

VII ZR 76/61

2198 097

Verkündet
am 29. November 1962

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 August K [REDACTED], H [REDACTED], E [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Bauindustrie Rhett Ha [REDACTED] GmbH., Ham [REDACTED],
M [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. November 1962 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert Meyer
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg vom 22. Februar 1961 wird zurück-
gewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat dem Beklagten den Wohnblock Wartenau/Ecke Eilenau in Hamburg wiederaufgebaut.

Sie hatte die Arbeiten zunächst gemäß ihrem Angebot vom 16. April 1955 zum Pauschalpreis von 148.000 DM übernommen. Als man bei den Baggerarbeiten auf Torfschichten stieß, verlangte die Baupolizei, daß an Stelle von Fundamenten (Flachgründung) Betonpfähle bis auf den tragfähigen Baugrund eingerammt und darüber Balken aus Stahlbeton verlegt wurden (Rammpfahlgründung). Für diese Arbeiten nahm der Beklagte das zusätzliche Angebot der Klägerin vom 28. Mai 1955 an.

Durch die Rammpfahlgründung entstanden nicht nur erhebliche Mehrkosten, sondern sie hatte auch infolge Wegfalls der Fundamente und Verringerung der Massen Ersparnisse zur Folge. Weitere Mehr- und Minderleistungen ergaben sich durch Abweichungen von der Baubeschreibung. Ferner beauftragte der Beklagte die Klägerin am 6. Januar 1956 mit zusätzlichen Arbeiten für die Dachgeschoßwohnungen.

Vor Abschluß der Arbeiten entstanden zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten über den Werklohn der Klägerin, insbesondere über die Auswirkungen der abgeänderten Bauausführung auf den Pauschalpreis. Die Klägerin verlangte am 4. April 1956 eine weitere größere Abschlagzahlung. Als der Beklagte auch auf ein Mahnschreiben vom 21. April 1956 hin nicht zahlte, erwirkte die Klägerin mittels einer einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung für eine Baugeldsicherungshypothek im Betrage von 27.325,95 DM nebst Zinsen. Nach weiteren vergeblichen Zahlungsaufforde-

- 3 -

rungen kündigte sie am 21. August 1956 den bis auf einen Balkon über der Garage bereits durchgeführten Bauvertrag.

Die Klägerin hat auf Zahlung von 31.158,26 DM restlichen Werklohns nebst Zinsen Zug um Zug gegen Löschung der Vormerkung geklagt und die Feststellung begehrt, daß der Beklagte keinen Gewährleistungsanspruch gegen sie habe.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat die Ansicht vertreten, von dem Pauschalpreis seien die durch die Ramppfahlgründung ersparten Beträge abzusetzen. Er hat ferner verlangt, die Klägerin müsse zu seinen Gunsten weitere durch Abweichungen von dem Angebot und der Baubeschreibung erzielte Ersparnisse berücksichtigen. Schließlich hat er Minderungs- und Schadensersatzansprüche geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 27.878 DM nebst Zinsen entsprochen und die beantragte Feststellung getroffen.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte Widerklage erhoben auf Zahlung der von ihm zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an die Klägerin gezahlten Kosten der einstweiligen Verfügung im Betrage von 551,12 DM.

Die Klägerin hat im Wege der Anschlußberufung ihre Forderung auf 28.000 DM nebst Zinsen erhöht.

Das Oberlandesgericht hat der Zahlungsklage nur in Höhe von 26.029,12 DM nebst Zinsen stattgegeben und der Widerklage im Betrage von 8,22 DM entsprochen. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen.



Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die völlige Abweisung der Klage und verfolgt den mit der Widerklage erhobenen Anspruch weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Beklagte habe sich am 21. August 1956 mit einer fälligen und angemahnten Abschlagszahlung von 15.000 DM im Verzug befunden; die Klägerin habe deshalb den Bauvertrag nach § 9 Ziff. 1 VOB (B) - deren Bestimmungen die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben - kündigen dürfen. Das ist, wie noch näher zu begründen sein wird, rechtlich nicht zu beanstanden.

1.) Hiervon ausgehend führt das Berufungsgericht zutreffend aus, daß die bis dahin erbrachten Leistungen gemäß § 9 Ziff. 3 VOB (B) nach den Vertragspreisen abzurechnen sind. Die Parteien sind, wie das Berufungsgericht feststellt, nunmehr darüber einig, daß für die Abrechnung der vereinbarte Pauschalpreis maßgebend sein soll.

a) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die geänderte Bauausführung die grundsätzliche Anwendbarkeit der Pauschalpreisvereinbarung nicht ausschließt. Durch die geänderte Ausführung sich ergebende Mehr- oder Minderleistungen beeinflussen den vereinbarten Pauschalpreis als solchen nicht.

b) Zusätzlich zu vergüten sind jedoch alle durch nachträgliche Anordnungen des Auftraggebers, insbesondere durch Entwurfsänderungen, bedingte Mehrleistungen.

c) Für die infolge der behördlich verlangten Rammfahlgründung wegfallenden Leistungen hat das Berufungsgericht der Klägerin keine Vergütung zuerkannt. Insoweit ist der Beklagte nicht beschwert.

2. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin, soweit sie die vertraglich vorgesehene Ausführung des Bauwerks geändert und dadurch Leistungen erspart hat, im Einvernehmen mit dem Architekten Rudat des Beklagten handelte, und nimmt an, daß Rudat befugt war, solchen Änderungen mit Wirkung für den Beklagten zuzustimmen.

II.

Von vorstehenden Grundsätzen und Feststellungen geht das Berufungsgericht bei der Überprüfung des Abrechnungsverhältnisses der Parteien aus.

Die Revision greift das Berufungsurteil in folgenden Punkten an:

1. Die Deckenstärke

Das Landgericht hat darin, daß die Stahlbetondecken nur 10 cm dick hergestellt worden sind, eine Minderleistung der Klägerin gegenüber einer nach seiner Ansicht vereinbarten Deckenstärke von 12 cm gesehen und den Werklohnanspruch der Klägerin entsprechend geringer angesetzt.

Das Berufungsgericht dagegen erachtet einen Abzug wegen geringerer Deckenstärke und einen dieserhalb zur Verrechnung gestellten Schadensersatzanspruch nicht für gerechtfertigt. Es verweist auf die vom Beklagten und

seinem Architekten R. unterzeichnete Baubeschreibung vom 7. Februar 1955, wonach die Etagendecken als freigespannte Baustahlgewebedecken "in den statisch erforderlichen Stärken" herzustellen waren, und gelangt zu dem Ergebnis, daß eine bestimmte Stärke nicht vereinbart worden sei. Die Berechnung des Statikers A. vom 5. März 1955, in der bei einachsiger Bewehrung 12 cm starke Decken vorgesehen gewesen seien, habe zwar dem Ingenieur Krog der Klägerin vor Abschluß des Bauvertrags vorgelegen, doch sei sie jedenfalls hinsichtlich der Deckenstärke nicht Vertragsinhalt geworden. Kr. und R. seien vielmehr übereingekommen, daß die Klägerin die Berechnung Alberts auf statisch zulässige Einsparungen überprüfen solle, um einen Ausgleich für den vom Beklagten verlangten Preisnachlaß von 7 000 DM auf ihr Angebot zu erhalten. Die Interessen des Beklagten seien dadurch nicht beeinträchtigt worden. Die um 2 cm geringere Deckenstärke spiele für den Schall keine Rolle; denn der Schallschutz werde durch den schwimmenden Estrich und ähnliche Isolierschichten gewährleistet. Für die Gewichtsverteilung auf der veränderten Gründung seien aber die kreuzweise, statt einachsig armierten Decken von 10 cm Stärke günstiger gewesen. So sei die Gewichtslast nicht bloß auf 2, sondern auf 4 Wände verteilt worden.

Diese Ausführungen greift die Revision erfolglos an.

a) Das Berufungsgericht läßt, entgegen der Ansicht der Revision, die Frage, ob nach dem Vertrag die Decken hätten 12 cm dick sein sollen, nicht offen; es stellt eindeutig fest (BU S.40), daß diese von dem Statiker A. vorgesehene Deckenstärke nicht verbindlicher Vertragsbestandteil geworden ist.

b) Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Klägerin auch die im Leistungsverzeichnis nicht aufgeführten Gartenabgrenzungsmauern und Garagenzufahrten herzustellen hatte, hat der Zeuge Rudat bekundet, die Baubeschreibung sei nicht maßgebend, sie werde nur für die Hypothekengläubiger angefertigt.

Auf die Folgerung der Revision, dann habe das Leistungsverzeichnis auch für die Deckenstärke keine Bedeutung, kann es nicht ankommen; im Leistungsverzeichnis ist die Deckenstärke gerade offen gelassen worden, und die Parteien haben sie auch zunächst nicht anderweit festgelegt.

c) Es ist somit unerheblich, ob der Architekt Rudat bevollmächtigt war, eine zwischen den Parteien bereits getroffene Vereinbarung mit Wirkung für den Beklagten nachträglich zu ändern. Entscheidend ist vielmehr, ob er mit der Klägerin die offen gelassene statisch erforderliche Stärke der Decken festlegen durfte. Nach der vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung des erkennenden Senats (NJW 1960, 859) ist das zu bejahen. Die Maßnahme des Architekten hielt sich im Rahmen der technischen Ausführung des Bauwerks. Sie stand nicht für sich allein. Im Zusammenhang mit der von der Baupolizei verlangten Rammfahlgründung hat die Klägerin an Stelle einer einachsigen die günstigere kreuzweise Armierung der Decken gewählt. Die Deckenstärke von 10 cm bringt, wie das Berufungsgericht feststellt, für das Haus keine nachteiligen Folgen, wohl aber bewirkt die andere Armierung eine günstigere Gewichtslastverteilung.

d) Das Berufungsgericht stellt fest, die Baupolizei habe die 10 cm starken Decken vorsehende Nachtragsberechnung der Klägerin geprüft und dem Beklagten ausgehändigt. Dieser habe sie, ohne Einwendungen zu erheben,

dem Bauingenieur N [REDACTED] der Klägerin zur Vorbereitung der Arbeiten übergeben. Es zieht daraus den Schluß, daß der Beklagte die Behandlung technischer Einzelfragen seinem Architekten überlassen habe. Darin liegt kein Rechtsfehler.

e) Das Berufungsgericht konnte in diesem Zusammenhang auch berücksichtigen, daß der Beklagte nicht widersprochen hat, als bei der Besichtigung einer fertiggestellten Decke in seiner Gegenwart der Architekt R [REDACTED] von der erforderlichen Stärke von 10 cm sprach. Wenn dem Beklagten an einer Stärke von 12 cm gelegen hätte, so würde er es bei dieser Gelegenheit betont haben. Der Hinweis des Poliers G [REDACTED] (Bekundung des Zeugen R [REDACTED] vom 1. November 1956), die Decken seien an anderen Stellen wesentlich stärker als 10 cm, bezog sich auf die Bemänglung einer etwa 1 1/2 cm tiefen Delle in der Decke.

f) Ob der Beklagte den Statiker A [REDACTED], wie dieser bekundet, beauftragt hatte, eine 12 cm starke Decke zu berechnen, ist unerheblich. Seinem Architekten oder der Klägerin gegenüber hat er das nicht zum Ausdruck gebracht. Ein Architekt darf aber im allgemeinen davon ausgehen, daß sich der Bauherr um technische Fragen, wie die Deckenstärke, nicht kümmert, sofern sich für ihn keine Nachteile ergeben. Der Hinweis der Revision, der Beklagte habe sich auch für die Einzelheiten interessiert und z.B. in der Garage nur eine Stützsäule gewünscht, steht dem nicht entgegen. Säulen in einer Garage verringern den Nutzraum, an dem dem Bauherrn naturgemäß gelegen ist.

g) Daß die Klägerin durch die kreuzweise Armierung bei 10 cm Deckenstärke Kosten ersparte, führt nicht zu einem dem Beklagten günstigeren Ergebnis. R [REDACTED] hatte, wie das Berufungsgericht feststellt, dem Beklagten vor

Vortragsschluß gesprächsweise mitgeteilt, die Klägerin wolle die Berechnung des Statikers A. überarbeiten, um statisch zulässige Einsparungen zu erzielen. Schon deshalb kann von einem arglistigen Verhalten des Architekten und des Vertreters der Klägerin bei der Festlegung der Deckenstärke keine Rede sein. Daran ändert auch nichts das Bestreben der Klägerin, für den vom Beklagten durchgesetzten Preisnachlaß auf ihr Angebot, das von allen das niedrigste war, einen Ausgleich zu erhalten. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, der Preisnachlaß von 7.000 DM ergebe sich in Höhe von 5.000 DM aus dem Wegfall eines Teils der Baustelleneinrichtung und der Baubewachung; den weiteren 2.000 DM habe aber keine Leistungsminderung der Klägerin zu Grunde gelegen.

Die Revision meint, es habe nur ein echter, dem Beklagten bewußter Preisnachlaß von 6.000 DM vorgelegen; in Höhe von 1.000 DM habe es sich um einen Rechenfehler gehandelt. Hierfür beruft sie sich auf die Bekundung des Zeugen K. vom 10. September 1956. Dieser Zeuge hat jedoch nur von einem Rechenfehler von 1.000 DM zu Ungunsten der Klägerin gesprochen, der in dem Betrag von 164.000 DM gesteckt habe. Die Klägerin hätte demnach richtigerweise von einem um 1.000 DM höheren Betrag ausgehen dürfen. Daß sie das nicht getan hat, war bereits ein Vorteil des Beklagten. Von dem um 1.000 DM zu gering angesetzten Betrag hat die Klägerin noch 7.000 DM nachgelassen, wie der Zusammenstellung am Ende ihres Angebots zu entnehmen ist.

h) Daß die Deckenstärke von 10 cm keine Nachteile mit sich bringt, entnimmt das Berufungsgericht den Gutachten des Sachverständigen K. Der Zeuge A. hat demgegenüber zwar bekundet, die statische Berechnung der

Klägerin habe nicht mit DIN 1053 in Einklang gestanden; er habe die damit verbundene Haftung nicht übernehmen wollen. Zusammenfassend hat der Zeuge jedoch erklärt, er halte die Konstruktion der Klägerin zwar für schall-empfindlicher; daß sie weniger solide sei, wolle er nicht sagen.

Das Berufungsgericht erwähnt diese Bekundung des Zeugen A nicht ausdrücklich; darin liegt jedoch kein Verfahrensfehler. Die Baupolizei hat die statische Berechnung der Klägerin genehmigt. Nach dem Gutachten Ka wird der Schallschutz im wesentlichen durch Isolierschichten und nicht durch die Deckenstärke erreicht. Das Berufungsgericht hatte bei dieser Sachlage keinen Anlaß, noch einen weiteren Sachverständigen für Schalldämpfung zu vernehmen. Daß die Deckenstärke von 10 cm bis jetzt auch nur geringfügige Nachteile ergeben hätte, hat die Revision nicht vorgetragen.

i) Die Folgerung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne wegen der geringeren Deckenstärke keinen Abzug verlangen, erweist sich somit als gerechtfertigt. Ein Minderungs- oder Schadensersatzanspruch entfällt schon deshalb, weil die Deckenstärke von 10 cm keinen Mangel darstellt.

2. Die Kellermauern

Der Sachverständige Kahl hatte in erster Instanz eine Ersparnis von $30,72 \text{ m}^3$ Kellermauerwerk errechnet, und das Landgericht hat zu Gunsten des Beklagten demgemäß einen Betrag von $(30,72 \times 72,10 \text{ DM} =) 2.214,91 \text{ DM}$ abgesetzt. Das Berufungsgericht ist den Angaben des Architekten Rudat gefolgt. Es hat eine weitere Ersparnis von $8,37 \text{ m}^3$, insgesamt also $39,09 \text{ m}^3$ angenommen und dem-

gemäß dem Beklagten zusätzlich $(8,37 \times 72,10 \text{ DM} =)$ 603,48 DM gutgeschrieben. Damit hat es genau dem Verlangen des Beklagten in dessen Berufungsbegründung (S.13) entsprochen.

Später hat der Beklagte geltend gemacht, die Ersparnis betrage das Doppelte von $39,09 \text{ m}^3$, weil die Stahlbetonbalken der Stahlbankette einen Teil des Kellermauerwerks für den Neubau ersetzten.

Das Berufungsgericht weist darauf hin, daß der Architekt R. seine Zahlen an Hand der Massenberechnung und seiner Untersuchungen am Bau ermittelt habe und daß diese ungefähr mit den Feststellungen des Zeugen N. übereinstimmten.

Der Sachverständige Ka. hat ebenso wie der Zeuge N. eine Ersparnis von $2 \times 39,09 \text{ m}^3$ für unmöglich erklärt. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe sich dieser Ansicht ^{nicht} anschließen dürfen; denn Ka. habe noch geringere Mengen als der Architekt R., dem das Berufungsgericht folge, errechnet.

Dem kann nicht beigetreten werden. Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung auf die Berechnung des Zeugen R.. Es weist darauf hin, daß diese ungefähr der Berechnung des Zeugen N. entspreche. Wenn es weiter aus dem Gutachten des Sachverständigen Ka. anführt, eine doppelte Ersparnis sei unmöglich, so liegt darin kein Rechtsfehler. Das Berufungsgericht hatte auch keinen Anlaß, hierzu einen weiteren Sachverständigen zu vernehmen. Daß dem Sachverständigen Ka. in einzelnen Punkten Unrichtigkeiten unterlaufen sind, brauchte den Wert seiner Gutachten den Umständen nach nicht zu beeinträchtigen.

3. Die Stahlträger

Im Angebot der Klägerin, dem das von dem Architekten R. erstelltte Leistungsverzeichnis zu Grunde liegt, waren für Kellerdocken, Podeste, Türen und Fensterstürze 9.400 kg Stahlträger zu je 0,78 DM, insgesamt 7.332 DM vorgesehen. Der Beklagte meint, hiervon seien 6.077,51 kg für das infolge der Rampaflgründung entfallene Abfangen und Überbrücken der alten und neuen Fundamente einkalkuliert gewesen; denn in der Statik A. seien nur 3.322,49 kg Träger vorgesehen gewesen. Er will deshalb eine Ersparnis von 6.450,87 DM gutgebracht haben.

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß lediglich durch Errichtung einer ursprünglich nicht vorgesehenen Stahlbetonwand ein Stahlträger von 1.079 kg weggefallen und dafür dem Beklagten ein von der Klägerin auch anerkannter Betrag von 879,90 DM gutzuschreiben sei. Einschließlich dieses Trägers habe der Sachverständige K. auf Grund sämtlicher Unterlagen und einer Ortsbesichtigung 9.032,73 kg Stahlträger nachgewiesen. Damit sei die Vermutung des Beklagten widerlegt, in dem im Angebot angesetzten 9.400 kg sei ein Teil für Abfangen und Überbrücken der alten und neuen Fundamente eingeplant gewesen. Auch der Zeuge R. habe das nicht bestätigt. Die geringfügige Differenz von $(9.400 - 9.032,73 =)$ rund 377 kg komme dafür nicht in Betracht; sie rechtfertige auch im Hinblick auf die Vereinbarung eines Pauschalpreises keine weitere Gutschrift. Zudem habe die Klägerin die infolge der geänderten Statik zusätzlich verlegten 2 Stahlträger dem Beklagten nicht als Mehrleistung berechnet.

Demgegenüber meint die Revision, auch die beiden Stahlträger im Gewicht von $(235 + 410 =)$ 645 kg müßten

berücksichtigt werden. Dann betrage die Differenz mit Einschluß der vom Berufungsgericht errechneten 377 kg bereits über 1.000 kg. Das rechtfertige die Annahme, daß für die in Wegfall gekommenen Überbrückungen und Unterfangungen Stahl vorgesehen gewesen sei.

Dem kann nicht beigetreten werden. Warum auch die von der Klägerin nicht als Mehrleistung berechneten beiden Stahlträger von den im Angebot angesetzten 9.400 kg abziehen sein sollen, ist nicht ersichtlich; die Revision legt das nicht dar. Hiervon abgesehen verweist das Berufungsgericht zutreffend auf die Pauschalpreisvereinbarung, die auch in diesem Punkt einen Abzug zu Gunsten des Beklagten ausschließe. Ein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen, hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß. In diesem Zusammenhang greift die Revision die Zusammenstellung des Sachverständigen Kahl auch nicht an.

4. Die Ringanker

Die bei einer Flachgründung notwendig gewesenene Ringanker sind bei den Stahlbanketten der Rammpfahlgründung weggefallen. Das Berufungsgericht hat deshalb, gestützt auf das Gutachten Ka., dem Beklagten für 157,20 m Ringanker 110,04 DM gutgeschrieben. Daß dagegen in die Decken Ringanker verlegt worden sind, entnimmt es der Bekundung des Zeugen R. und dem Gutachten Ka. sowie dem Umstand, daß die hierauf besonders achtende Baupolizei in dieser Hinsicht nichts beanstandet habe.

Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte auch Einsparungen an Ringankern in den einzelnen Geschossen berücksichtigen müssen.

Im Angebot der Klägerin waren allerdings 800 m Ringanker vorgesehen, und die Klägerin hat nach ihrem Aufmaß nur 393 m verlegt. Wenn infolge der Ramm-
pfahlgründung nur 157,20 m entfallen sind, so liegt in der Erwägung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne wegen des weiteren Unterschieds in Anbetracht der Pauschalpreisvereinbarung keinen Abzug verlangen, kein Rechtsvorstoß.

5. Giebelputz und Untersicht der Kragplatten

Hier geht der Streit darum, ob der Putz am Giebel und unter den Kragplatten von dem in Pos. 2 a 30 des Angebots genannten "Wandputz" mitumfaßt oder besonders zu bezahlen ist. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Pos. 2 a 30 nur Innenputzarbeiten betrifft und die beiden streitigen Posten deshalb Mehrleistungen darstellen. Dabei stützt es sich auf die Bekundung des Zeugen R[REDACTED], der das Leistungsverzeichnis an Hand der Ausschreibungsvorlagen der Hansestadt Hamburg aufstellt hat, in denen ebenfalls die Pos. 2 a 30 unter dem Abschnitt "Innenputz" aufgeführt ist.

Die Revision verweist demgegenüber auf den Zahlungsplan im Schreiben der Klägerin vom 29. Juli 1955, in dem es heißt: "Außenputz fertig 1.000 DM".

Das ist jedoch nicht entscheidend. In diesem Schreiben ist unter Ziffer 3 ausdrücklich gesagt, daß der Pauschalpreis "ohne Außenputz" errechnet ist, und auch in dem darin enthaltenen Terminplan ist nur von "Innenputz" die Rede. Die Bekundung des Zeugen R[REDACTED] vom 10. September 1956 steht dem nicht entgegen. Die danach bei Festlegung des Pauschalpreises aus dem Angebot herausgenommenen Pos. 2,28 und 2,29 betreffen nicht den Außen-

putz, sondern Verblenden und Ausfugen des Mauerwerks; demgemäß stehen sie auch im Abschnitt "Mauerarbeiten".

6. Der Bodenaushub

Das Berufungsgericht hat der Klägerin auf deren Anschlußberufung über das landgerichtliche Urteil hinaus 406,85 DM für das Ausheben weiterer (52,16 richtig:) 52,60 m³ Boden und Trümmerschutt zugesprochen. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, die Klägerin habe im Termin vom 25. Januar 1961 die Anschlußberufung ausdrücklich hierauf gestützt.

a) Die Revision meint, die Klägerin könne nicht über ihre mit Schriftsatz vom 14. Januar 1960 eingelegte und begründete Anschlußberufung hinaus durch die Erklärung vom 25. Januar 1961 die Anschlußberufung verfahrensrechtlich wirksam auch auf diesen vom Landgericht überschenen, neuen tatsächlichen Grund stützen.

Dieses verfahrensrechtliche Bedenken besteht nicht.

Die Klägerin hat die Mehrforderung bereits durch Schriftsatz vom 30. November 1956 (S.1, 2, 6) sowie das diesem beigefügte Schreiben und die Rechnung vom gleichen Tag vor dem Landgericht geltend gemacht. Der Beklagte hat hierzu im Schriftsatz vom 6. Dezember 1956 (S.1) Stellung genommen.

Das Landgericht hat über die ausgehobenen Mengen am 19. November 1956 eine eingehende Beweisaufnahme durchgeführt, in der der Zeuge N [REDACTED] die Mengen im einzelnen dargelegt hat. Es hat im Tatbestand seines Urteils (S.25) den Sachvortrag der Klägerin hierzu wiedergegeben. Die Entscheidungsgründe lassen jedoch nicht

erkennen, daß es über den Betrag von 406,85 DM entschieden hat.

In der Verhandlung vom 25. Januar 1961 vor dem Berufungsgericht haben die Parteien es als unstreitig bezeichnet, daß die Forderung über 406,85 DM für die von der Klägerin behauptete Mehrleistung von 52,16 m³ im landgerichtlichen Urteil nicht berücksichtigt worden ist. Darauf hat der Vertreter der Klägerin erklärt, daß er sich "im Rahmen der Anschlußberufung auch noch auf diesen Posten stütze".

Aus dieser Entwicklung des beiderseitigen Vorbringens ergibt sich, daß die Parteien die Forderung der Klägerin über 406,85 DM für 52,60 m³ Trümmerschutt bereits vor dem Landgericht eingehend erörtert hatten. Bezieht sich aber die Anschlußberufung auf einen den Parteien nach Umfang und Bedeutung bereits bekannten und erörterten Punkt, so ist eine Begründung entbehrlich. In einem solchen Fall ist es, soweit sich die Begründung der Anschlußberufung aus den früheren Schriftsätzen der Parteien ergibt, nicht erforderlich, daß, nur um der Form (§ 522 a Abs.2 ZPO) zu genügen, auf dieses frühere Vorbringen nochmals schriftlich Bezug genommen wird (BGHZ 33, 169, 173). Daß aber die Klägerin das landgerichtliche Urteil auch in diesem Punkt berichtigt haben wollte, ergibt ihr die Anschlußberufung nebst Begründung enthaltender Schriftsatz vom 14. Januar 1960 (S.3). Darin heißt es, die Anschlußberufung richte sich gegen das landgerichtliche Urteil, soweit dieses Ansprüche der Klägerin abweise und eine von der der Klägerin abweichende Rechtsauffassung vertrete. Die Anschlußberufung sei eingelegt, um jeden formalen Einwand auszuschließen und den Gesamthalt der Berufungsentgegnung und der sonstigen Schriftsätze der

Klägerin der Entscheidung des Berufungsgerichts zu unterbreiten.

Die mündliche Erklärung der Klägerin vom 25. Januar 1961 hatte demnach nur die Bedeutung einer Klarstellung.

b) Auch sachlich ist die Revision in diesem Punkt unbegründet.

aa) Im Leistungsverzeichnis Pos. 1.6 war für die Baugrube ein Aushub von 360 m^3 vorgesehen. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin insgesamt $412,60 \text{ m}^3$ Boden- und Trümmerschutt, also $52,60 \text{ m}^3$ mehr ausgehoben hat. Von diesen $412,60 \text{ m}^3$ sind, wie das Berufungsgericht der Bekundung des Zeugen Nageler vom 19. November 1956 entnimmt, 218 m^3 Boden- und Mauerbrocken mittels Bagger ausgehoben und von der Firma Puhst abgefahren worden. Hierbei handelt es sich um Kellermauerwerk oberhalb der Kellersohle. In diesen 218 m^3 sind enthalten die in der Rechnung der Klägerin vom 15. November 1955 (Pos. 13) aufgeführten $52,16 \text{ m}^3$ "Altes Mauerwerk im Bagger abbrechen und auf LKW verladen und abfahren" je m^3 7,80 DM = 406,85 DM, also der hier zur Entscheidung stehende Betrag. Hierüber hat die Klägerin nach Klagerhebung die besondere Rechnung vom 30. November 1956 ausgestellt.

Die Ansicht der Revision, die Klägerin habe für die $52,16 \text{ m}^3$ nichts zu beanspruchen, weil sie den gesamten Bodenaushub pauschal übernommen habe, ist unzutreffend. Die $52,16 \text{ m}^3$ stellten nicht Bodenaushub, sondern abgebrochenes Mauerwerk dar, wie die hierfür vom Berufungsgericht angeführten Rechnungen vom 15. November 1955 und 30. November 1956 ergeben. Auch aus dem Angebot der Klägerin erhellt, daß die Pos. 1.10 "Altes Mauerwerk

und Fundamente in der Baugrube abbrechen und fortschaffen" nicht an die Klägerin vergeben worden und somit nicht vom Pauschalpreis umfaßt ist.

Die Zeugen N [REDACTED] und R [REDACTED] haben die Arbeiten aufgemessen, darunter auch die 52,16 m³. Der Beklagte muß das unter Mitwirkung seines Architekten genommene Aufmaß gegen sich gelten lassen. Hierzu war R [REDACTED] als mit der Bauleitung betrauter Architekt ermächtigt (BGH NJW 1960, 859). Daß sich der Beklagte mehrfach die Anerkennung von Rechnungen selbst vorbehalten hatte, steht dem nicht entgegen. Die zügige Durchführung der Bauarbeiten erforderte die schnelle Beseitigung der Trümmer; deren Umfang an Ort und Stelle festzustellen, gehörte zu den Obliegenheiten des Architekten.

Auch der Preis von 7,80 DM je m³ ist berechtigt. Zu Unrecht beruft sich der Beklagte auf die im Angebot unter Pos. 1.7 - 1.8 genannten Einzelpreise von zusammen 6,76 DM. Diese betrafen das Ausheben der Baugrube und den Abtransport des Aushubs. Bei den 52,16 m³ handelt es sich dagegen um das Abbrechen und den Abtransport von altem Mauerwerk.

bb) Von den im Leistungsverzeichnis ausgeführten 360 m³ Bodenaushub haben das Land- und das Oberlandesgericht die auf die zunächst geplant gewesene Flachgründung entfallenden 90 m³ als Minderleistung abgezogen und die durch die Rappfahlgründung bedingte Mehrleistung zugesetzt.

Die Revision meint, es müsse bei den ursprünglich vereinbarten 360 m³ Erdaushub bleiben. Minder- und Mehrleistung dürfte nicht berücksichtigt werden, weil die

Klägerin in ihrem Angebot vom 28. Mai 1955 für die Rammpfahlgründung hinsichtlich etwaiger Mehrleistung bei den Erdarbeiten keinen Vorbehalt gemacht, jedenfalls nicht ihre Forderung gemäß § 2 Ziffer 6 VOB (B) angekündigt habe.

Hiermit hat sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt. Es legt das vom Beklagten angenommene Nachtragsangebot der Klägerin vom 28. Mai 1955 mit eingehender Begründung dahin aus, daß die frühere Vereinbarung über die Erdarbeiten darin nicht übernommen worden ist. Diese Auslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie ist auch naheliegend, weil sich die Menge des durch die Rammpfahlgründung bedingten Aushubs von dem der Flachgründung erheblich hätte unterscheiden können. Hätte die Rammpfahlgründung einen geringeren Aushub erfordert, so wäre dies dem Beklagten zugute gekommen. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist zudem folgerichtig, da es auch im Übrigen die durch die Rammpfahlgründung bedingten Mehr- und Minderleistungen der Klägerin berücksichtigt hat, was die Revision nicht beanstandet.

7. Die Abbrucharbeiten

Die Klägerin hat in ihrer Rechnung vom 15. November 1955 (Pos. 10) das Abbrechen von $44,19 \text{ m}^3$ alter Fundamente unterhalb der Kellersohle mit je 27,85 DM berechnet. Das Berufungsgericht nimmt auch hier eine durch die Rammpfahlgründung bedingte Mehrleistung an, die nicht in dem Angebot vom 28. Mai 1955 enthalten war. Es stellt fest, daß der Zeuge R. diese Arbeiten gebilligt und mit dem Zeugen N. abgerechnet hat. Daß er dies - entgegen der Ansicht der Revision - mit den Beklagten verpflichtender Wirkung durfte, ist oben 6, b, bb ausgeführt.

8. Der Stahlbeton der Fundamente

Der Sachverständige Kahl hat eine Mehrleistung von 88,08 m³ Stahlbeton errechnet. Der Beklagte will nur 77,3 m³ gelten lassen. Das Berufungsgericht erachtet die Vermutung des Beklagten, die Klägerin könne die Stahlbetonbalken nicht in der vereinbarten Größe eingebaut haben, für widerlegt. Es stützt sich hierfür nicht, wie die Revision meint, auf ein "Anerkenntnis" des Architekten R. Es folgt vielmehr dem Gutachten des Sachverständigen K., dem eine Ortsbesichtigung zu Grunde liegt, und geht dabei über die von R. errechneten 85,08 m³ hinaus.

Das Berufungsgericht durfte auf Grund seines freien richterlichen Ermessens die gutachtliche Beurteilung in diesem Punkt übernehmen.

9. Die Zwischenwände

Das Landgericht hat hierfür vom Beklagten zu verbüthende Mehrleistungen von (453,44 + 978,65 + 816,50 + 1.641,60 =) 3.890,19 DM angesetzt. Die drei ersten Beträge hat der Beklagte, worauf das Berufungsgericht hinweist, im Schriftsatz vom 22. Januar 1958 (S. 5) ausdrücklich anerkannt. Auch die Revision wendet sich nur noch gegen den Betrag von 1.641,60 DM für 216 m³ "1/23tein" starke Wände. Sie ist aber insoweit nicht begründet.

a) Die Revision meint, aus dem Gutachten Kahl vom 3. November 1960 (S. 5) ergebe sich, die "1/2 Stein"starken Zwischenwände der - im landgerichtlichen Urteil aufgeführten - Gruppe 1, Pos. 16 seien wegen der kreuzweisen Bewehrung der Decken als tragende Zwischenwände hergestellt worden. Da die Klägerin die Deckenkonstruktion geändert habe, um Kosten zu sparen, dürfe sie dem Beklagten dadurch bedingte andere Mehrleistungen nicht berechnen.

Die Revision geht von falschen Voraussetzungen aus. Die aus der Zeichnung des Architekten R. [REDACTED] vom 22. Januar 1955 zu ersiehenden Trennwände in den Vorzimmern waren, so stellt das Berufungsgericht fest, als Luginoleichtwände gedacht. In der Leistungsbeschreibung hatte der Architekt R. [REDACTED] sie nicht aufgeführt. Sie waren somit von der Pauschalpreisvereinbarung nicht erfaßt. Diese Feststellung wird gestützt durch die gutachtliche Äußerung des Sachverständigen Ka. [REDACTED] vom 20. Januar 1959 (S. 5), wonach Luginowände nach Hamburger Gepflogenheiten von einer Gipserfirma ausgeführt werden. Die Gipserarbeiten waren aber der Klägerin nicht übertragen. Da die Luginowände nach dem Gutachten Ka. [REDACTED] teurer gewesen waren als die tatsächlich ausgeführten Steinwände, sind dem Beklagten insoweit auch keine Mehrkosten entstanden.

b) Unzutreffend ist die Meinung der Revision, die Klägerin hätte dem Beklagten vorher ankündigen müssen, daß sie für diese Mehrarbeiten eine Vergütung verlangen werde.

Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, es sei für den Architekten des Beklagten völlig klar gewesen, daß die erheblichen Mehrkosten für das Einziehen der im Angebot nicht vorgesehen gewesenen Trennwände zusätzlich zu bezahlen waren. Dieses von der Klägerin erkannte Wissen des Architekten muß der Beklagte gegen sich gelten lassen. Auf irrtümliche Folgerungen des Beklagten aus der Zeichnung kann es nicht ankommen. Unter diesen Umständen steht § 2 Ziff. 6 VOB (B) dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen.

10. Die Giebelwandverstärkung

Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Baupolizei die Verstärkung der Giebelwand von 24 auf 33 cm erst nach Abschluß des Bauvertrags angeordnet hat, insoweit also gegenüber dem Vertrag eine Mehrleistung vorliegt, greift die Revision nicht an.

Sie meint jedoch, das Berufungsgericht habe übersehen, daß Hochlochziegel in Kalksandstein vorgesehen waren, daß die Giebelwand aber in billigeren einfachen Kalksandsteinen ausgeführt worden sei; hierfür könne der Beklagte eine Gutschrift verlangen.

Mit diesem Vorbringen hat sich das Berufungsgericht eingehend befaßt. Es gelangt zu dem Ergebnis, das Leistungsverzeichnis und die sonstigen Vertragsunterlagen besagten nicht, daß Gitterziegel verarbeitet werden sollten. Aus der Bekundung des Zeugen K. vom 4. Juli 1960 und dessen Aktennotiz vom 22. April 1955 schließt es, daß das Mauerwerk in Kalksandsteinen auszuführen war. In Anbetracht dieser von der Revision nicht angegriffenen Feststellung brauchte das Berufungsgericht keinen Sachverständigen darüber zu vernehmen, ob einfache Kalksandsteine billiger sind als Hochlochziegel aus Kalksandstein. Daß die Verwendung von teureren Hochlochziegeln vereinbart war, hat die Revision nicht weiter dargelegt.

11. Die Eingangstufen

Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe den Keller nicht tief genug ausgeschachtet und dadurch die Verlegung zweier zusätzlicher Stufen verschuldet, erachtet das Berufungsgericht für widerlegt. Insoweit greift die Revision das Urteil nicht an.

Sie rügt aber, das Berufungsgericht habe nicht die Behauptung des Beklagten berücksichtigt, die von der Klägerin verlegten Eingangsstufen seien von minderer Beschaffenheit. Hierzu hat schon das Landgericht (S. 60, 61) Stellung genommen. Danach waren in der Leistungsbeschreibung Stufen aus Muschelkalkvorsatzbeton vorgesehen. Die Klägerin hat hierfür Kunstgranitvorsatzbeton verwendet. Darin liegt nach Ansicht des Landgerichts keine Wertminderung, da Kunstgranit nach Auffassung des Sachverständigen haltbarer als Muschelkalk sei. Für seine weitergehende Behauptung im Schriftsatz vom 17. Januar 1961 (S. 5) hat der Beklagte keinen Beweis erboten. Einen Sachverständigen von sich aus zu vernehmen, hatte das Berufungsgericht angesichts der nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts keinen Anlaß.

12. Die Abbruchsteine

Der Beklagte behauptet, er habe der Klägerin nicht nur 20.000, sondern 24.000 Abbruchsteine geliefert. Er verlangt eine weitere Gutschrift von 160 DM.

Das Berufungsgericht hält die behauptete Mehrlieferung nicht für erwiesen. Es unterstellt, daß der Beklagte seinen mit dem Gewinnen der Steine beauftragten Leuten 24.000 Stück bezahlt hat. Das beweise jedoch nicht, daß der Klägerin die gleiche Zahl in gebrauchsfähigem Zustand übergeben worden sei. Es sei nicht sicher, daß die Leute des Beklagten richtig gezählt hätten. Ein Teil der aufgesetzten Steine sei später eingestürzt, zu anderen gekarrt und dort ausgeschüttet worden. Dabei und auch beim Transport zur Baustelle könnten Steine zerkrochen sein. Der Beklagte habe nicht für eine ordnungsgemäße Übergabe der Steine an die Klägerin gesorgt.

Die Revision will der Bekundung des Zeugen Degener vom 4. Juli 1960 die Übergabe von 24.000 Steinen entnehmen. Danach hat der Zeuge dem Polier G. die Steine gezeigt und gesagt, es seien 24.000 Stück. Grunert hat erwidert, das sei aber wohl etwas großzügig gerechnet; er habe keine Zeit, die Steine der eingestürzten Stapel nachzuzählen. Darauf habe D. gesagt, wenn Grunert die Stückzahl nicht anerkennen wolle, müsse er sich an den Beklagten wenden.

Das Berufungsgericht hat diese Aussage gewürdigt. Es hält eine ordnungsgemäße Übergabe von 24.000 Steinen nicht für gegeben. Darin liegt kein Rechtsfehler. Daß Degener 24.000 Steine als übergeben anerkannt haben wollte, ist unerheblich. Entscheidend ist, daß Grunert diese Zahl nicht als übergeben anerkannt hat.

13. Der Balkon über der Garage

a) Der Beklagte verlangt Schadensersatz, weil er infolge der Weigerung der Klägerin, den Balkon fertigzustellen gezwungen gewesen sei, diese Arbeit anderweit ausführen zu lassen und er hierfür 582,77 DM mehr habe zahlen müssen.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin sei gemäß § 9 Ziff. 1 b VOB (B) berechtigt gewesen, die Arbeiten am Balkon einzustellen und den Bauvertrag zu kündigen, weil sich der Beklagte mit einer fälligen angemahnten Zahlung in Verzug befunden habe (vgl. oben I), begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Der Verzug des Beklagten ergibt sich, worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist, aus der Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von mehr als 26.000 DM.

Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß der Verzug entfalle, weil der Beklagte über seine Zahlungsverpflichtungen nicht habe unterrichtet sein können. Die Klägerin hat ausweislich des im Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 5, 6) angeführten Schriftwechsels der Parteien unter eingehender Darlegung ihrer Forderungen zunächst nur eine weitere Zahlung erbeten, ohne einen bestimmten Betrag zu nennen und später auch nur weitere 15.000 DM verlangt. Der Beklagte hat jedoch jede weitere Zahlung abgelehnt, obwohl er, wie feststeht, mehr als 26.000 DM schuldete. Daß der Beklagte 10 % der Rechnungen habe einbehalten dürfen, findet in dem von der Revision angeführten Schreiben der Klägerin vom 29. Juli 1955 (S. 2) keine Stütze. Unter diesen Umständen durfte die Klägerin nach § 9 Ziffer 1 b VOB (B) den Bauvertrag kündigen.

b) Ohne Rechtsverstoß verneint auch das Berufungsgericht einen Schadenersatzanspruch wegen unrichtiger Verlegung eines Trägers über der Garageneinfahrt. Es stellt fest, der Träger habe sich konstruktiv nicht anders anbringen lassen und stützt sich hierfür auf das Gutachten Ka■ und die Bekundungen der Zeugen R■ und Nageler. Dafür, daß der Zeuge Rudat als bauleitender Architekt befugt war, den notwendigen Änderungen zuzustimmen, wird auf die Ausführungen oben zu 1 c verwiesen.

14. Die Giebelfeuchtigkeit

Der Sachverständige Ka■ hat von einer Magirusleiter aus festgestellt, daß die Feuchtigkeit durch das von einer anderen Firma hergestellte Dach eindringt. Diese Feststellung hat das Berufungsgericht übernommen.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe hierüber einen Obergutachter vernehmen müssen, weil gegen die Berechnungen des Sachverständigen Ka... einzelne Bedenken bestanden.

Dem kann nicht beigetreten werden. Der Sachverständige ist auf Grund von drei Ortsbesichtigungen zu dem Ergebnis gelangt, daß durch die losen Dachpfannen der Regen in das Mauerwerk dringt. Zu dieser Feststellung einen weiteren Gutachter zu befragen, bestand kein Anlaß. Das Berufungsgericht hat sich, wie es ohne Rechtsverstoß ausführt (BU S. 81), von der Sorgfalt und Sachkunde des Gutachters Kahl im allgemeinen überzeugt.

III.

Da das Urteil im übrigen, insbesondere auch zur Widerklage, keinen Rechtsfehler erkennen läßt, ist die Revision des Beklagten mit der Kostenfolge zu seinen Lasten (§ 97 ZPO) zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann

Erbel

Rietschel

Meyer

Heimann-Trosien