

2

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

VOB B § 13 Nr. 7

Ein die Gebrauchsfähigkeit des Bauwerks erheblich beeinträchtigender wesentlicher Mangel ist auch insoweit gegeben, als der Mangel einen erheblichen merkantilen Minderwert begründet.

BGB § 291

Macht der Schuldner ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht geltend, so ist die Forderung des Gläubigers nicht fällig i.S. des § 291 Satz 1, Halbsatz 2 BGB. Dem Gläubiger stehen solange keine Prozeßzinsen zu.

BGH Urt. v. 14. Januar 1971 - VII ZR 3/69 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 3/69

URTEIL

Verkündet am

14. Januar 1971
Horn,
Justizhauptsekretä
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hausfrau Walburga R [REDACTED], M [REDACTED]
Am K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin,
Revisionsklägerin und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Klara M [REDACTED], H [REDACTED]-L [REDACTED]
Haus He [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Revisionsbeklagte und Anschluß-
revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 6. November 1968 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt ist, an die Firma B. KG in H. 729,95 DM (Kamin aus Plewa-Rohren) sowie 4 % Zinsen aus 11.598,62 DM, ferner an die Klägerin 4 % Zinsen aus weiteren 1.000 DM zu zahlen.

Der Anspruch auf die genannten Zinsen wird abgewiesen.

Wegen des Betrags von 729,95 DM wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

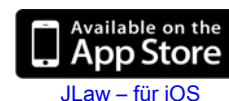
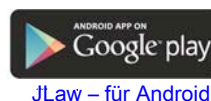
Die weitergehende Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte zu 54/72, die Klägerin zu 17/72 zu tragen; die Entscheidung über das restliche 1/72 bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Jahren 1962/1964 für die Beklagte in M. die beiden Mehrfamilienhäuser Sch. str. und Am K. gebaut. Für das Haus in der Sch.straße war ein Pauschal festpreis von 111.000 DM, für das Haus Am K. ein Pauschal festpreis von 205.000 DM vereinbart worden. Die Klägerin hat höhere Beträge berechnet, weil sie weit mehr Leistungen als vorgesehen erbracht habe. Die Beklagte hat für das Haus Sch.straße 103.000 DM und für das Haus Am K. 155.000 DM gezahlt. Die Klägerin hat weitere 56.398,48 DM nebst Zinsen eingeklagt, davon 16.398,48 DM für das Haus Sch.straße und 40.000 DM für das Haus Am K.

Die Beklagte hat die Mehrforderungen - von einigen Beträgen abgesehen - im Hinblick auf die vereinbarten Pauschal festpreise für ungerechtfertigt erklärt, etliche der von der Klägerin behaupteten Mehrleistungen bestritten und darüber hinaus wegen Mängeln an beiden Häusern Einwendungen gegen die Werklohnforderungen erhoben.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 51.091,62 DM nebst Zinsen entsprochen. Das Oberlandesgericht hat die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen und die Beklagte auf deren Berufung hin verurteilt,

1. für das Haus Schützenstraße - auf Grund einer Forderungsabtretung der Klägerin - an die Firma B. KG in H. 11.598,62 DM nebst Zinsen zu zahlen Zug um Zug gegen von der Klägerin vorzunehmende wasserdichte Abdichtung der Kellersohle dieses Hauses gegen von unten eindringende Feuchtigkeit,

2. für das Haus Am K[REDACTED] an die Klägerin 31.814,08 DM nebst Zinsen zu zahlen, davon 1.000 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen die unter Ziff. 2 im Tenor des angefochtenen Urteils aufgeführten Nachbesserungen.

Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Die Revision der Beklagten zielt auf volle Abweisung der Klage. Mit der Anschlußrevision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 10.000 DM für das Haus Am K[REDACTED]. Jede Partei beantragt, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Pauschalpreisklauseln

Die Ansicht der Beklagten, die Klägerin habe zu den vereinbarten Pauschalpreisen die "fix und fertigen" Rohbauten samt Innenputz erstellen müssen, teilt das Berufungsgericht nicht.

Es entnimmt den Auftragsschreiben der Beklagten vom 5. November 1962 (Sch[REDACTED]straße) und 22. April 1963 (Am K[REDACTED]), den Ziff. 7) und 18) der Vorbemerkungen zu den Angeboten sowie den Bekundungen der hierzu vernommenen Zeugen, daß die Klägerin zum Pauschalpreis alle erforderlichen Erd-, Abbruch- und Unterfangungsarbeiten, ferner alle im Angebot aufgeführten und schließlich die nicht darin enthaltenen, aber aus den Bauunterlagen (Zeichnungen usw.) zur Zeit des Vertragsschlusses ersichtlichen Kanal-, Maurer-, Innenputz-, Beton- und

Stahlbetonarbeiten, einschließlich der notwendigen Nebenarbeiten auszuführen hatte. Besonders zu vergütende Mehrleistungen seien demnach - von den Erd-, Abbruch- und Unterfangungsarbeiten abgesehen - alle Arbeiten, die weder im Angebot enthalten noch z.Zt. des Vertragsschlusses aus den Bauunterlagen ersichtlich waren.

1. Diese Auslegung wird dem Wesen eines Pauschalvertrages gerecht. Ein Unternehmer wird sich nur dann verpflichten, ein Gebäude zu einem festen Preis zu errichten, wenn er den Umfang und die Ausführungsart der von ihm geforderten Leistungen genau kennt und wenn er mit Abweichungen hiervon nicht zu rechnen braucht. Alle nicht vorher festgelegten Leistungen werden daher im Zweifelsfall mit dem Pauschalpreis nicht abgegolten sein.

2. Das Berufungsgericht konnte seine Auslegung auf den besonderen Hinweis im Auftragsschreiben vom 5. November 1962 stützen, daß (nur) die "erforderlichen Erd-, Abbruch- und Unterfangungsarbeiten" im Angebot nicht vollständig erfaßt, gleichwohl aber im Pauschalpreis enthalten seien. Seine Folgerung hieraus, daß die Parteien hinsichtlich aller übrigen darin aufgeführten Arbeitsarten eine solche gänzliche Loslösung vom Angebot und dessen Unterlagen nicht gewollt hätten, diese vielmehr nur insoweit mit dem Pauschalpreis abgegolten sein sollten, als sie aus dem Angebot und dessen Unterlagen ersichtlich waren, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Ihm ist zuzustimmen, daß dafür auch die Bemerkung im Auftragsschreiben vom 5. November 1962 spricht, der Architekt der Beklagten habe den Text des Angebots der Klägerin mit deren Einverständnis

entsprechend dem vollständigen Angebot ergänzt. Diese Ergänzung zeigt den Willen der Parteien, die von der Klägerin geschuldeten Leistungen möglichst genau festzulegen, was übrigens schon aus dem umfangreichen, vom Architekten der Beklagten aufgestellten Leistungsverzeichnis zu ersehen ist, das der Klägerin als Angebotsgrundlage gedient hat.

Auch die Folgerungen, die das Berufungsgericht aus dem Text des Auftragsschreibens vom 22. April 1963 zieht, sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Schließlich konnte es für seine Auslegung noch ausführen, daß die Beklagte selbst einige Forderungen der Klägerin auf Bezahlung von Mehrarbeiten anerkannt habe, und hieraus folgern, daß auch nach ihrer Auffassung - von den Erd-, Abbruch- und Unterfangungsarbeiten abgesehen - die Klägerin für den Pauschalpreis nicht alle für die Erstellung des Rohbaus erforderlichen sonstigen Arbeiten auszuführen hatte, sondern nur die aus den Angeboten und deren Unterlagen ersichtlichen.

3. Da das Berufungsgericht den Inhalt des Vertrags der Parteien im Wege der Auslegung festgestellt hat, kann von einer Verkennung der Beweislast keine Rede sein.

Nach Ziff. 7 der Vorbemerkungen zum Angebot waren nicht, wie die Revision es darstellt, "Mehrkosten" schriftlich zu vereinbaren, vielmehr sollten nicht im Angebot vorgesehene "Bauleistungen" vor Inangriffnahme schriftlich vereinbart werden. Auf diese Vertragsbestimmung kann sich die Revision nicht stützen. Daß

nämlich die Klägerin mit den von ihr als Mehrleistungen bezeichneten Arbeiten beauftragt worden ist, steht außer Streit. Die Frage ist nur, ob und inwieweit diese zu den Leistungen gehören, die durch den Pauschalpreis abgegolten sein sollen. Ziff. 7 der Vorbemerkungen spricht durchaus für die Ansicht der Klägerin, daß nicht aus dem Angebot zu ersiehende Leistungen gesondert zu bezahlen sind.

4. Die Verfahrensrügen, das Berufungsgericht habe Zeugenaussagen nicht richtig gewürdigt und den Ehemann der Beklagten nicht zur Bedeutung der Pauschalpreisklausel vernommen, hatte der Senat geprüft und für nicht durchgreifend befunden.

B. Das Haus Sch[REDACTED]straße

I. Die Mehrleistungen

1. Das Berufungsgericht hat selbst, was die Revision verkennt, der Bauzeichnung entnommen, daß die Stromschichtverblendung darin nicht klar ersichtlich war. Es ist also insoweit nicht lediglich dem Sachverständigen Dr. S[REDACTED] gefolgt, der die gleiche Meinung geäußert hat. Auch im Angebot war diese Verblendung, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, nicht aufgeführt.

Die Klägerin hat somit bewiesen, daß diese von ihr gesondert in Rechnung gestellte Leistung im Angebot oder dessen Unterlagen nicht aufgeführt war. Die Beweislast hat demnach das Berufungsgericht insofern nicht verkannt.

2. Die U-Eisen waren nach dem Gutachten Dr. S. [REDACTED] nicht im Angebot enthalten. Darüber hinaus entnimmt das Berufungsgericht der Bekundung des Zeugen Ku [REDACTED], daß die Bauleitung nachträglich ihre Anbringung angeordnet hat. Die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen zu beurteilen, steht dem Berufungsgericht zu und nicht dem Revisionsgericht.

3. Daß sich die Notwendigkeit, am Nebenhaus ein Putzband am Regenabfallrohr auszuführen, erst während der Ausführung der Bauarbeiten ergeben hat, zieht die Revision nicht in Zweifel. Ihre Ansicht, jede notwendige Baumaßnahme werde durch den Pauschalpreis abgegolten, ist, wie ausgeführt, nicht richtig.

4. Der Kamin aus Flewarohren, für den die Klägerin 729,95 DM berechnet, war, das entnimmt das Berufungsgericht dem Gutachten Dr. S. [REDACTED], im Angebot nicht enthalten. Die Beklagte hat jedoch in der Berufungsbeurteilung (S. 7) und im Schriftsatz vom 25. September 1968 (S. 9) durch ihren Architekten Do [REDACTED] und dessen Bauausführer La [REDACTED] unter Beweis gestellt, daß dieser Kamin von der Baubehörde zusätzlich verlangt und bereits in die Baugenehmigung vom 17. August 1962 eingetragen worden war, die bei Abschluß des Bauvertrags am 5. November 1962 vorgelegen habe. Trifft das zu, so gehört der Kamin zu den in den Bauunterlagen vorgesehenen Bauleistungen und ist nicht gesondert zu vergüten. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den angebotenen Beweis erheben müssen (§ 286 ZPO), führt daher zur Aufhebung des angefochtenen Urteils in diesem Punkt.

5. Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Anbringung des "verstärkten Estrichs" im Keller eine zunächst nicht vorgesehen gewesene Zusatzleistung und auch nicht eine Nachbesserungsarbeit der Klägerin darstellt. Daß es insoweit mit eingehender Begründung nicht den Zeugen Re[REDACTED] und Do[REDACTED], sondern dem Zeugen Ku[REDACTED] folgt, kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, zumal es in dem Schreiben der Klägerin vom 14. Dezember 1963 an dem Architekten Do[REDACTED] eine Stütze für die Bekundung des Zeugen Ku[REDACTED] sieht.

Die Revision erstrebt mit ihren Ausführungen eine andere Würdigung der Zeugenaussagen. Damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Ihre Meinung, das Berufungsgericht habe festgestellt, daß dieser Posten schon im Angebot enthalten gewesen sei, ist unrichtig. Dem Angebot hat das Berufungsgericht nur die Flächengröße des darin vorgesehenen Zementestrichs entnommen, die mit der Fläche des "verstärkten Estrichs" übereinstimmt.

6. Das Stemmen von Auflagen am Nachbarhaus wertet das Berufungsgericht auf Grund der Aussagen der Zeugen La[REDACTED] und Ku[REDACTED] als nicht vorgesehen gewesene Mehrarbeit.

Die Revision verweist auf die Bekundung des Zeugen La[REDACTED], wonach die Deckenauflagen aus der statischen Berechnung zu ersehen waren. Sie weist jedoch nicht die Behauptung der Beklagten in den Vorinstanzen nach, daß die statische Berechnung der Klägerin bei Vertragsabschluß vorgelegt worden ist. Der von der Revision an-

geführte Schriftsatz vom 25. September 1968 (S. 9) enthält hierüber nichts. Nach den Ausführungen im angefochtenen Urteil (S. 22 oben) steht nicht fest, daß der Klägerin die statische Berechnung bekannt war.

7. Nach den Pos. K 1 bis K 7 und G 1 des Angebots gehörte das Anlegen von Schlitzten im Mauerwerk für Installationsleitungen zum Auftrag. Dem Gutachten Dr. S. folgend stellt das Berufungsgericht fest, daß die Schlitzte für die Elektrohauptleitung in der Ausschreibung nicht ausgewiesen waren. Es wertet sie deshalb als besonders zu vergütende Mehrleistung.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die in der Berufungsbegründung (S. 8) genannten Zeugen Do. und La. darüber vernehmen müssen, daß Schlitzarbeiten üblicherweise bei jedem Bauvorhaben anfallen und deshalb durch den vereinbarten Pauschalpreis abgegolten sein sollten. Diesen Beweis brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben. Nach dem Vertrag der Parteien, wie ihn das Berufungsgericht auslegt, fallen nur die aus dem Angebot und dessen Unterlagen ersichtlichen Leistungen unter den Pauschalpreis. Die Beklagte hat nicht behauptet, daß hinsichtlich der Installations-schlitzte eine abweichende Regelung vereinbart worden sei.

8. Nach dem Angebot sollten 22,06 m² Sürofa-Matten eingebaut werden. Eingebaut wurden 61,04 m². Die Mehrleistung muß die Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts der Klägerin bezahlen.

Die Revision meint, das stehe mit der Pauschalpreisvereinbarung nicht im Einklang; entscheidend sei, daß zum Ausbau des Dachgeschosses die Verkleidung mit Sürofa-Matten gehört habe. Darauf kommt es jedoch nicht an, denn der Umfang der mit dem Pauschalpreis abgegoltenen Leistungen ergab sich aus dem Angebot. Darin waren aber erheblich weniger Matten vorgesehen.

9. Die Kellersohle war nach dem Angebot in Kies- oder Schlackenbeton 1 : 8 herzustellen. Auf Grund einer späteren Anordnung wurde dafür Beton B 225 verwendet. Die Mehrkosten hat das Berufungsgericht der Klägerin zuerkannt.

a) Daß die Verwendung von Beton B 225 auf einer späteren Anordnung beruhte, erachtet das Berufungsgericht durch die Beweisaufnahme für erwiesen. Was die Revision dem entgegen hält, zielt auf eine andere Beweismwürdigung ab und ist deshalb unbeachtlich.

b) Daß die geprüfte statische Berechnung der Klägerin bekannt war, hält das Berufungsgericht, wie bereits ausgeführt, nicht für erwiesen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob aus ihr die endgültige Ausführung der Kellersohle zu ersehen war.

10. Die Beklagte hat allgemein den Umfang der von der Klägerin berechneten Mehrleistungen bestritten. Das Berufungsgericht hält dies für unbeachtlich, weil die Beklagte nicht im einzelnen dargelegt habe, welche angesetzten Massen übersetzt seien, was sie durch einfaches Nachmessen leicht hätte ermitteln können.

Die Revision meint, es sei die Vertragspflicht der Klägerin gewesen, die Leistungen aufzumessen. Darum geht es jedoch nicht. Die Klägerin hat die Mehrleistungen in ihren Rechnungen genau angegeben. Zu einem beachtlichen, substantiierten Bestreiten der Beklagten gehörte die ihr, wie das Berufungsgericht feststellt, mögliche Darlegung, welche der einzelnen Mehrleistungen nicht in dem angegebenen Umfang erbracht worden sein sollen.

11. Das Berufungsgericht hat der Klägerin für Mehrleistungen insgesamt 4.398,62 DM zuerkannt. Ob ihr davon 729,95 DM für den Kamin aus Flewarohren zustehen, muß, wie oben (Ziff. 4) ausgeführt, erneut geprüft werden.

II. Die Mängel

1. Die Klägerin hat die Kellersohle mangelhaft hergestellt, weshalb Wasser durch sie in den Keller dringt. Daß auch die Kellerwände Wasser durchlassen, erachtet das Berufungsgericht mit dem Sachverständigen Dr. S. nicht für erwiesen. Demgemäß hält es die Klägerin zur Nachbesserung der Kellersohle, nicht auch der Kellerwände für verpflichtet. Es hat daher die Beklagte wegen des von ihr geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts gemäß § 274 Abs. 1 BGB verurteilt, den von ihr geschuldeten, auf 11.598,62 DM ermittelten Betrag nur Zug um Zug gegen die wasserdichte Abdichtung der Kellersohle durch die Klägerin zu zahlen.

a) Die Revision meint, die Klägerin sei auch zur Abdichtung der Kellerwände verpflichtet. Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts läßt jedoch

keinen Rechtsfehler erkennen. Im Schriftsatz vom 25. September 1968 (S. 6 a) hat die Beklagte nur von Wasser auf dem Kellerboden gesprochen; auf Seite 9/10 dieses Schriftsatzes ist nur die Behauptung unter Beweis gestellt, die Klägerin habe sich bereit erklärt, den Keller so nachzubessern, daß keine Feuchtigkeit eindringe, und sie habe sich die Art und Weise noch überlegen wollen. Der Sachverständige Dr. S. hat bei seiner Vernehmung in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt, er habe bei seinen Besichtigungen des Kellers in regnerischen Zeiten keine Anhaltspunkte für durch die Wände dringendes Wasser gefunden. Die Zug um Zug-Verurteilung, beschränkt auf die Nachbesserung der Kellersohle gegen von unten eindringende Feuchtigkeit, ist daher rechtlich nicht zu beanstanden.

b) Das Berufungsgericht folgt dem Gutachten Dr. S., wonach die Kellersohle mit einem Kostenaufwand von etwa 4.500 DM nachgebessert werden kann. Um aber die Klägerin zur Nachbesserung zu veranlassen, hat es der Beklagten das Recht zugestanden, den gesamten Forderungsbetrag von 11.598,62 DM nebst Zinsen zurückzuhalten.

Die Revision verweist auf das von der Beklagten vorgelegte Gutachten des Oberbaurats Dr. Sc., wonach sich die Nachbesserungskosten auf 24.500 DM belaufen sollen, sowie auf den Kostenanschlag der Ru-Werke, in dem die Kosten mit "nicht unter 10.000 DM" angegeben sind.

Hierauf kann es nicht ankommen. Die Beklagte kann dadurch, daß nach Ansicht des Berufungsgerichts das

Nachbessern der Kellersohle nur 4.500 DM erfordert, nicht beschwert sein. Das Berufungsgericht hat ihr an dem ganzen Betrag, den sie für das Haus Sch[REDACTED]straße schuldet, ein Zurückbehaltungsrecht zuerkannt. Das sind allenfalls 11.598,62 DM. Mangels einer höheren Schuld kann sie auch nicht an einem höheren Betrag ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Auf die Ausführungen unten unter C II 9 wird zusätzlich Bezug genommen.

2. Die Verwendung von Kalksandsteinen anstelle von Gitterziegelsteinen haben die Vertreter der Beklagten, wie das Berufungsgericht den Bekundungen der Zeugen Ku[REDACTED] und Mo[REDACTED] entnimmt, ausdrücklich genehmigt. Schon deswegen hat das Berufungsgericht mit Recht einen hieraus hergeleiteten Schadensersatzanspruch verneint.

Einen Unterschiedswert zwischen Mauerwerk aus Gitterziegelsteinen und Kalksandsteinen kann die Beklagte nicht ersetzt verlangen, weil ein solcher, wie das Berufungsgericht gestützt auf das Gutachten Dr. S[REDACTED] feststellt, nicht besteht.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Sachvortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 12) nicht beachtet, ist nicht gerechtfertigt, denn dort ist nicht gesagt, woraus sich ein Unterschiedswert ergeben soll. Mit der abweichenden Ansicht im Privatgutachten Sc[REDACTED] hat sich der Sachverständige Dr. S[REDACTED] auseinandergesetzt.

3. Die Klägerin hat unterhalb der Dachkante an der Giebelwand keinen Putzstreifen (= Ortgesims) angebracht. Das Berufungsgericht sieht hierin mit dem Sachverständigen Dr. S. keinen Mangel, weil es eine vom Bauherrn oder dessen Architekten zu entscheidende Geschmacksfrage sei, ob ein Ortgesims angebracht werden solle. Im Angebot ist zwar der Einheitspreis für 1 lfd m Ortgesims angegeben. Daraus allein ergab sich aber noch nicht die Verpflichtung der Klägerin, ohne Bestellung ein Ortgesims anzubringen. Zu der Behauptung der Beklagten, in M. sei ein Ortgesims üblich, brauchte das Berufungsgericht in Anbetracht der Stellungnahme des Sachverständigen Dr. S. ein Obergutachten nicht einzuholen.

4. Wegen der vom Sachverständigen Dr. S. im Keller festgestellten geringfügigen Unebenheiten im Putz hat das Berufungsgericht der Beklagten ein Minderungsrecht in Höhe von 100 DM zuerkannt (§ 13 Ziff. 6 VOB (B)). Es folgt dabei dem Sachverständigen Dr. S., der von einem nicht ins Auge fallenden, für die Gebrauchsfähigkeit unerheblichen Mangel gesprochen habe. Die Berufungsbegründung (S. 15), auf die die Revision verweist, und die dort angeführten Stellen im Gutachten Sc. enthalten nichts, was einen höheren Minderungsbetrag rechtfertigt.

5. Der Sichtbeton an den Balkonen ist mangelhaft hergestellt. Das Berufungsgericht hat der Beklagten dieserhalb einen Minderungsbetrag von 700 DM zuerkannt. Die Revision hält diesen Betrag für zu gering. Sie weist auf die Bekundung des Zeugen Re., daß teilweise das Eisen bloßliege. Das hat das Berufungs-

gericht jedoch berücksichtigt. Der Zeuge hat nicht gesagt, daß an allen Balkonen Eisen freiliege.

6. Soweit die Revision weitere Rechte der Beklagten aus Mängeln herleiten will als das Berufungsgericht ihr zugesteht, erweist sie sich somit als unbegründet.

C. Das Haus Am K

I. Die Mehrleistungen

1. Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Klägerin auf Bezahlung von 15 steigenden Meter Kamin als zusätzliche Leistung für begründet.

a) Die Revision meint, diese Leistung falle unter den Pauschalpreis. Das Berufungsgericht stützt sich jedoch u.a. auf die Bekundung des Ehemanns der Beklagten, der die Darstellung des Zeugen Mo über den Abbruch des zunächst gemauerten Teilstücks eines Kamins und die infolge Umplanung notwendig gewordene Errichtung eines Kamins von anderer Dimension bestätigt hat.

b) Die Revision beanstandet auch, daß das Berufungsgericht von 15 m Kamin ausgeht.

Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. S sind 15 m Kamin zusätzlich gemauert worden. Das nimmt auch das Landgericht in seinem Urteil an. Die Revision weist nicht nach, daß die Beklagte den Umfang dieser Leistung bestritten hat.

2. Das Berufungsgericht stellt auf Grund des Gutachtens Dr. S. fest, daß Tagelohnarbeiten für 1.507,35 DM durch vom Auftraggeber abgezeichnete und damit als richtig anerkannte Tagelohnzettel nachgewiesen sind.

Die Revision verweist auf die Berufungsbegründung (S. 17), wo es heißt, es müsse die Berechtigung der vom Bauführer des Architekten in Höhe von 1.507,35 DM anerkannten Tagelohnarbeiten außerhalb des Pauschalpreises geprüft werden. Das hat das Berufungsgericht jedoch anhand des Gutachtens Dr. S. getan. Es wäre auch nicht verständlich, daß der Bauführer die Lohnzettel unterschrieben hätte, wenn es sich nicht um zusätzliche, im Angebot nicht vorgesehene Leistungen handeln würde.

II. Die Mängel

1. Der Innenputz ist teilweise mangelhaft. Dieserhalb hat das Landgericht 500 DM von der Werklohnforderung der Klägerin abgesetzt. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt, weil der Sachverständige Dr. S. auch bei Berücksichtigung der Rechnung des Malermeisters Schn. zu keinem höheren Betrag gekommen sei.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Gutachten Sc. nicht beachtet und nicht die Malermeister Ma. und Schn. vernommen, ist unbegründet. Die Beklagte hat nicht dargelegt, daß sie einschließlich der Kosten des Überspachtelns einen höheren Betrag als 500 DM gezahlt hat.

2. Das Berufungsgericht hält in Anbetracht der einander widersprechenden Zeugenaussagen nicht für bewiesen, daß die Klägerin eine Außendrainage verlegen sollte.

Zu Unrecht rügt die Revision, damit sei die Beweislast verkannt. Die Beklagte muß den Umfang der von der Klägerin geschuldeten Leistungen, desgleichen einen Mangel, den sie im Fehlen einer Außendrainage erblickt, beweisen.

3. Weil die Balkonplatten nicht in Sichtbeton ausgeführt sind, hat das Berufungsgericht dem Minderungsbegehren der Beklagten in Höhe von 1.000 DM entsprochen. Warum dieser Betrag zu gering sein soll, legt die Revision nicht dar.

4. Das Berufungsgericht unterstellt, daß die Balkone sich durchbiegen, sieht aber hierin keinen der Klägerin anzulastenden Mangel, weil Betonplatten eine gewisse Elastizität besäßen, was ihre Tragfähigkeit nicht verringere. Dafür, daß hier das Durchbiegen einen die Tragfähigkeit gefährdenden Grad erreiche, habe die Beklagte keinen Beweis erboten.

Diese tatrichterlichen Erwägungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Eine substantiierte Revisionsrüge hierzu ist nicht vorgebracht. Das Berufungsgericht hat, entgegen der Darstellung der Revision, insoweit auch kein Vorbringen der Beklagten nach § 529 ZPO zurückgewiesen. Die Beklagte zu weiteren Behauptungen und Beweiserbieten gemäß § 139 ZPO zu veranlassen, war das Berufungsgericht nicht gehalten.

5. Der Fugenputz ist, so stellt das Berufungsgericht dem Sachverständigen Dr. S. folgend fest, in Ordnung. Nur an ein oder zwei Stellen hat er sich gelockert, ohne daß dies auf schlechte Arbeit der Klägerin zurückzuführen wäre. Einem in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag der Beklagten, (der aus den Akten nicht ersichtlich ist), hat es gemäß § 529 Abs. 2 und 3 ZPO nicht stattgegeben.

Das Berufungsgericht ist demnach - entgegen der Rüge der Revision - auf die Behauptung der Beklagten, der Fugenputz sei mangelhaft, sachlich eingegangen und hat den Sachverständigen Dr. S. hierüber befragt. Welchen Beweisantritt es als verspätet zurückgewiesen hat, legt die Revision nicht dar.

6. Unter Ziff. 2 a des Urteilstenors hat das Berufungsgericht die Zahlungsverpflichtung der Beklagten u.a. von der Zug um Zug erfolgenden Freilegung und Nachisolierung der linken Seite der Doppelgarage abhängig gemacht. Das verkennt die Revision.

Die Verblendung an der Hinterfront der Garage hat der Sachverständige als voll in Ordnung bezeichnet; die Flecken seien beseitigt, Schönheitsfehler nicht vorhanden.

Die Revision beachtet weiter nicht, daß im Urteilstenor unter Ziff. 2 d auch die Verpflichtung der Klägerin ausgesprochen ist, den äußeren Isolierputz am Spielkeller zu vervollständigen.

7. Im Schriftsatz vom 25. September 1968 (S. 6 b), auf den die Revision verweist, hat die Beklagte vorge-
tragen, sie befürchte, daß die verhältnismäßig dünn-
wandigen 6 Batterietanks infolge ständiger Feuchtig-
keitseinwirkungen inzwischen nahezu durchgerostet seien
und deshalb durch einen kellergeschweißten Tank ersetzt
werden müßten; sie verlange dieserhalb 8.000 DM Scha-
densersatz.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, diese Forderung
sei nicht ausreichend substantiiert, ist zuzustimmen.
Abgesehen davon, daß die Beklagte nur eine Vermutung
geäußert hat, sind auch die Voraussetzungen des
§ 13 Ziff. 7 Abs. 2 der den Vertragsbeziehungen
zugrunde gelegten VOB (B) nicht dargetan. Die von
der Revision angegriffene Hilfsbegründung des Beru-
fungsgerichts, die Forderung sei zudem nach § 529
Abs. 2 und Abs. 3 ZPO zurückzuweisen, ist ebenfalls
verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

8. Die Kosten der im Urteilstenor unter Ziff. 2 a - g
und BU S. 37 aufgeführten Nachbesserungsarbeiten hat der
Sachverständige Dr. S. mit höchstens 300 DM angegeben.
Um die Klägerin zur Nachbesserung anzuhalten, hat das
Berufungsgericht der Beklagten wegen eines Betrags von
1.000 DM ein Zurückbehaltungsrecht an der der Klägerin
noch zustehenden Werklohnforderung zuerkannt und sie
dementsprechend zur Zahlung dieses Betrags Zug um
Zug, im übrigen uneingeschränkt verurteilt.

a) Die Revision hält den Betrag von 1.000 DM für
zu gering, weil die Nachbesserungskosten erheblich

höher seien; sie verweist hierzu auf den Schriftsatz vom 25. September 1968 (S. 2). Auf die dort aufgestellte Behauptung, die Klägerin habe für 10.000 DM Nachbesserungsarbeiten am Haus Am K[REDACTED] vornehmen lassen, kann es indessen nicht ankommen, sondern nur darauf, was die im Urteilstenor unter Ziff. 2 a - g genannten - ersichtlich geringfügigen - Nachbesserungsarbeiten kosten, für die das Berufungsgericht 300 DM ansetzt. Auch die Kostenschätzung des Sachverständigen Dr. S[REDACTED] im Gutachten vom 23. April 1965 (S. 22) betrifft andere als die unter Ziff. 2 a - g des Urteils genannten Nachbesserungen.

b) Zur Höhe der für die Nachbesserungen erforderlichen Kosten hat die Revision im einzelnen keine Rügen erhoben.

9. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Verpflichtung zur Zahlung des auf jedes der beiden Häuser noch geschuldeten Werklohns von der Ausführung der Nachbesserungsarbeiten an beiden Häusern machen müssen. Das Berufungsgericht (BU S. 30) hat das "bei Berücksichtigung der Verhältnisse der Parteien" für unangemessen gehalten. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, weil die Werklohnansprüche der Klägerin für jedes der Häuser auf verschiedenen rechtlichen Verhältnissen beruhen (BGHZ 54, 244 = NJW 1970, 2019, 2021).

D. Der merkantile Minderwert des Hauses Am K[REDACTED].

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Betondecken über Keller und Dachgeschoß nicht die im Bau-

vertrag vereinbarte Druckfestigkeit von 225 kp/cm^2 haben. Sie beträgt nur 160 kp/cm^2 . Damit ist auch die nach den DIN-Vorschriften geforderte Standsicherheit nicht voll erreicht.

1. Da eine Nachbesserung insoweit nicht möglich ist, hat das Berufungsgericht den Werklohn der Klägerin gemäß § 13 Ziff. 6 VOB/B um 1.787,16 DM gemindert. Das entspricht dem vom Sachverständigen Kö [REDACTED] ermittelten Preisunterschied zwischen der vorgesehenen Festigkeit B 225 und der erreichten B 160. Damit gleicht das Berufungsgericht den "technischen Minderwert" der Decken aus.

2. Zur Beseitigung behebbarer Mängel müssen nach der vom Berufungsgericht übernommenen Ansicht des Sachverständigen 1.113,75 DM aufgewendet werden: Damit der gleiche Rostschutz wie bei B 225 erreicht wird, muß die Kellerdecke gespritzt werden, was 803,75 DM kosten wird; Kiesnester, in denen Eisen bloßliegt, müssen mit einem Kostenaufwand von 300 DM geschlossen werden. Um die 1.113,75 DM "mindert" das Berufungsgericht den Werklohn weiterhin.

3. Schließlich folgt das Berufungsgericht dem Sachverständigen auch darin, daß die geringere Druckfestigkeit der beiden Decken zusätzlich einen "merkantilen Minderwert" des Hauses von 10.000 DM begründe. Dieser sei "nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB/B neben der Minderung als Schaden zu berücksichtigen".

Dazu führt das Berufungsgericht im einzelnen aus, daß die Bewohnbarkeit des Hauses durch den Mangel der

Decken nicht beeinträchtigt ist. Nach Vornahme der oben zu 2 erwähnten Arbeiten ergeben sich weder zusätzliche Unterhaltungskosten noch ein weiterer Instandsetzungsaufwand; die geminderte Standfestigkeit liegt noch innerhalb des in den DIN-Vorschriften berücksichtigten Sicherheitsspielraums. Deshalb ist auch der Ertrag des Hauses durch den Mangel nicht beeinträchtigt.

Doch sind der Sachverständige und das Berufungsgericht der Ansicht, daß sich der Verkehrswert nicht allein nach dem Ertrags-, sondern auch nach dem Sachwert bestimme. Dieser sei beeinträchtigt. Bei einem Verkauf müsse die Beklagte offenbaren, daß der Sicherheitsgrad der beiden Decken um 11 % eingeschränkt sei, das Gebäude also den anerkannten Regeln der Bautechnik nicht voll entspreche. Hieraus ergebe sich eine Wertminderung auf dem Grundstücksmarkt. Der Sachverständige schätzt sie, ausgehend von dem Wertanteil der Decken an dem nach dem umbauten Raum errechneten Gesamtwert des Hauses, auf 10.000 DM. Auch dem schließt sich das Berufungsgericht an.

II.

Diese Entscheidung wird von beiden Teilen angegriffen. Sie hält jedoch der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

1. Die Absetzung der 1.113,75 DM (oben I 2) läßt sich zwar nicht auf § 13 Ziff. 6 VOB/B stützen. Unbedenklich muß die Klägerin diese Nachbesserungskosten

aber nach Ziff. 5 Abs. 2 aaO tragen, so daß sich die Entscheidung des Oberlandesgerichts unter dem Gesichtspunkt der Aufrechnung rechtfertigt.

2. Den technischen und merkantilen Minderwert beurteilt das Oberlandesgericht nach verschiedenen Bestimmungen.

a) Zunächst hat es ohne Rechtsfehler sowohl einen technischen als auch einen merkantilen Minderwert des Hauses festgestellt. Insoweit hat die Anschlußrevision der Klägerin das Urteil auch nicht beanstandet. Was die Revision der Beklagten dazu vorbringt, ist offenbar verfehlt; das Oberlandesgericht hat durchaus zwischen den beiden Arten von Minderwert unterschieden. Die Verfahrensrügen sind unbegründet.

b) Dem technischen Minderwert trägt das Oberlandesgericht im Wege der Minderung nach § 13 Ziff. 6 VOB/B Rechnung, während es wegen des merkantilen Minderwerts der Beklagten einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 zubilligt, den es ersichtlich im Wege der Aufrechnung an der Werklohnforderung der Klägerin absetzt. Diese unterschiedliche Behandlung ist nicht berechtigt. Ist das Bauwerk infolge von Mängeln, die nicht durch Nachbesserung zu beheben sind, im Werte herabgesetzt, so ist in erster Linie der Werklohn zu mindern (vgl. BGHZ 46, 243 f). Bleibt dem Bauherrn gleichwohl ein Schaden, so kommt unter der Voraussetzung, daß der Mangel "wesentlich" ist und daß "die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt" ist, zusätzlich ("außerdem") ein Schadensersatzanspruch

des Auftraggebers nach § 13 Ziff. 7 in Betracht. Das Ausmaß der Minderung bestimmt sich nach der in § 472 BGB angegebenen Verhältnisrechnung. Zu all dem enthält das angefochtene Urteil keine Ausführungen.

Dies ist jedoch im vorliegenden Fall unschädlich, weil feststeht, daß die Beklagte durch den technischen und den merkantilen Minderwert eine Vermögenseinbuße erlitten hat, für die eine Minderung nach § 472 BGB nicht ausreicht, so daß sie mit einer zusätzlichen Schadensersatzforderung gegen den Werklohnanspruch der Klägerin aufrechnen kann. Die Beklagte brauchte nicht unbedingt rechnerisch darzustellen, inwieweit ihre Mängelansprüche sich auf Minderung und Schadensersatz aufteilen (vgl. BGH LM Nr. 4 zu § 13 VOB/B a.E.).

Die besonderen Voraussetzungen des § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB/B sind entgegen der Meinung der Anschlußrevision erfüllt:

aa) Sowohl der technische wie der merkantile Minderwert sind "Schaden am Bauwerk"; das bedarf keiner näheren Darlegung.

bb) Die Mängel sind auch wesentlich. Eine Wertminderung von insgesamt 11.787 DM kann, auch im Verhältnis zum gesamten Werklohn, nicht vernachlässigt werden.

cc) Des weiteren beeinträchtigen die Mängel auch die "Gebrauchsfähigkeit" der Sache. Das gilt insbesondere hinsichtlich des merkantilen Minderwerts.

In der Ziffer 1 des § 13 VOB/B ist dem Auftragnehmer, übereinstimmend mit dem § 633 BGB, die Gewährleistung dafür auferlegt, daß das Werk nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit aufheben oder mindern. Dagegen ist in der Ziffer 7 nur von der Gebrauchsfähigkeit die Rede, die erheblich beeinträchtigt sein muß, wenn ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers bestehen soll. Damit kann nicht gemeint sein, daß die Minderung oder gar Aufhebung des Wertes für den Schadensersatzanspruch außer Betracht bleiben soll, dann übrigens sogar in den Fällen, in denen nach Abs. 2 der Ziffer 7 über den Schaden am Bauwerk hinaus gehaftet wird. Ein solches Ergebnis wäre nicht zu verstehen. Unter Gebrauchsfähigkeit ist deshalb nicht nur die Möglichkeit der üblichen Nutzung im engeren Sinne, bei einem Wohnhaus also die Bewohnbarkeit, zu verstehen, vielmehr ist auch die Verkäuflichkeit mitgemeint. Mit dem Sprachgebrauch läßt sich das immerhin vereinbaren. Der Anwendungsbereich solcher allgemeiner Klauseln, die gesetzliche Rechte einschränken, ist grundsätzlich eng zu halten; dies gilt auch hier, wenngleich die VOB nicht ohne weiteres mit einseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf eine Stufe zu stellen ist. Hiernach ist es berechtigt, im Sinne des § 13 Ziff. 7 VOB/B unter der Gebrauchsfähigkeit des Bauwerks auch etwa seine Eignung zum Vermieten und Beleihen, aber auch seine Verkäuflichkeit und demnach auch seinen Verkehrswert zu verstehen (ebenso Hereth-Ludwig-Naschold VOB, B § 13 Ez 279; Ingenstau-Korbion VOB (5.), B § 13 Rz 99).

dd) Daß schließlich diese Gebrauchsfähigkeit "erheblich" beeinträchtigt ist, unterliegt keinem Zweifel.

3. Ein Mitverschulden der Beklagten an der minderen Druckfestigkeit der Decken, das die Klägerin daraus herleiten will, daß der Architekt der Beklagten sie nicht ausreichend überwacht habe, hat das Berufungsgericht mit Recht verneint. Nach Treu und Glauben darf sich der Bauunternehmer gegenüber dem Bauherrn nicht darauf berufen, er habe ihn nicht durch seinen Architekten darauf überwachen lassen, daß er den Beton in der erforderlichen Güte herstellte (BGH VII ZR 250/60 vom 14. Juni 1962 = VersR. 1962, 1062; Schäfer-Finnern, Z 2. 410 Bl. 26 ff).

E. Die Zinsen

Verzugszinsen für die an die B[REDACTED] KG zu zahlenden 11.598,62 DM aus dem Objekt Sch[REDACTED]straße hat das Berufungsgericht nicht zuerkannt, weil das die ganze Forderung erfassende Zurückbehaltungsrecht der Beklagten den Verzugseintritt verhindert hat. Es hat jedoch von der Urteilssumme 4 % Prozeßzinsen zugesprochen.

Für den vorbehaltlos zu zahlenden Teilbetrag von 31.814,08 DM der Forderung der Klägerin aus dem Haus Am Krug hat das Berufungsgericht 7 % Zinsen zugesprochen, und zwar für 20.000 DM ab 24. August 1964 und für weitere 10.814,08 DM ab der am 4. Januar 1967 erfolgten Zustellung der erweiterten Klage. Für die weiteren Zug um Zug zu zahlenden 1.000 DM hat es der Klägerin wiederum 4 % Prozeßzinsen zuerkannt.

1. Mit Recht wendet sich die Revision gegen die ausgesprochene Verpflichtung der Beklagten, Prozeßzinsen zu zahlen. Die Verpflichtung des Schuldners, eine Geldschuld vom Eintritt der Rechtshängigkeit an zu verzinsen (§ 291 BGB), setzt die Fälligkeit der Schuld voraus. Diese ist insoweit nicht eingetreten, als der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht und sie dieserhalb nur zur Zahlung Zug um Zug verurteilt worden ist. Das Zurückbehaltungsrecht begründet eine verzögerliche Einrede mit der Wirkung, daß die Forderung noch nicht fällig i.S. des § 291 Satz 1 Halbsatz 2 BGB ist (BGH VII ZR 13/56 vom 28. Februar 1957 in WM 1957, 547, 548 Sp. 2; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 15. Aufl., § 56, 1 Fußnote 1 und § 51, II, 1).

2. Die weitergehenden Zinsen hat das Berufungsgericht mit Recht zuerkannt. Die von der Revision vermißte Begründung für die Verzinsung der 20.000 DM mit 7 % ab 24. August 1964 ergibt sich daraus, daß die Klägerin - unstreitig - am 14. August 1964 schriftlich zur Zahlung von 20.000 DM aufgefordert hat (vgl. Urteil des Landgerichts S. 3 oben) und die Klägerin - ebenfalls unstreitig - einen mit jährlich 7 % zu verzinsenden Bankkredit in Anspruch nimmt.

F.

Die Revision hat somit wegen des der Firma B[REDACTED] KG
zuerkannten Betrags von 729,95 DM für den Kamin aus Plewa-
Rohren und hinsichtlich der Prozeßzinsen Erfolg. Der An-
spruch auf Prozeßzinsen ist abzuweisen. Die weitergehende
Revision und die Anschlußrevision erweisen sich als unbe-
gründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO.

Glanzmann

Erbel

Vogt

Finke

Schmidt