

BUNDESGERICHTSHOF

2040 100

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 129/67
VII ZR 217/68

URTEIL

Verkündet am
16. Oktober 1969
H o r n ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Richard A. O [REDACTED], Inhabers der Firma
Richard A. O [REDACTED], W [REDACTED]-F [REDACTED], D [REDACTED] L [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED] & N [REDACTED] AG, B [REDACTED],
G [REDACTED]-D [REDACTED]-Straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Vorstand, die Direktoren Anton J [REDACTED], Eduard S [REDACTED]
und Heinrich S [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt für Recht erkannt:

Die Revisionen des Beklagten gegen die Urteile des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt vom 2. Juni 1967 und 24. Juli 1968 werden zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt u.a. Stahltürme für Flutlichtanlagen her. Der Beklagte ist Inhaber eines Spezialunternehmens für elektrische und lichttechnische Anlagen. Im Jahre 1963 befaßte er sich mit der Errichtung von Flutlichtanlagen im Poststadion in Berlin und im Betzenbergstadion in Kaiserslautern. Am 23. August 1963 verhandelten die Parteien über die Lieferung und Montage von Stahltürmen für diese Flutlichtanlagen. Darüber, ob es dabei schon zu einem Vertragsschluß gekommen ist, besteht Streit.

Am 26. August 1963 richtete die Klägerin nach einem vorangegangenen Telefongespräch folgendes Fernschreiben an den Beklagten:

"Betr.: ... 4 Türme ... für Flutlichtanlage
Poststadion - Ihr Besuch am 23.8.1963.

Wir bestätigen unser telefonisches Angebot wie folgt:

- a) die Lieferung der feuerverzinkten Turmteile für 4 Türme 55 m hoch aus Winkelstahlprofilen ... zu einem Pauschalpreis zu übernehmen in Höhe von 38.080 DM.
- b) Wir ergänzen unser Angebot noch um die Durchführung der Montage, d. h. komplette Errichtung der vorstehend angebotenen 4 Türme von 55 m Höhe mittels eines Autokrans ... zum Gesamtpreis von DM 5.430, insgesamt DM 43.510. ... Wir sagten Ihnen zu, bis spätestens zum 4.10.1963 die 4 Türme komplett montiert zu übergeben. Hierfür wäre es jedoch erforderlich, daß Sie Ihre mündliche Auftragsankündigung möglichst sofort per fs in eine endgültige Bestellung umwandeln würden. ..."

Der Beklagte antwortete form schriftlich am 27. August 1963:

"Gemäß Ihrem fs vom 26.8.1963 erteilen wir Ihnen die Aufträge zur Lieferung und Erstellung von Flutlichtmasten

1. für das Poststadion Berlin
2. für das Stadion am Betzenberg in Kaiserslautern ...

wie folgt:

- zu 1. Sie liefern, montieren und erstellen frei Poststadion Berlin 4 Stück Flutlichtgittermasten ... gemäß den Ihnen übergebenen Zeichnungen zum Tonnenpreis von DM 1.190. ... Wir sind mit Ihrem Pauschalpreisvorschlag von DM 38.080 einverstanden. ... Die komplette Montage und Errichtung mittels Montagekran oder Einzelmontage der Teile DM 5.430,- ...
- zu 2. Sie liefern, montieren und erstellen frei Stadion Betzenberg, Kaiserslautern, 3 Stück Flutlichtgittermasten ... sonst wie unter 1. beschrieben, Gesamtgewicht ca. 28 to zum Gesamtpreis von DM 38.750,- in kompletter betriebsfertiger Montage einschließlich Fundamentunterteilen. ... "



Durch Fernschreiben vom 10. September 1963 bestätigte die Klägerin den Auftrag mit dem Anfügen, daß sich bei dem Auftrag Berlin infolge Erhöhung des Gewichts der Lieferpreis auf 40.000 DM erhöhe und daß für Bürobearbeitungskosten noch 750 DM zusätzlich verlangt werden müßten. Bei dem Auftrag Kaiserslautern betrage der Lieferwert 37.250 DM. Dann heißt es weiter:

"... Die Montagekosten erhöhen sich infolge der zusätzlichen Kosten an Fahrgeld, Auslösung und Fahrzeit. Wir sind zur Zeit dabei, durch eine Ortsbesichtigung die genauen Kosten für die Baukrangeoteilung zu ermitteln und werden Ihnen nach Klärung die sich daraus ergebenden Montagekosten schnellstens aufgeben. ... Wir bitten um umgehende Mitteilung Ihres Einverständnisses und schriftliche Bestätigung. ..."

Etwa eine Woche später ließ der Beklagte die Eckstiele der unteren Schüsse und der Verankerungsschüsse der für Berlin vorgesehenen Türme wegen einer Beanstandung durch den Prüflingenieur vergrößern. Die Klägerin teilte dem Beklagten mit, die Änderung der Türme sei durchgeführt, die bereits gefertigten und verzinkten Eckstiele würden ihm in Rechnung gestellt. Der Beklagte antwortete, diese Eckstiele könnten für den weiteren (nicht zur Ausführung gelangten) Auftrag Karlsruhe verwendet werden.

Die Parteien vereinbarten zuletzt als Liefertermin für Berlin den 11. Oktober 1963, für Kaiserslautern den 25. November 1963.

Die Türme in Berlin waren erst Ende Oktober 1963 fertiggestellt. Die Baustelle wurde am 1. November 1963 von der Klägerin geräumt. Die Abnahme der Flutlichtanlage

durch den Prüfingenieur erfolgte am 7. November 1963. Dieser stellte fest, daß die Ausführung den Zeichnungen entsprach.

Anschließend lieferte die Klägerin die Türme nach Kaiserslautern.

Mit Fernschreiben vom 11. November 1963 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß sich die Montagekosten für Kaiserslautern auf 19.095 DM beliefen und bat um Einverständniserklärung. Hiergegen wandte sich der Beklagte. Er berief sich auf eine mündliche Vereinbarung, wonach die Montage für Berlin und Kaiserslautern zum gleichen Pauschalpreis übernommen worden sei; für Kaiserslautern kämen nur noch zusätzliche Reisekosten dazu (FS vom 12. November 1963). Obwohl die Klägerin in der Folgezeit die Kostenforderung auf 14.873 DM ermäßigte, kam es zu keiner Einigung der Parteien über die Höhe der Montagekosten für Kaiserslautern. Mit Fernschreiben vom 28. November 1963 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß sie das Vertragsverhältnis als beendet betrachte. Eine Montage durch die Klägerin fand nicht mehr statt.

Die Klägerin stellte dem Beklagten in Rechnung:

1. für das Poststadion in Berlin:

4 Masten, 35,3 t zu 1.190 DM laut Schreiben vom	
12. November 1963	42.007,- DM
Montage	5.430,- DM
Bearbeitungskosten	750,- DM
Nicht verwendete Eckstiele	6.069,- DM
Nebenkosten	116,- DM
	54.372,- DM

2. für das Betzenbergstadion in
Kaiserslautern

37.250,- DM
91.622,- DM.

Diesen Betrag nebst Zinsen hat sie mit der Klage geltend gemacht.

Der Beklagte rechnet mit Schadensersatzansprüchen auf, die er wie folgt begründet:

1. Poststadion Berlin:

Die Klägerin sei mit der Lieferung und Aufstellung der Masten in Verzug geraten. Im Hinblick auf das erste Flutlichtspiel am 6. November 1963 sei er infolge Zeitnot gezwungen gewesen, eine provisorische Beleuchtungsanlage zu montieren, die nachher durch eine endgültige habe ersetzt werden müssen. Die hierdurch entstandenen Kosten beziffert sie laut Aufstellung in ihrem Schriftsatz vom 8. November 1965 S. 7 ff mit 23.807,50 DM.

Ferner verlangt er noch für 2 fehlende Horizontalen an den Türmen I und IV, die er durch einen anderen Unternehmer habe anbringen lassen müssen, 2.000,- DM
25.807,50 DM.

2. Betzenbergstadion Kaiserslautern:

Durch die unberechtigte Weigerung der Klägerin, die Montage durchzuführen, sei er im Hinblick auf zwei anstehende Flutlichtspiele genötigt gewesen, diese mit erheblichen Mehrkosten selbst durchzuführen. Diese Kosten berechnet er laut Aufstellung im Schriftsatz vom 8. September 1965 S. 16 ff mit 78.022,11 DM.

Ferner macht der Beklagte noch Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Arbeit geltend, die er jedoch nicht beziffern könne und deshalb zur Schätzung des Gerichts stelle.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht in Höhe von 85.764,96 DM durch Teilurteil zurückgewiesen. Durch Schlußurteil hat es die Berufung auch wegen der restlichen 5.857,04 DM zurückgewiesen und dem Beklagten die Kosten der Berufung auferlegt.

Gegen diese Urteile hat der Beklagte Revision eingelegt, hinsichtlich des Schlußurteils unter Beschränkung auf die Kostenentscheidung. Er beantragt, die Klage abzuweisen, soweit er durch das Teilurteil zur Zahlung verurteilt worden ist.

Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revisionen.

Die beiden Revisionen sind zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden worden.

Entscheidungsgründe:

A.

Werklohnforderung der Klägerin:

Der Beklagte hat mit seiner Revision die Forderung der Klägerin nach Grund und Höhe nicht (mehr) bestritten. Er wendet lediglich ein, der Anspruch der Klägerin auf Bezahlung von 6.069 DM für die bereits angefertigten, aber nicht verwendeten Eckstiele sei noch nicht

fällig. Der Beklagte habe sie noch nicht abgenommen, die Klägerin habe nicht einmal behauptet, sie geliefert zu haben.

Die Rüge ist nicht begründet. Unstreitig ist der Beklagte zur Zahlung verpflichtet. Die Klägerin muß insoweit nicht mehr vorleisten und der Beklagte ist auch nicht mehr berechtigt, nur Zug um Zug gegen Lieferung der Eckstiele zu zahlen. Denn die vorgesehene Lieferung nach Karlsruhe kommt nicht mehr in Frage, da dieser Auftrag unstreitig nicht zustande gekommen ist. Der Beklagte hat übrigens in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen, daß er die Eckstiele noch haben will; jedenfalls wird in der Revisionsbegründung das nicht belegt.

B.

Zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzansprüche des Beklagten:

I.

Poststadion Berlin:

1. Verzugsschaden:

a) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin mit der Aufstellung der Türme seit dem 11. Oktober 1963 in Verzug geraten und deshalb grundsätzlich zum Ersatz des dadurch etwa entstandenen Schadens verpflichtet ist.

Dadurch ist der Beklagte nicht beschwert.

b) Das Berufungsgericht führt weiter aus, daß diese Ersatzpflicht jedoch nur bestehe, soweit dem Beklagten

Mehrkosten entstanden seien, die ihm ohne Verzug nicht erwachsen wären. Es bejaht deshalb einen Schadensersatzanspruch des Beklagten nur insoweit, als dieser, wie er behauptet, infolge dieses Verzugs der Klägerin aus Zeitnot gezwungen gewesen sei, vor dem Flutlichtspiel am 6. November 1963 eine provisorische Installation der Beleuchtungsanlage vorzunehmen, die nachher noch habe umgeändert werden müssen.

Von den hierwegen in der Aufstellung des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 8. September 1965 S. 7 ff unter Ziffer 7 bis 9 geltend gemachten Beträgen in Höhe von insgesamt 6.119,64 DM seien vorweg 2.000 DM zu streichen, die der Beklagte außer seinen tatsächlichen Auslagen als Unternehmer zusätzlich für seinen Aufenthalt in Berlin von insgesamt 4 Tagen geltend gemacht habe. Insoweit sei sein Vortrag unsubstantiiert; er habe nicht dargelegt, inwiefern ihm als Inhaber seines Unternehmens durch seinen Aufenthalt in Berlin - abgesehen von den tatsächlichen Reiskosten - ein Schaden von täglich 500 DM entstanden sei. Ebenso seien die Kosten für die Benutzung eines Kraftwagens bei der Reise nach Berlin am 13. November 1963 in Höhe von 504 DM nur in Höhe von 198,40 DM (Flugschein 136,- DM und Anfahrtkosten 2 x 31,20 DM) erstattungsfähig. Der Beklagte könne daher, wenn überhaupt, nicht mehr als 6.119,64 abz. 2.305,60 = 3.814,04 DM beanspruchen. Insoweit sei die Entscheidung dem Schlußurteil vorzubehalten, im übrigen aber die Aufrechnung jetzt schon als unbegründet anzusehen.

Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten seinen Anspruch für 4 Reisetage in Höhe von insgesamt 2.000 DM abgesprochen hat, rügt dieser, es hätte hier wie bei

der entgangenen Nutzungsmöglichkeit eines Kraftwagens (BGHZ 40, 345; 45, 212) den Schaden des Beklagten abstrakt berechnen müssen.

Die Rüge ist nicht begründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Schadensberechnung auch bei dem Entzug einer Arbeitskraft möglich ist (vgl. LAG Frankfurt in NJW 1967, 1103). Ein Unternehmer kann jedenfalls die Möglichkeit, seine eigene Arbeitskraft anderweitig zu verwenden, nicht abstrakt in Rechnung stellen. Der Betrieb läuft auch in seiner Abwesenheit weiter. Hat er durch seine Abwesenheit im Betrieb Schaden erlitten, so muß er, wie es das Berufungsgericht zutreffend verlangt, diesen substantiiert darlegen und begründen. Das ist nicht geschehen.

Zu dem Abstrich von 305,60 DM (Flugzeug statt Kraftwagen) ist keine Rüge erhoben worden.

c) Was die unter Ziffer 1 - 6 in der o.a. Aufstellung des Beklagten angeführten Schadensposten betrifft, sieht das Berufungsgericht einen ursächlichen Zusammenhang zwischen diesen Aufwendungen und dem Verzug der Klägerin als nicht erwiesen an. Der Beklagte habe nach seinem eigenen Vortrag sich erst am 4. November 1963 zu der provisorischen Anlage entschlossen; er habe nicht dargetan, inwiefern es dann erforderlich gewesen sei, schon ab 11. Oktober 1963 sein Führungspersonal in Berlin warten zu lassen. Schließlich fehle es bei dem Vortrag des Beklagten auch an einem Vergleich mit den Kosten, die ihm durch die Installation der Lichtanlage ohnehin entstanden wären. Insoweit bestehe auch keinerlei Grundlage für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO.

Das läßt keine Rechtsfehler erkennen.

Was der Beklagte hierzu in seiner Revisionsbegründung vorträgt, richtet sich teils in unzulässiger Weise gegen die Feststellungen und die Sachwürdigung des Tatrichters, teils ist es neu und kann deshalb nicht berücksichtigt werden. Seine auf Verletzung des § 139 ZPO gestützte Rüge ist nicht begründet.

2. Den Ersatzanspruch des Beklagten wegen angeblichen Fehlens von zwei sog. Horizontalen hat das Berufungsgericht aus tatsächlichen Gründen verneint. Hierzu ist mit der Revision keine Rüge erhoben worden.

II.

Botzenbergstadion in Kaiserslautern:

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß zwischen den Parteien keine Einigung über die Montagekosten zustande gekommen ist. Der Beklagte habe nicht zu beweisen vermocht, daß hierüber schon bei der mündlichen Besprechung am 23. August 1963 eine Vereinbarung getroffen worden sei. Es komme daher auf den Schriftwechsel der Parteien an. Aus diesem ergebe sich aber, daß die Klägerin sich unmißverständlich dahin erklärt habe, die Montage in Kaiserslautern nicht zu demselben Preis durchzuführen wie in Berlin. Da der Beklagte die Forderung der Klägerin in seinem Fernschreiben vom 11. November 1963 ausdrücklich abgelehnt habe, sei eine Einigung über die Montagekosten nicht zustande gekommen. Unter diesen Umständen sei die Klägerin auch nicht verpflichtet gewesen, die Montage

durchzuführen, und der Beklagte könne aus der unterbliebenen Aufstellung der Türme keinen Schadensersatzanspruch herleiten.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe des Beklagten sind nicht begründet. Sie richten sich in unzulässiger Weise gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler dem Fernschreiben des Beklagten vom 27. August 1963 nicht die Bestätigung einer mündlichen Vereinbarung entnommen. Dieses Fernschreiben enthält nach der durch den Wortlaut gestützten Auslegung des Berufungsgerichts eine Bestellung auf Grund des vorangegangenen Fernschreibens der Klägerin vom 26. August 1963. Von der Bestätigung einer vorher getroffenen mündlichen Absprache ist darin nicht die Rede.

Fehl geht auch die Auffassung des Beklagten, daß die Klägerin auch ohne Einigung über die Kosten der Montage verpflichtet gewesen wäre, diese durchzuführen und dann die "übliche Vergütung" gemäß § 632 Abs. 2 BGB geltend zu machen. Diese Bestimmung kommt nicht in Frage, wenn beide Parteien zu einem bestimmten Preis abschließen wollen, wie hier. Dann ist mangels Einigung über den Preis der Vertrag nicht zustande gekommen.

2. Was den Anspruch des Beklagten von 2.543 DM wegen angeblichen Fehlens von 16 Diagonalen betrifft, hat das Berufungsgericht hierüber in Höhe von 2.043 DM erst in seinem insoweit nicht angefochtenen Schlußurteil entschieden. Wegen des in dem hier angefochtenen Urteil abgelehnten Anspruchs von 500 DM ("1 Tag Kaiserslautern des Geschäftsinhabers" - Ziff. 5 d der Aufstellung im

Schriftsatz des Beklagten vom 8. September 1965 S. 19 -)
kann auf die Ausführungen zu I 1 b verwiesen werden.

3. Die Schadensersatzansprüche des Beklagten wegen angeblich mangelhafter Arbeit an den Masten hat das Berufungsgericht für unbegründet erklärt, da sie weder substantiiert noch beziffert worden seien und demnach auch keinerlei Grundlage für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO gegeben sei. Überdies habe der Beklagte die Klägerin auch nicht unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert und auch nicht Umstände dargelegt, auf Grund deren dies ausnahmsweise nicht erforderlich gewesen wäre.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

4. Auch alle weiteren Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für unbegründet befunden.

C.

Die Verurteilung des Beklagten gemäß dem angefochtenen Teilurteil besteht somit zu Recht. Damit rechtfertigt sich auch die von ihm angefochtene Kostenentscheidung in dem Schlußurteil.

2f

Seine Revisionen sind deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Finke

Schmidt