

2035 025

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 27/67

URTEIL

Verkündet am

10. April 1969
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1) des Schlossermeisters Jacob-Josef-Hermann S [REDACTED],
D [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

2) des Schlossermeisters Karl S [REDACTED], D [REDACTED],
J [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Baugesellschaft B [REDACTED] KG,
D [REDACTED], J [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch die Gesellschafter Dr. Hans B [REDACTED]
und Dipl. Ing. Paul B [REDACTED] in D [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. Januar 1967 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für das Bauvorhaben der Beklagten in D [REDACTED], Be [REDACTED] str. [REDACTED] die Erd-, Maurer- und Stahlbetonarbeiten ausgeführt.

Die Architekten der Beklagten haben die von der Klägerin ausgestellten Rechnungen geprüft und die unter Berücksichtigung zahlreicher Berichtigungen sich ergebenden Rechnungsbeträge als sachlich und rechnerisch richtig bestätigt. Die Klägerin hat gegen die Beklagten als Gesamtschuldner einen Restbetrag von 72.349,88 DM nebst Zinsen, abzüglich während des Rechtsstreits

- 3 -

gezahlter 3.264,23 DM, eingeklagt.

Die Beklagten haben u.a. die Forderung der Klägerin zum Teil bestritten, Mängelansprüche geltend gemacht und mit Schadensersatzansprüchen wegen verspäteter Fertigstellung des Bauwerks die Aufrechnung erklärt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage in Höhe von 58.917,07 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie wegen eines Betrags von 9.184,60 DM sowie wegen eines Teils der Zinsen abgewiesen. Mit der Berufung haben die Beklagten nur erreicht, daß das erste Urteil wegen eines Teils der zuerkannten Zinsen aufgehoben und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen wurde.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage, soweit ihr stattgegeben worden ist. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

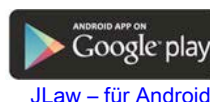
I. Der Vertrag

In dem Begleitschreiben vom 31. Oktober 1957 zu ihrem Angebot hat die Klägerin darauf hingewiesen, das Angebot beruhe auf den augenblicklich gültigen Materialpreisen und Löhnen; bei Änderung der Kalkulationsgrundlage behalte sie sich eine Überprüfung der Einheitspreise vor. Mit Schreiben vom 14. November 1957 sagte sie unter

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



Bezugnahme auf eine Besprechung einen Nachlaß von 3,5 % auf ihr Angebot zu. Die Architekten der Beklagten antworteten am 4. Dezember 1957, sie erteilten der Klägerin den Bauauftrag, Lohn- und Materialpreiserhöhungen würden jedoch nicht anerkannt. Die Ausführung und Abrechnung solle nach den Bestimmungen der VOB erfolgen. Außerdem setzten sie einen Termin für die Fertigstellung der Bauarbeiten mit der Maßgabe, daß die Klägerin bei Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe zu zahlen habe. Sie fügten hinzu, der Auftrag solle als durch die Klägerin angenommen gelten, falls diese nicht binnen 8 Tagen widerspreche. Die Klägerin antwortete am 12. Dezember 1957, sie erkenne die Festpreisklausel nur hinsichtlich der Materialien, nicht jedoch hinsichtlich des Lohnanteils an; auf die Einhaltung eines Fertigstellungstermins und auf die Zahlung einer Vertragsstrafe könne sie sich nicht einlassen.

Diesem Schreiben der Klägerin widersprachen weder die Beklagten noch deren Architekten. Die Klägerin führte daraufhin die angebotenen und auf Grund von Nachtragsangeboten weitere Arbeiten aus.

1.) Die Erklärung der Architekten der Beklagten im Schreiben vom 4. Dezember 1957, sie erteilten der Klägerin den Auftrag, hat nach Ansicht des Berufungsgerichts noch nicht zum endgültigen Vertragsabschluß geführt, allenfalls hätten die Architekten damit der Klägerin ein neues Angebot unterbreitet.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Die Architekten haben in ihrem Schreiben die von der Klägerin verlangte Berücksichtigung von Lohn- und Materialpreiserhöhungen abgelehnt. Außerdem haben sie erstmals die Zahlung einer Vertragsstrafe bei Überschreitung eines von ihnen gesetzten Fertigstellungstermins verlangt. Eine Annahme unter Erweiterungen und Einschränkungen gilt aber nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag. Daß auch die Architekten den Inhalt ihres Schreibens noch nicht als vereinbart ansahen, hat das Berufungsgericht mit Recht aus ihrer Bitte um Stellungnahme binnen 8 Tagen gefolgert.

2.) Das sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1957 ergebende Angebot haben die Beklagten, so führt das Berufungsgericht aus, dadurch "stillschweigend" angenommen, daß sie widerspruchslos die Klägerin die Arbeiten beginnen und ausführen ließen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts haben auch die Beklagten nicht das Schreiben der Architekten vom 4. Dezember 1957, sondern das Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1957 als den Vertragsinhalt bestimmend angesehen, da sie trotz Überschreitung der vorgesehenen Bauzeit keine Vertragsstrafe verlangt haben.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe zu Unrecht ein Stillschweigen der Beklagten als Annahme eines Angebots gewertet.

Das trifft nicht zu.

Das Verhalten der Beklagten kann nicht als ein bloßes Schweigen auf das Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1957 angesehen werden. Ihren für den Inhalt des Vertrags maßgeblichen Geschäftswillen konnten die Beklagten nicht nur durch eine bestimmte an die Klägerin gerichtete Erklärung zum Ausdruck bringen. Eine solche Willenserklärung konnten sie vielmehr auch durch ein schlüssiges Verhalten abgeben. Sie haben die Klägerin trotz deren im Schreiben vom 12. Dezember 1957 eindeutig zum Ausdruck gebrachten abweichenden Vertragsbedingungen die Arbeiten in Angriff nehmen und durchführen lassen. Dieses Verhalten mußte die Klägerin dahin verstehen, daß die Beklagten sich ihren Bedingungen gefügt hatten (vgl. BGH LM Nr. 3 und 6 zu § 150 BGB).

b) Es kann demnach aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht als Vertragsinhalt feststellt, daß die Beklagten auf die Gesamtforderung der Klägerin einen Nachlaß von 3,5 % erhielten, daß die für Materialien eingesetzten Einheitspreise als Festpreise galten, daß dagegen die Klägerin durch Lohnerhöhungen entstehende Mehrkosten den Beklagten zusätzlich in Rechnung stellen durfte und daß sich die vertraglichen Beziehungen der Parteien nach den Bestimmungen der VOB richten sollten.

3.) Die Revision meint noch, daß auch dann, wenn der Vertrag mit dem sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1957 ergebenden Inhalt zustandegekommen sei, die Klägerin doch nicht die Beklagten mit den am 1. Januar 1958 erfolgten Lohnerhöhungen belasten dürfe,

weil bei Vertragsschluß schon festgestanden habe, daß mit dieser Lohnerhöhung zu rechnen war, die Klägerin sie aber in ihrem Angebot nicht berücksichtigt habe.

Auch darin kann der Revision nicht gefolgt werden.

Das Begleitschreiben der Klägerin vom 31. Oktober 1957 zum Angebot enthält den Hinweis, daß das Angebot auf den "augenblicklich gültigen" Löhnen ("Maurer-Ecklohn DM 2,40/Std") beruhe, sowie den Vorbehalt, Lohnerhöhungen geltend zu machen. Hierauf hat die Klägerin trotz der Ablehnung der Architekten in deren Schreiben vom 4. Dezember 1957 in ihrer Antwort vom 12. Dezember 1957 mit Nachdruck bestanden. In den von der Revision angeführten Schriftsätzen vom 5. und 22. Dezember 1966 haben die Beklagten nicht vorgetragen, daß die Klägerin schon bei Abgabe des Angebots vom 31. Oktober 1957 die erst am 1. Januar 1958 in Kraft getretenen Lohnerhöhungen gekannt und deshalb, wie die Revision meint, schon im Angebot habe berücksichtigen können. Ebenso wenig haben sie behauptet, sie seien davon ausgegangen, die Klägerin habe bevorstehende Lohnerhöhungen bereits im Angebot berücksichtigt. Einer dahingehenden Behauptung würde übrigens das Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1957 entgegenstehen. Auch wenn am 12. Dezember 1957, als die Klägerin ihr für den Vertragsinhalt maßgebliches Schreiben an die Architekten der Beklagten richtete, schon feststand, daß und in welcher Höhe die Löhne ab 1. Januar 1958 stiegen, so brauchte die Klägerin doch nicht die im Angebot bereits eingesetzten Beträge für Löhne zu ändern. Mit ihrem Vorbehalt, die im Angebot enthaltenen Löhne bei eintretenden Lohnsteigerungen zu erhöhen, war

für die Beklagte klargestellt, daß damit alle Erhöhungen der "augenblicklich" - d.h. am 31. Oktober 1957 - gültigen Löhne gemeint war.

II. Die Klagepositionen

1.) Die Schuttbeseitigung

hat die Klägerin im Angebot (Titel I a Pos. 2) zusammen mit Räumen der Baustelle und Reinigung des Baues zum Pauschalbetrag von 15.000 DM angeboten. Auf diesen Betrag haben die Architekten der Beklagten auch die Rechnung der Klägerin (Nr. 09101) herabgesetzt.

Die Klägerin hat außerdem (Rechnung Nr. 09118) für die Beseitigung von Schutt anderer Firmen einen von den Architekten mit 5.473,15 DM festgestellten Betrag verlangt. Diese Forderung haben die Beklagten bestritten, weil die gesamte Schuttbeseitigung mit dem Pauschalbetrag von 15.000 DM abgegolten sei.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die von der Klägerin im Angebot zum Pauschalpreis von 15.000 DM übernommene Verpflichtung, auch den Schutt zu beseitigen, sich nur auf den aus den eigenen Arbeiten der Klägerin anfallenden Schutt bezogen hat. Der in der Rechnung Nr. 09118 erfaßte Schutt rührte von anderen Handwerkern her, die ihn pflichtwidrig liegen gelassen und mit dessen Beseitigung deshalb die Architekten der Beklagten die Klägerin beauftragt hatten. Die Architekten haben auch die hierüber von der Klägerin ausgestellten Stundenausweise sowie

deren Rechnung geprüft und als richtig bestätigt.

a) Seine Feststellung, den in der Rechnung Nr. 09118 aufgeführten Schutt hätten andere Handwerker zurückgelassen, stützt das Berufungsgericht u.a. auf das Gutachten des Sachverständigen Viergutz vom 28. September 1964 (S. 3 f). Zu Unrecht rügt die Revision, der Sachverständige habe das nicht wissen können. Auf den vom Sachverständigen geprüften Stunden- nachweisen haben die Architekten vermerkt: Schutt von anderen Firmen (Putzer, Elektriker, Installateur, Estrichleger, Anstreicher und Plattenleger). Teilweise haben sie auch darauf geschrieben: Zu Lasten Putzer, zu Lasten Firma L [REDACTED] usw. Demgemäß haben auch die Beklagten im Berufungsverfahren die Forderung der Klägerin in Höhe von 2.243,25 DM nicht mehr angegriffen, weil sie Beträge in dieser Höhe anderen Handwerkern, die ihren Schutt nicht entfernt hatten, von der Rechnung abgezogen haben (BU S. 12). Daß die Stundennachweise nicht prüfungsfähig gewesen seien, ist in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 5. Dezember 1966 (S. 9) nicht dargelegt.

b) Die dort erbotenen Beweise brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben. Daß die Beklagten anderen Firmen für Schuttbeseitigung insgesamt 2.243,25 DM in Abzug gebracht haben, ist festgestellt. Wieso in Anbetracht der von den Architekten bestätigten Stundennachweise deren Bauführer C [REDACTED] sollte bekunden können, daß der übrige Schutt von der Klägerin selbst stammte, war nicht dargelegt.

c) Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung nicht, wie die Revision meint, auf ein Anerkenntnis der Architekten der Beklagten. Wohl aber waren nach seiner Ansicht die Architekten befugt, namens der Beklagten, die Klägerin mit der Beseitigung des von anderen Firmen zurückgelassenen Schutts zu beauftragen.

Diese Ansicht begegnete keinen rechtlichen Bedenken. Den Architekten oblag die Ausführung bei dem großen Bauvorhaben. Sie hatten deshalb auch für Sauberkeit auf der Baustelle zu sorgen. Erteilten sie dem die Rohbauarbeiten ausführenden Unternehmer den Auftrag, den von anderen Handwerkern zurückgelassenen Schutt zu beseitigen, so lag das nach der Verkehrssitte im Rahmen ihrer Vollmacht. Das gilt umso mehr als die Architekten für die Beklagten die Vertragsverhandlungen geführt haben und die Klägerin ihnen auch alle späteren Nachtragsangebote übersandt hat.

2.) Für Deckendurchbrüche

hat die Klägerin unter Pos. 102 - 107 der Rechnungen Nr. 09101 insgesamt 2.053,20 DM berechnet. Nach der Behauptung der Beklagten hat die Klägerin dieselben Durchbrüche und Stemmaarbeiten in der Rechnung Nr. 09117 noch einmal berechnet.

Das Landgericht hat die Forderung der Klägerin in Höhe von 66 DM für unbegründet erachtet, weil insoweit eine Doppelberechnung vorliegen könne. Zu dem darüber hinausgehenden Betrag hat das Berufungsgericht

dem Gutachten des Sachverständigen vom 18. Mai 1965 entnommen, daß die Pos. 102 - 107 der Rechnung Nr. 09101 die Herstellung der Deckendurchbrüche, die Rechnung Nr. 09117 dagegen das Schließen der Durchbrüche betrifft.

Die Revision hält trotzdem eine Doppelberechnung für gegeben, weil zu den Deckendurchbrüchen notwendigerweise auch das Schließen gehöre. Der von ihr angeführte Schriftsatz der Beklagten vom 10. Juni 1966 (S. 8), in dem diese ein Obergutachten verlangt haben, geht noch von dem ersten Gutachten des Sachverständigen vom 28. September 1965 (S. 5) aus, worin dieser seine Stellungnahme von der Vorlage der Tagelohnzettel abhängig gemacht hatte. An Hand dieser Zettel hat dann der Sachverständige im Gutachten vom 18. Mai 1955 (S. 2) dargelegt, daß sowohl die von der Klägerin für das Stemmen als auch die für das Schließen der Durchbrüche berechneten Preise gerechtfertigt seien. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt. Ein Rechtsfehler ist darin nicht zu erkennen.

3.) Die Lohn-Mehrkosten

von 297,66 DM und 3.412,88 DM, die das Berufungsgericht unter Ziff. 6 der Klägerin zugesprochen hat, hält die Revision aus den oben I, 1-3 behandelten Gründen nicht für gerechtfertigt. Daß ihr darin nicht beigespflichtet werden kann, ist dort ausgeführt.

Zur Höhe dieser Beträge haben die Beklagten beantragt, ein Obergutachten einzuholen. Das hat das Berufungsgericht aus tatrichterlichen Erwägungen nicht für

erforderlich gehalten. Diese lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

4.) Die Heraklithplattenverkleidung

der Fensterbrüstungen hat die Klägerin unter Pos. 68 der Rechnung Nr. 09101 mit $8,50 \text{ DM/m}^2$ berechnet. Der Ansicht der Beklagten, die Klägerin könne hierfür nur den im Hauptangebot unter Pos. 79 aufgeführten Preis von $5,50 \text{ DM/m}^2$ beanspruchen, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Es stellt fest, daß die mit $8,50 \text{ DM/m}^2$ berechneten Platten der Fensterbrüstungen mit Bitumen zu isolieren und mit Rappputz zu versehen waren, während die im Hauptangebot genannten Platten lediglich unter den Deckenhölzern im Dachgeschoß anzubringen waren. Es verweist ferner auf das Gutachten des Sachverständigen vom 28. September 1964 (S. 8), wonach der von der Klägerin geforderte Preis angemessen ist.

Was die Revision diesen Ausführungen entgegen hält, liegt neben der Sache.

5.) Umänderungen der Fensteröffnungen

hat die Klägerin unter Pos. 2, 5 und 8 der Rechnung Nr. 09109 mit insgesamt 570,80 DM berechnet. Die Beklagten halten diesen Betrag um 164,40 DM für übersetzt.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Beklagten durch ihre Architekten das Angebot der Klägerin vom 22. Januar 1959 über diese Zusatzleistung angenommen haben und somit der geforderte Preis vereinbart worden ist, daß ferner die Architekten die mit dem Angebot

übereinstimmende Rechnung der Klägerin geprüft und für richtig befunden haben.

Die Revision spricht auch in diesem Zusammenhang von einem die Beklagten nicht bindenden Anerkenntnis der Architekten. Auf ein Anerkenntnis der Forderung durch die Architekten stellt das Berufungsgericht jedoch nicht ab, sondern auf den vereinbarten Preis. Da der Preis vereinbart worden ist, brauchte das Berufungsgericht schon deshalb über dessen Angemessenheit kein weiteres Gutachten einzuholen.

6.) Zum Kanalgraben

hat die Klägerin das Nachtragsangebot vom 10. Mai 1958 abgegeben. Die von ihr ausgeführten Gräben weisen jedoch einen anderen Querschnitt auf als den im Angebot vorgesehene. Deshalb hat sie andere Einheitspreise in die Rechnung Nr. 09102 eingesetzt. Das Berufungsgericht stellt jedoch dem Gutachten des Sachverständigen vom 28. September 1964 (S. 12) folgend fest, daß der von der Klägerin geforderte Preis sogar hinter dem auf der Grundlage des Nachtragsangebots ermittelten angemessenen Preis zurückbleibt. Es hält deshalb den von der Klägerin berechneten Preis für gerechtfertigt. Darin liegt kein Rechtsfehler. Die Angemessenheit des geforderten Preises richtet sich somit nicht nach dem im Hauptangebot genannten Preis. Aber selbst danach läge der berechnete Preis nur um 8 DM/m³ höher, wobei jedoch, wie das Berufungsgericht ausführt, die eingetretenen Lohnerhöhungen zu berücksichtigen sind. Warum diese Berechnungen falsch sein sollen und wie gerechnet werden müßte, legt die Revision nicht dar.

7.) Die Bearbeitung der Decken

in der früheren Schlosserwerkstatt war im Hauptangebot nicht vorgesehen. Die Klägerin hat diese Arbeiten in der Rechnung Nr. 09110 aufgeführt. Die Beklagten haben beanstandet, daß die Klägerin statt der im Schreiben vom 11. April 1959 genannten Einheitspreise für Putzarbeiten höhere Preise und damit 190,40 DM und 218,62 DM zuviel berechnet habe.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß nicht das genannte Schreiben, sondern das von den Beklagten angenommene Nachtragsangebot der Klägerin vom 4. März 1959 maßgebend sei und daß die Klägerin die darin genannten Preise in Rechnung gestellt habe.

Die Revision verweist auf das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 10. Juni 1966 (S. 15 a). Was sich daraus gegen die Richtigkeit des angefochtenen Urteils ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Auch die Beweislast ist nicht verkannt, denn das Berufungsgericht stellt fest, daß die Parteien den im Nachtragsangebot enthaltenen Preis vereinbart haben.

8.) Die Stützmauer am Bahndamm

ist in der Rechnung Nr. 09112 erfaßt. Das Landgericht hat die Forderung der Klägerin als begründet erachtet, weil sie mit dem Nachtragsangebot vom 15. April 1959 übereinstimme. Das Berufungsgericht stellt hierzu noch fest, daß die Architekten das Nachtragsangebot erhalten und die Rechnungsposten als richtig bestätigt haben.

Bei der widerspruchslosen Hinnahme der Arbeiten durch die Beklagten hätte die Klägerin ihr Angebot als stillschweigend angenommen erachten dürfen, zumal es nicht üblich gewesen sei, die zahlreichen Nachtragsangebote der Klägerin ausdrücklich zu bestätigen.

Diese Ausführungen beanstandet die Revision ohne Erfolg. Die nicht unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten, ihre Architekten hätten das Nachtragsangebot nicht überprüft, hat das Berufungsgericht mit Recht als unerheblich erachtet, weil die Architekten das Angebot jedenfalls erhalten und die Beklagten die Leistungen der Klägerin hingenommen haben. In dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 5. Dezember 1966 (S. 3) haben die Beklagten nicht geltend gemacht, die Gerüststellung habe nicht berechnet werden dürfen. Zudem enthält die Rechnung Nr. 09112 überhaupt keinen Betrag für Gerüststellung.

9.) Die in Ziff. 14) und 15)

des angefochtenen Urteils erörterten Preise der Pos. 2 der Rechnung Nr. 09104 und Pos. 14 und 41 der Rechnung Nr. 09108 stimmen, so stellt das Berufungsgericht fest, mit dem im Nachtragsangebot der Klägerin vom 18. September 1958 genannten überein. Das Berufungsgericht stellt weiter fest, daß die Klägerin das Nachtragsangebot nicht erst nach Ausführung der Arbeiten vorgelegt hat. Das begründet es auch des näheren.

Was die Revision demgegenüber anführt, ist unerheblich. Das Berufungsgericht stellt in erster Linie fest, daß die bevollmächtigten Architekten das Angebot

angenommen haben, indem sie die Klägerin die Arbeiten ausführen ließen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es kommt somit nicht darauf an, ob mit den Architekten die berechneten Preise ausdrücklich vereinbart worden sind. Den von den Beklagten für das Gegenteil als Zeuge benannten Bauführer Clemens brauchte das Berufungsgericht deshalb nicht zu vernehmen.

10.) Die Rechnung Nr. 09121

über 327,34 DM betrifft Tagelohnarbeiten. Die Architekten haben sie geprüft und für richtig befunden. Das Berufungsgericht vermißt einen schlüssigen Einwand der Beklagten.

Daran läßt es auch die Revision fehlen.

11.) Die Ausbesserung einer Balkondecke

durch einen anderen Unternehmer hat nach der Behauptung der Beklagten 36,60 DM gekostet. In dieser Höhe wollen sie aufrechnen.

Das Berufungsgericht verneint diesen Anspruch, weil die behauptete mündliche Rüge auf der Baustelle nicht ausreiche, um von der Klägerin diese Nachbesserungskosten verlangen zu können. Die Beklagten hätten der Klägerin eine angemessene Frist zu der Behebung des Mangels setzen müssen (§ 13 Ziff. 5, 6 VOB (B)).

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe überschen, daß die Klägerin es abgelehnt habe, den Mangel zu beseitigen. Dem angeführten Schriftsatz der

Beklagten vom 10. Juni 1966 (S. 17 a) ist jedoch eine dahingehende Behauptung nicht zu entnehmen. Ein bloßes Bestreiten des Mangels hätte die Beklagten noch nicht der Notwendigkeit enthoben, der Klägerin eine Frist zu dessen Behebung zu setzen.

Die Revision kann auch nicht geltend machen, die Klägerin sei dadurch bereichert, daß die Beklagten den Mangel auf ihre Kosten hätten beseitigen lassen. § 13 Ziff. 5 VOB (B) enthält eine abschließende Regelung des Anspruchs auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten. Ein Bereicherungsanspruch besteht daneben nicht (BGH VII ZR 124/63 vom 11. Oktober 1965 = NJW 1966, 39; VII ZR 103/66 vom 7. Oktober 1968).

12.) Aus Mietzinsverlust

wegen verspäteter Fertigstellung des Bauwerks haben die Beklagten eine Gegenforderung über 46.224,75 DM zur Aufrechnung gestellt.

Das Berufungsgericht verneint den Anspruch, weil ein Termin für die Fertigstellung nicht vereinbart gewesen, die Klägerin nicht durch eine Mahnung der Beklagten in Verzug gesetzt worden sei (§ 284 BGB) und selbst im Falle des Verzugs die Klägerin nach § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) als Verzugsschaden nur den unmittelbaren Schaden, nicht aber den entgangenen Gewinn, wozu ein Mietausfall rechnet, ersetzt verlangen könne.

Ob die Beklagten die Klägerin, wie die Revision

darzulegen versucht, wirksam in Verzug gesetzt haben, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls können die Beklagten nach § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) den Anspruch auf Ersatz von Mietausfall nicht aus einem Verzug der Klägerin herleiten (BGH VII ZR 262/63 vom 13. Januar 1966 = Schäfer-Finnern, Z 2. 411 - 26; VII ZR 16/65 vom 8. Juni 1967 = BGHZ 48, 78).

Die Revision meint, die Beschränkung der Haftung auf den unmittelbaren Schaden gelte nicht, weil die Klägerin vorsätzlich die Fertigstellung des Bauwerks verzögert habe. Sie weist jedoch keinen Sachvortrag der Beklagten nach, aus dem sich das ergeben könnte. Die Behauptung, die Klägerin habe zeitweilig Arbeitskräfte von der Baustelle abgezogen, genügt hierfür nicht. Ein Zeitpunkt, zu dem die Arbeiten beendet sein sollten, war nicht vereinbart.

13.) Gegenforderungen wegen Baumängel

hält das Berufungsgericht für verjährt, weil die Abnahme am 5. November 1958 erfolgt und die 2-jährige Verjährungsfrist des § 13 Ziff. 4 VOB (B) somit am 5. November 1960 abgelaufen gewesen sei. Unstreitig hätten die Beklagten den wesentlichen Teil der Mängel überhaupt erst nach Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt und im übrigen keine schriftliche Mängelrüge mit Aufforderung zur Nachbesserung erhoben.

a) Diese Ausführungen sind frei von Rechtsfehlern, auch die Revision erhebt insofern keine Einwendungen.

b) Eine vor Ablauf der Verjährung mündlich vorgebrachte Rüge hätte freilich den Beklagten unter Umständen trotz der Verjährung das Recht erhalten können, ihre Mängelansprüche noch einredeweise dem Werklohnanspruch der Klägerin entgegenzusetzen (§§ 639 Abs. 1 i.V. mit 478, 479 BGB). Mündlich haben die Beklagten vor Ablauf der Verjährungsfrist, so stellt das Berufungsgericht fest, allenfalls Mängel an den Laubengängen gerügt. Diese Rüge sei jedoch nicht gegenüber der Klägerin, sondern angeblich gegenüber deren Bauführer Becker geltend gemacht worden. Die Beklagten hätten aber nicht behauptet, daß Becker zur Entgegennahme von Mängelrügen bevollmächtigt gewesen sei.

Die Revision rügt, der Bauführer Becker sei ersichtlich dazu angestellt gewesen, alle die Baudurchführung betreffenden Angelegenheiten zu regeln, also auch Mängelrügen entgegenzunehmen. Zumindest müsse das für das Revisionsverfahren unterstellt werden.

Dem kann nicht beigetreten werden. Ein vom Bauunternehmer bestellter Bauführer hat grundsätzlich nur technische Aufgaben zu erledigen und ist nicht ohne weiteres bevollmächtigt, rechtsgeschäftliche Erklärungen für den Unternehmer entgegenzunehmen. Das gilt namentlich für eine erhebliche Rechtsfolgen auslösende Mängelanzeige. Es kann deshalb nicht angenommen werden, daß der Bauunternehmer gegenüber seinem Bauführer auf der Baustelle beiläufig mündlich vorgebrachte Beanstandungen, mit denen dessen eigene Nachlässigkeit gerügt wird, als Mängelanzeige im Sinne der §§ 478, 479 BGB gegen sich gelten lassen will. Das Berufungsgericht vermißt deshalb

mit Recht nähere Darlegungen der Beklagten, wonach der Bauführer Be[REDACTED] von der Klägerin zur Entgegennahme von rechtserheblichen Erklärungen bevollmächtigt war.

III. Verjährung der Werklohnforderung

Das Berufungsgericht hält die Klageforderung für verjährt, versagt jedoch den Beklagten das Recht, sich hierauf zu berufen.

Auf die von der Revision hiergegen gerichteten Angriffe braucht nicht eingegangen zu werden, denn die Klageforderung ist nicht verjährt.

Nach § 16 Nr. 2 Abs. 1 S. 1 VOB (B) ist die Schlußzahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlußrechnung zu leisten, spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Einreichung. Die Rechnungen der Klägerin tragen das Datum vom 7. September 1959. Die 2-jährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB begann deshalb erst am 1. Januar 1960 zu laufen (BGH NJW 1968, 1962; BGH VII ZR 38/67 vom 27. Februar 1969). Die Werklohnforderung der Klägerin war deshalb, als der Zahlungsbefehl den Beklagten am 30. Dezember 1961 zugestellt wurde, noch nicht verjährt.

IV.

Nach § 97 ZPO haben die Beklagten die Kosten ihrer somit unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Finke

Schmidt