

5

VII ZR 60/624
Verkündet
am 16. Januar 1964
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

des Dr. Ing. Theodor S. [REDACTED] in K. [REDACTED],
K. [REDACTED] Allee [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

die Kommanditgesellschaft Ing. K. P. [REDACTED] Stahlbau und
Stahlbetonwerk, in F. [REDACTED] W. [REDACTED] Straße [REDACTED], vertre-
ten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Ing. Kon-
stantin P. [REDACTED], ebendort,

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Berufungsklägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. Januar 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Ober-
landesgerichts in Schleswig vom 1. Dezember 1963
wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte erwarb im Dezember 1957 in Kronshagen bei Kiel ein Gelände, um darauf für die N. [REDACTED] GmbH und die W. [REDACTED] GmbH, deren Gesellschafter er ist, zwei Werkhallen zu errichten. Der Baugrund bestand teils aus gewachsenem Boden, teils aus einer Aufschüttung von Trümmerschutt. Als Ergebnis von Bohrungen teilte der Architekt L. [REDACTED] dem Beklagten im Dezember 1957 mit, der Baugrund dürfe nur mit 0,5 kg/qcm - gegenüber 3 kg/qcm bei normaler Beschaffenheit belastet werden; die Fundamente würden dadurch um ca. 12.000 DM teurer werden.

Anfang Mai 1958 nahm der Beklagte mit der Klägerin, die aus fabrikmäßig vorgeformten Bauelementen Industriebauten herstellt, wegen der Errichtung zweier Werkhallen in Fertigbauweise Verhandlungen auf. Er forderte mit Schreiben vom 12. Mai 1958 von ihr ein Angebot; dabei wies er auf die geringe Tragfähigkeit des Bodens hin und fügte das Schreiben des Architekten L. [REDACTED] sowie das Ergebnis der Bohrungen bei.

Die Klägerin unterbreitete dem Beklagten am 28. Mai 1958 ein Angebot über die Lieferung und Montage zweier Werkhallen zum Preise von zusammen 81.370 DM. Mit Schreiben vom 30. Mai 1958 teilte sie ihm auch die von ihr errechneten, auf Frankfurter Mittelwerten beruhenden Richtpreise der nicht von ihr zu übernehmenden Fertigungsarbeiten mit, darunter der Hallenfundamente und des Verputzes. Die Fertigungsarbeiten hatte sie mit 62.940 DM veranschlagt und dabei eine Bodenbelastbarkeit von 0,5 kg/qcm zu Grunde gelegt.

Dem Beklagten waren diese Kosten zu hoch. Nach weiteren Verhandlungen bot ihm die Klägerin am 26. Juni 1958 zwei Werkhallen für zusammen 74.430 DM an. Die Kosten der von anderen Unternehmern auszuführenden Fertigungsarbeiten einschließlich der Fundamente veranschlagte sie nunmehr mit

insgesamt 41.890 DM. Sie wies den Beklagten jedoch darauf hin, daß dieser Berechnung eine Tragfähigkeit des Bodens von 0,5 bis 1 kg/qcm zu Grunde liege, ferner daß die nach Frankfurter Mittelwerten veranschlagten Preise an Ort und Stelle höher oder tiefer liegen könnten. Damit der Beklagte örtliche Angebote einholen konnte, legte sie Leistungsverzeichnisse bei.

Nach einer Besichtigung des Baugeländes durch Vertreter der Klägerin am 18. Juli 1958 verhandelte diese mit dem Geologen Dr. S. [REDACTED], der sich jedoch ohne genaue örtliche Untersuchung zu einer Stellungnahme außer Stande erklärte. Die Klägerin vereinbarte deshalb mit dem Beklagten, daß Dr. S. [REDACTED] nach den Ausschachtungsarbeiten den Boden prüfen sollte. Darauf nahm der Beklagte mit Schreiben vom 22. Juli 1958 das Angebot der Klägerin vom 26. Juni 1958 an. Die Klägerin bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 24. Juli 1958. Darin erklärte sie, daß die Einhaltung des für die Fertigstellung der Hallen vereinbarten ungefähren Termins vom 10. Oktober 1958 von der rechtzeitigen Ausführung der Vorarbeiten durch die vom Beklagten zu beauftragenden Unternehmer abhängen und daß vereinbart sei, der Geologe Dr. S. [REDACTED] solle nach dem Ausschachten der Fundamentgräben die Baustelle besichtigen, damit jeder Zweifel über die Tragfähigkeit des Bodens ausgeschlossen werde.

Am 8. August 1958 bat die Klägerin den Beklagten, die geologische Besichtigung zu veranlassen, da die Fundamentgräben für eine Bodenpressung von 1 kg/qcm berechnet seien. Mit Schreiben vom 14. August 1958 schickte der Beklagte die ihm zur Unterschrift übersandten statischen Berechnungen an die Klägerin zurück. Dazu schrieb er, er habe darin berichtet, daß die Bodenbelastung von 1 kg nicht bauseits erfolgt, sondern von der Klägerin eingesetzt worden sei, obgleich Antrage und Auftragserteilung nebst den Bohrplänen sich auf eine Belastung von 0,5 kg bezögen. Warum dies von der Klägerin geändert worden sei, entziehe sich seiner Kenntnis,



doch verlasse er sich auf die ihm gemachten Zusicherungen und Preisangebote. Hierauf antwortete die Klägerin am 2^o. August 1958, sie habe die Fundamente nach einer Bodenbelastbarkeit von 1 kg/qcm berechnet, um dem Beklagten Kosten zu ersparen, jedoch den Vorbehalt gemacht, daß nach dem Aushub der Gräben und einer geologischen Überprüfung endgültig über die Bodenbelastbarkeit entschieden werde. Zugleich bat sie nochmals um das geologische Prüfungsergebnis.

Der Beklagte teilte darauf der Klägerin mit, Dr. S. [REDACTED] halte eine genaue Untersuchung aus zeitlichen Gründen nicht für vertretbar und schlage eine Gründung auf Pfählen vor; die Baufirma T. [REDACTED] wolle für die von der Klägerin angenommene Bodenpressung von 1 kg/qcm nicht die Verantwortung übernehmen. Die Klägerin antwortete am 22. August 1958, sie könne die Durchführung der Gründung nicht verantwortlich anordnen, sie schlage deshalb entweder eine endgültige Bodenuntersuchung oder die Umrechnung der Statik von 1 kg auf 0,5 kg oder die Betrauung eines anderen Bauunternehmers vor, der nach ihren Plänen die Gründung in eigener Verantwortung durchzuführen bereit sei. Der Beklagte erwiderte am 23. August 1958, eine Bodenuntersuchung würde Wochen dauern, die Klägerin möge die Statik bzw. die Fundamente von 1 kg auf 0,5 kg/qcm umrechnen.

Die Klägerin schickte dann dem Beklagten bis zum 15. September 1958 alle auf 0,5 kg/qcm umgestellten Berechnungen und Fundamentpläne. Der Beklagte ließ die Fundamentarbeiten von der Baufirma K. [REDACTED] ausführen. Die Klägerin lieferte die Fertigteile, und ihr Monteur M. [REDACTED] stellte zusammen mit Arbeitern des Beklagten die Hallen auf. Ende Dezember 1958 nahmen die V. [REDACTED] GmbH und die N. [REDACTED] GmbH darin ihren Betrieb auf.

Mit Schreiben vom 19. Dezember 1958 hat der Beklagte eine Reihe von Mängeln, falsche Fundamentberechnung und die verspätete Fertigstellung gerügt. Die Klägerin erklärte sich zur Gewährleistung gemäß ihren dem Angebot vom 26. Juni 1958 beigefügten allgemeinen Verkaufs-, Lieferungs- und

Zahlungsbedingungen (AVLZB) bereit. Die Verhandlungen hierüber führten jedoch zu keiner Einigung.

Die Klägerin hat dem Beklagten insgesamt 77.617 DM, nämlich den für die beiden Hallen vereinbarten Betrag von 74.430 DM, ferner 2.870 DM für zusätzlich gelieferte Platten und 317 DM für von ihrem Monteur M. über die vertraglich vorgesehene Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeitsstunden in Rechnung gestellt. Unter Berücksichtigung vom Beklagten gezahlter 24.837 DM und von ihm gelieferter Farben zum Preise von 411,63 DM hat sie wegen einer Restforderung von 52.368,37 im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs auf Eintragung einer Bauhandwerkerhypothek auf dem Grundstück des Beklagten im Grundbuch eintragen lassen. Sie hat alsdann geklagt auf Zahlung der restlichen 52.368,37 DM nebst Zinsen, auf Bestellung einer Sicherungshypothek in gleicher Höhe und auf Duldung der Zwangsvollstreckung daraus.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Nach seiner Meinung hat die Klägerin die Montagezeit im Vertrag zu kurz berechnet, was zu ihren Lasten gehe. Wegen der von ihm behaupteten Mängel hat er Minderung verlangt und mit Ansprüchen auf Schadensersatz aufgerechnet. Weiter hat er behauptet, die Klägerin habe, um den Auftrag zu erhalten, die Fundamentkosten nach einer zu günstigen Bodenbelastbarkeit von 1 kg statt 0,5 kg/qcm berechnet; daraus leitet er einen Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten der Fundamente im Betrage von 30.000 DM her und stellt auch ihn zur Aufrechnung. Er hat ferner vorgetragen, die Klägerin habe vorzeitig die Montage abgebrochen, weshalb er die noch fehlenden Arbeiten durch die Firma K. habe ausführen lassen müssen. Die hierfür aufgewandten 574,05 DM will er ebenfalls von der Klageforderung abziehen. Schließlich hat er behauptet, die Hallen seien infolge der notwendig gewesenem Umrechnung der Werte von 1 kg auf 0,5 kg/qcm Bodenbelastbarkeit und der verzögerten Lieferungen der Klägerin 6 Wochen zu spät fertig ge-

worden; die N. [REDACTED] GmbH und V. [REDACTED] GmbH verlangten deshalb 5.000 - 10.000 DM Schadensersatz von ihm, und insoweit rechne er ebenfalls gegenüber der Klageforderung auf. Bis die Klägerin die gerügten Mängel beseitigt habe, wolle er zudem einen angemessenen Betrag zurückhalten.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, 41.881,37 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen, wegen dieser Forderung die Eintragung einer Sicherungshypothek zu bewilligen und daraus die Zwangsvollstreckung zu dulden.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 48.489,59 DM nebst Zinsen sowie weitere 750,-- DM, diese Zug um Zug gegen Beseitigung bestimmter Mängel, zu zahlen, wegen des Betrages von 48.489,59 DM sowie der Kosten dieses Rechtsstreits und des Verfahrens zur Erwirkung der einstweiligen Verfügung zu Gunsten der Klägerin eine Sicherungshypothek zu bewilligen und daraus die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu dulden. Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung des Beklagten hat es zurückgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Auf die Auftragssumme von 74.430 DM hat der Beklagte unstreitig 25.248,63 DM gezahlt und verrechnet.

Den über den restlichen Werklohn von 49.181,37 DM hinaus eingeklagten Betrag von 2.870 DM für zusätzlich gelieferte Zementplatten haben die Vorinstanzen der Klägerin aberkannt.

II.

Das Berufungsgericht legt den Vertrag dahin aus, daß mit dem vereinbarten Pauschalwerklohn auch die Montage der Hallen ohne Rücksicht auf ihre Dauer abgegolten sein sollte. Es sei jedoch Sache des Beklagten gewesen, die Zufahrten für die Lastwagen der Klägerin herzustellen und die Fahrzeuge entladen zu lassen (AVLZB Ziffer 4 und 5).

Der Monteur M. hat, so stellt das Berufungsgericht fest, am 21. Oktober 1958 entladen, am 23. Oktober 1958 die Zufahrt ausbessern helfen und am 30. Oktober 1958 Säulen von der Straße zur Baustelle geschafft. Für die hierdurch bedingten zusätzlichen 9 Arbeitsstunden hat es der Klägerin 58,22 DM zuerkannt.

Hiergegen wendet sich die Revision zu Unrecht.

Es war nicht vereinbart, daß die Klägerin keinen 25-to-Lastzug zum Antransport der schweren Bauteile verwenden dürfe. Wenn der Beklagte sein Baugelände hierfür nicht befahrbar machen konnte oder wollte, mußte er die Fertigteile an der Straße auf leichtere Fahrzeuge umladen und an die Baustelle schaffen. Bei diesem ihm obliegenden Arbeiten hat er den Monteur der Klägerin helfen lassen. Für dessen Arbeit schuldet er der Klägerin nach dem Vertrag eine Vergütung.

Auf die von der Revision angegriffenen, in der Tat nicht unbedenkliche weitere Begründung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe durch seine Unterschrift auf den Stundenlohnzetteln die darin vermerkten Leistungen für ihn verbindlich anerkannt, kommt es daneben nicht an.

III.

Einen Minderungsanspruch des Beklagten (§ 13 Ziff. 6 der den Beziehungen der Parteien zu Grunde gelegten VOB (Teil B) verneint das Berufungsgericht, weil die beanstandeten Mängel der Hallen auch nach der Darstellung des Beklagten

beseitigt werden können.

Ebenso hält es einen Schadensersatzanspruch (§ 13 Ziff. 7 VOB (B)) nicht für gegeben, weil die Mängel weder wesentlich sind, noch die Gebrauchsfähigkeit der Hallen erheblich beeinträchtigen.

Das Berufungsgericht hat weiter geprüft, ob der Beklagte gemäß § 320 BGB den von der Klägerin verlangten restlichen Werklohn insoweit teilweise verweigern kann, als die Klägerin die ihr obliegende Leistung nicht mängelfrei erbracht hat (BGHZ 26, 337). Dabei scheidet eine Nichterfüllung des Vertrags nach seiner Ansicht insoweit aus, als es sich um Mängel handelt, die durch Verputzen der Außenwände behoben werden.

3.) Die Revision rügt, die Hallen hätten nach den Abmachungen der Parteien außen nicht verputzt, sondern angestrichen werden sollen; wegen der Mängel lasse sich aber kein Schutzanstrich anbringen.

a) Hierauf kommt es nicht an, soweit der Beklagte mindern will. Auch wenn die Beseitigung der Mängel einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern sollte, so hat doch der Beklagte nicht die weitere Voraussetzung des Minderungsanspruchs dargetan, daß die Klägerin gerade wegen des hohen Aufwands die Beseitigung der Mängel verweigere.

b) Zu Unrecht wendet sich die Revision aber auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin die Außenwände der von ihr zu montierenden Hallen nicht so eben herzustellen hatte, daß darauf statt eines Außenputzes ein Außenanstrich aufgetragen werden kann.

Das Angebot der Klägerin vom 26. Juni 1958 sowie deren Bestätigungsschreiben vom 24. Juli 1958 ergeben eindeutig, daß die Klägerin sich nur verpflichtet hat, für einen Außenputz geeignete Rohbauten zu erstellen, und daß die mit einem Glattstrich versehene Seite der Betondielen als Innenseite

verwendet und die Platten außen bauseits verputzt werden sollten.

Die Behauptung des Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung, er habe mit der Klägerin mündlich vereinbart, er wolle die Hallen außen mit einem wetterfesten Anstrich versehen lassen, und die Klägerin habe deshalb die Hallen außen mit einer dafür geeigneten glatten Fläche erstellen müssen, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen.

Hierzu rügt die Revision, das Berufungsgericht habe das Beweiserbieten des Beklagten nicht berücksichtigt, daß er vor der Auftragserteilung vom 22. Juni 1958 mit dem Ingenieur Beck der Klägerin verabredet habe, an Stelle des Verputzes solle ein konservierender Farbanstrich gewählt werden, und daß er im gleichen Sinne am 18. Juli 1958 in Kiel mit dem persönlich haltenden Gesellschafter der Klägerin gesprochen habe.

Der Beweisantrag des Beklagten ging jedoch nur dahin, er habe mit B. [REDACTED] und F. [REDACTED] "darüber gesprochen", es solle ein Farbenstrich gewählt werden. Das Berufungsgericht (BU S. 4") hat dazu Stellung genommen. Es läßt offen, ob diese Behauptung zutrifft, denn, so führt es aus, der Beklagte behaupte auch jetzt noch nicht, daß bei diesen Besprechungen eine bindende Vereinbarung des vom Beklagten behaupteten Inhalts getroffen worden sei. Aus diesem Grunde hat es weder den Ingenieur B. [REDACTED], noch F. [REDACTED], noch, wie weiter vom Beklagten beantragt, einen Farbsachverständigen über die Geeignetheit eines Farbanstrichs vernommen.

Darin liegt kein Verfahrensfehler. Das schriftliche Angebot der Klägerin vom 26. Juni 1958, wonach der Beklagte einen Außenputz anbringen sollte, liegt später als die von Beklagten behauptete Besprechung mit dem Ingenieur B. [REDACTED]. Der Beklagte hat in seinem Auftragsschreiben vom 22. Juli

'958 nichts Abweichendes verlangt. Und die unwidersprochen gebliebene Auftragsbestätigung der Klägerin vom 24. Juli '958, die eindeutig für ihre Darstellung spricht, liegt später als die behauptete Besprechung des Beklagten mit P. [REDACTED].

Falls P. [REDACTED] im Verlaufe der Unterhaltung mit dem Beklagten einige Dosen von der M. [REDACTED] GmbH hergestellten Schutzlacks bestellt hat, so brauchte das Berufungsgericht daraus keine von dem Inhalt der gewechselten Schreiben abweichende Vereinbarung zu folgern. Ebensowenig folgt sie daraus, daß, wie der Beklagte weiter behauptet, sämtliche Dachrinnen bereits angebracht seien, daß dies aber nicht hätte geschehen dürfen, wenn die Hallen noch verputzt werden sollten. Das Anbringen der Dachrinnen war nicht Sache der Klägerin.

c) Ist somit davon auszugehen, daß die Außenwände verputzt werden sollten, so ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, daß der Beklagte wegen der Mängel in den Außenwänden, die durch das Verputzen behoben werden, auch nicht gemäß § 320 BGB die Zahlung des Werklohns verweigern kann.

2.) Gestützt auf das Gutachten des Dipl.-Ing. Li. [REDACTED] erachtet das Berufungsgericht insgesamt 520 DM für erforderlich, um die durch das Verputzen nicht zu behebbenden kleineren Mängel zu beseitigen. Gemäß § 320 Abs. 2 BGB hat es dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht für einen Betrag von 750.--DM zuerkannt und insoweit den Beklagten zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Beseitigung bestimmter Mängel verurteilt.

Die Revision hält die Begrenzung des Zurückbehaltungsrechts auf diesen Betrag für unzulässig, weil er nicht ausreiche, um die Klägerin zur Nachbesserung zu veranlassen.

Das Berufungsgericht hat jedoch nicht verkannt, daß die Einrede aus § 320 BGB auch als Druckmittel wirken soll und

daß deswegen die Höhe des Betrags, den der Besteller einbehalten darf, nicht ohne weiteres dem Betrag gleichzusetzen ist, der erforderlich ist, um die Mängel beheben zu lassen (BGH NJW 1958, 706). Demgemäß hat es den einzubehaltenden Betrag höher bemessen als den zur Beseitigung der Mängel erforderlichen. Es hat aber andererseits berücksichtigt, daß beim Vorhandensein von Mängeln die Vegenleistung nach § 320 Abs. 2 BGB in soweit nicht verweigert werden darf, als die Verweigerung wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit der Mängel gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. RGR Komm. § 320 9). Das Berufungsgericht hat somit die für den Umfang des Leistungsverweigerungsrechts maßgebenden rechtliche Gesichtspunkte beachtet. Die Bemessung des Betrags aber stand in seinem tatrichterlichen Ermessen. Das Landgericht hatte einen erheblich höheren Betrag deshalb festgesetzt, weil es, gestützt auf ein anderes Sachverständigengutachten, von umfangreicheren Mängeln der Hallen ausgegangen war.

IV.

Der Beklagte will aufrechnen mit einer Schadensersatzforderung wegen positiver Vertragsverletzung und Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen, weil die Klägerin ihn hinsichtlich der Fundamente nicht richtig beraten habe. Um ihn zur Auftragserteilung zu bewegen, sei sie von einer weniger Kosten verursachenden Bodenbelastbarkeit ausgegangen, obwohl ihr die geringere Tragfähigkeit mitgeteilt worden war.

1.) Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, der Beklagte habe das von dem Architekten L. beschaffte Bohrerergebnis, sowie die nach diesem anzunehmende Tragfähigkeit des Bodens gekannt und auch gewußt, daß dadurch höhere Fundamentkosten - Lincke hatte von ca. 12.000 DM gesprochen - entstehen würden. Er habe die Klägerin nicht beauftragt, dieses Bohrerergebnis

5

nachzuprüfen, und die Klägerin habe sich hierzu auch nicht verpflichtet. Da er jedoch, um Kosten zu sparen, daran interessiert gewesen sei, die Tragfähigkeit soweit als möglich auszunutzen, habe die Klägerin nach Ablehnung ihres ersten Angebots dem zweiten Angebot vom 26. Juni 1958 eine Tragfähigkeit des Baugrundes von 0,5 - 1 kg/qcm zu Grunde gelegt. Hierauf habe sie den Beklagten ausdrücklich hingewiesen. Diesem sei also klar gewesen, daß es zweifelhaft war, ob sich die Fundierung auf Grund der von der Klägerin angenommenen Belastbarkeit von 0,5 - 1 kg/qcm werde durchführen lassen. Von der höheren Belastbarkeit zunächst auszugehen, sei nicht unvertretbar gewesen, denn der Baugrund habe teils aus gewachsenen teils aus aufgeschüttetem Boden bestanden.

Schon in einer Besprechung der Parteien vom 18. Juli 1958 und sodann in ihrem Bestätigungsschreiben vom 24. Juli 1958 habe die Beklagte darauf hingewiesen, es sei vereinbart, daß Dr. S. nach dem Ausschachten der Fundamentgräben die Baustelle besichtigen sollte, um jeden Zweifel hinsichtlich der Tragfähigkeit des Bodens zu beseitigen. Dem habe der Beklagte in seinem Schreiben vom 1. August 1958 nicht widersprochen und somit in Kenntnis dieser Tatsachen das Angebot der Klägerin angenommen. Eine erneute Prüfung des Baugrundes sei danach Sache des Beklagten gewesen. Er habe dann aber nicht, wie von Dr. Seifert angeregt, den Boden nochmals untersuchen lassen, sondern die Klägerin angewiesen, die Berechnungen und Zeichnungen auf eine Belastbarkeit von 0,5 kg/qcm umzustellen. Daß der Klägerin bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt von vornherein habe klar sein müssen, eine Fundamentierung zu den von ihr veranschlagten Kosten lasse sich überhaupt nicht durchführen, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen. Es stellt jedoch fest, daß der Beklagte mit der Klägerin verbindlich abgeschlossen habe, obwohl ihn die Klägerin auf die hinsichtlich der Belastbarkeit bestehenden Zweifel hingewiesen hatte. Seine Darstellung, er

würde der Klägerin den Auftrag nicht erteilt haben, wenn ihm die Zweifel bekannt gewesen wären, trifft daher nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu.

Die hiergegen gerichteten Verfahrensrügen sind unbegründet.

- a) Die Klägerin hat den Auftrag des Beklagten vom 22. Juli 1958 in ihrem Bestätigungsschreiben vom 24. Juli 1958 nicht ohne Einschränkung übernommen, sondern im vorletzten Absatz der zweiten Seite entsprechend der Besprechung der Parteien vom 18. Juli 1958 darauf hingewiesen, daß "vereinbarungsgemäß nach dem Ausschachten der Fundamentgräben durch den Geologen ... eine Besichtigung der Baustelle durchgeführt wird, um jeden Zweifel über die Tragfähigkeit des Bodens zu beseitigen". Das übersieht die Revision.
- b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Behauptung des Beklagten übergangen, daß die Klägerin, um den Auftrag zu erhalten, auch die Aufgaben seines erkrankt gewesenen Architekten übernommen habe. Damit habe sie sich verpflichtet, ihn hinsichtlich der Fundamente zu beraten. Sie habe nicht von einer Bodenbelastbarkeit von 0,5 - 1 kg/qcm ausgehen und den Beklagten der Gefahr aussetzen dürfen, daß die darauf gegründeten Berechnungen als falsch erwiesen.

Diese Rüge ist deshalb unbegründet, weil die Klägerin den Beklagten hinsichtlich der Fundamente beraten hat. Nur hat sie sich nicht verpflichtet, selbst die Tragfähigkeit des Bodens zu ermitteln, vielmehr deutlich darauf hingewiesen, daß der Beklagte hierzu noch die Stellungnahme eines Geologen herbeiführen müsse. Der Beklagte hat, so stellt das Berufungsgericht fest (BU S. 52 unten), die Erwartung der Klägerin geteilt, daß eine erneute Bodenuntersuchung möglicherweise eine höhere Tragfähigkeit ergebe und deshalb die nach einer Tragfähigkeit von 0,5 - 1 kg/qcm berechneten Fundamente ausreichen würden.

c) Daß dem Beklagten, worauf die Revision hinweist, der erste Kostenvoranschlag von insgesamt 144.300 DM zu hoch war, erwähnt das Berufungsgericht ausdrücklich im Tatbestand. Trotzdem kann der Beklagte auf Grund des zweiten Angebots, in dem auch für die Hallen ein geringerer Preis eingesetzt war und die Kosten der Fundamente, ausgehend von einer größeren Tragfähigkeit, geringer veranschlagt waren, den Vertrag abgeschlossen haben. Der Beklagte hat nicht dargetan, daß die nach seiner Behauptung von dem Ingenieur Beck der Klägerin bei den Vorverhandlungen in Kiel am 15. Juni 1958 geäußerte Ansicht, die Tragfähigkeit des Bodens werde stellenweise größer als 0,5 kg/qcm sein, nicht vertretbar gewesen sei. Die wirkliche Belastbarkeit des Baugrundes ist überhaupt nicht endgültig geklärt worden. Vielmehr hat der Beklagte hiervon Abstand genommen und die Klägerin beauftragt, die Berechnungen und Zeichnungen auf eine Tragfähigkeit von 0,5 kg/qcm umzuändern. Daß danach die Fundamente mehr kosten würden, wußte er von dem Architekten L. Der Beklagte hat es auch unterlassen, mittels der von der Klägerin übersandten Leistungsverzeichnisse die örtlichen Einheitspreise zu ermitteln.

Das Berufungsgericht hat ferner ohne Rechtsfehler dem Schriftwechsel der Parteien und den sonstigen von der Revision angeführten Umständen entnommen, daß die Klägerin die Kosten der nicht von ihr, sondern von anderen Unternehmern auszuführenden Fertigungsarbeiten nur veranschlagt hat. Im Schreiben vom 23. August 1958, auf das die Revision verweist, hat der Beklagte zwar erklärt, er habe von Anfang an auf die geringe Tragfähigkeit von nur 0,5 kg/qcm hingewiesen; trotzdem hat er darin die Klägerin beauftragt, die Berechnung der Fundamente auf 0,5 kg/qcm umzuändern. Soweit das Berufungsgericht von dem im Schreiben des Beklagten vom 23. August 1958 erteilten Auftrag spricht, meint es nicht, wie die Revision es versteht, den Vertragsschluß, sondern den Auftrag zur Umstellung der Berechnungen und Zeichnungen auf eine Bodenbe-

lastbarkeit von 0,5 kg/qcm. Dabei berücksichtigt es, daß in dem schon früher geschlossenen Vertrag eine genaue Bodenuntersuchung vorbehalten worden war.

d) Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts folgt, daß die Klägerin auch nicht garantiert hat, die von ihr mit 41.890.-- DM veranschlagten Kosten der Fertigungsarbeiten würden nicht überschritten. Die gegenteilige Meinung der Revision entbehrt der tatsächlichen Grundlage, und die von ihr daran geknüpften rechtlichen Folgerungen sind deshalb unbegründet.

2.) Daß die Klägerin in ihrem Angebot die Massen der Fundamente um 30 % zu gering berechnet habe, hat der Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht schlüssig dargelegt.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Der von der Revision angeführte Schriftsatz des Beklagten vom 27. Februar 1961 (S. 6) enthält lediglich die vorstehende Behauptung. Darauf hat das Berufungsgericht in seinem Beschluß vom 2. Juni 1961 unter VI, 4, dem Beklagten aufgegeben, darzulegen, welche Kosten die Klägerin bei ihrem ersten Angebot für die Fundamentierungsarbeiten errechnet hatte, welche Kosten die Baufirma später veranschlagt und welche sie schließlich berechnet hat. Der Beklagte hat dann mit Schriftsatz vom 7. Juli 1961 (S. 2 ff), auf den sich die Revision ebenfalls beruft, die Angebote der Klägerin sowie die Rechnungen der Firmen Sö. [REDACTED] & G. [REDACTED] sowie K. [REDACTED] vorgelegt und hierzu nähere Ausführungen gemacht. Er hat jedoch nicht, wie es zur Stützung seiner Behauptung, die Klägerin sei in ihren Angeboten von zu geringen Massen ausgegangen, erforderlich gewesen wäre, im einzelnen dargelegt, inwiefern die Klägerin ihrem Angebot zu geringe Massen zu Grunde gelegt haben soll. Das Berufungsgericht hat ihn außerdem in der mündlichen Verhandlung - ohne Erfolg - gefragt, welche Massenangaben der Klägerin unrichtig gewesen

sein sollten (BU S. 60, 61). Somit ist es seiner Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) nachgekommen. Daß sich die unrichtigen Massenangaben aus den vorgelegten Angeboten und Rechnungen ergäben, ist nicht ersichtlich und legt auch die Revision nicht dar. Ob die Folgerung, die das Berufungsgericht aus dem Ansatz eines Pauschalbetrags von 1.000 DM in der Rechnung der Firma Karstens (Bl. 8 unten) für "Projektbearbeitung" herleitet, berechtigt ist oder nicht, ist demgegenüber unerheblich.

V.

Das Berufungsgericht verneint einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch des Beklagten, den dieser aus einer verspäteten Fertigstellung der beiden Hallen herleitet.

Der Beklagte habe, so führt es aus, nicht schlüssig vorgetragen, daß der N. GmbH und der W. GmbH Ansprüche auf Schadensersatz und Erstattung von Aufwendungen gegen ihn deshalb zuständen, weil sie die Hallen nicht am 1. Dezember 1958 hätten beziehen können. Vertragliche Abmachungen mit diesen Gesellschaften habe er nicht behauptet. Daß er Gesellschafter sei, genüge nicht, um Ansprüche gegen die Klägerin zu begründen. Nach § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) könne der Beklagte als Verzugsschaden auch nur den unmittelbaren Schaden und keinen entgangenen Gewinn ersetzt verlangen. Die Voraussetzungen des Verzugs lägen zudem nicht vor. Die Klägerin habe dem vom Beklagten verlangten Fertigstellungstermin nicht zugestimmt. Daß sie den Montagebeginn verzögert habe, könne nicht festgestellt werden. Infolge der späten Beendigung der Vorarbeiten habe sie erst am 20. Oktober 1958 mit der Montage beginnen können. Nach der von ihr unverbindlich genannten Montagefrist von 8 Wochen sei als voraussichtlicher Fertigstellungstermin der 15. Dezember 1958 in Frage gekommen. Zu diesem Zeitpunkt seien die Hallen im wesentlichen fertig

gestellt gewesen.

1.) Die Revision will einen Verzug der Klägerin daraus herleiten, daß der Beklagte ihr bestimmte Termine gesetzt habe, die sich für ihn selbst zwangsläufig ergeben hätten, weil die H. -Werke den beiden Gesellschaften die gemieteten Räume gekündigt hatten und er sie anderweitig habe unterbringen müssen. Das Berufungsgericht hat dies Vorbringen nicht übersehen. Daraus ergibt sich kein Verzug der Klägerin. Entscheidend ist die von der Revision nicht angegriffene Feststellung, daß die Klägerin keinen festen Fertigstellungstermin zugesagt, den Montagebeginn vielmehr von der Erledigung der Vorarbeiten und dem ausreichenden Abbinden des Betons der Fundamente und Böden abhängig gemacht hatte. Daß diese Voraussetzungen schon vor dem 20. Oktober 1958 gegeben waren, hat der Beklagte nicht behauptet (BU S. 65 unten).

2.) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß auch dann, wenn sich die Klägerin in Verzug befunden hätte, der von dem Beklagten daraus hergeleitete Schadensersatzanspruch nicht gegeben wäre, weil er mittelbare Schäden betrifft, die der Beklagte nach § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) nicht ersetzt verlangen kann. Das gilt auch für den in § 5 Ziff. 4 VOB (B) behandelten Fall, daß der Auftragsnehmer den Beginn der Ausführung verzögert (vgl. Ingenstau - Korbion VOB § 5 Rz 19).

3.) Darauf, ob der Beklagte in den von der Revision angeführten Schriftsätzen entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts einen Schaden, den er mit gegen ihn gerichteten Ersatzansprüchen der beiden Gesellschaften begründet, überhaupt schlüssig dargetan hat, kommt es daneben nicht mehr an.

VI.

Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen dem Beklagten nachteiligen Rechtsfehler erkennen läßt, ist dessen Revision zurückzuweisen.

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

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke