtausführungszeit von nur 3 1/2 Monaten für das gesamte Werk. Bei dieser Anpassung der Arbeitszeit an die neue Lage sei die Vertragsstrafe nicht erwähnt worden. Es könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien auch für den Fall der infolge der verspäteten Beschaffung der statischen Unterlagen eingetretenen Verzögerung die Vertragsstrafenvereinbarung hätten aufrecht erhalten wollen.

Diese Auslegung des Berufungsgerichts hält die Revision für vertragswidrig, weil es nicht angehe, den Auftragnehmer wegen einer eingetretenen Verzögerung von zwei Wochen von der eingegangenen Vertragsstrafenvereinbarung gänzlich freizustellen, zumal der Bau im Dezember 1961 noch nicht fertiggestellt gewesen sei.

Dem kann nicht gefolgt werden.

1.) Da der Rohbau-Abnahmeschein am 23. August 1961 erteilt wurde (BU S. 4), müssen die Rohbauarbeiten schon vorher beendet gewesen sein. Erst im August erfuhr die Klägerin den Umfang der Verblendung der Außenwände; die Klinker waren damals von der Beklagten noch nicht angeliefert (vgl. oben VII).

Indessen braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden, ob und inwieweit der Bau auch durch von der Klägerin zu vertretende Umstände verzögert wurde.

2.) Denn die Auslegung der Vertragsstrafenabrede stand dem Tatrichter zu, und sie rechtfertigt seine Entscheidung. Unter den hier gegebenen Umständen kann dieser Auslegung aus Rechtsgründen umso weniger entgegengetreten werden, als die Klägerin sich schon einmal mit der Verschiebung der Ausführungszeit einverstanden erklärt hatte. Der erkennende Senat hat bereits in einem früheren Fall (NJW 1966, 971) die Auffassung gebilligt, daß die Wirkung einer Vertragsstrafenzusage entfiel, weil die Bauausführung durch vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände sich so erheblich verzögert hatte, daß der vereinbarte Zeitplan umgeworfen war. Der vorliegende Fall ist dem damals entschiedenen zwar nicht völlig gleich; doch hebt das Berufungsgericht auch hier ausreichend besondere Umstände hervor, die seine Auslegung als zulässig erscheinen lassen. Es war berechtigt, nicht lediglich auf die Verzögerung von zwei Wochen als solche, sondern auf ihre Auswirkungen auf die Ausführung des Bauwerks der Beklagten und auch auf andere von der Klägerin gleichzeitig übernommene Bauvorhaben abzustellen.

Bei der Auslegung des Berufungsgerichts bleibt der Beklagten die Möglichkeit, einen Verzugsschaden geltend zu machen, jedoch muß sie dessen Voraussetzungen und Höhe darlegen und beweisen. Das hat sie bisher nicht getan.

XI.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer