

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

2348 022

4

Gesetz: ZPO § 539

Rechtssatz: Die Frage, ob das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet, ist vom sachlichrechtlichen Standpunkt des ersten Richters, nicht von der abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts aus zu beurteilen.

Aktenzeichen: VI ZR 116/54
Urteil des BGH vom 9. Juli 1955

LG Oldenburg
OLG Oldenburg

VI ZR 116/54

Verkündet
am 9. Juli 1955
Romacker, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

4

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Ernst W. L. [REDACTED] in H [REDACTED], A [REDACTED]
strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den O [REDACTED] - O [REDACTED] - W [REDACTED],
vertreten durch seinen Vorstand, J [REDACTED]

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1955 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar, Hanebeck,
Dr. Bode und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom
16. März 1954 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an den
1. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

4

Tatbestand:

Der Beklagte ist von den Landkreisen Friesland, Wittmund und Wesermarsch gegründet worden, um eine ländliche Gruppenwasserversorgung zu erbauen und zu betreiben. Das Wasser sollte von dem Jade-Wasserwerk Wilhelmshaven bezogen und die Leitung von den drei Werken Feldhausen, Moorsum und Moorhausen durch die Friesische Wehde, die Stadt Varel bis nach Dieckmannshausen in der Wesermarsch und von dort nach anderen Orten in verschiedenen Richtungen geführt werden. Die hierzu erforderlichen Bauarbeiten wurden in Lose aufgeteilt und im Wege der öffentlichen Verdingung vergeben. Die Klägerin, eine Rohrleitungsbaufirma, erhielt auf Grund ihres Angebots vom 5. Juni 1950 den Auftrag zum Bau eines Dükerpaares durch den Ems-Jadekanal (Los 6) mit einer Auftragssumme von 30.811,15 DM und den Auftrag zum Bau eines Dükerpaares durch das Friedeburger Tief (Los 7) mit einer Auftragssumme von 16.494,50 DM bei einem Nachlass von 5% für beide Lose. Der Auftrag wurde am 9. Juni 1950 fernmündlich erteilt und mit Schreiben des Beklagten vom 13. Juni 1950 bestätigt. Nach den Ausschreibungsbedingungen sollten die Arbeiten bis zum 15. Juli 1950 soweit fertiggestellt werden, dass die Hauptzuleitung für die Wasserversorgung der Stadt Nordenham in Betrieb genommen werden konnte. Der Termin wurde später verlängert.

Die Klägerin hat vorgetragen, der Beklagte habe vor der Auftragserteilung den Boden nicht genügend untersucht und in der Verdingung die Bodenverhältnisse nicht richtig angegeben. Durch sein Verschulden seien bei beiden Losen Arbeiten notwendig geworden, die im Verträge nicht vorgesehen seien.



Am Friedeburger Tief (Los 7) habe sie zunächst einen Umleitungsgraben für das Wasser des Flußbettes herstellen lassen. Das Wasser sei am Oberlauf und Unterlauf durch Spundwände abgeriegelt und in den Umleitungsgraben geleitet worden. Am 3. Juli 1950 sei man beim Öffnen der Baugrube im Flußbett auf Schwemmsand gestossen. Deshalb habe die Baugrube durch Spundwände gesichert und die Rohrleitung auf Pfahljoche verlegt werden müssen. Ausserdem habe sich eine Grundwasserabsenkung als notwendig erwiesen. Sie habe die Bauleitung des Beklagten bereits am 7. Juli 1950 auf die Notwendigkeit dieser in der Ausschreibung nicht vorgesehenen Arbeiten hingewiesen. Durch diese weiteren Arbeiten seien Kosten entstanden, die ungefähr das Doppelte der veranschlagten Barsumme ausmachten. Daher habe die Bauleitung sich nicht entschliessen können, auf den Vorschlag der Klägerin einzugehen, sondern andere technische Lösungen (u.a. das Einspülen der Mantelrohre) in Erwägung gezogen. Die Klägerin habe der Bauleitung der Beklagten immer wieder an Ort und Stelle eindringlich vor Augen geführt, dass die Rammung des Spundwandkastens und die Errichtung von Pfahljochen unumgänglich notwendig sei. Da die mündlichen Verhandlungen zu keinem Ergebnis geführt hätten, habe sie sich mit Schreiben vom 18. Juli 1950 an die Oberbauleitung gewandt und die Herstellung einer hölzernen Spundwand für 6930 DM und von vier Pfahljochen von je 585 DM angeboten. Die Bauleitung habe sich jedoch nicht entschliessen können, die zusätzlichen Aufträge zu erteilen. Sie habe sich trotz mehrfacher fernmündlicher Rückfragen und trotz der telefonischen Zusage, die Aufträge würden erteilt, passiv verhalten. Daher habe der Bau vom 3. Juli bis 3. August 1950 stillgelegt. Diese Verzögerung sei die Ursache für alle späteren Schwierigkeiten, insbesondere dafür, dass das Dükerpaar durch das

4

Friedeburger Tief nicht habe fertiggestellt werden können. Da die Zeit gedrängt habe, habe sie sich Ende Juli 1950 entschlossen, die Rammung auf eigenes Risiko durchzuführen und der Firma Ke [REDACTED] den entsprechenden Auftrag gegeben. Diese habe am 3. August 1950 mit der Rammung begonnen. Am 31. August sei die gerammte Spundwand plötzlich in Bewegung gekommen, sie habe wegzuklappen gedroht. Darauf habe die Bauleitung eine Grundwassersenkung angeordnet, die von der Firma W [REDACTED] - und B [REDACTED] GmbH durchgeführt worden sei und zu einer Rettung der Spundwand geführt habe. Die Schachtarbeiten seien fortgesetzt worden, hätten jedoch mehrfach wegen auftretenden Hochwassers unterbrochen werden müssen. Am 19. September 1950 habe die Firma Ke [REDACTED] eine Preiserhöhung gefordert, die sie, die Klägerin, abgelehnt habe. Darauf habe die Firma Ke [REDACTED] am 22. September 1950 die Arbeiten eingestellt. Nunmehr habe sie, die Klägerin, die Tiefbauarbeiten weitergeführt. Die fortgeschrittene Jahreszeit mit einsetzendem Regen und Hochwasser habe jedoch die Fertigstellung des Dükerpaares verhindert. Nach mehrfachen kostspieligen Versuchen, die Baugrube leer zu pumpen, habe sie am 19. Oktober 1950 vorgeschlagen, die Arbeiten einzustellen und sich einstweilen mit der bereits hergestellten Notleitung über das Friedeburger Tief zu begnügen, durch die die Wasserversorgung der Stadt Nordenham gewährleistet gewesen sei. Die Bauleitung des Beklagten habe jedoch die Fortsetzung der Arbeiten gefordert und die Bezahlung der zusätzlichen Arbeiten versprochen. Es sei ihr zwar noch gelungen, die Mantelrohre zu verlegen, sodaß es nur noch der Durchführung der wasserführenden Rohre bedurft habe. Hierzu sei es aber notwendig gewesen, die Anschlussgräben für die Dükerhülse herzustellen, aus denen heraus die wasserführenden Rohre durch die Mantelrohre zu schieben gewesen seien. Als die Anschlussgräben auf Sohle gebracht gewesen seien, hätten

Wasserdurchbrüche vom Flußbett her zur Überschwemmung der Gräben geführt. Als immer neue Durchbrüche erfolgt seien und Anfang November Dauerregen eingesetzt habe, seien die Arbeiten im Einverständnis mit dem Beklagten eingestellt worden.

Die Klägerin hat vom Beklagten Abschlagszahlungen in Höhe von 26 100 DM erhalten. Sie hat ihre Forderung gegen den Beklagten unter Berücksichtigung dieser Abschlagszahlungen auf 77 959,69 DM (104.059,69 minus 26.100 DM) errechnet. Hiervon hat sie mit der Klage einen Teilbetrag von 40.000 DM geltend gemacht, dessen Zahlung sie an ihren Treuhänder Rechtsanwalt Dr. Pf. [REDACTED] in H. [REDACTED] begehrt. Hilfsweise hat sie beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 40.000 DM an das Bankhaus Ma. [REDACTED] & Co in Hamburg zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und vorgebracht, er habe in der Ausschreibung die Bodenbeschaffenheit richtig und so genau angegeben, dass die Klägerin von vornherein habe erkennen können, welche Maßnahmen erforderlich waren. Aus der Ausschreibung für den Dükerbau durch das Friedeburger Tief habe die Klägerin ersehen müssen, dass der Boden nicht tragfähig gewesen sei. Sie habe daher von Anfang an mit der Notwendigkeit eines Spundwandkastens rechnen müssen. Das habe sie auch getan. Pfahljoche seien allerdings nicht vorgesehen gewesen, dafür aber Betonunterlagen, deren Herstellung teurer gewesen sei als die von Pfahljochen. Daher habe es sich erübrigt, der Klägerin zur Errichtung von Spundwänden und Pfahljochen zusätzliche Aufträge zu erteilen. Die Klägerin habe den Auftrag übernommen, ohne die erforderliche Ausrüstung und die notwendigen finanziellen Mittel zu besitzen. Sie habe mit den Arbeiten am Friedeburger Tief, die nur während

4

der kurzen Sommerzeit hätten durchgeführt werden können, zu spät begonnen und habe auch die Durchführung der Bauarbeiten vertragswidrig verzögert.

Das Landgericht hat den Klageanspruch insoweit dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, als er darauf gestützt ist, dass der Beklagte hinsichtlich des Friedeburger Tiefs (Los 7) in den Ausschreibungsunterlagen das Vorkommen von Schwemmsand nicht angegeben und ausgeführt hat, der Anfall grösserer Grundwassermengen sei nicht zu vermuten, während tatsächlich mit grösserem Grundwasserandrang zu rechnen gewesen sei. Die weitergehende Klage ist abgewiesen worden.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Er hat im Berufungsrechtszug mit Gegenforderungen aufgerechnet. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts, soweit es den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Zurückweisung der Berufung. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Die Klägerin hat von ihrer in der Klageschrift auf 77.959,69 DM errechneten Restforderung aus beiden Aufträgen (104.059,69 DM abzüglich der bereits gezahlten 26.100 DM) einen Teilbetrag von 40.000 DM eingeklagt, ohne anzugeben, wie dieser Betrag auf die von ihr geltend gemachten selbständigen Ansprüche zu verteilen war. Daher waren Gegen-

stand und Grund der erhobenen Ansprüche zunächst nicht mit der nach § 253 Abs 2 Nr 2 ZPO geforderten Bestimmtheit angegeben (Urteile BGHZ 11, 181 [184], 192 [193 ff], sowie Urteile des erkennenden Senats vom 9. März 1955 - VI ZR 9/54 - VersR 1955, 294 und vom 30. April 1955 - VI ZR 87/54 -, das zur Veröffentlichung vorgesehen ist). Dieser Mangel ist aber inzwischen beseitigt, denn die Klägerin hat mit ihrem im Berufungsrechtszug gestellten Antrag deutlich zu erkennen gegeben, dass sie jetzt den Teilbetrag von 40.000 DM nur aus Ansprüchen herleitet, die mit den Arbeiten am Friedeburger Tief (Los 7) zusammenhängen. Seitdem ist die Teilklage genügend bestimmt und daher zulässig.

II. Soweit die Klägerin Ansprüche aus dem Bau eines Dükerpaares durch den Ems-Jadekanal (Los 6) geltend gemacht hat, ist ihre Klage vom Landgericht abgewiesen worden. Da sie hiergegen keine Berufung eingelegt hat, ist die Klageabweisung rechtskräftig geworden. Daher sind im Revisionsrechtszug nur noch die Ansprüche in Streit, die mit dem Bau eines Dükerpaares durch das Friedeburger Tief (Los 6) zusammenhängen.

III. Für die Arbeiten am Friedeburger Tief hat das Landgericht der Klägerin Ansprüche gegen den Beklagten dem Grunde nach zugebilligt; es hat ersichtlich auf Grund einer summarischen Prüfung angenommen, dass der Anspruch auch dem Betrage nach in irgendeiner Höhe besteht. Dagegen ist das Berufungsgericht der Ansicht, es sei ungewiß, ob sich im späteren Höheverfahren ein Betrag zugunsten der Klägerin ergeben werde. Es erblickt einen Verfahrensmangel darin, daß das Landgericht trotz dieser Ungewissheit ein Grundurteil (§ 304 ZPO) erlassen hat. Das Oberlandesgericht hat daher, ohne sachlich über die Berufung des Beklagten zu entscheiden,

nach § 539 ZPO das landgerichtliche Urteil wegen dieses Verfahrensmangels aufgehoben und die Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen.

Dieses Urteil des Oberlandesgerichts kann mit der Revision angefochten werden, denn es erledigt den Rechtsstreit für die Berufungsinstanz und ist daher als Endurteil und nicht als Zwischenurteil anzusehen (§ 545 ZPO). Wenn es auch keine sachliche Entscheidung des Berufungsgerichts enthält, so ist die Klägerin gleichwohl durch das Urteil beschwert, weil ihrem Antrage, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen, nicht stattgegeben, sondern nur die Zurückverweisung an das Landgericht ausgesprochen worden ist.

Die Revision kann zwar nicht darauf gestützt werden, dass das Berufungsgericht von dem ihm in § 539 ZPO eingeräumten Ermessen einen ungeeigneten Gebrauch gemacht habe, wohl aber darauf, dass das Verfahren im ersten Rechtszug entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts an keinem wesentlichen Mangel gelitten habe und die vom Berufungsgericht ausgesprochene Aufhebung und Zurückverweisung daher der gesetzlichen Grundlage entbehre. Dies macht die Revision im vorliegenden Falle geltend, denn ihre Ausführungen haben den Sinn, das Landgericht habe zutreffend einen Anspruch der Klägerin dem Grunde nach bejaht und daher mit Recht ein Grundurteil erlassen. Die Darlegungen der schriftlichen Revisionsbegründung in Verbindung mit dem Revisionsantrage lassen mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, dass die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils mit der Begründung erstrebt, das Berufungsgericht habe in Verletzung des § 539 ZPO zu Unrecht angenommen, dass das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leide.

Diese Rüge der Revision ist auch begründet. Nach § 539 ZPO kann das Berufungsgericht, wenn das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet, unter Aufhebung des mit der Berufung angefochtenen Urteils und des Verfahrens, soweit es von dem Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverweisen. Voraussetzung für eine Anwendung dieser Vorschrift ist, dass das erste Urteil auf einem Mangel des Verfahrens beruht. Legt man die sachlichrechtlichen Ausführungen des Landgerichts zugrunde, so ergibt sich, dass die mit den Arbeiten am Friedeburger Tief (Los 7) zusammenhängenden Ansprüche der Klägerin hinsichtlich des Anspruchsgrundes zur Entscheidung reif waren. Das Landgericht hat insoweit Ansprüche der Klägerin dem Grunde nach bejaht und war, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe erkennen lässt, überzeugt, dass die Ansprüche auch dem Betrage nach in irgendeiner Höhe bestehen. Bei dieser Sachlage waren für das Landgericht von seiner materiellrechtlichen Würdigung des Falles aus die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils nach § 304 ZPO in der Tat gegeben. Das Berufungsgericht ist hierin anderer Ansicht. Es geht zwar in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon aus, dass hinsichtlich der Arbeiten am Friedeburger Tief Ansprüche der Klägerin begründet sind, beurteilt aber die Frage, ob im Eöheverfahren ein Anspruch zugunsten der Klägerin verbleiben wird, sachlichrechtlich anders, nämlich dahin, daß es ungewiß sei, ob der Klägerin im Eöheverfahren ein Betrag zugesprochen werden könne. Nun konnte zwar von diesem Gesichtspunkt aus kein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs ergehen, denn das ist nur möglich, wenn feststeht oder mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß sich im Verfahren über die Höhe des Verfahrens ein Betrag zugunsten der Klägerin ergibt (Urteil des BGH vom

4

14.Dezember 1950 - III ZR 67/50 - NJW 1951, 195 Nr 10;
29.Oktober 1951 - III ZR 163/50 - VRS 4, 88 Nr 99; 9.März
1953 - VI ZR 3/54 - VersR 1955, 308 und 30.März 1955
- VI ZR 23/54 - VersR 1955, 342). Die materiellrecht-
liche Auffassung des Oberlandesgerichts ist aber nicht
entscheidend dafür, ob der erste Richter durch Erlaß
des Grundurteils eine Verfahrensvorschrift, nämlich
§ 304 ZPO verletzt hat. Denn die Frage, ob das Verfahren
des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel gelit-
ten hat oder nicht, ist nicht von dem Standpunkt, den
das Berufungsgericht sachlich einnimmt oder gar einneh-
men müsste, sondern vom Standpunkt des ersten Richters
aus zu beurteilen. Das entspricht der ständigen Recht-
sprechung des Reichsgerichts, die auch die Billigung
der Rechtslehre gefunden hat (RG WarnRspr 1914 Nr 344;
LZ 1927 Sp 49 Nr 22 = JR 1927 Nr 178; LZ 1928 Sp 1397
Nr 11; HRR 1939 Nr 488; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen
Zivilprozeßrechts, 6.Aufl S 653). Der erkennende Senat
macht sich diese Auffassung zu eigen. Das Berufungsver-
fahren ist seinem Wesen nach eine Fortsetzung des erst-
instanzlichen Verfahrens. Daher ist es die normale
Aufgabe des Berufungsgerichts, in der Sache selbst zu
entscheiden. So enthält auch § 539 ZPO nur eine Aus-
nahme von der Regel des § 537 ZPO, dass das Berufungs-
gericht grundsätzlich sowohl in tatsächlicher als auch
in rechtlicher Beziehung über den Prozeßstoff auf
Grund erneuter Verhandlung ein neues Urteil zu fällen
hat. An die Voraussetzungen des § 539 ZPO ist daher ein
strenger Maßstab zu legen. Wollte man diese Bestimmung
auch auf den vorliegenden Fall anwenden, so würde man
die Möglichkeit der Zurückverweisung auf Fälle ausdehnen,
in denen Landgericht und Oberlandesgericht in sachlich-

rechtlicher Hinsicht verschiedener Ansicht sind. Das entspricht nicht dem Sinn und Zweck des für reine Verfahrensmängel vorgesehenen § 539 ZPO. Der Vorwurf eines wesentlichen Verfahrensverstosses kann dem ersten Richter nur gemacht werden, wenn er von seiner sachlichrechtlichen Auffassung aus eine Verfahrensnorm unrichtig angewandt hat. In dem zur Entscheidung stehenden Fall liegt in dem Erlass des Grundurteils kein wesentlicher Mangel des landgerichtlichen Verfahrens. Daher hätte das Berufungsgericht von der Aufhebung des Urteils absehen und in der Sache selbst entscheiden müssen, soweit es durch die Berufung des Beklagten mit dem Streitstoff befasst war. Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur Entscheidung in der Sache selbst an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei erschien es zweckmässig, die Sache an einen anderen Senat zu verweisen (§ 565 Abs 1 ZPO).

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von dem weiteren Verfahren ab und war daher dem Berufungsgericht zu überlassen.

IV. Da das Berufungsgericht bei der Prüfung der Frage, ob das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet, schon in weitem Umfang Fragen des sachlichen Rechts erörtert hat und diese Erörterung zu rechtlichen Bedenken Anlass gibt, erscheint es angebracht, für die weitere Verhandlung auf folgendes hinzuweisen:

1. Das Berufungsgericht legt die Verzögerung der Arbeiten der Klägerin zur Last und will daher ihre Ansprüche kürzen. Es meint, nach dem Auftreten von Schwemmsand habe die Klägerin den Vertrag wegen Wegfalls der Ge-

schäftsgrundlage kündigen können oder, wenn sie am Verträge festhielt, ohne weiteres die von ihr für notwendig gehaltenen Arbeiten durchführen müssen. Diese Ansicht kann keine Billigung finden. Vielmehr konnte die Klägerin, als ihr das Auftreten von Schwemmsand bekannt wurde, von dem Beklagten eine klare Stellungnahme dazu erwarten, ob er die durch das Auftreten von Schwemmsand notwendigen Mehrarbeiten vergüten werde. Da es sich um wesentliche Mehrkosten handelte, war es ihr nicht zuzumuten, dass sie die Arbeiten fortführte, ohne Klarheit darüber zu haben, ob ihr die Mehrarbeiten vergütet wurden. Das ergibt sich aus dem Verträge, insbesondere aus den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen Din 1961, die dem Vertrag der Parteien zugrunde liegen und in § 2 Abs 3 und 4 folgende Bestimmungen enthalten:

"Wird eine Leistung gefordert, die im Verträge nicht vorgesehen ist oder werden durch Abänderung des Bauentwurfs oder durch andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen der Preisberechnung für eine im Verträge vorgesehene Leistung wesentlich verändert, so soll die Vergütung vor der Ausführung vereinbart werden.

Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Verträge ausführt, werden nicht vergütet. Solche Leistungen hat er auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, widrigenfalls dies auf seine Kosten geschehen kann. Er haftet ausserdem für andere Schäden, die dem Auftraggeber hieraus entstehen. Eine Vergütung steht ihm jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt oder wenn sie für die Durchführung des Vertrages notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und wenn diesem unverzüglich Anzeige erstattet wurde."

Eine Verzögerung, die dadurch entstanden ist, daß die Klägerin mit dem Beklagten über die Erstattung der Mehrkosten verhandelt hat, geht daher zu Lasten des Beklagten. Hierzu wird von der Klägerin zutreffend auf § 6 Abs 2 der Din 1961 hingewiesen, wonach die Ausführungsfrist entsprechend verlängert wird, wenn die Behinderung vom Auftraggeber zu vertreten oder wenn sie auf höhere Gewalt oder andere Umstände zurückzuführen ist, deren Abwendung nicht in der Macht des Auftragnehmers lag.

2. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin zum Vorwurf macht, sie habe die Arbeiten ab 3. Juli 1950 ruhen lassen und erst in ihrem Schreiben an die Oberbauleitung des Beklagten vom 18. Juli 1950 auf die Notwendigkeit zusätzlicher Arbeiten hingewiesen, sind, wie die Revision mit Recht gerügt hat, wesentliches Parteivorbringen und Beweisangebote übergangen. Die Klägerin hat behauptet und durch die Zeugen Fr. [REDACTED], St. [REDACTED] und Dr. [REDACTED] unter Beweis gestellt, sie habe der Bauleitung der Beklagten immer wieder an Ort und Stelle eindringlich vor Augen geführt, dass es nach dem Auftreten von Schwemmsand unumgänglich notwendig sei, einen Spundwandkasten zu rammen und Pfahljoche zu errichten; der Bau habe vom 3. Juli bis 3. August 1950 stillgelegen, weil die Bauleitung trotz mehrfacher fernmündlicher Rückfragen und trotz der fernmündlichen Zusage, die weiteren Aufträge würden erteilt, passiv geblieben sei. Diese Behauptungen sind rechtserheblich. Würden sie sich als richtig erweisen, so wäre den Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Verzögerung der Arbeiten der Klägerin anlastet, eine wesentliche Grundlage entzogen.

3. Das Berufungsgericht hat sich auch nicht mit der Behauptung der Klägerin auseinandergesetzt, die Nichtdurchführung der Arbeiten sei darauf zurückzuführen, daß die vom Beklagten angeordnete Grundwasserabsenkung unsachgemäss und unzureichend gewesen sei. Dieses Vorbringen der Klägerin ist in doppelter Hinsicht erheblich. Einmal ist es bei Prüfung der Frage von Bedeutung, zu wessen Lasten die Verzögerung der Arbeiten geht. Zum anderen würden, wenn die Behauptungen der Klägerin zutreffen, auch weitere bisher nicht berücksichtigte Ansprüche der Klägerin in Betracht kommen, insbesondere eine Vergütung der eigenen Arbeiten, die darauf zurückzuführen sind, dass der Beklagte die Grundwasserabsenkung unzulänglich und unsachgemäss hat durchführen lassen.

4. Der Beklagte hat im Berufungsrechtszug mit Gegenforderungen aufgerechnet. Über diesen Einwand ist in der Regel im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu entscheiden. Die Klageforderung könnte ohne Erledigung der Gegenforderungen nur dann dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden, wenn sie jedenfalls zu einem Betrage anzuerkennen wäre, der die zur Aufrechnung gestellten Forderungen übersteigt (BGHZ 11, 63 und Urteil des erkennenden Senats vom 28. April 1954 - VI ZR 56/53 = NJW 1954, 1197 Nr 6 = VerKRS 7, 34 = VersR 1954, 304 = LM StVG § 17 Nr 5).

5. Soweit die Revision weitere Angriffe, insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht erhoben hat, bleibt es der Klägerin unbenommen, ihre Bedenken in der neuen Verhandlung dem Oberlandesgericht vorzutragen und die Urkunden vorzulegen, mit denen sie beweisen will, dass

die an die De [REDACTED] abgetretene Forderung an die Klägerin zurückübertragen wurde (Schriftsatz der Klägerin vom 29. Februar 1954, S 12 Bl 215 Bd II).

Dr. Kleinewefers

Dr. Gelhaar

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Hauß