

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 66/64**URTEIL****Verkündet am**

10. Januar 1966,
Jodas,
Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Straßen- und Tiefbau Eduard H. [REDACTED],
Inhaber: Bauingenieur U. C. [REDACTED], Ha. [REDACTED]-Hal. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die unter der Firma Wilhelm G. [REDACTED] handelnden Bauunternehmer
Wilhelm G. [REDACTED] und Horst G. [REDACTED], Ha. [REDACTED]-Vorhalle, S. [REDACTED]-
weg [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 18. Dezember 1963 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte führte im Jahre 1961 für die Stadt Ha (Westf.) Erdarbeiten zum Ausbau einer Straße aus. Einen Teil der Arbeiten übertrug sie durch Vertrag vom 22. April 1961 der Firma der Kläger (im folgenden hier Klägerin genannt) als Subunternehmerin.

Mit der Klage hat die Klägerin eine noch ausstehende Restforderung von 11.840 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 15. Juli 1961 geltend gemacht.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Klägerin habe die Arbeiten nicht vollständig ausgeführt, insbesondere noch etwa 800 cbm Erdmasse liegengelassen. Diese Arbeiten habe dann die Beklagte ausführen müssen, wodurch ihr ein erheblicher Schaden entstanden sei. Die Beklagte hat noch weitere Abzüge geltend gemacht und mit Gegenforderungen aufgerechnet. Sie steht auf dem Standpunkt, daß die Klägerin nicht mehr zu beanspruchen habe.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 10.540 DM nebst 4 % Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dieser 7 % Zinsen zugebilligt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Oberlandesgericht stellt fest, daß die Klägerin mindestens 5.200 cbm Boden ausgehoben und abgefahren habe. Es errechnet unter Zugrundelegung der zwischen den Parteien vereinbarten Einzelpreise einen Vergütungsanspruch der Klägerin in Höhe von



Pos. 14 (unstreitig)	359,38 DM
Pos. 16: 5.200 cbm zu 8,65 DM/cbm	<u>44.980,-- DM</u>
	45.339,38 DM
abz. 10 % Sicherheitsleistung	<u>4.533,94 DM</u>
	40.805,44 DM.

Hiervon gesteht es der Beklagten folgende Abzüge zu:

Nicht ausgeführte Planierungsarbeiten	1.500,-- DM
Nichtentfernte Bäume und Sträucher	1.300,-- DM
Unstreitig von der Beklagten bezahlt	<u>26.000,-- DM</u>
	28.800,-- DM,

so daß immer noch ein die Urteilssumme des Landgerichts übersteigender Petrag verbleibe.

Einen Schadensersatzanspruch der Beklagten verneint das Berufungsgericht, weil die Beklagte mit ihren Abschlagszahlungen im Verzug und die Klägerin deshalb zur Fortführung der Arbeiten nicht verpflichtet gewesen sei; auch sei der Beklagten kein Schaden entstanden.

2. Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind nicht begründet.

a) Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung, daß die Klägerin mindestens 5.200 cbm Boden ausgehoben und abgefahren habe, auf die Angaben der Zeugen St [REDACTED] (Stadtbauinspektor beim Stadtbauamt) und Sta [REDACTED] (damals Bauführer der Beklagten), die gemeinsam mit dem Inhaber der Klägerin den Bodenaushub mit 5.587,70 cbm aufgemessen haben. Hiervon zieht es für einen in diesem Aufmaß enthaltenen, nachträglich von der Beklagten entfernten

Bodenwulst 387,70 cbm (der Zeuge Sta [REDACTED] hat den Wulst auf 200 bis 300 cbm geschätzt) ab.

Die Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe die Angaben ihres als Zeugen vernommenen Poliers W [REDACTED] in seiner Vernehmung vom 30. Oktober 1963, wonach die Beklagte mindestens 800 cbm Boden abgetragen habe, nicht berücksichtigt.

Diese Rüge ist nicht begründet. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht dessen Angaben nicht beachtet hat. Wenn es angesichts der Angaben der beiden anderen sachkundigen Zeugen der Schätzung des Zeugen W [REDACTED] nicht gefolgt ist, so lag das im Rahmen seiner der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht unterstehenden Beweiswürdigung. Es kann auch nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, wenn es sich mit den Angaben W [REDACTED] nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat, zumal diese ersichtlich nur auf einer ohne Aufmaß vorgenommenen rohen Schätzung beruhten.

Die Revisionsangriffe der Beklagten gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen Sta [REDACTED] richten sich in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

b) Das Berufungsgericht hat für von der Beklagten ausgeführte Planierungsarbeiten, die der Klägerin obgelegen hätten, 1.500 DM von deren Forderung abgezogen.

Die Beklagte meint, die von dem Berufungsgericht bei der Berechnung dieses Postens angestellte Erwägung, daß es sich um besonders mühsame von Hand auszuführende Arbeiten gehandelt habe, müsse auch für die Entfernung des Bodenwulste

und die nachträgliche Herstellung eines profilgerechten Aushubs gelten. Insoweit hätte ein Ausgleich geschaffen werden müssen, der einen weiteren Abzug rechtfertige.

Diese Rüge ist nicht begründet.

Die Revisionsklägerin kann nicht dartun, daß die von ihr hervorgehobenen Arbeiten nicht in den "aufwendigen Planierungsarbeiten" berücksichtigt sind, für die das Berufungsgericht der Beklagten 1.500,-- DM gutgebracht hat. Aus der Berufungsbegründung, auf die die Revisionsklägerin verweist, läßt sich nichts Gegenteiliges entnehmen.

Soweit die Beklagte einen Schadensersatzanspruch erhebt, fehlt es, wie noch an anderer Stelle (zu c)) auszuführen sein wird, an einer Grundlage.

c) Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 29. Januar 1963 S. 9 ff vorgetragen und durch ihren Polier H [REDACTED] unter Beweis gestellt, daß bei der Preisvereinbarung vom 22. April 1961 (8,65 DM für den cbm) das übliche, zu den Geschäftskosten der Klägerin gehörige sog. Kippgeld mit 1,50 DM für den cbm veranschlagt worden sei. Der Beklagten sei es gelungen, nachträglich eine näher gelegene Kippe ausfindig zu machen, für die kein Kippgeld habe bezahlt werden müssen. Es müsse daher von den 8,65 DM das ersparte Kippgeld von 1,50 DM abgezogen werden, was bei 4.800 cbm 7.200 DM ausmache.

Das Berufungsgericht sieht eine dahingehende Vereinbarung der Parteien als nicht erwiesen an.

Die Rüge der Beklagten, das Berufungsgericht habe den

Zeugen H. nicht vernommen, geht fehl, denn es hat die tatsächlichen unter Beweis gestellten Behauptungen der Beklagten als wahr unterstellt.

Zu Unrecht rügt die Beklagte die Verkenennung der Beweislast. Die schriftliche Auftragsbestätigung der Beklagten vom 22. April 1961 hat die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Für ihre Behauptung einer zusätzlichen Vereinbarung hinsichtlich des Kippgeldes war demnach die Beklagte beweispflichtig. Wenn das Berufungsgericht eine solche Vereinbarung als nicht erwiesen ansieht, so läßt das keinen Rechtsfehler erkennen.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf eine etwaige Änderung der Geschäftsgrundlage berufen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Parteien bei Vertragsschluß nicht schon mit der Möglichkeit eines Wegfalls des Kippgeldes gerechnet haben. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, so könnte eine Berücksichtigung wegen Fortfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage nur dann anerkannt werden, wenn das Festhalten am Vertrag mit Rücksicht auf Treu und Glauben dem Verpflichteten nicht mehr zugemutet werden könnte (BGHZ 2, 176, 188 und ständige Rechtsprechung). Dafür ist nichts vorgetragen. Es kann nicht mißbilligt werden, wenn die durch den Wegfall des Kippgeldes entstandenen Vorteile mangels einer besonderen Vereinbarung der Klägerin zugutekommen, wie diese denn auch eine etwaige Erhöhung des Kippgeldes oder sonstige nicht vorhergesehene Kostenerhöhungen hätte tragen müssen, solange diese nicht ein unerträgliches Maß erreichten. Derartige Schwankungen im Verhältnis zwischen Kalkulation und Kostenaufwand sind im Baugewerbe auch nicht ungewöhnlich.

d) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die der Klägerin obliegende Beseitigung der Päume und Sträucher bis auf 5 oder 6 Beerensträucher von dieser vorgenommen worden ist. Wenn es unter diesen Umständen bei einem Gesamtaufwand von 2.950 DM einen höheren Abzug als 1.300 DM, wie ihn das Landgericht festgesetzt hatte, nicht für gerechtfertigt hält, so kann das nicht beanstandet werden. Inwiefern ihm zu einer solchen Schätzung die erforderliche Sachkunde gefehlt haben sollte und es deshalb, wie die Beklagte meint, einen Sachverständigen hätte hören müssen, ist nicht erfindlich.

e) Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen Verzugs der Klägerin. Es stellt dazu fest, daß die Klägerin die Arbeit zwar am 4. Juli 1961 eingestellt habe und die Beklagte damals noch nicht im Zahlungsverzug gewesen sei. Verzug der Beklagten sei aber dadurch eingetreten, daß sie von der ihr am 5. Juli 1961 von der Stadt Hagen überwiesenen Zahlung von 20.000 DM den auf die Klägerin entfallenden Anteil nicht, wie im Vertrag vorgesehen, binnen 3 Tagen, also bis zum 8. Juli 1961 an die Klägerin weitergeleitet, sondern weniger, nämlich nur 10.000 DM am 11. Juli 1961 durch Scheck bezahlt habe. Auch auf Mahnung der Klägerin vom 12. Juli mit Fristsetzung bis zum 15. Juli 1961 habe sie nichts mehr bezahlt. Die Beklagte sei daher in Verzug geraten und habe von der Klägerin deshalb die Fortsetzung der Arbeiten nicht mehr verlangen können.

Die Beklagte rügt hierzu die Verletzung des § 284 BGB. Sie ist der Auffassung, daß nicht sie, sondern die Klägerin durch den vorzeitigen Abbruch der Arbeiten am 4. Juli 1961 in Verzug gewesen sei.

An dieser Rüge ist soviel richtig, daß - was das Berufungsgericht verkannt hat - der Beklagten seit dem 4. Juli 1961, also zu einem Zeitpunkt, als sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts noch nicht im Verzug war, möglicherweise ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zugestanden hat und daß ein solches bereits durch sein bloßes objektives Bestehen den Eintritt des Schuldnerverzugs der Beklagten gehindert haben könnte, ohne daß es noch einer Mahnung bedurft hätte (BGH, Urteile vom 15. April 1959, V ZR 21/58, in WM 1959, 614, 625; 13. März 1963, VIII ZR 212/61, in WM 1963, 476, 477; 26. Oktober 1965, V ZR 87/63, in NJW 1966, 200 mit weiteren Nachweisen).

Doch kann das auf sich beruhen, denn die Entscheidung des Berufungsgerichts wird jedenfalls durch seine Hilfsbegründung getragen, daß der Beklagten kein Schaden entstanden sei, weil die Stadt die Beklagte voll entschädigt, ihr insbesondere auch für die von Hand ausgeführten Arbeiten eine Erschwerungszulage von 4050 DM vergütet habe.

Hierzu rügt die Beklagte lediglich, das Berufungsgericht habe zu Unrecht festgestellt, daß die Föschungsneigung in der Weise, wie sie die Stadt geplant hat, durchgeführt worden sei.

Insoweit richtet sich aber die Revision in unzulässiger Weise gegen die auf den Angaben des Zeugen Starke beruhende Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

Im übrigen kann dem Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden, daß sich die Klägerin durch den Abbruch der

Arbeiten vom 4. Juli 1961 schon endgültig vom Vertrag "losgesagt" hat. Ebensowenig hat die Beklagte vorge-
tragen, daß sie die Klägerin unter Fristsetzung zur
Wiederaufnahme der Arbeiten aufgefordert hat (§ 326
Abs. 1 BGB). Auch insoweit fehlt es daher an einer
Rechtsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch.

f) Zu Unrecht beanstandet schließlich die Beklagte
die Höhe der der Klägerin vom Berufungsgericht zuge-
billigten Zinsen in Höhe von 7 %. Aus dem Schreiben der
Stadtsparkasse Wetter (Ruhr) vom 2. Mai 1963 entnimmt
das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler, daß die Klägerin
dort in der fraglichen Zeit einen Kredit in Anspruch
genommen hat, der weit über der Klagesumme liegt. Das
rechtfertigt die Zubilligung höherer Zinsen. Der von dem
Berufungsgericht zuerkannte Zinssatz von 7 % kann auch
der Höhe nach nicht beanstandet werden.

3. Die Revision der Beklagten ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZFO.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke