

Verkündet
am 11. November 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2193 091

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

der Firma G & B AG, M, Niederlassung K,
Z straße, vertreten durch ihren Vorstand:
Dr.Dr. Werner B, O, S und
Dipl.Ing. Wilhelm K, M,

Klägerin, Berufungsbeklagten, Revisions-
klägerin und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Feinkosthändler Oscar B, K, K-
straße,

Beklagten, Berufungskläger, Revisions-
beklagten und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 1963 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision
des Beklagten gegen das Teilurteil des 5. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 26. Januar 1962
werden zurückgewiesen, soweit die Klage in Höhe von
11.388,86 DM nebst Zinsen abgewiesen und der Beklagte
zur Zahlung von 2.229,31 DM nebst 7 1/4 % Zinsen ab 10.
November 1955 verurteilt worden ist.

Im übrigen wird das angefochtene Urteil aufgehoben
und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entschei-
dung, zugleich über die Kosten des Revisionsverfahrens, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahre 1954 für den Beklagten den Rohbau des Hauses K[REDACTED]straße [REDACTED] in Krefeld errichtet.

Auf Grund eines nach Einheitspreisen aufgegliederten Kostenanschlags der Klägerin über 56.470,58 DM hatten sich die Parteien im Vertrag vom 28. Juni 1954 auf einen Festpreis von 55.400 DM geeinigt. Hierfür mußte die Klägerin alle erforderlichen Leistungen erbringen. Die Arbeiten sollten in 95 Tagen ausgeführt sein, andernfalls die Klägerin dem Beklagten für jeden weiteren Tag eine Vertragsstrafe von 100 DM zu entrichten hatte.

Von dem vereinbarten Festpreis stehen noch 13.297,70 DM offen (im Berufungsurteil heißt es irrtümlich 13.297,10 DM). Die Klägerin hat ferner gemäß ihren Zusatzrechnungen Nr. 1, 2 und 4 insgesamt 7.115,61 DM für Arbeiten berechnet, die nach ihrer Behauptung nicht im Leistungsverzeichnis vorgesehen waren, sondern sich aus späteren Änderungen der Pläne ergaben. In einer Zusatzrechnung Nr. 3 hat sie weitere 2.973,25 DM verlangt als Ersatz ihrer Mehrkosten für Aufsicht und Gerätemieten, weil der Beklagte durch Änderungswünsche und verspätete Beschaffung der erforderlichen Zeichnungen die Bauarbeiten um 61 Tage verzögert habe. Demgemäß hat die Klägerin 23.386,56 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Die Beträge der Zusatzrechnungen glaubt er nach dem Vertrag nicht zu schulden; im übrigen hat er aufgerechnet mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe sowie auf Ersatz ihm durch die verspätete Fertigstellung des Hauses entstandener Schäden.

Das Landgericht hat die restliche Festpreisforderung von 13.297,70 DM sowie für zusätzliche Arbeiten eine weitere Forderung der Klägerin von 6.566,73 DM für begründet erachtet. Dem Beklagten hat es eine Vertragsstrafe von 1.700 DM zugebilligt. Demgemäß hat es den Beklagten zur Zahlung von 18.164,43 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt und im Berufungsverfahren mit weiteren Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Klage in Höhe von 16.620,95 DM (richtig: $10.088,86 + 1.300 + 5.231,19 = 16.620,05$ DM) abgewiesen und den Beklagten zur Zahlung von 3.629,31 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Entscheidung über einen Teilbetrag von 3.136,60 DM sowie die Zinsen hieraus hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Mit ihrer Revision beantragt die Klägerin, das landgerichtliche Urteil insoweit aufrecht zu erhalten, als sie unter Einbeziehung des ihr vom Berufungsgericht zuerkannten Betrags von 3.629,31 DM und des noch offenstehenden Betrags von 3.146,60 DM einen Betrag von insgesamt 19.420,94 DM eingeklagt hat.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision und beantragt im Wege der Anschlußrevision die Klage insoweit abzuweisen, als ihr stattgegeben worden ist.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Anschlußrevision.

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



Entscheidungsgründe:

I.

Von den eingeklagten 23.386,56 DM hat das Landgericht der Klägerin 18.164,43 DM zugesprochen und 5.222,43 DM aberkannt. Der zuerkannte Betrag von 18.164,43 DM setzt sich zusammen aus der unstreitigen restlichen Festpreisforderung von 15.297,70 DM sowie einem Betrag von 6.566,73 DM für zusätzliche Arbeiten, abzüglich einer Vertragsstrafe von 1.700 DM. Der aberkannte Betrag von 5.222,43 DM ergibt sich aus einem Betrag von insgesamt 3.522,43 DM, in welcher Höhe das Landgericht die Zusatzrechnungen Nr. 1 - 4 der Klägerin für unbegründet erachtet hat, und der zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafe von 1.700 DM.

1. Indem das Landgericht gegenüber der Werklohnforderung der Klägerin die Aufrechnung des Beklagten mit einem Vertragsstrafenanspruch in Höhe von 1.700 DM für zulässig erklärt hat, hat es zugunsten des Beklagten ausgesprochen, daß seine Gegenforderung in dieser Höhe entstanden und die Werklohnforderung der Klägerin infolge der Aufrechnung insoweit erloschen ist. Da nur der Beklagte das landgerichtliche Urteil angefochten hat, durfte das Oberlandesgericht das Urteil nicht zu dessen Ungunsten dadurch ändern, daß es den Vertragsstrafenanspruch nur noch in Höhe von 1.300 DM für begründet erklärt hat (§ 536 ZPO). Es hätte deshalb der Klägerin statt 3.629,31 DM nur 3.229,31 DM zuerkennen dürfen.

Das Revisionsgericht kann jedoch das insoweit unrichtige Urteil nicht ändern, da die Entscheidung des Landgerichts, dem Beklagten stehe eine Vertragsstrafe von 1.700 DM zu, obwohl sie die Klägerin nicht angefochten hat,

noch keine Rechtskraft (§ 322 Abs. 2 ZPO) erlangt hat. Denn da das angefochtene Urteil aus anderen Gründen teilweise aufgehoben und die Sache in diesem Umfange an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden muß, erhält die Klägerin damit die Möglichkeit, hinsichtlich der vom Landgericht dem Beklagten zuerkannten Vertragsstrafe Anschlußberufung einzulegen. Das angefochtene Urteil muß daher insoweit, als der Klageanspruch wegen der Aufrechnung des Beklagten mit einem 1.300 DM übersteigenden Vertragsstrafenanspruch abgewiesen worden ist, aufgehoben werden.

2. Unbegründet ist die Rüge der Klägerin, im Berufungsurteil komme nicht klar zum Ausdruck, daß die vom Oberlandesgericht ausgesprochene Abweisung der Klage in Höhe von 16.620,95 DM den bereits vom Landgericht aberkannten Betrag von 5.222,43 DM umfaßt. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil nicht nur abgeändert, sondern es auch neu gefaßt. Die Neufassung läßt zusammen mit den Entscheidungsgründen keinen Zweifel zu, daß statt eines Betrags von nur 5.222,43 DM insgesamt, also unter Einschluß der schon vom Landgericht aberkannten 5.222,43 DM, die Klage in Höhe eines Betrags von 16.620,95 DM abgewiesen worden ist. Das hat das Oberlandesgericht auch in seinem den Berichtigungsantrag der Klägerin zurückweisenden Beschluß vom 21. März 1962 zutreffend ausgeführt.

II.

§ 3 des Bauvertrags vom 28. Juni 1954 bestimmt, daß mit dem vereinbarten Festpreis von 55.400 DM alle zur fachgerechten Erstellung des Bauvorhabens erforderlichen Arbeiten abgegolten sind, auch wenn sie nicht im Angebot aufgeführt waren.

In § 9 des Vertrags heißt es u.a. "Evtl. von dem Bauherrn außer Vertrag verlangte Arbeiten bedürfen der Genehmigung des Architekten und sind unter Angabe des Preises im Bautagebuch einzutragen. Diese Arbeiten dürfen erst nach schriftlicher Genehmigung des Bauherrn mit Gegenzeichnung des Architekten ausgeführt werden. Alle sonst bestellten und nicht schriftlich genehmigten Arbeiten werden nicht vergütet."

1. Das Berufungsgericht entnimmt dem § 3, daß mit dem vereinbarten Pauschalpreis alle nach den Bauplänen notwendigen Arbeiten vergütet sein sollen. Auf außervertragliche Arbeiten, also solche, zu denen die Klägerin nicht verpflichtet war, wendet es die Regelung des § 9 an. Für diese Auslegung spricht nach seiner Ansicht, daß sich bei Baubeginn die erforderlich werdenden Arbeiten noch nicht bis in alle Einzelheiten übersehen ließen. Bei technisch notwendigen oder vom Bauherrn gewünschten Abweichungen von den Bauplänen sei es oft schwierig zu erkennen, ob die hierbei erforderlich werdenden Arbeiten noch von der vereinbarten Vergütung gedeckt, oder durch Einsparungen an anderer Stelle ausgeglichen würden, oder gar dem Unternehmer Kosten ersparten. Deshalb sei es schon in § 2 Ziff. 6 VOB (B) bei der Vereinbarung von Einheitspreisen dem Unternehmer zur Pflicht gemacht, einen zusätzlichen Vergütungsanspruch anzukündigen, bevor er mit der Ausführung einer vertraglich nicht geschuldeten Leistung beginne. Bei der Vereinbarung eines Pauschalpreises habe diese Bestimmung eine noch größere Berechtigung, insbesondere dann, wenn, wie hier, der Unternehmer wisse, daß der Bauherr an einen festen Finanzierungsplan gebunden sei. Durch die in § 9 getroffene Regelung habe sich der Beklagte noch schärfer, als schon in § 2 Ziff. 6 VOB (B) geschehen, gegen Preisüberschreitungen gesichert, die von ihm nicht ausdrücklich gebilligt seien. Er habe

damit verhindern wollen, daß ohne seine ausdrückliche Zustimmung der Architekt und der Bauunternehmer die Baukosten erhöhten. Hierauf habe sich die Klägerin eingelassen und es bestehe kein Anlaß, sie davon zu befreien.

2. Diese Auslegung entspricht dem Sinn und Wortlaut des Vertrags und wird den gegebenen Umständen gerecht. Sie bindet deshalb das Revisionsgericht. Die von der Revision hiergegen erhobenen Angriffe sind unbegründet.

a) Die Behauptung, es sei konstruktiv ein ganz anderer Bau als geplant errichtet worden, hat die Klägerin erstmals in ihrem nachgereichten, nicht vorbehaltenen Schriftsatz vom 1. Dezember 1961 aufgestellt. Den früheren Schriftsätzen der Klägerin ist hierfür nichts zu entnehmen; jedenfalls legt die Revision nicht dar, wo sich solche Behauptungen befinden sollen.

b) In ihrem an den Architekten Scho [REDACTED] gerichteten Schreiben vom 18. November 1954 hat die Klägerin zwar ihre Zusatzrechnung vom 1. Oktober 1954 über 1.797,82 DM erwähnt. Der Zweck dieses Schreibens war jedoch von dem Beklagten und zwei anderen Bauherren weitere Abschlagszahlungen zu erhalten. So haben auch der Architekt Scho [REDACTED] und der Beklagte, wie ihren beiden Antworten vom 19. November 1954 zu entnehmen ist, das Schreiben der Klägerin verstanden. Das Berufungsgericht brauchte deshalb die Antwortschreiben nicht so zu verstehen, daß der Beklagte auf die Einhaltung des § 9 des Vertrags insoweit habe verzichten wollen.

c) Mit dem Schreiben der Klägerin an den Architekten Scho [REDACTED] vom 25. August 1954, worin auf eine durch Änderungen in der Ausführung bedingte Preiserhöhung hingewiesen ist, hat sich das Berufungsgericht befaßt. Daß Scho [REDACTED]

es an den Beklagten weitergeleitet hat, läßt sich nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht feststellen.

Die Folgerung des Berufungsgerichts, Scho [REDACTED] habe die Weitergabe des Schreibens an den Beklagten nicht nachweisen können, ist zwar nicht unbedenklich; denn Scho [REDACTED] hat möglicherweise entgegen seiner Zusage seine Unterlagen nicht hierauf nachgeprüft. Das Berufungsgericht brauchte jedoch dieserhalb Scho [REDACTED] nicht nochmals zu vernehmen, denn es stellt nicht nur darauf ab, daß der Beklagte das Schreiben erhalten habe. Es betont vielmehr, daß die Klägerin entgegen § 9 nicht vom Beklagten persönlich unter Angabe des Preises dessen schriftliche Zustimmung zu der vom Plan abweichenden Ausführung eingeholt hat. Daß der Beklagte das weitere von der Revision angeführte Schreiben der Klägerin an Scho [REDACTED] vom 16. Februar 1955 erhalten hat, hat die Klägerin nicht einmal behauptet. Für beide Schreiben gilt jedenfalls, daß der Beklagte sich in § 9 die schriftlich zu erklärende Entscheidung über Mehrkosten verursachende zusätzliche Arbeiten selbst vorbehalten und nicht seinem Architekten überlassen hat.

d) Die sich aus § 9 des Bauvertrags ergebende begrenzte Vertretungsmacht des Architekten Scho [REDACTED] gilt mindestens ebenso für dessen Gehilfen, den Architekten H [REDACTED]. Die Klägerin kann sich deshalb nicht darauf berufen, H [REDACTED] habe auf Wunsch des Beklagten Arbeiten in Auftrag gegeben. Inwiefern der Beklagte erkennen mußte, daß solche Arbeiten nicht mehr von dem vereinbarten Pauschalpreis gedeckt würden, legt die Revision nicht dar. Ebenso wenig würden den Beklagten Aufträge verpflichten, die er selbst auf der Baustelle gegeben haben soll.

e) Daß nach § 2 Ziff. 6 VOB (B) auch eine mündliche Ankündigung des Auftragnehmers dessen Anspruch auf eine

besondere Vergütung für nach dem Vertrag nicht geschuldete Leistungen sichert, ist unerheblich. Hier ist ausschließlich auf die wesentlich strengere Sonderregelung in § 9 des Bauvertrags abzustellen. § 2 Ziff. 5 VOB (B) kommt, entgegen der Ansicht der Revision, neben § 9 des Vertrags nicht zum Zuge.

f) Der Beklagte handelt auch nicht arglistig, wenn er sich hinsichtlich von ihm selbst gewünschter Änderungen in der Bauausführung auf § 9 des Vertrags beruft. Ein arglistiges Handeln kommt, wie dem Berufungsgericht beizupflichten ist, nur dann in Frage, wenn eine der gewünschten Änderungen von einem derartigen Umfange gewesen wäre, daß sie offensichtlich von dem vereinbarten Pauschalpreis nicht gedeckt sein konnte. Das erachtet das Berufungsgericht jedoch nicht für dargetan.

Zu Unrecht hält demgegenüber die Klägerin der vereinbarten Pauschalvergütung von 55.400 DM die Beträge der 4 Zusatzrechnungen von insgesamt 10.088,86 DM entgegen.

aa) Die Zusatzrechnung Nr. 3 mit dem Betrag von 2.973,25 DM scheidet ohne weiteres aus. Sie betrifft nur mittelbare Baukosten, nämlich Mehrkosten für Aufsicht und Gerätemieten, die die Klägerin aufgewandt haben will, weil sich durch die Änderungswünsche des Beklagten die Arbeitszeit um 61 Tage verlängert habe.

bb) Hinsichtlich der Zusatzrechnungen Nr. 1 von 1.797,82 DM und Nr. 4 von 1.756,12 DM stellt das Berufungsgericht mit Recht nicht auf die Endsummen, sondern auf die in den Rechnungen aufgeführten Einzelbeträge ab. Diese sind überwiegend so klein, daß von offensichtlich nicht mehr unter die Pauschalvergütung fallenden Mehrleistungen keine Rede sein kann.

cc) Die in der Zusatzrechnung Nr. 2 aufgeführten Mehrkosten von insgesamt 3.561,67 DM sollen nach der Behauptung der Klägerin hauptsächlich aus statischen Gründen entstanden sein. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, der Beklagte habe als Laie nicht mit solchen Mehrkosten zu rechnen brauchen.

Diese Feststellung wird durch den Hinweis der Revision, der Beklagte sei Kaufmann (Feinkosthändler), nicht ausgeschlossen.

Das Berufungsgericht brauchte die durch einen Rechtsanwalt vertretene Klägerin auch nicht auf die verfahrensrechtliche Möglichkeit hinzuweisen, die eidliche Vernehmung des Beklagten darüber zu beantragen, daß er mit zusätzlichen Kosten gerechnet habe.

Abgesehen davon fehlt es an einer schlüssigen Darstellung der Klägerin hierfür.

dd) Die Klägerin hat nicht dargetan, daß der Beklagte an Hand der Eintragungen im Baubuch gegenüber dem Vortrag erbrachte Mehrarbeiten und dadurch bedingte Mehrkosten erkennen mußte. Das Baubuch hierauf nachzusehen war der Beklagte jedenfalls nicht verpflichtet; vielmehr war es nach § 9 des Vertrags Sache der Klägerin, ihn vor der Inangriffnahme von Mehrarbeiten auf diese hinzuweisen und sich mit ihm über einen Mehrpreis zu einigen.

g) Einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) hinsichtlich der Kosten der Zusatzarbeiten hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, daß die Klägerin nicht entsprechend § 9 des Vertrags verfahren sei und damit die zusätzlichen Arbeiten im Rahmen des Pauschalpreises, also insofern unentgeltlich übernommen habe.

Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Klägerin hat die zusätzlichen Arbeiten nicht ohne rechtlichen Grund, sondern auf Grund des Vertrags ohne besonderes Entgelt ausgeführt.

h) Den Betrag von 2.973,25 DM der Zusatzrechnung Nr. 3 für Aufsicht und Gerätemieten hätte die Klägerin, so führt das Berufungsgericht aus, nach dem Vertrag nur unter den Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung des Beklagten zu beanspruchen. Sie wären gegeben, wenn dem Beklagten ein ungewöhnliches Interesse der Klägerin an einer beschleunigten Fertigstellung seines Rohbaues bekannt gewesen wäre, er aber trotzdem durch unzumutbares Verhalten ihre Tätigkeit gehemmt hätte. Hierauf habe die Klägerin den selbst an einer schnellen Errichtung des Hauses interessierten Beklagten hinweisen müssen. Dem ist beizutreten.

aa) In ihrer Revisionsbegründung stützt die Klägerin diesen Anspruch auf § 6 Ziff. 5 VOB (B) mit der Begründung, es habe, wie schon vom Landgericht festgestellt, eine von dem Beklagten zu vertretende Unterbrechung der Bauausführung vorgelegen. Das Landgericht hat jedoch insoweit lediglich von Überschreitungen der Bauzeit gesprochen, die der Klägerin nicht zur Last fallen und für die der Beklagte daher keine Vertragsstrafe beanspruchen könne. Schadensersatz wegen Behinderung durch vom Auftraggeber zu vertretende Umstände kann der Auftragnehmer nach § 6 Ziff. 5 jedoch nur unter der Voraussetzung des § 6 Ziff. 1 VOB (B) verlangen. Er muß also entweder die Behinderung unverzüglich angezeigt haben oder die hindern- den Tatsachen und deren nachteilige Folgen müssen dem Auftraggeber bekannt gewesen sein (Hereth-Ludwig-Naschold VOB (B) § 6 Anm. 24). Diese Voraussetzungen hat die Klägerin in ihrer Revisionsbegründung nicht dargelegt.

bb) Eine Verzögerung der Bauarbeiten durch verspätete Vorlage von Bauzeichnungen hält das Berufungsgericht (S. 17 d. BU) nicht für schlüssig dargetan.

Ein Verfahrensfehler ist ihm insoweit nicht unterlaufen. Die Klägerin hätte in den Vorinstanzen im einzelnen darlegen müssen, wieso und in welchem Umfang sie durch verspätete Vorlage von Zeichnungen an der zügigen Durchführung der Arbeiten verhindert worden sei. Mangels einer insoweit schlüssigen Darstellung der Klägerin hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, hierzu einen Sachverständigen zu vernehmen.

3. Das Ergebnis des Berufungsgerichts, daß die Klägerin lediglich den nicht bestrittenen Restbetrag aus dem Pauschale in Höhe von 13.297,70 DM, nicht dagegen die Beträge aus den 4 Zusatzrechnungen zu beanspruchen hat, ist somit aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

4. Da das Berufungsgericht die Zusatzforderungen der Klägerin mit Recht schon dem Grunde nach verneint hat, kommt es auf die die Höhe ihrer Zusatzforderungen betreffenden Rügen der Klägerin (Rev. Ic u. d) nicht an. Damit erledigt sich auch die Rüge zu III der Revisionsbegründung.

III.

Die Klägerin hat als Verschalung für die Decken Metallplatten verwandt. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dies sei zwar nicht fachwidrig, aber vertragswidrig gewesen. Die Decke habe dadurch statt einer rauhen, eine glatte Unterfläche bekommen. Um den üblichen Putz auftragen zu können, habe die Fläche vorgespitzt werden müssen. Da sich der Putzer G. [REDACTED] deshalb nicht mehr an den vereinbarten günstigen Pauschalpreis gebunden gehalten

ten, zudem auch nicht für einen ebenen Innenputz habe eintreten wollen, sei der Beklagte gezwungen gewesen, den Putzer E. [REDACTED] zu beauftragen. Dieser habe 5.231,19 DM mehr für den Innenputz verlangt als G. [REDACTED]. Diesen Schaden müsse die Klägerin dem Beklagten nach § 13 Ziff. 7 VOB ersetzen. Er gehe von dem restlichen Werklohn der Klägerin ab.

Insoweit rügt die Klägerin mit Recht, das Berufungsgericht habe wesentliche Umstände nicht berücksichtigt.

1. Nach Abs. 1 des § 13 Ziff. 7 VOB (B) kann der Beklagte nur einen Schaden an dem Bauwerk selbst ersetzt verlangen. Geht man von dem Sachvortrag des Beklagten aus, so bestand der Schaden am Bauwerk darin, daß die Unterflächen der Decken zu glatt waren und deshalb zur Aufnahme des Putzes vorgespitzt werden mußten. Demnach könnte der Beklagte von der Klägerin Ersatz der hierfür aufgewendeten Kosten verlangen.

Die Klägerin hat jedoch unter Hinweis auf DIN 18350 behauptet, jede Decke müsse vor dem Verputzen mit Zement vorgespitzt werden (Schriftsätze vom 24. Januar 1961 (S. 10) und 9. November 1961 (S. 6)), die Glätte der Decken habe deshalb keine Mehrarbeit verursacht.

Zwar war DIN 18350, als die Arbeiten ausgeführt wurden, vom Deutschen Verdingungsausschuß noch nicht verabschiedet; vielmehr galt damals noch DIN 1964. Aber auch nach DIN 1964, B, Ziff. 8, Abs. 1 Satz 4 waren Betondecken vor der Anbringung des Putzes mit dünner Zementschlämme zu bewerfen. Daß der "Vorspritz" heute allgemein vorgeschrieben sei, hat auch der Architekt H. [REDACTED] bei seiner Vernehmung vom 7. Dezember 1960 (S. 7) bekundet.

Die Klägerin hat weiter behauptet, sie habe die Unebenheiten in den Decken ausgeglichen und - so will sie ersichtlich sagen - in diesem Umfang auch die Glätte der Decken beseitigt (Schriftsatz vom 9. November 1961 (S. 7)). Sie weist in ihrer Revision ferner mit Recht darauf hin, daß nach dem vom Beklagten vorgelegten, im Berufungsurteil (S. 28) angeführten Schreiben der Firma G. [REDACTED] vom 16. März 1955 diese wegen der Unebenheit der Decken die Putzarbeiten nicht zu dem vereinbarten Pauschalpreis ausführen wollte, während das Berufungsgericht ihre Weigerung wegen der Glätte der Decken verständlich findet. Das Berufungsgericht hat alle diese Umstände nicht berücksichtigt.

2. Soweit der Beklagte dadurch einen Schaden erlitten hat, daß er dem Putzer E. [REDACTED] - außer den Kosten des noch notwendig gewesenem Vorspritzes - einen höheren Preis gezahlt hat, als er mit G. [REDACTED] vereinbart hatte, handelt es sich nicht um einen Schaden am Bauwerk, sondern um einen "darüber hinausgehenden Schaden". Einen solchen kann der Beklagte nur unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 des § 13 Ziff. 7 VOB (B) geltend machen.

Dem angefochtenen Urteil läßt sich hierfür nur entnehmen, die Klägerin habe nach den "anerkannten Regeln der Technik" die Wirkweise der Metallplattenverschalung vor ihrem Gebrauch untersuchen müssen. Demgegenüber verweist die Klägerin jedoch mit Recht auf die gutachtliche Äußerung des Sachverständigen I. [REDACTED] vom 27. April 1961, wonach die Verwendung von Metallplatten als Verschalung kein unerprobtes neues Verfahren und auch keinen Verstoß gegen anerkannte Regeln der Baukunst darstellte. Ein bloß "vertragswidriges" Verfahren, von dem das Berufungsgericht spricht, vermaß aber den weitergehenden Schadensersatzanspruch aus § 13 Ziff. 7 VOB (B) aus dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik nicht zu begründen.

Das angefochtene Urteil kann daher auch insoweit nicht aufrecht erhalten bleiben.

IV.

Mit seiner Anschlußrevision greift der Beklagte das Urteil insoweit an, als ihm das Berufungsgericht nicht in Höhe des der Klägerin zugesprochenen Betrags von 3.629,31 DM einen Vertragsstrafen- oder Schadensersatzanspruch zuerkannt hat: das Rechtsmittel erweist sich teilweise als begründet.

1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus weitere 18 Tage zugute gerechnet, während deren der Architekt H. [REDACTED] im Einverständnis der Klägerin die Arbeiten stillgelegt hatte, um abzuwarten, ob der Mörtel abbinden werde. Nach Ansicht des Berufungsgerichts liegt hierin eine vereinbarte Verlängerung der Bauzeit, die insoweit eine Vertragsstrafe ausschließt.

Diese Auslegung des Verhaltens der Parteien durch das Berufungsgericht läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Bekundung des Architekten H. [REDACTED], er habe nach Hinzuziehung des Statikers die Weiterarbeit am Giebel nicht gestattet, steht ihr nicht entgegen. Die Klägerin und der Architekt des Beklagten haben die Weiterentwicklung des Mörtels abwarten wollen. Der Sachverständige L. [REDACTED] hat später festgestellt, daß der Mörtel nicht zu beanstanden ist (vgl. unten Ziff. 5). Unter diesen Umständen ist nichts dafür dargetan, daß die Klägerin diese Verzögerung der Arbeiten zu vertreten hat.

2. Weitere 10 Arbeitstage waren, so stellt das Berufungsgericht fest, nötig, um die Vorderfront gemäß den Wünschen des Beklagten zu ändern.

23

Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe nicht den Baurat Scho [REDACTED] darüber vernommen, daß die Klägerin "durch den Wegfall dieser Position Zeit für andere Ersatzarbeiten eingespart habe". Der Sinn dieser Rüge erhellt aus dem Schriftsatz des Beklagten vom 31. Oktober 1957 (S. 4), wo sich der Beweisantritt befindet. Danach sollen die Änderungsarbeiten an die Stelle anderer vorgesehener Arbeiten getreten sein. Substantiiert ist diese Behauptung nicht. Daß der Beklagte sie im Berufungsverfahren wiederholt hat, hat er in der Revisionsbegründung nicht dargelegt. Es war demnach kein Anlaß für das Berufungsgericht ersichtlich, auf den früheren unsubstantiierten Beweisantrag einzugehen (BGHZ 35, 103, 106).

3. Das Berufungsgericht stellt fest, die Klägerin habe unter Einberechnung der vorgenannten Verlängerungen von insgesamt 28 Tagen die Rohbauarbeiten am 22. November 1954 abschließen müssen. Trotzdem sei sie, so meint es, erst mit dem 1. Dezember 1954 in Verzug geraten, weil der Beklagte erstmals mit Brief vom 19. November 1954 gemahnt habe, der Verzug aber nicht bereits mit der Mahnung begonnen habe, der Klägerin vielmehr für die Ausführung der restlichen Arbeiten weitere 10 Tage zuzubilligen seien.

Hiergegen wendet sich die Anschlußrevision mit Recht. Mußte bei einer Verlängerung der Ausführungszeit um 28 Tage der Rohbau am 22. November 1954 vollendet sein, so geriet die Klägerin durch eine nach diesem Tag erfolgende Mahnung sofort in Verzug. Einen solchen Verzug konnte die Mahnung vom 19. November 1954 freilich nicht begründen, weil sie bereits vor der Fälligkeit (22. November 1954) ausgesprochen worden war (§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dagegen war eine nach dem 22. November 1954 erfolgte Mahnung geeignet, den Verzug der Klägerin mit ihrem Zugang sofort zu begründen.

Es bleibt deshalb zu prüfen, ob und von welchem Tage ab die Klägerin (etwa durch das in der B[REDACTED]-Mappe befindliche Mohmschreiben des Beklagten vom 24. November 1954) in Verzug gesetzt worden ist. Daraus würde sich möglicherweise ein höherer Vertragsstrafenanspruch des Beklagten ergeben.

4. Am 15. Dezember 1954 war der Rohbau so weit fertiggestellt, daß das Dach gerichtet werden konnte. Damit endete nach Ansicht des Berufungsgerichts der Verzug der Klägerin. Das Berufungsgericht legt den Bauvertrag dahin aus, die Klägerin habe durch die Vertragsstrafenvereinbarung angehalten werden sollen, den von ihr geschuldeten Rohbau fristgerecht zu erstellen. Kleinere Arbeiten habe sie auch noch später, während bereits die anderen Handwerker tätig waren, erbringen können.

Diese Auslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden und bindet das Revisionsgericht. Die Behauptung des Beklagten im Schriftsatz vom 4. Februar 1958 (S. 15), es seien noch 60 Positionen des Leistungsverzeichnisses, Arbeiten für viele tausend DM unerledigt gewesen, steht der Auslegung nicht entgegen. Der im Schriftsatz angeführte Schriftwechsel ergibt, daß der Beklagte darin die von der Klägerin nicht geschuldeten Putzarbeiten einbegriffen hatte.

V.

Der Sachverständige L[REDACTED] hat bei der Ortsbesichtigung festgestellt, daß der Mörtel der Giebelmauer druckfest war und keine Spannungen aufwies. Nach seiner Ansicht hat die Klägerin keinen mangelhaften Mörtel verwendet.

Der Beklagte hat hierzu im Schriftsatz vom 25. Oktober 1961 (S. 14) ausgeführt, der Sachverständige hätte den Mörtel durch ein Forschungsinstitut prüfen lassen müssen. Einen dahingehenden Beweisantrag hat der Beklagte jedoch nicht gestellt. Ein weiteres Gutachten über die Güte des Mörtels einzuholen, war das Berufungsgericht auch nicht verpflichtet (§ 412 ZPO).

Ein Schadensersatzanspruch des Beklagten ist daher insoweit nicht begründet.

VI.

Das Berufungsgericht (BU S. 13) hat von der restlichen Pauschalpreisforderung der Klägerin über 13.297,70 DM zugunsten des Beklagten als Vertragsstrafe 1.300 DM und als Schadensersatz wegen Verwendung der Metallplatten 5.231,19 DM abgesetzt. Als Vertragsstrafe hätte es jedoch nach dem bisherigen Verfahrensstand 1.700 DM absetzen müssen. Das angefochtene Urteil ist daher hinsichtlich der Vertragsstrafenforderung in Höhe von 400 DM und 1.000 DM und ferner hinsichtlich der Schadensersatzforderung des Beklagten von 5.231,19 DM aufzuheben.

Der Betrag von 16.620,05 (nicht 16.620,95) DM, in welcher Höhe das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat, vermindert sich demnach um 5.231,19 DM, so daß die Klage in Höhe von 11.388,86 DM abgewiesen bleibt. Andererseits vermindert sich der Betrag von 3.629,31 DM, zu dem der Beklagte verurteilt worden ist, vorerst um (400 + 1.000 =) 1.400 DM auf 2.229,31 DM.

Zu entscheiden bleibt demnach - außer über den vom Berufungsgericht offengelassenen Betrag von 3.136,60 DM - über einen restlichen Vertragsstrafenanspruch in Höhe von 1.400 DM und über die Schadensersatzforderung von 5.231,19 DM, mit denen der Beklagte aufrechnen will.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Finke