

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1999 durch Richter Dr. Zülch als Vorsitzenden und die Richter Dr. Beyer, Ball, Dr. Leimert und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 15. Oktober 1998 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt nach Rücknahme der Revision gegen den Beklagten zu 1) von der Beklagten zu 2) (im folgenden Beklagte) Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer behaupteten Verpflichtung der Beklagten zur fristgerechten Anlieferung einer größeren Menge von Betonabbruch.

Der Landkreis G. beauftragte die Klägerin im Jahre 1995 mit der Errichtung der Deponie Ge. . Für die Erstellung der Deponie benötigte die Klägerin unbelasteten Betonabbruch. Nachdem der Geschäftsführer der Beklagten, eines Abbruchunternehmens, davon erfahren hatte, kam es zu Gesprächen zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer der Beklagten sowie

dessen Sohn, dem Zeugen K. S. . Eine erste Besprechung fand am 2. Februar 1995 statt. Mit Datum vom 6. Februar 1995 übersandte die Klägerin ein Schreiben an "M. S. , Abbruch- und Baggerbetrieb, E. ", in welchem der Inhalt der Besprechung vom 2. Februar 1995 bestätigt wurde. Das Schreiben lautet auszugsweise:

"Die Firma S. liefert der Firma K. frei Baudeponie Ge. unbelasteten, einbaufähigen Betonabbruch auf Abruf ... Als Entschädigung für die Ablagerung ist von der Firma S. 8,00 DM/Tonne an die Firma K. zu entrichten ... Die Firma S. überläßt der Firma K. zur Abholung vom Lagerplatz der Firma S. Recyclingmaterial zur Baustraßen- und Kanalverfüllung ohne Entgelt."

In der Folge kam es zur Anlieferung von Abbruchmaterial mit Lastwagen der Beklagten, wobei das Material auf Kontamination durch das Ingenieurbüro H. , , überprüft wurde.

Am 18. Mai 1995 fand zur Klärung von aufgetretenen Problemen ein Ortstermin auf der Deponie statt, an welchem neben Vertretern der Parteien (Geschäftsführer der Klägerin, Zeuge R. , Geschäftsführer der Beklagten) auch der Deponiebetreiber, der Bauleiter (Zeuge F. ) und Vertreter des Amtes für Abfallwirtschaft (Zeuge Ho. ) und des Amtes für Bodenschutz und Wasserwirtschaft (Zeuge C. ) teilnahmen.

Der Inhalt der Besprechung wurde vom Zeugen F. in einem Besprechungsprotokoll vom 18. Mai 1995 festgehalten. Dieses Schreiben lautet auszugsweise wie folgt:

- 4 -

"Am 11.05.1995 hat Herr H. , Ingenieurbüro , auf der Baustelle Ge. festgestellt, daß das angelieferte Material für den Reibungsfuß nicht von ihm geprüft wurde, sondern von einem anderen Ursprungsort stammt.

Um zu unterbinden, daß sich ein derartiger Vorfall wiederholt, wurde vereinbart:

...

4. Die Firma S. wird als alleiniger Subunternehmer der Firma K. anerkannt.

...

7. Weitere Subunternehmer der Firma K. bedürfen der ausdrücklichen Zustimmung des Amtes für Abfallwirtschaft G. ."

Bei der Besprechung kam auch der zwischen der Klägerin und dem Landkreis vereinbarte Fertigstellungstermin zur Sprache. Mit Schreiben vom 4. Juli 1995 forderte die Klägerin die "Firma Abbruch-S. , Abbruch- und Baggerbetrieb, E. " auf, die vereinbarte Menge vertragsgemäß zu liefern, damit bis 30. Juli 1995 die gesamte Menge angeliefert sei. Mit weiterem Schreiben vom 10. Juli 1995 forderte die Klägerin denselben Adressaten erneut auf, "das gesamte Abbruchmaterial (ca. 40.000 to) ... bis spätestens 14. Juli 1995 anzuliefern." Für den Fall der nicht fristgemäßen Anlieferung wurde Auftragsentzug und Ersatzvornahme unter Weiterbelastung entstehender Kosten angedroht.

Die Klägerin hat mit der Klage, soweit im Revisionsrechtszug noch von Interesse, Schadensersatz wegen nicht fristgemäßer Anlieferung von Betonabbruch in Höhe von 124.891,40 DM geltend gemacht. Die Klägerin hat hierzu



vorgetragen, die Parteien hätten vereinbart, daß die Beklagte 40.000 Tonnen Rohmaterial bis 30. Juli 1995 bei der Deponie Ge. anliefere. Die Beklagte habe ein überragendes Interesse gehabt, den in ihrem Gewerbe anfallenden Bauschutt für das Bauvorhaben der Klägerin für 8 DM/Tonne anliefern zu können, nachdem die ansonsten zu entrichtende Deponiegebühr für Bauschutt bei 12 DM/Tonne gelegen habe. Der Schaden der Klägerin bestehe in Mindereinnahmen in Höhe von 68.891,40 DM, weil die anstelle der Beklagten eingeschalteten Abfuhrunternehmer nur bereit gewesen seien, durchschnittlich 5 DM/Tonne für die Ablagerung zu bezahlen. Weiterhin habe die Klägerin wegen der von der Beklagten zu vertretenden Bauverzögerung eine Belastung mit 14.000 DM Vertragsstrafe durch den Landkreis hinnehmen müssen. Überdies sei durch die Nichterfüllung durch die Beklagte ein weiterer Schaden in Höhe von mindestens 42.000 DM unter dem Gesichtspunkt entstanden, daß die Klägerin über den 30. Juli 1995 hinaus Gerät und Personal auf der Deponie habe einsetzen müssen.

Das Landgericht hat der Klage auf Ersatz der Mindereinnahmen in Höhe von 68.891,40 DM stattgegeben und die weitergehende Schadensersatzklage abgewiesen. Es hat aufgrund der Vernehmung der Zeugen F. , Ho. und R. für bewiesen gehalten, daß die Beklagte bei der Besprechung am 18. Mai 1995 die Verpflichtung übernommen habe, das am 18. Mai 1997 zur Erstellung der Deponie noch erforderliche Abbruchmaterial bis 31. Juli 1997 zu liefern. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht nach nochmaliger Vernehmung des Zeugen R. die Schadensersatzklage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Schadensersatzbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin habe keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegen die Beklagte, da eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung von ca. 40.000 Tonnen Abbruchmaterial nicht bewiesen worden sei. Ein solcher Vertragsschluß sei aus den Gründen des landgerichtlichen Urteils weder aufgrund der Bestätigung vom 6. Februar 1995, noch anlässlich des ersten Gesprächs auf der Deponie mit dem Zeugen K. S. , noch sonst vor dem 18. Mai 1995 als bewiesen anzusehen. Auch die erneute Vernehmung des Zeugen R. durch den Senat habe einen Vertragsschluß vor dem 18. Mai 1995 nicht ergeben.

Eine solche Verpflichtung sei insbesondere auch nicht anlässlich der Besprechung vom 18. Mai 1995 begründet worden. Fraglich sei schon, ob die Klägerin ein entsprechendes Angebot stillschweigend an den anwesenden Geschäftsführer der Beklagten gerichtet habe. Es fehle aber jedenfalls an einer Annahmeerklärung der Beklagten. Eine ausdrückliche Annahmeerklärung habe der Geschäftsführer der Beklagten nicht abgegeben. Es seien aber auch keine Anhaltspunkte im Verhalten des Geschäftsführers der Beklagten anlässlich des Termins am 18. Mai 1995 feststellbar, welche der Klägerin Veranlassung hätten geben können zu der Annahme, daß der Geschäftsführer der Beklagten stillschweigend ein solches Angebot angenommen habe. Dabei sei aufgrund der Aussage des in erster Instanz vernommenen Zeugen S. festzustellen, daß die Anlieferung auf die Deponie Ge. für die Beklagte wirtschaftlich nicht so interessant gewesen sei, wie die Klägerin dies zunächst dargestellt habe. Auch habe die Besprechung am 18. Mai 1995 in erster Linie der Klärung

der unmittelbaren Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und dem Landkreis gedient.

Eine Lieferverpflichtung lasse sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt begründen, daß die Beklagte nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, einem etwaigen stillschweigenden Vertragsangebot der Klägerin zu widersprechen. Die Beklagte habe nicht davon ausgehen müssen, daß die Klägerin den Besprechungsverlauf so habe bewerten können, daß ein Angebot an die Beklagte abgegeben worden sei und die Beklagte nach Treu und Glauben zum Widerspruch verpflichtet gewesen sei.

II. Das angegriffene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung in den entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Ohne Erfolg macht die Revision allerdings geltend, eine Parteivereinbarung über die Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung von ca. 40.000 Tonnen Abbruchmaterial ergebe sich bereits aus dem - von der Beklagten schweigend entgegengenommenen - Schreiben der Klägerin vom 6. Februar 1995. Beide Vorinstanzen haben sich hiervon indessen nicht überzeugen können; dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Die Auslegung einer Individualvereinbarung ist in erster Linie dem Tatrichter vorbehalten und vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar. Sie bindet das Revisionsgericht nur dann nicht, wenn sie unter Verletzung der gesetzlichen Auslegungsregeln und der aus ihnen entwickelten allgemeinen Auslegungsgrundsätze vorgenommen worden ist, wenn sie gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt und den unterbreiteten Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt hat (st.Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 23. April 1997 - VIII ZR 212/96, NJW 1997, 1845 unter II 1 b; Senat, Urteil vom

29. September 1999 - VIII ZR 232/98 unter II 1, zur Veröffentlichung vorgesehen). Solche Rechtsfehler liegen hier nicht vor. Da das Schreiben vom 6. Februar 1995 keinerlei Angaben über Umfang und Dauer der Lieferverpflichtung enthält, ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Landgericht, und ihm folgend das Berufungsgericht, eine mengenmäßig und zeitlich festgelegte Lieferverpflichtung der Beklagten als nicht zustande gekommen erachtet. Ohne Erfolg führt die Revision demgegenüber ins Feld, Umfang und Dauer der Lieferverpflichtung ergäben sich daraus, daß die Beklagte "einbaufähigen Betonabbruch" auf Abruf zu liefern hatte und die Lieferung "frei Bau Deponie Ge.

" erfolgen sollte; die Beklagte habe mithin soviel Material liefern sollen, wie für den Bau benötigt werde und zwar während des vom Landratsamt festgelegten Zeitraums. Damit versucht die Revision lediglich in unzulässiger Weise ihre eigene Interpretation anstelle derjenigen des Tatrichters zu setzen.

2. Zu Recht rügt die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht zu seiner Feststellung, die Parteien hätten auch später, insbesondere bei der Besprechung vom 18. Mai 1995, keine Vereinbarung über die Lieferung des Abbruchmaterials getroffen, unter Verletzung von Verfahrensvorschriften gelangt ist.

a) Das Berufungsgericht hat zum einen gegen die Vorschrift des § 398 Abs. 1 ZPO verstoßen, weil es die vom Landgericht gehörten Zeugen F. und Ho. nicht erneut vernommen hat. Zwar steht es grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es einen in erster Instanz vernommenen Zeugen ein zweites Mal vernehmen will. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jedoch anerkannt, daß dieses pflichtgebundene Ermessen unter bestimmten Umständen Einschränkungen unterliegt. Eine erneute Vernehmung

ist unter anderem geboten, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage anders verstehen oder ihr ein anderes Gewicht beimessen will als der Richter der Vorinstanz (BGH, Urteil vom 24. November 1992 - IX ZR 86/92, BGHR ZPO § 398 Abs. 1 Ermessen 17 = NJW 1993, 668 unter III 4). Das ist hier der Fall.

Das Landgericht ist aufgrund der Aussagen der drei Zeugen F. , Ho. und R. über Anlaß und Inhalt der Besprechung vom 18. Mai 1995 zu der Überzeugung gelangt, spätestens bei dieser Unterredung sei die bereits am 2. Februar 1995 geschlossene Vereinbarung dahin präzisiert und erweitert worden, daß die Beklagte eine Verpflichtung übernommen habe, das am 18. Mai 1997 noch erforderliche Abbruchmaterial bis zum 31. Juli 1997 zu liefern. Diese vom Landgericht festgestellte Vereinbarung der Parteien durfte das Berufungsgericht nicht allein aufgrund der erneuten Vernehmung des Zeugen R. verneinen. Die Feststellungen des Landgerichts beruhten insbesondere auch auf den Bekundungen der Zeugen F. und Ho. . Deren Äußerungen, die eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien, wie sie das Landgericht angenommen hat, nahelegen, hat das Berufungsgericht indessen außer acht gelassen und nur die Aussage des von ihm erneut vernommenen Zeugen R. gewürdigt.

b) Dies stellt zugleich einen Verstoß gegen § 286 ZPO dar. Hält nämlich das Berufungsgericht eine Wiederholung der Beweisaufnahme nur hinsichtlich eines Teils der in erster Instanz zu demselben Beweisthema vernommenen Zeugen für erforderlich, darf es das Ergebnis der nicht wiederholten Zeugenvernehmung bei der Entscheidungsfindung nur dann unberücksichtigt lassen, wenn die Partei auf das Beweismittel verzichtet hat (BGH, Urteil vom 22. März

1991 - V ZR 16/90, NJW 1991, 2082 unter II = BGHR ZPO § 286 Abs. 1 Beweiswürdigung 2). Das war hier nicht der Fall.

3. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist auch im übrigen verfahrensfehlerhaft, wie die Revision zu Recht rügt.

a) Das Berufungsgericht durfte ohne weitere Sachverhaltsaufklärung nicht annehmen, die Beklagte habe kein großes wirtschaftliches Interesse an der Übernahme einer Lieferverpflichtung gehabt. Zu dieser Auffassung ist das Berufungsgericht allein aufgrund der Aussage des Zeugen S. gekommen, der bei seiner Vernehmung in erster Instanz bekundet hat, daß die Beklagte bei der Firma W. Abbruchmaterial für 7 DM pro Tonne hätte abliefern können. Die Klägerin hatte aber demgegenüber Beweis durch Vernehmung des Zeugen Wi. für die Behauptung angeboten, für eine Entsorgung des Abbruchmaterials bei der Firma W. hätte die Beklagte mehr als 20 DM zahlen müssen. Das Berufungsgericht durfte deshalb ohne die Vernehmung dieses Zeugen nicht annehmen, das Angebot der Klägerin sei für die Beklagte wirtschaftlich uninteressant gewesen.

b) Weiter geht das Berufungsgericht aufgrund der Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen davon aus, bei der Besprechung am 18. Mai 1995 habe das Anliegen, daß kein belastetes Material mehr auf die Deponie gelange, im Vordergrund gestanden; auch dies ist nicht frei von Verfahrensfehlern. Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht bei dieser Feststellung die Aussage des Zeugen F. nicht beachtet und damit wesentliche Teile des protokollierten Beweisergebnisses unter Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt hat. Danach hat der Zeuge nämlich ausgesagt, Anlaß dieses Ortstermins sei die Befürchtung gewesen, der Gesamtfertigstellungstermin könne nicht eingehalten werden, und es sei bei die-

ser Besprechung darum gegangen, das Terminproblem nicht nur der Klägerin, sondern auch deren Subunternehmerin, der Beklagten, klarzumachen. Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß nach dieser Aussage auch die Beklagte von dem Besprechungstermin unmittelbar betroffen war und deshalb der Anlaß der Besprechung jedenfalls nach der protokollierten Aussage des Zeugen F. entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts nicht gegen eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien sprach.

c) Schließlich macht die Revision zu Recht geltend, daß das Berufungsgericht bei seiner Beweiswürdigung auch auf weitere, möglicherweise entscheidungserheblichen Umstände nicht eingegangen ist und dadurch gegen § 286 Abs. 1 ZPO verstoßen hat.

So hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung des Verhaltens des Geschäftsführers der Beklagten am 18. Mai 1995 im Hinblick auf einen stillschweigenden Vertragsschluß das Bestätigungsschreiben vom 6. Februar 1995 nicht berücksichtigt, obwohl es nach Auffassung des Landgerichts eine Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung von Betonabbruch enthält, die in der Besprechung am 18. Mai 1995 präzisiert und erweitert worden sei.

Auch hat das Berufungsgericht den Antrag der Klägerin auf Ergänzung des Protokolls nach § 164 Abs. 1 ZPO nicht beschieden. Die Klägerin hat mit ihrem Antrag auf Protokollergänzung geltend gemacht, der Zeuge R. habe bei seiner Aussage vor dem Berufungsgericht ausdrücklich erklärt, bei den Be-

sprechungen mit der Beklagten sei es immer um eine Menge von ungefähr 50.000 Tonnen gegangen, die von dieser zu liefern sei.

Dr. Zülch

Dr. Beyer

Ball

Dr. Leimert

Wiechers