

VII ZR 30/61

Verkündet
am 20. September 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2195 044

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Firma Wilhelm P [REDACTED] & M [REDACTED], Fliesenfach-
geschäft, [REDACTED], Ma [REDACTED] Landstr. [REDACTED]

Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte,
Revisionsklägerin und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bauunternehmung Heinrich T [REDACTED] KG, B [REDACTED]-C [REDACTED]
[REDACTED], D [REDACTED] Str. [REDACTED], vertreten durch den per-
sönlich haftenden Gesellschafter Architekt Hans T [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlußberufungs-
klägerin, Revisionsbeklagte und AnschlußRevi-
sionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 20. September 1962 unter der Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Kietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 20. Dezember 1960
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in
Höhe von 3.940,95 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfah-
rens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision der Klägerin und die An-
schlußRevision der Beklagten werden zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte errichtete in den Jahren 1954/55 als Generalunternehmerin für die amerikanische Besatzungsmacht in Baumholder 8 Wohnblöcke. Sie hatte die Bauten in 200 Kalendertagen auszuführen und bei Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe zu zahlen.

Die Fliesen- und Plattenlegerarbeiten übertrug die Beklagte durch Vertrag vom 22. Juli 1954 der Klägerin. Hierfür vereinbarten die Parteien einen Pauschalpreis von 172.000 DM (je Block 21.500 DM). Auch die Klägerin hatte bei Fristüberschreitung Vertragsstrafe an die Beklagte zu zahlen.

Die Klägerin hat wegen zusätzlicher Leistungen statt 21.500 DM für jeden Block 22.086,90 DM berechnet.

Für die Beseitigung von Schäden, die andere Subunternehmer an den von ihr verlegten Fliesen angerichtet haben, hat sie laut Rechnung vom 15. Juni 1955 weitere 5.370,71 DM beansprucht.

Für die Erneuerung von Fliesen, die beim Austrocknen der Gebäude mittels heißer Luft herabgefallen und zersprungen sein sollen, hat sie in ihrer Rechnung vom 29. September 1955 weitere 9.277,69 DM angesetzt.

Schließlich hat sie 411,47 DM für im Vertrag nicht vorgesehene zusätzliche Fliesenlegerarbeiten verlangt.

Die Klägerin hat demgemäß statt des vereinbarten Pauschalpreises von 172.000 DM insgesamt 191.755,07 DM in

- 3 -

Rechnung gestellt. Unter Berücksichtigung einer Gutschrift über 692,46 DM und der von der Beklagten gezahlten 154.600 DM hat sie mit der Klage 36.462,61 DM nebst Zinsen verlangt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat teils den Grund, teils die Höhe der Mehrforderungen der Klägerin bestritten, im übrigen mit Gegenforderungen, insbesondere auf Vertragsstrafe in Höhe von 33.120 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klägerin 10.343,23 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage in Höhe von 15.204,90 DM mit Zinsen abgewiesen. Den offengelassenen Klagebetrag von 10.914,48 DM nebst Zinsen hiervon hat es der Klägerin im Schlußurteil zu 7.676,73 DM mit Zinsen zugesprochen und zu 3.237,75 DM samt Zinsen aberkannt.

Die Parteien haben gegen beide Urteile Berufung eingelegt. Die Klägerin hat gegenüber dem Teilurteil weitere 13.048,48 DM nebst Zinsen und über das Schlußurteil hinaus weitere 3.071,83 DM sowie Zinsen hiervon begehrt.

Durch Teilvergleich vom 18. November 1960 haben sich die Parteien über einen Teil der zusätzlichen Forderungen der Klägerin und der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten auf einen Betrag von 700 DM zu Gunsten der Beklagten geeinigt.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Es hält die Gesamtforderung der Beklagten von 183.365,92 DM durch Zahlungen der Beklagten im Betrage von 154.600 DM,



durch eine Gutschrift über 353,95 DM, durch den Vergleich in Höhe von 700 DM und durch Aufrechnung mit Vertragsstrafenansprüchen der Beklagten, die zusammen 27.720 DM ausmachen sollen, für erloschen und errechnet noch eine Gegenforderung der Beklagten von 8,03 DM.

Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten gemäß dem landgerichtlichen Urteil, sowie ihren im Berufungsverfahren gestellten weitergehenden Anträgen.

Die Beklagte bittet, die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Mit ihrer Anschlußrevision wendet sie sich dagegen, daß das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin von 6.604,96 DM nur wegen Aufrechnung mit ihrem Vertragsstrafenanspruch abgewiesen hat.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Anschlußrevision.

Entscheidungsgründe:

Die Parteien streiten noch über die Vergütung der Klägerin für die Erneuerung der durch andere Unternehmer (A) und der infolge des Austrocknens der Gebäude (B) beschädigten Fliesen, ferner über den zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafenanspruch der Beklagten (C).

A

Die in der Rechnung der Klägerin vom 15. Juni 1955 aufgeführten Beträge von insgesamt 5.370,71 DM für die Be-

seitigung der durch andere Handwerker an den Fliesen verursachten Schäden hält das Berufungsgericht nur in Höhe von 1.429,76 DM für berechtigt.

I.

Das Berufungsgericht geht von Ziffer 14 der besonderen Vertragsbedingungen aus. Danach hat der Auftragnehmer

"die Arbeiten und Materialien bis zur endgültigen Fertigstellung und Abnahme des Bauwerks durch die Bauleitung in jeder Weise zu schützen. Auch hat er etwaige Schäden oder die vollständige Vernichtung durch andere Handwerker, Einsturz, Frost, Feuer oder sonstige Naturereignisse auf seine Kosten zu ersetzen. Das gleiche gilt für Diebstahl. Die eventuelle Stellung eines Wächters während der Bauzeit ist Sache des Auftragnehmers."

1. Das Berufungsgericht sieht in dieser Bestimmung eine Vereinbarung, die weitgehend mit der gesetzlichen Regelung in § 644 BGB übereinstimme, wonach der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr trägt. Es stellt fest, daß erst mit der Abnahme des ganzen Bauwerks durch die Amerikaner die Fliesenlegerarbeiten der Klägerin durch die Beklagte als abgenommen gelten sollten. Nach seiner Ansicht wird die getroffene Regelung den Verhältnissen auf einer großen Baustelle gerecht. Erfahrungsgemäß werde dort die Ordnung am besten gewahrt, wenn jeder Handwerker selbst auf sein Werk achte. Wegen des Durch- und Nebeneinanders auf einer Großbaustelle ergäben sich zudem, wie gerade der vorliegende Fall beweise, erhebliche Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung des Schuldigen.

2. Die Revision vertritt demgegenüber die Ansicht, die Beklagte habe durch die von ihr anderen Handwerkern erteil-

ten Weisungen die Schäden an den verlegten Fliesen selbst verursacht und sogar bewußt in Kauf genommen. Gemäß § 645 BGB habe sie hierfür einzustehen, die in Ziffer 14 aaO enthaltene Regel stehe dem nicht entgegen.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht den Sachvortrag der Klägerin unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht gewürdigt hat.

a) Ist das Werk der Klägerin vor der Abnahme infolge von Weisungen der Beklagten an andere Handwerker beschädigt worden, ohne daß ein von der Klägerin zu vertretender Umstand mitgewirkt hat, so hat die Beklagte nach dem Grundgedanken des § 645 Abs. 1 BGB die erforderlichen Instandsetzungsarbeiten der Klägerin zu vergüten. Der Wortlaut der Ziffer 14 aaO bietet keinen Anhalt für die Annahme, daß auch diese Rechtsfolge ausgeschlossen sein sollte.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zahlreiche Behauptungen der Klägerin, aus denen sich ergebe, daß die Ausbesserung der Fliesen infolge von Organisations- und Regiemängel sowie Weisungen der Beklagten an andere Handwerker notwendig geworden seien, nicht beachtet (§ 286 ZPO).

Es braucht nicht auf jede dieser Rügen eingegangen zu werden. Aus einem Teil der von der Revision als nicht berücksichtigt angeführten Behauptungen der Klägerin könnte allenfalls folgen, daß die Arbeiten der Klägerin durch Maßnahmen der Beklagten eine Verzögerung erfahren haben. Auch auf den unsubstantiierten Vortrag, die gesamte Bauführung sei mangelhaft organisiert gewesen, kann es nicht ankommen.

Erheblich aber ist die Darstellung, später eingesetzte Handwerker hätten von der Klägerin bereits verlegte Fliesen bei der Ausführung ihrer Arbeiten zwangsläufig beschädigen müssen.

aa) Das gilt für die Behauptung, die Öffnungen in den Wänden für die Abflußleitungen der Toiletten seien zu klein geplant, die Abflußstutzen zu tief und unsachgemäß eingebaut gewesen; die Installateure hätten später die Öffnungen erweitern und dabei die Fliesen beschädigen müssen; die Klägerin habe deshalb 40 % der 192 Anschlüsse nacharbeiten müssen, für jeden dieser Anschlüsse seien 3 bis 4 Platten und eine Arbeitszeit von 1 1/2 bis 2 Stunden erforderlich gewesen (u.a. Schriftsatz vom 28. September 1959, S. 6; "eugenaussagen Holze, Ahrens, Dürre und Iden vom 3. Februar 1958).

bb) Das gleiche gilt für die von der Klägerin auf-gegriffenen Bekundungen der Zeugen Iden und Ahrens vom 3. Februar 1958 (Protokollanlage S. 20). Danach konnten die Fliesenleger die von den Elektrikern bereits ange-brachten, an den Zuleitungen hängenden Anschlußdosen nicht bis an die Fugenkreuze heranzuführen, weil die Lei-tungen zu kurz waren; die Elektriker haben dann die Fliesen ausgeschlagen, und die Klägerin hat sie später erneuert.

cc) Nach der Bekundung des "eugen Ahrens (Protokoll vom 3. Februar 1958 S. 7), hat die Beklagte nicht die Aufgänge in den Häusern gesperret, obwohl sie es zugesagt hatte; andere Handwerker haben die frisch verlegten Platten betreten und die Klägerin mußte sie deshalb noch ein-mal verlegen.

hat die Beklagte es übernommen, die Aufgänge zu sperren, so hat damit die in Ziffer 14 aaO getroffene Vereinbarung insoweit eine Änderung erfahren. Die Klägerin kann dann die durch das vorzeitige Betreten der Beläge notwendig gewordenen Ausbesserungsarbeiten vergütet verlangen.

dd) Wenn die Scheuerfrauen auf Weisung der Beklagten die gerade erst verlegten Fliesen zum Reinigen betreten und sogar von den Malern herrührende Farbe mit Rasierklingen davon entfernt haben und deshalb der Belag nochmals verlegt und zerkratzte Fliesen durch andere ersetzt werden mußten (Schriftsatz der Klägerin vom 3. Dezember 1958, S. 18) und Bekundung des Zeugen D. vom 3. Februar 1958, Protokollanlage S. 7), so handelt es sich insoweit ebenfalls um Schäden, die von der Beklagten veranlaßt waren. Ziffer 14 aaO steht deshalb einem Vergütungsanspruch der Klägerin für die erforderlichen Ausbesserungsarbeiten nicht entgegen.

II.

Die in Ziffer 14 aaO getroffene Vereinbarung haben die Parteien nach Ansicht des Berufungsgerichts in den nachfolgenden mündlichen und schriftlichen Verhandlungen nicht geändert.

1. Zwar habe sich die Beklagte, so führt das Berufungsgericht aus, auf Drängen der Klägerin Ende November/Anfang Dezember 1954 dazu bereit gefunden, ihr die Kosten der Wiederherstellungsarbeiten vorzulegen und sie danach mit den betreffenden Subunternehmern, die die Schäden verursacht hätten, zu verrechnen. Damit habe sie jedoch ihren

Standpunkt, daß die Klägerin selbst sich an diese Unternehmer zu halten hatte, nicht aufgegeben und mit der Klägerin keinen zusätzlichen Werkvertrag geschlossen. Die Beklagte habe es lediglich übernommen, die Instandsetzungskosten einzuziehen; dafür habe sich die Klägerin bereitgefunden, die Instandsetzungsarbeiten beschleunigt auszuführen, ohne Schuldanerkenntnisse der betreffenden Handwerker abzuwarten. Dieses rechtlich als Auftrag zu wertende zusätzliche Abkommen habe jederzeit von beiden Seiten widerrufen werden können (§ 671 BGB). Von dieser Möglichkeit habe die Beklagte in ihrem Schreiben vom 18. Dezember 1954 Gebrauch gemacht.

Das Berufungsgericht gelangt demgemäß zu dem Ergebnis, daß die Klägerin die in ihrer Rechnung vom 15. Juni 1955 aufgeführten Arbeiten nur insoweit vergütet verlangen könne; als von Bauführern und Angestellten der Beklagten bestätigte Lohnzettel vorliegen. Auf die darin aufgeführten Arbeiten entfalle eine Vergütung von insgesamt 1.429,76 DM.

2. Mit Recht wendet sich die Revision auch gegen die Auslegung der späteren Abrede.

a) Die Beklagte kann nur dann den Auftrag (§§ 662 ff BGB) übernommen haben, "die Schadensersatzansprüche der Klägerin (gegen die anderen Subunternehmer) zu realisieren", wenn der Klägerin solche Ansprüche zustanden. Das Berufungsgericht hätte deshalb zunächst die Rechtsgrundlage solcher Ansprüche erörtern müssen.

In einem Vertragsverhältnis zu den anderen Subunternehmern hat die Klägerin nicht gestanden. Auch standen die

von diesen beschädigten, bereits eingebauten Fliesen nicht im Eigentum der Klägerin. Ein eigener Anspruch wegen Beschädigung ihrer Arbeiten konnte der Klägerin deshalb allenfalls unter den Voraussetzungen des § 826 BGB erwachsen sein; dafür hat aber die Klägerin nichts vorgetragen.

Schon deshalb bestehen gegen die Auslegung des Berufungsgerichts Rechtsbedenken.

Die Beklagte hat möglicherweise mit der in Ziff. 14 aaO getroffenen Vereinbarung ihre im Interesse der Klägerin gegen die anderen Subunternehmer aus der Beschädigung von Fliesen erwachsenden vertraglichen Ansprüche an die Klägerin abgetreten oder wenigstens sich hierzu verpflichtet; der Klägerin war es dann überlassen, selbst diese Ansprüche gegen die anderen Subunternehmer geltend zu machen. Das bleibt zu prüfen.

b) Entnimmt man der Ziff. 14 aaO einen Übergang von Ansprüchen der Beklagten auf die Klägerin, so haben die Parteien diese Vereinbarung durch die spätere Abrede (Ende November/Anfang Dezember 1954) wieder rückgängig gemacht, und zwar entweder endgültig, oder, wie das Berufungsgericht meint, jederzeit einseitig frei widerruflich oder kündbar.

Der Revision muß zugestanden werden, daß das Berufungsgericht auch insoweit bei seiner Auslegung wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen hat:

Es bedeutete für die Klägerin einen erheblichen Unterschied, ob sie sich wegen ihrer Vergütung für die Instandsetzungsarbeiten an die möglicherweise ihres Ersatz-

pflicht bestreitenden anderen Subunternehmer halten mußte oder ob sie von der Beklagten vorbehaltlos mit der Instandsetzung beauftragt wurde und deshalb von dieser ihren Werklohn zu beanspruchen hatte. In ihrem Schreiben von 30. November 1954 bestätigt die Klägerin die Abrede, daß sie die notwendigen Reparaturen im Auftrag der Beklagten durchführen werde. Weiter heißt es darin: "Die Berechnung erfolgt an Sie nach Zeitaufwand und Materialverbrauch". Ebenso hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 10. Dezember 1954 "zur Schaffung klarer Verhältnisse" die Klägerin mit der Beseitigung der von den anderen Subunternehmern an den Arbeiten der Klägerin verursachten Schäden beauftragt. In keinem der Schreiben ist davon die Rede, daß es grundsätzlich bei der in Ziff. 14 aaO getroffenen Vereinbarung bleiben solle und daß jede Partei jederzeit die neue Vereinbarung widerrufen oder kündigen könne (§ 671 Abs. 1 BGB).

Aber auch der Beklagten brachte die Abrede namentlich im Hinblick auf Vertragsstrafenforderungen der Amerikaner erhebliche Vorteile, denn die Klägerin übernahm es, die Instandsetzungsarbeiten sofort durchzuführen, da sie sich nicht mehr auf Auseinandersetzungen mit den anderen Subunternehmern einzulassen brauchten.

Somit standen sich bei dem Abkommen offenbar Leistung und Gegenleistung gegenüber, was gegen einen Auftrag spricht, zu dessen Wesen die Unentgeltlichkeit gehört. Bei einem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag besteht kein freies Kündigungsrecht der Partner (§ 675 BGB).

Das Rundschreiben, das die Beklagte ihrem Schreiben an die Klägerin vom 10. Dezember 1954 beigelegt hatte,

ist an alle beteiligten Subunternehmer verteilt worden. Der darin enthaltene Hinweis der Klägerin, sie werde die entstehenden Kosten vorlegen und mit den betreffenden Subunternehmern verrechnen, war ersichtlich an die anderen Subunternehmer gerichtet. Aus dem Wort "vorlegen" folgt nicht notwendig, wie das Berufungsgericht meint, daß die Beklagte grundsätzlich ihren alten in Ziff. 14 aaO niedergelegten Standpunkt beibehalten und sich der Klägerin gegenüber vorbehalten wollte, jederzeit wieder zu der früheren Regelung zurückzukehren. Damit hat die Beklagte lediglich zum Ausdruck gebracht, daß sie selbst die von ihr an die Klägerin zu entrichtenden Beträgen anderen Subunternehmern in Rechnung stellen werde. Für ihr Verhältnis zur Klägerin braucht sich daraus nichts zu ergeben.

Sollte das Berufungsgericht bei Berücksichtigung vorstehender Gesichtspunkte wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die Beklagte die Abrede von Ende November/Anfang Dezember 1954 kündigen konnte, so bleibt jedenfalls noch zu prüfen, ob der von der Klägerin eingeklagte Betrag auch in der Zeit vom 30. November bis 18. Dezember 1954 ausgeführte Instandsetzungsarbeiten, also Arbeiten betrifft, mit denen die Beklagte die Klägerin ausdrücklich beauftragt hatte. Diese Arbeiten hat die Beklagte der Klägerin jedenfalls zu vergüten.

III.

Die mögliche Auswirkung der oben unter I, 2b aufgeführten Behauptungen der Klägerin auf die Höhe der eingeklagten Forderung von 5.370,71 DM ist noch nicht zu über-

sehen. Ebenso ist noch unklar, wie sich eine anderweitige Auslegung der späteren Abrede auf die Höhe der Forderung auswirken wird. Das angefochtene Urteil muß deshalb insoweit aufgehoben werden als die Klage in Höhe von (5.370,71 - 1.429,76 DM =) 3.940,95 DM nebst Zinsen abgewiesen ist.

B.

Von der Forderung der Klägerin über 9.277,69 DM für die Erneuerung von Fliesen, die sich infolge Austrocknens der Häuser mittels Heißluft gelöst haben, teilweise beim Herabfallen auch zersprungen sein sollen, hat das Landgericht der Klägerin 6.604,96 DM zuerkannt und 2.672,73 DM (für die Baublöcke 13 und 16) abgesprochen. Die hiergegen gerichteten Berufungen beider Parteien hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Beide Gerichte rechnen es der Beklagten als Verschulden an, daß sie beim Austrocknen der Bauten die Heißluft auch auf die Plattenbeläge hat richten lassen. Das Berufungsgericht sieht demgemäß die Rechtsgrundlage für den Anspruch der Klägerin in § 645 Abs. 2 BGB. Hinsichtlich der Baublöcke 13 und 16 verneinen die Vorinstanzen einen Anspruch der Klägerin, weil diese bereits vor Verlegung der Fliesen ausgetrocknet gewesen seien.

I.

Mit der Anschlußrevision wendet sich die Beklagte dagegen, daß das Berufungsgericht die Forderung der Klägerin in Höhe von 6.604,96 DM für begründet und nur im

Hinblick auf die hilfsweise Aufrechnung mit dem Gegenanspruch auf Vertragsstrafe (unten C) für erloschen erachtet hat. Gegen das Rechtsmittel bestehen keine verfahrensrechtlichen Bedenken (vgl. BGHZ 16, 394); jedoch hält das angefochtene Urteil insoweit einer sachlichrechtlichen Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß heute nicht mehr durch Zeugen oder Sachverständige eindeutig festgestellt werden könne, welche Kacheln und Fliesen um die Jahreswende 1954/55 in den Baublöcken abgefallen seien und worauf das im einzelnen beruhe. Die Kacheln seien längst ergänzt, und etwa noch feststellbare Mörtelreste aus der ersten Verlegung der Platten bildeten keine eindeutig zu wertenden Erkenntnisquellen. Es müsse deshalb die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden sei, unter Würdigung aller Umstände nach freiem richterlichen Ermessen entschieden werden (§ 287 ZPO).

Unter dem Druck der von den Amerikanern angedrohten Vertragsstrafe habe die Beklagte den Bau mittels mindestens 40 ° C warmer Luft austrocknen lassen. Das habe eine erhebliche Gefahr für die angebrachten Kacheln mit sich gebracht, und dessen seien sich die eigenen Leute der Beklagtenbewußt gewesen. Die Beklagte könne sich deshalb nicht auf Ziffer 14 aaO berufen.

Unter den gegebenen Umständen sei es Sache der Beklagten, die die Beschädigung der Platten auf andere Ursachen zurückführen wolle, diese aufzuzeigen. Das sei ihr nicht gelungen.

Zu Unrecht meint die Anschlußrevision, das Berufungsgericht habe dem Schreiben vom 14. Oktober 1955 nicht

entnehmen können, daß die Beklagte die Notwendigkeit der Instandsetzungsarbeiten und den ursächlichen Zusammenhang zwischen ihnen und dem Austrocknen der Bauten mittels Heißluft nicht habe in Abrede stellen wollen. Die Auslegung dieses Schreibens ist Aufgabe des Tatrichters und bindet grundsätzlich das Revisionsgericht. Daß die Auslegung mit dem Wortlaut unvereinbar wäre, behauptet die Anschlußrevision selbst nicht. Es kann nicht verkannt werden, daß es für die Beklagte nahe gelegen hätte, sich nicht bloß auf Ziffer 14 aaO zu berufen, wenn sie auch die Behauptung der Klägerin hätte bestreiten wollen, das Lösen der Platten sei auf die künstliche Austrocknung der Bauten zurückzuführen.

Das Berufungsgericht hat zudem nicht ausschließlich, auch nicht überwiegend auf dieses Schreiben der Beklagten abgestellt. Es hat aus eigener, durch die Entscheidung von Bauprozessen gewonnener Sachkenntnis die Wahrscheinlichkeit, daß sich die Platten infolge der Einwirkung von Heißluft von den Wänden gelöst haben, bejaht. Diese Möglichkeit zielt die Anschlußrevision nicht in Zweifel. Es hat ferner, wie es hervorhebt, seine Überzeugung durch Würdigung des Sachvortrags der Parteien und der Bekundungen der Zeugen gewonnen. Den Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 14. Oktober 1955 hat es nur als zusätzlichen Gesichtspunkt ("hinzukommt") angeführt.

Auf die von der Anschlußrevision angeführte Vorschrift des § 346 HGB kommt es nicht an. Das Berufungsgericht entnimmt dem Schreiben der Beklagten vom 14. Oktober 1955 kein rechtsgeschäftliches Verhalten, sondern folgert daraus, daß die Beklagte selbst damals in dem künstlichen Austrocknen der Räume mittels Heißluft die Ursache für das Abfallen der Platten gesehen habe.

2. Dadurch, daß die Klägerin die von der Beklagten verlangte substantiierte Rechnung vom 29. September 1955 u.a. mit dem "Trockenheizen" der Bauten begründet hatte, die Beklagte sich aber demgegenüber in ihrem Schreiben vom 14. Oktober 1955 nur auf Ziffer 14 der besonderen Vertragsbedingungen berief, hat die Beklagte, so stellt das Berufungsgericht fest, bewirkt, daß die Klägerin kein Beweissicherungsverfahren über die Ursache und den Umfang der Schäden an den Plattenbelägen durchführte.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte müsse sich deshalb so behandeln lassen, als ob die Behauptung der Klägerin in einem Beweissicherungsverfahren bestätigt worden wäre, ist rechtlich unbedenklich. Die von der Revision angeführte Entscheidung in LM Nr. 2 zu § 282 ZPO steht dem nicht entgegen. Danach gehen Lücken in der Beweisführung dann zu Lasten der nicht beweispflichtigen Partei, wenn diese die Unaufklärbarkeit schuldhaft herbeigeführt hat. Eine dahingehende Absicht muß sie nicht verfolgt haben. Verschuldet hat aber die Beklagte die Unaufklärbarkeit, weil sie erst im Verlaufe des langjährigen Rechtsstreits Ursache und Umfang der von der Klägerin bereits in der Rechnung vom 29. September 1955 geltend gemachten Austrocknungsschäden bestritt, als diese, wie die Beklagte als Baufirma wissen mußte, die erforderlichen Beweise nicht mehr zu erbringen vermochte.

3. Die Meinung des Berufungsgerichts, die in Ziffer 14 aaO getroffene Vereinbarung stehe der Forderung der Klägerin auf Vergütung der durch die künstliche Austrocknung der Räume an den Belägen entstandenen Schäden nicht entgegen, ist rechtlich unbedenklich. Die Beklagte hat die künstliche Austrocknung der Bauten selbst veranlaßt,

und ihre Leute haben, wie das Berufungsgericht feststellt, die damit für die Fliesenbeläge verbundenen Gefahren gekannt. Der sich aus § 645 Abs. 2 BGB ergebende Anspruch der Klägerin wird, wie bereits (unter A, I, 2a) ausgeführt, durch Ziffer 14 aaO nicht ausgeschlossen.

4. Der Sachverständige Dr.ing. Horst Eick hat in seinem Gutachten (S. 2) die theoretisch möglichen Ursachen für das Ablösen der Platten aufgeführt und darunter auch Frost genannt. Frost kann aber nach seiner Ansicht (S. 4) im vorliegenden Falle nicht die Ursache gewesen sein, falls in denselben Gebäuden die Innenputzflächen keine Frostschäden aufgewiesen haben. Daß die Beklagte behauptet hat, es hätten sich am Innenputz Frostschäden gezeigt, legt die Anschlußrevision nicht dar.

Der gutachtlichen Stellungnahme des Diplom-Ingenieurs Uli Ruprecht vom 8. September 1958 brauchte das Berufungsgericht nichts zum Nachteil der Klägerin zu entnehmen. Auch sie enthält nur theoretische Erwägungen. Die Beklagte hat daraus auch nichts hergeleitet.

Die Beklagte hat die in beiden Gutachten erörterten theoretischen Möglichkeiten nicht durch Tatsachenbehauptungen untermauert. Das Berufungsgericht hätte keinen Anlaß, die Beklagte hierzu zu veranlassen.

5. Da das angefochtene Urteil hinsichtlich der sich aus den Austrocknungsschäden ergebenden Forderung der Beklagten auch im übrigen keinen Rechtsfehler zu deren Nachteil erkennen läßt, erweist sich die Anschlußrevision als unbegründet.

II.

Die Revision der Klägerin erstrebt die Verurteilung der Beklagten auch in Höhe des aberkannten Teilbetrags von 2.672,73 DM, der die Ausbesserungsarbeiten in den Baublöcken 13 und 16 betrifft. Das Berufungsgericht gelangt mit dem Landgericht zu dem Ergebnis, daß diese Blöcke bereits vor dem Verlegen der Fliesen ausgetrocknet worden waren und deshalb dort das Ablösen von Fliesen nicht auf Heißlufteinwirkung zurückgeführt werden kann.

Die von der Revision hiergegen erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet.

1. Die Verweisung auf die "Lohnzettel und die Abrechnungsmethode" ist unverständlich. Es geht hier nur darum, ob in den Baublöcken 13 und 16 das Ablösen der Fliesen auf das künstliche Austrocknen zurückzuführen ist, nicht um den Umfang dadurch bedingter Ausbesserungsarbeiten. Diese Frage hat das Berufungsgericht auch nicht etwa auf Grund freier richterlicher Würdigung (§ 287 ZPO) verneint, wozu es entgegen der Ansicht der Revision gemäß § 287 Abs. 2 ZPO berechtigt gewesen wäre.

2. Aus dem Datum der Ausbesserungsarbeiten kann nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht gefolgert werden, wann die einzelnen Räume mittels Heißluft ausgetrocknet wurden und wann die Fliesen abgesprungen sind. Die von der Klägerin angegebenen Daten der einzelnen Schlußrechnungen stehen, wie es näher darlegt, in offenkundigem Gegensatz zu deren Erklärungen über die Beendigung der jeweiligen Arbeiten an den einzelnen Blöcken. Bei diesen

Widersprüchen bestehe kein Anlaß, den von der Klägerin benannten Zeugen D. zu vernehmen.

Das rügt die Revision zu Unrecht. Nach der von der Klägerin im Schriftsatz vom 13. Januar 1959 (S. 9) wieder-gegebenen Liste, die ihre Vorarbeiter Ahrens und Dürre aufgestellt haben, ist "unbekannt", wann die Arbeiten in den Blöcken 13 und 16 beendet wurden. Demnach konnte es auf die Vernehmung Dürres hierüber nicht ankommen. Zwar hat die Klägerin durch Dürre auch Beweis dafür erboten, daß sie bis auf ein Bad in allen Blöcken die eigentlichen Vertragsarbeiten vor der Einleitung des Austrocknungsverfahrens durch die Beklagte beendet hatte. Dem steht aber gerade die von der Klägerin vorgelegte Fotokopie aus dem Notizbuch des Vorarbeiters Dürre entgegen, wonach die Klägerin wegen der Austrocknungsarbeiten die Fliesenarbeiten im rechten Erdgeschoß von Block 16 erst später ausgeführt hat. Dem Berufungsgericht ist deshalb zuzustimmen, daß die Klägerin es an einem schlüssigen Beweiserbieten hat fehlen lassen. Daß in den anderen Stockwerken die Platten vor dem Austrocknen verlegt waren, ist der Fotokopie nicht zu entnehmen.

C.

Die von der Beklagten gegenüber den Klageansprüchen zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafenforderungen von insgesamt 33.120 DM wegen verspäteter Fertigung der Fliesenlegerarbeiten in den Baublöcken 10, 11, 12, 14 und 16 erachtet das Berufungsgericht mit 27.720 DM für begründet. Hiergegen wendet sich die Revision der Klägerin.

Dem Vertragsstrafenanspruch liegt die Bestimmung in Ziffer 5 der besonderen Vertragsbedingungen zu Grunde.

Danach hat der Auftragnehmer für die nicht termingerechte Fertigung der übernommenen Arbeiten eine Vertragsstrafe von 20 DM je Tag und je Wohnung für den Zeitraum zu zahlen, um den die betreffende Wohnung hierdurch verspätet übergeben wurde. "Sie wird der Einfachheit halber vom Rechnungsbetrag einbehalten, sofern auch die Beklagte für die verspätete Lieferung Vertragsstrafe zu zahlen hat."

1. Das Berufungsgericht entnimmt den Schlußabrechnungen der Amerikaner, daß diese der Beklagten u.a. die Beträge von 30.960 DM und 12.240 DM abgezogen haben. Das Vorbringen der Klägerin, die Bundesrepublik habe diese Beträge der Beklagten nachträglich gezahlt, wertet das Berufungsgericht als eine nicht bewiesene Vermutung. Das rügt die Revision zu Unrecht.

In ihrem Schriftsatz vom 13. Februar 1958 (S. 19) hatte die Klägerin vorgetragen: "Nachdem nunmehr Vertragspartner der Beklagten die Bundesrepublik ... geworden ist, kann angenommen werden, daß die Beklagte die als Vertragsstrafe zunächst ihr gegenüber einbehaltenen Beträge längst ausgezahlt erhalten hat". Hierzu hatte sie beantragt, den persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten eidlich zu vernehmen. Diesem Antrag brauchte das Berufungsgericht nicht stattzugeben, weil die Klägerin keine Tatsachen angeführt hatte, die für eine Rückzahlung der abgetretenen Beträge sprechen. Hierüber hätte sich die Klägerin bei den in Frage kommenden Stellen unschwer unterrichten können. Ihr Beweisantrag drückt deutlich eine bloße Vermutung aus und läuft daher auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus.

2. Die vom Berufungsgericht im angefochtenen Urteil (S. 31) festgestellten, von den Amerikanern verlängerten

Fristen für die Fertigstellung der einzelnen Baublöcke entsprechen den Fristen, die im Schriftsatz der Klägerin vom 10. August 1960 (S. 2) bzw. dem als Anlage beigefügten Schreiben des Architekten L. vom 19. März 1956 (S. 1) genannt sind. Das Schreiben des Architekten Lauer ergibt sogar bezüglich des Blocks 10 gegenüber der Feststellung des Berufungsgerichts eine Abweichung um 4 bis 5 Tage zu Lasten der Klägerin. Das Berufungsgericht hatte demnach keinen Anlaß, den Architekten Lauer hierzu als Zeugen zu hören.

3. Das Berufungsgericht entnimmt der Ziffer 5 aaO, daß sich die Vertragsstrafenvereinbarungen grundsätzlich nur auf die Fertigstellung der durch den Vertrag übernommenen Plattenlegerarbeiten beziehen, nicht auch auf die zur Beseitigung nachträglicher Schäden erforderlichen Arbeiten. Demgemäß unterliegen, so führt es aus, die nach erfolgter Verlegung der Platten von anderen Beteiligten verursachten Ausbesserungsarbeiten, insbesondere die auf die künstliche Austrocknung zurückzuführenden, nicht der Vertragsstrafenvereinbarung.

Nach Meinung des Berufungsgerichts hat keine Partei überzeugende Beweise dafür angeboten, daß bestimmte in den Abnahmeberichten enthaltenen Beanstandungen auf Austrocknungsschäden oder aber auf mangelhaftes Arbeiten der Klägerin zurückzuführen sind. Die erstere Möglichkeit auszuschließen, wäre Sache der für die Entstehung der Vertragsstrafenansprüche beweispflichtigen Beklagten. Das Fehlen einzelner Fliesen und Kacheln könne daher nicht zur Grundlage eines Vertragsstrafenanspruchs gemacht werden.

Insofern deckt sich der Standpunkt des Berufungsgerichts mit dem der Revision, was dieser anscheinend entgangen ist.

4. Nach Ansicht der Revision verkennt das Berufungsgericht, daß die Klägerin eine Vertragsstrafe wegen Verzugs nur verwirkt hat, wenn sie ein Verschulden trifft (§ 285 BGB).

Dazu ist zu sagen, daß der Vertragsstrafenanspruch nach § 339 BGB Verzug des Schuldners voraussetzt und daß dessen Verzug durch Mahnung begründet wird (§ 284 BGB), es sei denn, daß die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB). Letzteres muß der Schuldner beweisen. Die Klägerin hatte demnach darzutun, daß sie ihre trotz Mahnung erfolgten Fristüberschreitungen nicht zu vertreten hat.

Die Revision vermag nicht nachzuweisen, daß die Klägerin die vom Berufungsgericht vermißte schlüssige Darstellung gegeben hat, aus der folgen soll, daß sie die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hätte. Der allgemeine Hinweis auf Organisationsmängel der Beklagten genügt nicht. Auch der durch die Zeugen L., A. und H. im Schriftsatz vom 10. August 1960 unter Beweis gestellte Sachvortrag ergibt hierfür nicht mehr. Den darin (S. 2) unter Ziffer 1 bis 7 aufgeführten Hindernissen haben die Parteien, wie das Berufungsgericht (Urt. S.34) feststellt, bereits durch Verlängerung der für die Fliesenlegerarbeiten vorgesehen gewesenen Fristen Rechnung getragen. Auch aus dem Schreiben L. an die Klägerin vom 19. März 1956 ergibt sich nicht, daß und in welchem Umfang die Klägerin durch von ihr nicht zu vertretende Umstände die Plattenlegerarbeiten nicht rechtzeitig ausführen konnte oder daß ihre Fristüberschreitungen auf die verspätete Fertigstellung der Bauten keinen Einfluß hatten.

5. Wie oben (A, I, 2a) ausgeführt, hat die Klägerin Anspruch auf Vergütung der Ausbesserungsarbeiten, die durch Weisungen der Beklagten an andere Handwerker entstanden sind. Die Revision legt nicht dar, daß das Berufungsgericht auf solche Ausbesserungsarbeiten die Vertragsstrafenvereinbarung angewendet hat. Nach dem angefochtenen Urteil ist das nicht der Fall.

6. Dem Urteil ist nicht zu entnehmen, daß auch zusätzlich, d.h. über den ursprünglichen Vertrag hinaus von der Klägerin ausgeführte Arbeiten für die Bemessung der Vertragsstrafen maßgebend waren. Die Revision führt das ebenfalls nicht aus.

7. Falls auch andere Subunternehmer durch Verzögerung ihrer Arbeiten zu der verspäteten Fertigstellung der Bauten beigetragen haben, so berührt das den Vertragsstrafenanspruch der Beklagten gegen die Klägerin grundsätzlich nicht. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die Klägerin der Beklagten Vertragsstrafe auch dann schuldet, wenn ihre Fristüberschreitungen für die verspätete Fertigstellung der Bauten durch die Beklagte nur mitursächlich war. Diese Auffassung hat der erkennende Senat schon in seinem vom Berufungsgericht angeführten Urteil vom 29. September 1960 (S. 5) - VII ZR 156/59 - gebilligt. Daß auch die Verzögerungen der Beklagten auf die verspätete Fertigstellung der Bauten Einfluß hatten, hat das Berufungsgericht festgestellt. Aus den von der Revision angeführten Ausführungen der Klägerin in deren Schriftsatz vom 30. November 1959 (S. 4u.20) folgt nicht das Gegenteil.

8. Daß die Ansicht der Revision, die Beklagte könne nach Ziffer 5 aaO von ihren Subunternehmern zusammen nicht

mehr an Vertragsstrafen beanspruchen, als sie selbst entrichten mußte, nicht richtig ist, hat der erkennende Senat ebenfalls bereits in seinem vorstehend genannten Urteil (S. 6) dargelegt. Der Vertragsstrafenanspruch der Beklagten ist nur dem Grunde nach, nicht jedoch in seiner Höhe, von der Vertragsstrafenverpflichtung der Beklagten gegenüber den Amerikanern abhängig gemacht. Er ist kein Schadensersatzanspruch.

9. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten die Bestimmung des § 341 Abs. 3 BGB für ihr Vertragsverhältnis durch Ziffer 5 S. 2 aaO abgeändert, hat der erkennende Senat ebenfalls in dem Urteil VII ZR 156/59 gebilligt.

10. Die Revision verweist auf die Ausführungen der Klägerin in dem Schriftsatz vom 20. April 1959 (S. 9 und 11), wonach die Beklagte die Arbeiten der Klägerin nicht mehr beanstandet und auch die Klägerin nicht mehr gewarnt habe. Daraus will die Revision eine Verwirkung des Vertragsstrafenanspruchs herleiten. In dem Schriftsatz ist jedoch nur gesagt, die Beklagte habe sich noch im November 1954 entschlossen, der Klägerin auch die Arbeiten an den Podesten zu übertragen. Die vom Berufungsgericht (S. 37) aufgeführten Mahnschreiben der Beklagten liegen jedoch alle zeitlich später. Zudem brauchte das Berufungsgericht aus der endgültigen Übertragung der bereits im Vertrag vorgesehen gewesenen Arbeiten an den Podesten weder einen Verzicht noch eine Verwirkung der durch verspätete Ausführung der übrigen Arbeiten begründeten Vertragsstrafenansprüche zu folgern.

11. Der Ergänzung vom 2. Juni 1961 der Revisionsbegründungsschrift ist kein schlüssiger Revisionsangriff

gegen das angefochtene Urteil zu entnehmen. Es braucht daher nicht zu der Rechtsfrage Stellung genommen werden, ob nachträglich aufgefundene Urkunden entgegen dem § 561 ZPO im Revisionsrechtszug berücksichtigt werden können.

D.

Die Revision der Klägerin erweist sich demnach nur als begründet, soweit das Berufungsgericht ihr den sich aus der Rechnung vom 15. Juni 1955 ergebenden Vergütungsanspruch von 5.370,71 DM im Betrage von 3.940,95 DM nebst Zinsen aberkannt hat. In diesem Umfang sowie im Kostenpunkt war das angefochtene Urteil aufzuheben.

Die weitergehende Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten sind unbegründet.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Dr. Vogt