

Verkündet
am 11. Mai 1959
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

der Firma Hallenbau, Ing. K. P. [REDACTED] OHG., [REDACTED] a.M.,
W. [REDACTED] Straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Gesell-
schafter Ing. K. P. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ..

g e g e n

die Firma Kurt K. [REDACTED], Inhaber Kurt K. [REDACTED], B. [REDACTED]-N. [REDACTED],
K. [REDACTED]-Ma. [REDACTED]-Straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und
Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. Januar 1958
aufgehoben, soweit es die Berufung der Klägerin zu-
rückgewiesen und über die Kosten entschieden hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte beauftragte im Jahre 1954 die Klägerin, in Hildesheim eine Fabrikhalle zu errichten. In dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 10. August 1954 heißt es u. a.:

"Fertigstellung: in ca. 10 Wochen nach Vorliegen der vorläufigen Baugenehmigung, wird die Fertigstellung nach einer Karenzzeit von zwei Wochen ab vereinbartem Fertigstellungstermin nicht erreicht, zahlt der Auftragnehmer für jeden überschreitenden Tag eine Summe von DM 100,-- an den Auftraggeber".

Die Parteien ergänzten das Abkommen später durch einen Zusatzauftrag; die Klägerin bestätigte ihn am 3. September 1954 und wies in dem Schreiben darauf hin, daß ihren Leistungen und Verpflichtungen für den Gesamtauftrag die "VOB TIN 1961" zu Grunde liege.

Die Ausführung der Arbeiten verzögerte sich, so daß die Abnahme erst am 28. April 1955 stattfinden konnte.

Die Klägerin hat mit der Klage ihren restlichen Werklohn von 9.400,-- DM nebst Zinsen verlangt.

Die Beklagte hat Klageabweisung erbeten. Sie hat die Werklohnforderung nicht bestritten, rechnet jedoch mit einer Gegenforderung in gleicher Höhe auf. Diese leitet sie daraus her, daß die Klägerin die Lieferfrist um 94 Tage überschritten und demgemäß die Vertragsstrafe von 100,-- DM für jeden Tag verwirkt habe.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 1.400,-- DM nebst 5 % Zinsen entsprochen, sie im übrigen jedoch ab-

gewiesen. Das Kammergericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und diese auf die Berufung der Klägerin verurteilt, weitere 500,— DM nebst 11 1/2 % Zinsen von 1.900,— DM zu zahlen; die weitergehende Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

Mit der Revision beantragt die Klägerin, die Beklagte zur Zahlung der restlichen 7.500,— DM nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Parteien sind sich, wie das Kammergericht S. 5 des Urteils feststellt, darüber einig, "daß die Klägerin den Vertrag an sich bis zum 23. Januar 1955 hätte erfüllen müssen". Die Klägerin ist jedoch der Ansicht, daß sie sich nicht im Verzug befunden und deswegen die Vertragsstrafe nicht verwirkt habe. Die Verzögerung sei nämlich dadurch eingetreten, daß die Baugenehmigung erst am 28. Oktober 1955 erteilt worden sei, daß unvorhergesehene Zusatzarbeiten hätten ausgeführt werden müssen, daß die Beklagte Sonderarbeiten in Auftrag gegeben habe, die die Fortführung des Baus behindert hätten, und daß vor allem Witterungseinflüsse die Fertigstellung zu dem vorgesehenen Zeitpunkt unmöglich gemacht hätten. Schließlich hat sie verlangt, daß die Sonn- und Feiertage bei Berechnung der Vertragsstrafe außer Betracht gelassen würden.

I. Das Kammergericht hat von den 94 Tagen, um die nach seiner Ansicht die Lieferungsfrist überschritten worden ist, 13 Sonn- und 2 Feiertage gemäß § 11 Nr. 3 VOB Teil



B abgezogen; es hat ferner der Klägerin 4 Frosttage gutgebracht, deren Abzug die Beklagte mit Schreiben vom 14. Dezember 1954 anerkannt habe. Im übrigen hat es aber die Einwände der Klägerin zurückgewiesen. Zur Begründung führt es aus, daß die Klägerin die Einhaltung der zugesagten Frist garantiert habe; sie müsse daher für die verspätete Ablieferung auch dann eintreten, wenn sie die Verzögerung nicht verschuldet habe.

Allerdings sei der Klägerin zuzubilligen, daß sie für unvorhersehbare Schwierigkeiten nicht habe eintreten sollen; diese Einschränkung folge aus Erörterungen in dem Schriftwechsel, den die Parteien vor Erteilung des Auftrags geführt hätten. Alle von der Klägerin angeführten Behinderungen seien aber vorhersehbar gewesen.

II. Die Revision greift diese Ausführungen mit Recht an.

Die Auslegung des Vertrags ist zwar Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht hat aber zu prüfen, ob dieser anerkannte Auslegungsregeln und insbesondere alle Umstände beachtet hat, auf die es bei der Würdigung entscheidend ankommt. Insoweit ergeben sich durchgreifende Bedenken.

1.) Das Kammergericht geht ohne Rechtsirrtum davon aus, daß das Vertragsverhältnis nach den Vorschriften der VOB Teil B zu beurteilen ist. Dort ist in § 11 Nr. 2 S. 1 bestimmt, daß eine vereinbarte Vertragsstrafe bei Fristüberschreitungen fällig wird, falls der Auftragnehmer in Verzug gerät. Gemäß § 285 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Um-

standes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Die Frage, welche Verzögerungen in diesem Sinne zu Lasten des Schuldners gehen, ist in den §§ 5 und 6 VOB behandelt.

Die VOB ist auf Grund der Bedürfnisse der am Bauwesen Beteiligten geschaffen worden. Danach wird im allgemeinen anzunehmen sein, daß die für bestimmte Fälle vorgesehene Einzelregelung dieser Verdingungsordnung von den Vertragsschließenden übernommen worden ist, wenn sie sich zu ihr bekennen.

Mit diesem Ausgangspunkt hat sich das Kammergericht weder hinreichend befaßt, noch erwähnt es überhaupt die maßgebende Bestimmung des § 11 Nr. 2 S. 1 VOB. Auch auf die einschlägigen Vorschriften der §§ 5 und 6 VOB geht es in diesem Zusammenhange nicht ein; es behandelt sie nur unter dem Gesichtspunkte, ob sie gegenüber dem § 285 BGB eine Sonderregelung enthielten; auch insoweit sind übrigens die von dem Berufungsgericht angeführten Erörterungen bei Hereth-Ludwig-Naschold § 5 Anm. 38 f und § 6 Anm. 25 nicht einschlägig.

Das Vorgehen des Kammergerichts ist umso auffälliger, als es den § 11 VOB in anderer Richtung anwendet; es hält den in der Nr. 2 S. 2 vorgesehenen Vorbehalt für notwendig (S. 18 des Urteils) und rechnet nach der Nr. 3 die Sonn- und Feiertage von den 94 Tagen ab (S. 26 des Urteils). Dann hätte es nahegelegen, auch die Vorschrift des § 11 Nr. 2 S. 1 in Verbindung mit den §§ 5 und 6 VOB anzuwenden.

2.) Das Berufungsgericht hat zwar das Schreiben der Klägerin vom 24. Juli 1954 nicht übersehen, wie die Revision behauptet. Es hat aber zu seinem Inhalt S. 23 des Urteils nur unzureichend Stellung genommen.

Die Klägerin hatte in einem früheren Angebot vom 20. Juli 1954 die Lieferung 2 Monate nach Baubeginn zugesagt und hierbei die Buchstaben "U. v. " beigefügt. Auf Anfrage der Beklagten, was damit gemeint sei, erwiderte sie am 24. Juli 1954 darunter sei "Unvorhergesehenes vorbehalten" zu verstehen; sie wolle nicht für eine Nichteinhaltung "der Lieferungsfrist usw." verantwortlich gemacht werden, "die durch höhere Gewalt, Streik, Verfügung der hohen Hand bedingt" werde.

Das Berufungsgericht schließt aus diesen Worten, daß die Klägerin danach die Frist "im übrigen" habe garantieren wollen (S. 23 unten des Urteils). Diese Annahme schränkt es allerdings S. 22 und 24 des Urteils wieder dahin ein, daß der Klägerin nicht nur die 3 genannten Fälle, sondern schlechthin jedes unvorhersehbare Ereignis nicht zugerechnet werden könnten.

Zwar ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht auch den Schriftwechsel, der dem Vertrags-schluß vorangegangen ist, zur Auslegung mit heranzieht. Es hat aber nicht erwogen, ob die Klägerin mit der fraglichen Wendung vielleicht nur an die Bestimmung des § 6 VOB anknüpfen wollte. Dieser Erörterung hätte es bedurft, weil eine solche Annahme nahe lag; denn in § 6 sind zwei der angegebenen Gründe, nämlich der Streik und die höhere Gewalt, ausdrücklich erwähnt. Danach ließ das Schreiben auch die Auslegung zu, daß die Klägerin auf § 6 VOB verweisen und die hauptsächlich in Betracht kommenden Fälle nur als Beispiele hervorheben wollte. Die Möglichkeit, daß das Kammergericht dies übersehen hat, ist nach den Umständen nicht auszuschließen.

Abgesehen hiervon hätte sich das Berufungsgericht, wenn es schon dem Wortlaut jener Erklärung entscheidende

Bedeutung beimessen wollte, damit auseinandersetzen müssen, daß es dort nicht heißt: "Unvorhersehbares", sondern "Unvorhergesehenes". Der Unterschied kann gerade vorliegend von Bedeutung sein.

3.) Aus dem Gesagten folgt, daß die Annahme des Oberlandesgerichts, die Klägerin habe die fristgemäße Ablieferung garantiert, von der bisherigen Begründung nicht getragen wird.

Nun behandelt das Berufungsgericht S. 25 des Urteils allerdings auch die Frage eines Verschuldens der Klägerin. Es führt aus, die Klägerin habe nicht die "äussersten Anstrengungen" unternommen, um auftretende Schwierigkeiten auszugleichen. Zudem hätten Witterungseinflüsse, mit denen bei Abgabe des Angebots habe gerechnet werden müssen, gemäß § 6 Nr. 2 VOB nicht als Behinderung zu gelten.

Es kann schon zweifelhaft sein, ob diese Erörterungen als Hilferwägungen für den Fall anzusehen sind, daß die grundsätzliche Regelung der §§ 5, 6 und 11 Nr. 2 S. 1 VOB Anwendung finden sollte. Aber auch wenn man dies bejaht, genügen sie nicht den Anforderungen, die an eine solche Begründung gestellt werden müssten.

a) Die Klägerin hat in vielen Einzelheiten vorgetragen, weswegen sie nach ihrer Auffassung trotz aller Anstrengungen nicht in der Lage gewesen sei, den Bau fristgemäß zu beenden. Einige dieser Gründe hatte auch das Landgericht für berechtigt anerkannt; sie decken sich nicht mit denen, die das Berufungsgericht zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt.

Es geht nicht an, diesen eingehenden Vortrag der Klägerin ohne weitere Auseinandersetzung nur mit den angeführten Worten abzutun.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin hätte bei Abgabe des Angebots mit den in Frage kommenden Witterungseinflüssen (Frost, Schnee, grosse Regenfälle) rechnen müssen, steht im Widerspruch zu den Ausführungen S. 23 des Urteils. Dort legt das Kammergericht dar, die Klägerin hätte davon ausgehen können, daß sie die Baugenehmigung bald erhalten und durch Frost nicht gestört werden würde; das entspricht auch den Sachumständen, denn es ist zu beachten, daß der Vertrag im August 1954 geschlossen worden ist.

III. Die Revision rügt schließlich mit Recht, daß die Darlegungen des Kammergerichts auch von seinem Standpunkt aus unzureichend sind, soweit sie sich auf die Bodenauffüllung und die Herstellung des Schalungsbetons beziehen (S. 7 Nr. 2 ; S. 10 Nr. 2; S. 13 Nr. 2 des Urteils).

Die Klägerin hatte in ihrem Bestätigungsschreiben vom 10. August 1954 u. a. bei der "Fundation" den Zusatz gemacht:

"Waagrechtes Planum und normaler Baugrund
..... vorausgesetzt".

Wie unstreitig ist, trafen diese Voraussetzungen nicht zu. Der Boden wies ein Gefälle von 30 cm auf und mußte aufgefüllt werden; diese Arbeiten vergab die Beklagte, die unstreitig dafür einzustehen hatte, im November oder Dezember 1954 und bezahlte die Kosten dafür. Die Klägerin hat behauptet, hierdurch um 9 Tage behindert worden

zu sein (nach ihrem Schreiben vom 7. Dezember 1954 sollen es 14 Tage gewesen sein); sie hat ferner geltend gemacht, daß sie wegen dieser Behinderung erst am 6. Januar 1955 mit ihren Arbeiten habe anfangen können.

Das Kammergericht nimmt zu diesem Sachverhalt nur mit der Bemerkung Stellung, daß es sich um "vorhersehbare und nicht ungewöhnliche Erschwerungen" gehandelt habe (S. 24 des Urteils). Diese Begründung genügt nicht, um die Einwände der Klägerin auszuräumen.

Auch wenn die Klägerin, wie das Kammergericht meint, eine Garantie für die Ablieferungszeit übernommen haben sollte, so wäre doch wohl davon auszugehen, daß dies nur unter den im Angebot angeführten Bedingungen geschehen ist. Zu diesen Bedingungen gehörte auch das Vorhandensein eines waagrechten Bodens. Sollten diese Voraussetzungen nicht vorgelegen haben und sollte dies der Klägerin, wie sie behauptet, bei der Erweiterung und Bestätigung ihres ursprünglichen Angebots am 3. September 1954 nicht bekannt gewesen sein, dann könnte sich der Beklagte allerdings nicht auf eine hiermit im Zusammenhang stehende Verzögerung berufen. Das hätte auch dann zu gelten, wenn die Klägerin die Unebenheit bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können. Denn es würde in jedem Falle mit Treu und Glauben unvereinbar sein, wenn der Beklagte die Nichterfüllung der ihm obliegenden Pflichten zum Anlaß nehmen würde, der Klägerin die dadurch verursachte Verzögerung zur Last zu legen.

Bei Anwendung der §§ 11 Nr. 2 S. 1, 6 Nr. 2 a VOB würde sich dasselbe Ergebnis unmittelbar aus jenen Bestimmungen ergeben.

Es bedarf also in jedem Falle der Prüfung, ob die Behauptungen der Klägerin insoweit zutreffend und ob es richtig ist, daß sie wegen der Nichterledigung jener Arbeiten frühestens am 6. Januar 1955 mit der Aufstellung der Halle beginnen konnte.

IV. Das Urteil ist daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Dr. Vogt