

V e r k ü n d e t
am 15. Juni 1956
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Olga B [REDACTED] in H [REDACTED]-B [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Johannes S [REDACTED], Baugeschäft in H [REDACTED]-B [REDACTED],
T [REDACTED] A [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 18. Mai 1956 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Engels, Dr. Meyer,
Dr. Bode und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg vom 12. Januar 1955 insoweit auf-
gehoben, als zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf einem in H[REDACTED]-B[REDACTED] belegenen, der Beklagten gehörigen Grundstück stand früher ein Bauernhaus, das im Dezember 1948 durch Feuer nahezu vernichtet worden ist. Die Beklagte wollte auf dem Grundstück ein neues Haus errichten lassen. Der Kläger machte ihr und ihrem Ehemann unter dem 14. April 1949 folgendes schriftliches Angebot:

"Ich berechne Ihnen Ihren Wohnblock in H[REDACTED]-
B[REDACTED], L[REDACTED] Straße lt. Zeichnung zum
Preise von

137.820 DM.

Berechnet sind die Erd-, Maurer-, Zimmerer-, Tischler-,
Klempner-, Mechaniker-, Maler- und Glaserarbeiten.

Hochachtungsvoll
gez. Johann S[REDACTED]."

Nach Empfang dieses Angebots hat die Beklagte dem Kläger einen Bauauftrag erteilt. Der Kläger übersandte ihr darauf das Bestätigungsschreiben vom 2. Mai 1949, das den gleichen Inhalt wie das Angebot hat. Die Beklagte bestreitet, das Bestätigungsschreiben erhalten zu haben. Weitere schriftliche Vereinbarungen sind zwischen den Parteien nicht getroffen worden. Da der Kläger nicht genügend Mittel hatte, den Bau zunächst selbst im Vorwege zu finanzieren, vereinbarten die Parteien, daß ihm die Beklagte die von der Feuerkasse zu zahlenden Versicherungsbeträge, die Baukostenzuschüsse der künftigen Mieter und nach Abzug der Grundstücksunkosten die ein-

- 3 -

gegangenen Mieten laufend zur Verfügung stellen sollte. Auf Grund dieser Vereinbarung erhielt der Kläger nach seiner Behauptung insgesamt 88.480,76 DM. Nach Ausführung des größten Teils der Bauarbeiten mußten diese zunächst eingestellt werden, weil die in dem erhaltenen Teil des Bauernhauses wohnenden Mieter noch nicht ausgezogen waren. Am 9. Mai 1950 fragte der Kläger bei der Beklagten an, wann er seine Arbeiten fortsetzen könne, übersandte ihr eine mit einem Saldo von 26.990,10 DM zu seinen Gunsten abschließende Rechnung und bat um die Abführung weiterer inzwischen eingegangener Baukostenzuschüsse. Zu einer Fortsetzung des Baues durch den Kläger ist es nicht gekommen, der Bau ist durch andere Handwerker vollendet worden.

Ursprünglich hat der Kläger behauptet, er habe mindestens 80 % der von ihm auf Grund seines Angebots auszuführenden Arbeiten geleistet. Der Rest sei infolge von Umständen, die er nicht zu vertreten habe, unterblieben. Er habe deshalb einen Anspruch auf 110.256.- DM; hinzu komme die Summe von 6949,97 DM für geleistete Arbeiten, die nicht in seinem Angebot enthalten seien. Nach Absetzung einiger kleinerer Posten kommt der Kläger zu einem Anspruch von 26.990,10 DM.

In dem zunächst auf Zahlung eines Teilbetrages von 9000 DM und auf Rechnungslegung wegen der mittlerweile eingegangenen Beträge gerichteten Rechtsstreit ist ein Gutachten eines Sachverständigen eingeholt worden, nach dessen Erstattung der Kläger seine Klage geändert hat. Er verlangte nunmehr, die beklagte Ehefrau zu verurteilen, an ihn 17.146,00 DM zu zahlen, sie ferner zu verurteilen, ihm weitere 5.600 DM zu zahlen, sobald er die in dem Gutachten des Sachverständigen vom 16. Januar 1951 aufgeführten Beanstandungen beseitigt habe.



Die Beklagte hat Klageabweisung verlangt. Sie ist der Ansicht, der Kläger könne schon deshalb keine Zahlung verlangen, weil keine ordnungsmäßige Schlußabrechnung erfolgt sei. Mit dem Kläger sei die Erstellung eines schlüsselfertigen Hauses vereinbart worden, weshalb er den Betrag von 6.949,97 DM für Sonderarbeiten nicht verlangen könne. Sie habe 4.334,33 DM mehr an den Kläger gezahlt, als dieser zugebe. Neben der Beanstandung einiger weiterer Rechnungsposten, die nicht ganz 4.000 DM betragen, macht die Beklagte geltend, daß der Bau eine Reihe von erheblichen Mängeln aufweise, bis zu deren Beseitigung sie weitere Zahlungen zurückhalte. Evtl. rechne sie mit ihren aus der Beseitigung der Mängel und aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes entstandenen Forderungen gegen einen etwa noch bestehenden Anspruch auf.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 16.471,10 DM zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen, und zwar hinsichtlich der 5.600 DM als unzulässig. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Kläger verlangt mit der Berufung die Verurteilung zur Zahlung weiterer 4.972,23 DM.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage begehrt.

Das Berufungsgericht hat in Abänderung des Urteils des Landgerichts die Beklagte verurteilt, an den Kläger 18.878,33 DM zu zahlen. Die Beklagte ist ferner verurteilt worden, an den Kläger weitere 2.400 DM zu zahlen, nachdem der Kläger die vom Sachverständigen Soerensen festgestellten Schäden an den Fußböden und deren Untergrund im Erdgeschoß des von ihm errichteten Teiles des Hausblocks H [REDACTED]

B[REDACTED], D[REDACTED] Straße 51 nachgebessert hat. Im übrigen ist die Klage abgewiesen worden. Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision, mit der die Beklagte die Abweisung der Klage begehrt. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Revision konnte der Erfolg nicht versagt bleiben.

I.

Zwischen den Parteien ist streitig, welche vertraglichen Abmachungen von ihnen getroffen worden sind, insbesondere ob für eine bestimmte Gruppe von Leistungen, so wie sie in dem Schreiben des Klägers vom 14. April 1949 aufgeführt ist, ein Festpreis vereinbart war oder ob, wie die Beklagte annimmt, ein möglichst billiger Preis berechnet werden sollte. Das Berufungsgericht ist von einem Festpreis - unter Beschränkung auf die in dem Angebot genannten Leistungen - ausgegangen. Hiergegen richtet sich die Revision, die den Ausgangspunkt des Berufungsgerichts angreift und sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht eine Äußerung des damaligen Beklagten zu 2), des Ehemanns der Beklagten, in einem Verhandlungstermin zur Vertragsauslegung benutzt. Die Revision meint weiter, dieser Äußerung sei zudem eine nicht zutreffende Auslegung gegeben worden.

Es obliegt dem Tatsachenrichter, den gesamten Inhalt der Verhandlung nach freier Überzeugung zu würdigen (§ 286

ZPO). Hierzu gehören also auch Parteierklärungen, selbst wenn diese nicht in Form eines Anerkenntnisses, Geständnisses und dergleichen erfolgt sind. Wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, zwischen den Parteien sei keine Vereinbarung des Inhalts zustandegekommen, daß für 137.820 DM ein fertiger Bau zu erstellen sei, andererseits aber der genannte Betrag als Festpreis für die in der Anlage 1 bezeichneten Arbeiten vereinbart worden sei, so läßt dies einen mit der Revision angreifbaren Rechtsirrtum nicht erkennen. Es ist zwar zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesen Fragen nur unter Berücksichtigung des gesamten Zusammenhangs der Urteilsgründe erkennen lassen, welche Feststellungen hierzu getroffen sein sollen. Im übrigen bleibt es der Beklagten unbenommen, diese Frage in der neuen Verhandlung, die aus den nachfolgenden Gründen erforderlich ist, nochmals zu erörtern.

Die Parteien streiten vor allem über die Folgen der Mängel der Fundamente und der Steinholzfußböden. Bezüglich der Fundamentmängel hat das Berufungsgericht jeglichen Anspruch abgelehnt, weil es an einer Fristsetzung zur Behebung der Mängel fehle und der Beklagte sich nicht bereit erklärt habe, eine Instandsetzung zu dulden. Das Berufungsgericht hat hierbei den tatsächlichen Feststellungen nicht genügend Rechnung getragen. Der Beklagte hatte stets erhebliche Mängel der Fundamentierung behauptet. Der Kläger hat diese bestritten. Der Sachverständige hatte jedoch stets erklärt, die Fundamentierung sei im wesentlichen in Ordnung. Nachdem die Privatgutachter ihre Bedenken hiergegen dargelegt hatten, ist alsdann von dem Sachverständigen S. am 2. April 1954 ein erneutes Gutachten erstattet worden, in dem es heißt:

"Es muß auf Grund der neuerlichen Augenscheinseinnahme festgestellt werden, daß die Grenze des Vertretbaren dabei hinsichtlich der Fundierung und eines Teiles der Steinholzfußböden zum Schaden des Beklagten überschritten ist. Die ... Fundamente haben sich streckenweise nicht bewährt, so daß das Bauwerk gegenüber den bei der ersten Besichtigung mit gutem Gewissen als unwesentlich angesehenen geringfügigen Setzungserscheinungen mittlerweile stärker gelitten hat. Ohne auf jeden einzelnen Riß eingehen zu müssen, ist festzustellen, daß sich ihre Zahl vermehrt hat, ohne daß man andererseits sagen kann, daß alle diese Risse bei einer andersartigen, in den Grenzen derartiger Bauausführung liegenden Fundierung vermeidbar gewesen wäre."

Der Sachverständige hält aber die Fehler für behebbar und errechnet die Kosten der Instandsetzung einschließlich Übernehmergewinn auf maximal 4.200 DM. Er meint weiter, daß durch die anderweite Fundamentierung Kosten erspart worden seien.

Es ist nun entscheidend, daß erst im Jahre 1954 die Mängel durch den Sachverständigen festgestellt worden sind. Das Berufungsgericht hat sich ausdrücklich darauf bezogen, daß der Kläger sich bereit erklärt habe, die von dem Sachverständigen festgestellten Mängel zu beheben. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, zur Mängelbehebung eine Frist zu setzen. Dabei ist aber übersehen, daß der Kläger sich bis zur letzten Vernehmung

des Sachverständigen ständig auf den Standpunkt gestellt hatte, die Fundamentierung sei in Ordnung. Noch im Schriftsatz vom 16. April 1952 hatte der Kläger ausdrücklich erklärt, die Beanstandungen der Fundamente seien unberechtigt. Damit lag zum wenigsten von diesem Zeitpunkt an eine Weigerung vor, die Fundamente in Ordnung zu bringen. Aus diesem Grund bedurfte es von da an keiner Fristsetzung mehr.

Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob das Bestreiten einer Instandsetzungspflicht immer schon als Weigerung im Sinne des § 634 Abs 2 BGB auszulegen ist, zumal dann, wenn es sich um nicht ohne weiteres erkennbare Mängel handelt, die selbst einem zuverlässigen Sachverständigen nicht ohne besondere Untersuchungen erkennbar sind. Maßgeblich ist im vorliegenden Falle, daß zwar der Sachverständige ohne besondere Ausgrabungen die Mängel der Fundamentierung nicht feststellen konnte, daß aber gerade dem Kläger, der den Bau ausgeführt hatte, bekannt war oder zum wenigsten hätte bekannt sein müssen, welche Mängel im Fundament vorlagen, die allerdings durch den eigentlichen Bau verdeckt waren. Bei dieser Sachlage durfte sich der Kläger nicht auf die ihm günstigen Gutachten berufen und seine Bereiterklärung zur Behebung der Mängel auf die vom Sachverständigen festgestellten Schäden begrenzen. Vielmehr ist sein Verhalten einer Weigerung, die wirklich erforderliche Instandsetzung vorzunehmen, gleichzuachten.

Es geht aber auch nicht an, nunmehr im Gegensatz zum Berufungsgericht von der Klagesumme den Betrag von 4.200 DM, also die vom Sachverständigen als Höchstbetrag

bezeichnete Summe abzusetzen. Vielmehr wird das Berufungsgericht die Gesamtrechnung nach Klärung der noch zu erwähnenden Fragen neu aufstellen müssen. Der Sachverständige hat nur errechnet, welche Kosten das Unterfangen der alten Fundamente und die Anlage neuer Fundamente verursachen würde. Damit sind aber noch nicht die Schäden, insbesondere die Setzrisse beseitigt, die mittlerweile am Haus entstanden sind. Für deren Beseitigung müßte eine weitere, bisher nicht übersehbare Summe eingesetzt werden. Billigt man der Beklagten aber überhaupt Ansprüche wegen der schlechten Fundamentierung zu, so greift zusätzlich der Gedanke aus BGHZ 9,98 durch, daß neben dem technischen Minderwert auch noch ein kommerzieller Minderwert übrigbleiben kann, zumal die Beklagte auf Blatt 11 der Berufungsbegründung entsprechende Erwägungen angestellt hat. Es läßt sich nicht voraussehen, ob das Haus nicht auch nach einer neuen Fundamentierung und nach Behebung der bisher entstandenen Setzrisse Mängel behält, die sich erst nach Jahren zeigen können, weil das Haus von 1949 an auf unzureichenden und nicht frostfreien Fundamenten gestanden hat. Zum wenigsten ist damit zu rechnen, daß der Verkaufswert eines solchen Hauses schon durch die Möglichkeit späterer Schäden gemindert ist.

In diesem Zusammenhang ist noch von der Frage abgesehen, wieweit die Mieter ihrerseits wegen der unvermeidlichen Behelligung durch das Unterfangen der Fundamente bei einem kellerlosen Grundstück Ansprüche stellen können, zumal Ladeninhaber und Gastwirt im Erdgeschoß, und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Es geht keineswegs an, schon jetzt einen Anspruch des Klägers urteilsmäßig festzustellen, wenn damit das ganze Risiko der sich aus dem

vom Kläger zu verantwortenden - aber erst demnächst feststellbaren - Schäden praktisch der Beklagten aufgebürdet wird.

III.

Bezüglich der Steinholzfußböden im Erdgeschoß entspricht das Berufungsurteil ebenfalls nicht der sich aus dem Prozeßverlauf ergebenden Entwicklung. In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht gleichermaßen einen Schadensersatzanspruch oder den Anspruch auf Minderung abgelehnt, hält aber ein Zurückbehaltungsrecht für gegeben, und zwar in Höhe des Betrages von 2.400 DM, den der Sachverständige für die Beseitigung der Mängel als angemessen angesehen hat. Dagegen lehnt das Berufungsgericht es ab, der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines weiteren Betrages, nämlich der Ersatzansprüche der Mieter für die Störung ihres Betriebes zuzusprechen. Der Kläger habe in seinem Schriftsatz vom 11. August 1950 vorgebracht, sein Subunternehmer habe die fraglichen Fußböden teilweise nicht richtig hergestellt; er, der Kläger, habe sich schon vor der Entstehung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien erboten, die Fußböden, soweit sie Risse aufwiesen, zu erneuern. Weitere Mängel der Fußböden, insbesondere die des Untergrundes seien den Parteien damals noch nicht bekannt gewesen. Deshalb habe die Beklagte die Mieter nicht vor der Behebung der Schäden einziehen lassen dürfen und könne deren Schadensersatzansprüche nicht auf den Kläger abwälzen.

Das Berufungsgericht trägt dabei dem Umstand nicht Rechnung, daß der Kläger während des ganzen ersten Teiles

des Rechtsstreits bestritten hat, daß der Untergrund der Fußböden nicht in Ordnung sei. Nur der Steinholzfußboden sei falsch ausgeführt worden. Dem hat sich der Sachverständige S. [REDACTED] bis zum Jahre 1954 angeschlossen. Der Kläger hat sich also niemals erboten, den wirklichen Schaden zu beheben. Was er vor dem Einzug der Mieter getan hätte und wozu er sich erboten hat, wenn er die vom Sachverständigen festgestellten Mängel beheben wollte, war ausschließlich das Neulegen des Fußbodens. Die Beklagte hatte aber schon ständig, insbesondere auch im Mai 1951 darauf hingewiesen, daß es nicht der Fußboden sei, der erneuert werden müsse, sondern daß die ganze Unterlage der Instandsetzung bedürfe. Das hat sich dann 1954 als berechtigt herausgestellt. Es ist also nicht zu billigen, wenn das Berufungsgericht annimmt, die Schadensersatzforderungen der Mieter wären vermieden worden, wenn der Kläger vor deren Einzug die von ihm zugebilligte Behebung der Risse im Jahre 1949 vorgenommen hätte. Auf diesen Gesichtspunkt hatte auch die Beklagte im Schriftsatz vom 11. Dezember 1954 hingewiesen. Der Gedankengang des Berufungsgerichts könnte nur im Rahmen des § 254 BGB zutreffen, daß der Schaden nämlich durch die Abstellung der Risse im Jahre 1949 gemindert worden wäre. Das ist indessen nicht der Fall. Selbst der Sachverständige S. [REDACTED] hat in seinem letzten Gutachten ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es sich um einen Schaden handelte, für den der Kläger voll verantwortlich sei, was er technisch im einzelnen begründet. Der Sachverständige nimmt auch ohne weiteres an, daß zu den reinen Instandsetzungskosten noch Entschädigung an die Mieter kommen würde. Auch zu diesem Punkte bedarf es also der Feststellung, welche Schäden der Beklagten entstanden sind.

IV.

In einem weiteren Punkte geht die Rüge der Revision dagegen fehl. Das Berufungsgericht hat bei der Gesamtabrechnung dem Kläger einen Betrag von 138 DM für eine Maklergebühr zur Erlangung eines Mieters gutgebracht. Die Revision beanstandet dies. Sie rügt eine Verletzung des § 139 ZPO. Befragt, hätte die Beklagte vorgetragen, dem Kläger sei die Vermietung der zu erstellenden Räume überlassen gewesen, er habe jedoch ohne Einwilligung der Beklagten einen Makler nicht hinzuziehen dürfen. Eine derartige Einwilligung sei ihm jedoch nicht erteilt worden.

Die Revision übersieht hierbei, daß der Kläger nach dem eigenen Vortrag der Beklagten als deren Beauftragter bei der Vermietung der zu erstellenden Räume tätig war. Da er nach der Lebenserfahrung die Aufwendungen durch Zuziehung eines Maklers für nach den Umständen erforderlich ansehen durfte, sind ihm diese gemäß § 670 BGB zu ersetzen. Das Berufungsgericht hatte keinen Anlaß anzunehmen, daß für diese Aufwendungen vereinbarungsgemäß eine Einwilligung der Beklagten erforderlich war. Deshalb geht die Rüge aus § 139 ZPO fehl, zumal die Beklagte für die von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung auch heute noch keine Beweise erboten hat. Bei der Gesamtabrechnung, gleichgültig auf welcher Grundlage diese vorgenommen werden wird, ist deshalb gegebenenfalls dieser Betrag zugunsten des Klägers ebenso einzusetzen, wie es das Berufungsgericht bisher getan hat.

V.

Die weitere Rüge der Revision, daß die bedingte Verurteilung der Beklagten wegen des Betrages von 2.400 DM in der vom Berufungsgericht gewählten Form nicht zulässig

sei, entfällt an sich angesichts der Aufhebung des ganzen Urteils. Aber auch, wenn das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung in ähnlicher Weise noch Ansprüche des Klägers annehmen sollte, die von einer Vorleistung des Klägers durch Vornahme von Instandsetzungen abhängen, kann der bisher vorgenommenenbedingten Verurteilung nicht zugestimmt werden. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß in dem Zahlungsantrag des Klägers der Antrag auf Verurteilung zukünftiger Leistung als Minus enthalten sei und dementsprechend erkannt. Eine solche Verurteilung ist indessen nur im Rahmen des § 259 ZPO möglich. Die nach Ansicht der Revision notwendige Feststellung, es sei zu besorgen, daß die Beklagte sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, ist in einem Falle des Bestreitens der Klageforderung zwar nicht erforderlich (BGHZ 5, 342, 344). Aber der Revision muß darin zugestimmt werden, daß der von der Verurteilung erfaßte Anspruch nicht Inhalt eines Urteils nach § 259 ZPO sein kann. Zwar kann eine bedingte oder von einer Gegenleistung abhängige Forderung gerade im Rahmen von § 259 ZPO Gegenstand eines Urteils sein. Voraussetzung ist aber, daß die Gegenleistung einwandfrei bestimmbar ist und dann unmittelbar geschuldet wird (RGZ 168, 321, 324; Stein-Jonas-Schönke, § 259 I 1; Baumbach-Lauterbach, § 259 I; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozesses 6. Aufl, 317). Es muß schon zweifelhaft sein, ob die Gegenleistungen (Nachbesserung der "vom Sachverständigen S. [REDACTED] festgestellten" Schäden an den Fußböden und deren Untergrund im Erdgeschoß des vom Kläger errichteten Teiles des Hausblocks H. [REDACTED]-B. [REDACTED], L. [REDACTED] Straße [REDACTED]) auch nur annähernd so bestimmbar ist, daß den Voraussetzungen der späteren Vollstreckbarkeit gemäß §§ 726, 756 ZPO überhaupt entsprochen werden kann. Aber das kann dahingestellt bleiben, da der Fall sich in einer anderen

ausschlaggebenden Beziehung von dem Üblichen der Verurteilung zur Zug um Zug-Leistung unterscheidet. Die vom Kläger zu erbringende Leistung kann nämlich nicht von ihm allein ohne vorherige Zustimmung der Beklagten erbracht werden, da es sich um Arbeiten an dem im Eigenbesitz der Beklagten befindlichen und von ihr an verschiedene Personen vermieteten Grundstück handelt. Eine Verpflichtung der Beklagten, diese Arbeiten, die möglicherweise, wie ausgeführt, mit ihren mietvertraglichen Verpflichtungen in Widerspruch stehen würden, zu einem vom Kläger gewählten Zeitpunkt und ohne Zuziehung ihrer eigenen Sachverständigen zu dulden, ist zum wenigsten urteilsmäßig nicht festgestellt. Die Beklagte kann also, ohne daß sich aus dem Urteil selbst etwas anderes ableiten ließe, die Erfüllung der Gegenleistung durch ihren Willensentschluß für unbestimmte Zeit verhindern. Das Urteil könnte daher allenfalls dann sinnvoll werden, wenn durch ein anderes Urteil festgestellt würde, daß sich die Beklagte im Annahmeverzug befindet. Die Möglichkeit, den Nachweis des Annahmeverzugs durch eine andere öffentliche Urkunde, insbesondere aber durch das Angebot des Gerichtsvollziehers, zu führen, wie es sonst in den Fällen des § 756 ZPO in Betracht kommt, ist wegen der Notwendigkeit, für die Arbeiten das Grundstück der Beklagten auf längere Zeit zu betreten und zu benutzen, nicht gegeben. Für einen solchen Fall ist eine Verurteilung aus § 259 ZPO nicht möglich.

Selbst wenn also die erneute Verhandlung noch zur Bejahung eines bedingten Anspruchs des Klägers führen würde, wird das neue Urteil zu diesem Punkte anders ergehen müssen, wobei es dem Kläger offensteht, durch entsprechende Antragstellung der Sachlage besser gerecht zu werden.

Nach alledem unterlag das Berufungsurteil der Aufhebung. Das Berufungsgericht wird - sofern nicht der Beklagten der Nachweis gelingt, daß kein Festpreis vereinbart ist, - von der Festpreisvereinbarung und der Bewertung der zusätzlichen Leistungen des Klägers ausgehend, festzustellen haben, welche Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger auf Grund der festgestellten Mängel zustehen.

Die Bundesrichter Dr. Kleinewefers,
Dr. Bode und Erbel sind beurlaubt
und ortsabwesend.

Dr. Engels

Dr. Engels

Dr. K.E. Meyer