

IM NAMEN DES VOLKES

Teil-

URTEIL

VII ZR 166/63

In dem Rechtsstreit

Verkündet am

25. Februar 1965

Jodas,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma D[REDACTED] & Co, Kommanditgesellschaft, vormalig
Robert Z[REDACTED] Nachf., B[REDACTED]-Sp[REDACTED]-Ha[REDACTED],
Rh[REDACTED]straße (Am S[REDACTED]), vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin Ruth G[REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Willi M[REDACTED], Erdbau, Fuhrunternehmen und
Transportvermittlung, H[REDACTED]-St[REDACTED], O[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte, .

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosion, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 6. Juni 1963 wird zurückgewiesen, soweit es die Beklagte zur Zahlung von 6.452,37 DM nebst Zinsen verurteilt hat.

Die Beklagte hat von den bisher entstandenen Kosten des Revisionsverfahrens 12/13 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte war bei dem Bauvorhaben "Vo [REDACTED]" tätig. Sie übertrug Erdbewegungsarbeiten am 5. November 1961 der Firma R [REDACTED]. Diese bat im Dezember 1961 darum, sie aus dem Vertrag zu entlassen. Die Beklagte erklärte sich dazu bereit, wenn ein anderer Unternehmer die fraglichen Arbeiten übernehme. Die Firma R [REDACTED] benannte dafür die Klägerin, die dabei einen sogenannten Mi [REDACTED]-Schaufellader einsetzen könne.

Am 6. Dezember 1961 wurden die von der Firma R [REDACTED] ausgehobenen Erdmengen aufgemessen. Der Abschluß eines Vertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten zögerte sich noch hinaus. Bereits am 5. Dezember 1961 begann aber die Klägerin mit dem Abhub und Transport von Erde an der vorher von der Firma R [REDACTED] bearbeiteten Stelle.

Anfang Januar 1962 schlossen die Parteien einen schriftlichen "Leistungsvertrag", der auf den 5. Dezember 1961 zurückdatiert wurde. In dem Vertrag heißt es u.a.:

"Unterschriftlich verpflichten sich die beiden Vertragspartner und erklären sich auch damit einverstanden, daß

1. Herr M. am 5.12.1961 mit dem Abtransport von Füllboden aus der Entnahmestelle W. beginnt, den Boden mit von ihm zur Verfügung gestelltem Ladegerät auf die von ihm gestellten Transportgeräte ladet und ihn über die baueigene Transportstraße bis zur Einbaustelle, Abschnitt 11, ca. 4 km, transportiert. Dortselbst wird der Boden nach Einweisung abgekippt. ...
5. Herr M. sich innerhalb einer Anlauffrist von 10 (zehn) Tagen bemüht, die tägliche Leistung auf 1.500 cbm zu steigern ...

Nach Ablauf der Anlauffrist wird eine vertragliche Konventionalstrafe vereinbart. Herr M. ist damit einverstanden, daß für die Minderleistung je cbm DM 0,15 als Konventionalstrafe abgezogen werden ...

14. Herr M. damit einverstanden ist und sich auch bereiterklärt, daß die Leistungen zur Erfüllung des Vertrages im einzelnen aus dem Vertrag Reimer die Nachfolge antreten."

Die Klägerin berechnete in ihren Rechnungen vom 15., 20. und 30. Dezember 1961 ihre Arbeitsleistungen seit dem 5. Dezember 1961 zunächst auf Grund der im Verträge vereinbarten Leistungssätze. Die Beklagte kürzte die Rechnungen vom 20. und 30. Dezember 1961 durch Abstriche an den berechneten Massen und erkannte eine Forderung in Höhe von 19.564,90 DM an.

Mit Schreiben vom 11. Januar 1962 kündigte die Klägerin das Vertragsverhältnis fristlos; dabei wies sie darauf hin, daß für die von ihr erbrachten Leistungen Festpreise in der



Verordnung SH TS Nr. 1/59 vom 12. Juni 1959 vorgeschrieben seien; sie habe deshalb neue Rechnungen erstellt, die der Beklagten nach Prüfung durch die Straßenverkehrsgenossenschaft Nordwest eGmbH in K[REDACTED] zugehen würden.

Diese Genossenschaft stellte durch Prüfungsvermerke auf den neu ausgestellten drei Rechnungen vom 15., 20. und 30. Dezember 1961 und einer weiteren Rechnung vom 20. Januar 1962 Forderungen der Klägerin in Höhe von insgesamt 36.864,90 DM fest.

Für das Beladen mit dem Mi[REDACTED]-Schaufellader berechnete die Klägerin in drei weiteren, ebenfalls vom 15., 20. und 30. Dezember 1961 datierten Rechnungen insgesamt 9.491,72 DM.

Schließlich stellte sie am 15. Februar 1962 noch zwei Nachtragsrechnungen über den Betrag von zusammen 15.944,24 DM aus.

Ihre gesamte Forderung bezifferte sie demnach auf 62.300,86 DM. Davon zog sie ab Zahlungen der Beklagten von 10.000 DM und weiter 8.000 DM, weil sie in dieser Höhe ihre Forderung gegen die Beklagte an eine Firma Ste[REDACTED] abgetreten hatte. Den verbleibenden Betrag von 44.300,86 DM nebst Zinsen hat sie im vorliegenden Rechtsstreit eingeklagt.

Die Beklagte meint, die Klägerin könne nur die vertraglich vereinbarten Preise verlangen. Das Güterkraftverkehrsgesetz und die hierzu erlassene Verordnung SH TS Nr. 1/59 seien nicht anwendbar, da die Klägerin nicht Fuhrleistungen, sondern Erdbewegungsarbeiten vorgenommen habe.

Die Beklagte hat ferner mit verschiedenen Gegenforderungen aufgerechnet, u.a. mit Ansprüchen auf Zahlung von Vertragsstrafe

und auf Schadensersatz wegen Beschädigung eines Fahrzeugs der Beklagten durch einen Zusammenstoß mit dem Fahrzeug eines Subunternehmers der Klägerin.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Kammergericht hat durch Teilurteil die Verurteilung der Beklagten in Höhe von 7.005,65 DM nebst Zinsen bestätigt und die Klage in Höhe von 10.812,48 DM nebst Zinsen abgewiesen. Über einen Betrag von 26.482,73 DM hat es noch nicht entschieden.

Mit der Revision beantragt die Beklagte, die Klage in Höhe von 7.005,65 DM nebst Zinsen abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts bestimmt sich die Vergütung der Klägerin nach der Verordnung des Schleswig-Holsteinischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr SH TS Nr. 1/59 vom 12. Juni 1959 über Festpreise für Nahverkehrsleistungen beim Bauvorhaben "Vo [REDACTED]" im Raum O [REDACTED] - P [REDACTED] (F [REDACTED]), GVOB1 Schleswig-Holstein 1959, S. 65. Diese Verordnung ist ihrer Präambel zufolge erlassen worden auf Grund des § 84 Satz 3 GüKG alter Fassung in Verbindung mit § 15 der Verordnung des Bundesministers für Verkehr TS 11/58 über einen Tarif für den Güternahverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 29. Dezember 1958 (BANz Nr. 1 vom 3. Januar 1959) und § 2 des Preisgesetzes. Sie bestimmt für das genannte Großbauvorhaben, daß bei Fuhrleistungen mit Kraftfahrzeugen im Nahverkehr nur die in den Anlagen zur Verordnung (Preistafel A u. B) fest-

gesetzten Preise gefordert, versprochen, bezahlt oder angenommen werden dürfen und daß diese Preise weder über- noch unterschritten werden dürfen (§ 1 Abs. 1 der Verordnung).

II.

Die durch diese Verordnung festgesetzten Preise kann die Klägerin nach Ansicht des erkennenden Senats nicht beanspruchen. Denn die Verordnung ist nichtig, weil die gesetzliche Ermächtigung, auf die sie sich stützt, mit Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar ist. Hiernach kann nur eine Landesregierung, nicht aber ein einzelner Landesminister ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen (BVerfGE 11, 77). Dem widerspricht § 84 Satz 3 GüKG a.F., der die Festsetzung des Tarifs der obersten Landesverkehrsbehörde einräumt. Nachdem der angeführte Beschluß des Bundesverfassungsgerichts ergangen war, hat der Bundesgesetzgeber den § 84 GüKG durch Gesetz vom 27. Dezember 1960 (BGBl. 1960 I 1084) geändert und die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen in einer dem Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG genügenden Weise geregelt (vgl. dazu Stenogr. Ber. d. BT, 3. WP. S. 7846 C). Das ändert aber nichts daran, daß die im Jahre 1959 erlassene VO SH TS Nr. 1/59 auf Grund einer nichtigen gesetzlichen Bestimmung ergangen ist. Der Mangel ist auch nicht nachträglich geheilt worden. Insbesondere ist dies nicht durch die VO der Schleswig-Holsteinischen Landesregierung vom 8. September 1961 (GVObI. 142) geschehen. Darin hat die Landesregierung ihr Verordnungsrecht nur für die Zukunft auf den Minister für Wirtschaft und Verkehr weiter übertragen.

Die VO SH TS Nr. 1/59 stützt sich ferner auf § 2 des vom Wirtschaftsrat des Vereinigten Wirtschaftsgebiets erlassenen Preisgesetzes vom 10. April 1948. Auch dieses Gesetz ist, da seine ursprünglich befristete Geltungsdauer durch

Bundesgesetze verlängert worden ist, "nachkonstitutionelles" Recht (BVerfGE 8, 274, 290 f); § 2 dieses Gesetzes ist daher, soweit er den "Obersten Landesbehörden" die Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen zuspricht, ebenfalls nichtig. Schließlich ergibt sich auch aus der Verordnung des Bundesverkehrsministers TS 11/58 vom 29. Dezember 1959 keine Ermächtigung des Schleswig-Holsteinischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr, die dessen Verordnung SH TS 1/59 stützen könnte.

Der Bundesgerichtshof kann aber nicht selbst entscheiden, daß wegen Nichtigkeit der in § 84 Satz 3 GüKG a.F. und § 2 des Preisgesetzes ausgesprochenen Ermächtigungen die Tarifsätze der VO SH TS Nr. 1/59 der Klägerin nicht zustehen. Soweit es für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Gültigkeit der genannten gesetzlichen Bestimmungen ankommt, muß er vielmehr nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen.

Das käme nur dann nicht in Betracht, wenn die VO SH TS Nr. 1/59 im Falle ihrer Gültigkeit nach ihrem Inhalt auf die von der Klägerin erbrachten Leistungen gar nicht anwendbar wäre. Das macht die Revision geltend. Diese Frage ist, weil bei ihrer Bejahung der Senat abschließend entscheiden könnte, im folgenden (unter III) zu erörtern.

III.

1.) Das Berufungsgericht führt aus, die Verordnung beziehe sich auf Verträge, die nach ihrem Inhalt den Vorschriften des GüKG unterlägen, d.h. eine Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen zum Gegenstand hätten. Das treffe auf den Vertrag der Parteien zu. Erdbewegungsarbeiten auf Baustellen seien, wenn die Erdmassen mit Kraftfahrzeugen befördert würden, grundsätzlich eine Güterbeförderung i.S. des GüKG. Das GüKG sei auch dann anwendbar, wenn nach dem Vertrag neben der Beförderung

noch andere Arbeiten zu leisten seien wie hier das Ausheben, Aufladen und Entladen der Erde. Diese Arbeiten hätten im vorliegenden Fall den Charakter von Nebenarbeiten gehabt, der wesentliche Teil der Leistung der Klägerin sei die Beförderung der Erdmassen von der Aufnahme- zur Einbaustelle gewesen. Ein Fall des Werkverkehrs i.S. des § 48 GüKG, für den die Verordnung SH TS Nr. 1/59 nach deren § 3 Abs. 2 nicht gelte, sei nicht gegeben.

Der Ansicht des Berufungsgerichts ist beizutreten. Es kann dabei auf sich beruhen, ob die Verordnung SH TS Nr. 1/59 revisibel ist (vgl. § 549 Abs. 1 ZPO). Die Ausführungen des Berufungsgerichts beziehen sich vorwiegend auf die Vorschriften des GüKG und sind insoweit vom Revisionsgericht nachzuprüfen; wenn die Leistungen der Klägerin nach dem GüKG nicht als Beförderung im Güternahverkehr anzusehen wären, so würde die Verordnung ohnehin nicht anwendbar sein. Ferner ist vom Revisionsgericht nachzuprüfen, ob die Vorschrift des § 48 GüKG, auf die § 3 Abs. 2 der Verordnung verweist, vom Berufungsgericht richtig ausgelegt worden ist.

Es begegnet keinen Bedenken, daß das Berufungsgericht die Beförderung von Erdmassen als Beförderung von "Gütern" (§ 2 Abs. 1 GüKG) ansieht. Güter sind alle beweglichen beförderungsfähigen Sachen (Ruwe, GüKG, § 1 Anm. 3). Daß das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt hat, die wesentliche Leistung der Klägerin habe in der Beförderung und nicht in den weiter von ihr vorgenommenen Arbeiten bestanden, wird bei der Behandlung der einzelnen Revisionsrügen noch dargelegt. Gestützt wird diese Auffassung des Berufungsgerichts jedenfalls durch den Inhalt der Verordnung SH TS Nr. 1/59. In den Anlagen zur Verordnung (Preistafel A u. B) sind die Tarifsätze gestaffelt je nach der "Entfernung", also der Länge der Beförderungsstrecke, und es ist bemerkt, daß die Preise für mechanische Beladung gelten, unter der

folgende Beladungsarten zu verstehen sind: Bagger, Greifer, Schrapper, Silo, mechanisch beschickte Förderbänder, lückenlose Kippwagenbeladungen. Diese Regelung läßt erkennen, daß die Verordnung den Transport als die Hauptleistung, die Be- und Entladung nur als Nebenarbeit wertet.

Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß kein Werkverkehr i.S. des § 48 GüKG, d.h. eine Beförderung von Gütern für eigene Zwecke eines Unternehmens vorliegt. Das Berufungsgericht begründet dies damit, daß die Beförderung mit anderen als eigenen Kraftfahrzeugen nicht unter den Begriff des Werkverkehrs falle, und stellt damit ersichtlich auf § 48 Abs. 1 Nr. 4 GüKG ab. Hiernach ist Voraussetzung eines Werkverkehrs u.a., daß die Kraftfahrzeuge auf den Namen des Unternehmers zugelassen sind und ihm gehören oder von ihm auf Abzahlung gekauft worden sind. Die Revision führt nichts dafür an, daß das Berufungsgericht diese Voraussetzung zu Unrecht verneint hätte. Dafür spricht auch sonst nichts. Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob es nicht auch an den Merkmalen des § 48 Abs. 1 Nr. 1 fehlt.

2.) Die Rügen, mit denen die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts bekämpft, daß der wesentliche Gegenstand des Vertrags der Parteien die Beförderung der Erdmassen gewesen sei, sind nicht begründet.

a) Die Beklagte hatte sich für ihre gegenteilige Ansicht darauf berufen, daß ihr Vertrag mit ihrem Auftraggeber - als den sie in den Schriftsätzen teils das Land Schleswig-Holstein, teils die Bundesrepublik und die Bundesbahn bezeichnet hat - "als Werkvertrag abgerechnet" worden sei. Das Berufungsgericht sagt, da die Beklagte diesen Vertrag nicht vorgelegt habe, könne nicht festgestellt werden, ob sich aus ihm Umstände ergäben, die eine andere Beurteilung, d.h. die Unanwendbarkeit der Verordnung SH TS Nr. 1/59 auf den Vertrag der Parteien, rechtfertigen könnten.

Die Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe nicht, wie von ihr beantragt, eine Auskunft darüber eingeholt, ob ihr Vertrag mit der Bundesrepublik als Werkvertrag genehmigt und abgerechnet worden sei.

Aus dieser allgemein gehaltenen Behauptung sind keine Tatsachen zu entnehmen, die Rückschlüsse auf eine unrichtige Beurteilung des Inhalts des Vertrages der Parteien durch das Berufungsgericht ermöglichen.

Die auf § 139 ZPO gestützte Rüge, das Berufungsgericht hätte die Vorlegung des Vertrags veranlassen müssen, wird der Vorschrift des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO nicht gerecht, da die Beklagte den Vertrag weder mit der Revisionsbegründung vorgelegt noch etwas über seinen näheren Inhalt mitgeteilt hat.

b) Das Berufungsgericht war selbst befugt, aus dem Inhalt des Vertrags der Parteien zu folgern, daß der Transport die Hauptleistung der Beklagten war. Einen Sachverständigen brauchte es darüber nicht zu hören.

c) Der Meinung des Berufungsgerichts, die Beförderung sei die wichtigste Leistung gewesen, steht nicht entgegen, daß im Vertrag der Beklagten mit R. nicht von Fahrzeugen, sondern von Ladegeräten und Transportgeräten die Rede ist. In der Ziff. 1 des Vertrags der Parteien, wo diese Bezeichnungen ebenfalls verwandt sind, ist einleitend als Leistung der Klägerin der "Abtransport von Füllboden" aufgeführt. Daß dieser Transport mit Kraftfahrzeugen durchgeführt worden ist, bestreitet die Revision nicht.

Es ist auch belanglos, daß die Klägerin vor dem Vertragsschluß der Beklagten erklärt hat, sie besitze ein großes Ladegerät, den Mi-Schaufellader. Deswegen war das Berufungsgericht nicht gehindert, die Beförderung als die Hauptsache anzusehen.

Diese Beurteilung wird nicht nur durch die von der Revision angeführten Stellen aus dem Vertragstext nicht erschüttert, sondern durch den Inhalt des schriftlichen Vertrags, insbesondere die Ziffer 9, noch bekräftigt. Dort sind die "Leistungssätze incl. Beladung, Transport und Entladung an der Einbaustelle" aufgeführt; sie betragen je nach der Entfernung 2,95 bis 4,95 DM für den cbm. Ferner heißt es in Ziffer 9: "Gegenseitiges Beladen wird mit je DM 0,90/cbm abgerechnet." Das zeigt, daß auch nach der Vorstellung der Parteien die Beförderung weit höher bewertet wurde als das Ausheben und Verladen der Erde.

d) Daß die Firma R. sich als Tiefbauunternehmen bezeichnet und daß die Klägerin selbst auf ihren Rechnungen im Kopf der Bezeichnung Fuhrunternehmen das Wort "Erdbau" hinzugefügt hat, besagt nichts Entscheidendes. Selbstverständlich war die Erde auszuheben und zu befördern. Daß das Schwergewicht auf der Beförderung lag, konnte das Berufungsgericht, wie schon gesagt, ohne Rechtsfehler annehmen.

e) Die Beklagte hatte darauf hingewiesen, daß die Leistungen nach dem sog. Ellingtonverfahren abgerechnet werden sollten, und hatte die Einholung eines Sachverständigengutachtens darüber beantragt, daß auf diese Weise nur Tiefbauarbeiten abgerechnet würden. Diesem Beweisantrag brauchte das Berufungsgericht nicht zu entsprechen. Ziffer 2 des Vertrags ergibt freilich, daß die Menge der ausgehobenen und beförderten Erde - nach der sich das Entgelt bemass - durch Aufmaß an der Abbaustelle festgestellt wurde. Die Art und Weise, wie die Erdmassen ermittelt wurden, besagt aber nichts dagegen, daß die Beförderung die wesentliche Vertragsleistung war.

f) Es ist nicht einzusehen, warum die Vereinbarung einer Vertragsstrafe dafür maßgebend sein soll, ob ein "Tiefbauvertrag" oder ein "Transportvertrag" vorliegt.

g) Die Revision beruft sich darauf, daß in Ziffer 8 des Vertrags mit R[REDACTED], in den die Klägerin eingetreten sei, "die Abrechnung nach § 16 VOB" vorgesehen gewesen sei.

Der Vertrag mit R[REDACTED] ist nicht bei den Akten und der Wortlaut der Ziffer 8 daher nicht bekannt. § 16 VOB (Teil B), der dort angeführt sein soll, regelt die Zahlungsweise, insbesondere Abschlagszahlungen. Die Übernahme lediglich dieser Regelung würde der Wertung als Beförderungsvertrag nicht entgegenstehen. Zudem ist der Vertrag mit Reimer insoweit nicht maßgebend. Wenn die Klägerin auch die zunächst von R[REDACTED] auszuführenden Arbeiten übernommen hat, so hat sie doch einen eigenen Vertrag mit der Beklagten geschlossen, und darin ist von der VOB nichts erwähnt. Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, die VOB gelte für das Vertragsverhältnis der Parteien nicht.

IV.

Nach den Sätzen der Verordnung SH TS Nr. 1/59 hat das Berufungsgericht errechnet, daß der Klägerin für bestimmte Leistungen der Betrag von 7.005,65 DM zusteht. Wie sich aus den Ausführungen unter II und III ergibt, können die in der Verordnung bestimmten Entgelte der Klägerin gegenwärtig weder ab-erkannt noch zuerkannt werden. Es kann ihr aber schon jetzt das - hinter dem Betrag von 7.005,65 DM zurückbleibende - Entgelt zugesprochen werden, das sie für die vom Berufungsgericht berücksichtigten Leistungen nach dem Vertrag zu beanspruchen hat. Bei einer Abrechnung nach den Vertragspreisen ergibt sich im Vergleich zur vom Berufungsgericht nach Tarifpreisen vorgenommenen Abrechnung folgendes:

1.) Die ursprüngliche, nach Vertragspreisen aufgestellte Rechnung der Klägerin vom 15. Dezember 1961 lautete auf 11.421,93 DM und ist in dieser Höhe von der Beklagten anerkannt. Das Berufungsgericht hat für diese Leistungen bisher 11.655,74 DM zuerkannt, also 233,81 DM mehr.

2.) Aus der Rechnung vom 20. Dezember 1961 stehen der Klägerin nach Vertragspreisen zu, wie auch von der Beklagten anerkannt worden ist:

Pos. 1	128,8 cbm zu je 3,45 DM =	444,36 DM
Pos. 2	224,8 cbm zu je 3,45 DM =	775,56 DM
Pos. 3	120 cbm zu je 2,95 DM =	354,-- DM
Pos. 4	276,3 cbm zu je 2,70 DM =	746,01 DM
	zus.	2.319,93 DM

Das Berufungsgericht hat hierfür 2.865,76 DM zugebilligt, also 545,83 DM mehr.

3.) Aus der Rechnung vom 30. Dezember 1961 hat die Klägerin, nach Vertragspreisen gerechnet und wie von der Beklagten anerkannt, jedenfalls zu beanspruchen:

Pos. 1	809,5 cbm zu je 3,45 DM =	2.792,77 DM
Pos. 2	583 cbm zu je 2,70 DM =	1.574,10 DM
Pos. 3	193,11cbm zu je 2,95 DM =	569,67 DM
	zus.	4.936,54 DM

Das Berufungsgericht hat für diese Leistungen 5.916,49 DM, also 979,95 DM mehr angesetzt.

4.) Wie das Berufungsgericht feststellt, hat die Klägerin nach den eigenen Angaben der Beklagten insgesamt aus W 5.664,48 cbm Sand abgefahren. Das sind 1.656,77 cbm (nicht, wie das Berufungsgericht errechnet, 1.636,71 cbm) mehr als die Summe der aus den obigen drei Rechnungen von der Beklagten anerkannten, aus W abgefahrenen Sandmengen; diese Summe beträgt nämlich 4.007,71 cbm. Sie sind nach dem Vertrag mindestens mit 2,95 DM je cbm (dem Entgelt für die kürzeste Strecke von W nach Str) zu vergüten. Die Klägerin hat demnach hierfür zu beanspruchen $1.656,77 \times 2,95 = 4.887,47$ DM.

Das Berufungsgericht hat für diese Leistungen 3.681,16 DM, also 1.206,31 DM weniger zugesprochen.

5.) Insgesamt ergibt demnach der Vergleich zwischen Tarif- und Vertragspreisen, daß die vertraglichen Entgelte einerseits für die Leistungen aus den drei Rechnungen vom 15., 20. und 30. Dezember 1961 (oben 1 - 3) $233,81 + 545,83 + 979,95 = 1.759,59$ DM weniger betragen, als das Berufungsgericht zugebilligt hat, daß aber andererseits für die unter 4 genannten Leistungen nach dem Vertrag 1.206,31 DM mehr zu vergüten sind, als das Berufungsgericht angesetzt hat. Das Berufungsgericht hat also $1.759,59 - 1.206,31 = 553,28$ DM mehr zugesprochen, als die Klägerin nach dem Vertrag zu beanspruchen hat. Diese 553,28 DM sind von den 7.005,65 DM abzuziehen, zu deren Zahlung das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt hat. Das nach Vertragspreisen berechnete Entgelt beträgt demnach für die im Berufungsurteil abgerechneten Leistungen der Klägerin 6.452,37 DM.

V.

Die Beklagte meint, die Klägerin sei mit Wirkung vom 5. Dezember 1961 in den Vertrag der Beklagten mit R eingetreten mit der Folge, daß sie für Ansprüche der Beklagten gegen R herangezogen werden könne. Das Berufungsgericht lehnt es ab, diese Folgerung aus dem Vertrag, insbesondere aus dessen

Ziffer 14, zu ziehen. Es weist darauf hin, die Beklagte habe am 22. Dezember 1961 im Schreiben an die Firma R. [REDACTED] erklärt, daß diese noch an den Vertrag gebunden sei und ihr Vertragsstrafe und Schadensersatz schulde; am selben Tage habe die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, daß sie bis heute noch nicht ihr Vertragspartner sei. Die Rückdatierung des Anfang Januar 1962 geschlossenen Vertrags habe bezweckt, der Klägerin eine Grundlage für die Bezahlung der von ihr seit dem 5. Dezember 1961 geleisteten Arbeiten zu verschaffen, habe aber nicht bedeutet, daß die Klägerin für Verpflichtungen der Firma R. [REDACTED], die diese Anfang Januar 1962 gegenüber der Beklagten hatte, einstehen sollte.

Das Berufungsgericht legt damit den Vertrag der Parteien in tatrichterlicher Würdigung aus; hieran ist das Revisionsgericht gebunden. Bei dieser Sachlage kann die Beklagte, wie im folgenden näher ausgeführt ist, mit ihrer Aufrechnung mit verschiedenen Gegenforderungen nicht durchdringen. Auf diese Forderungen ist im einzelnen nur einzugehen, soweit sich die Revision mit ihnen befaßt.

1.) Die Beklagte leitet einen Anspruch daraus her, daß sie am 22. Dezember 1961 an Subunternehmer der Firma R. [REDACTED] 2.000 DM gezahlt hat.

Das Berufungsgericht stellt dazu fest, daß die Subunternehmer in den Quittungen bescheinigt haben, die Beträge für die Firma R. [REDACTED] erhalten zu haben. Es hebt weiter hervor, die Beklagte habe selbst vorgetragen, daß sie diese Zahlungen nicht etwa für die Klägerin, sondern für die Firma R. [REDACTED] und auf deren Ansprüche geleistet habe, mit der allein sie zu dieser Zeit in einem Vertragsverhältnis gestanden habe. Schließlich stellt das Kammergericht fest, die Beklagte habe nicht dargetan, daß die Klägerin etwa später sich damit einverstanden erklärt habe, sich diese 2.000 DM auf ihre Vergütung anrechnen zu lassen.

Das ergebe sich insbesondere nicht aus Ziffer 14 des Vertrags der Parteien.

Mit diesen das Revisionsgericht bindenden Feststellungen ist die aus der Zahlung der 2.000 DM hergeleitete Gegenforderung rechtsfehlerfrei verneint. Die Revision wendet ein, durch die Rückdatierung des Vertrags sei die Zahlung der 2.000 DM der Klägerin zugute gekommen. Das ist nicht erkennbar und wird auch von der Revision nicht näher begründet.

2.) Die Beklagte hat mit einem Anspruch auf Vertragsstrafe in Höhe von 2.778,40 DM für die Zeit vom 18. Dezember 1961 bis zum 9. Januar 1962 aufgerechnet.

a) Das Berufungsgericht führt aus, für die Zeit vor Abschluß des Vertrags der Parteien (Anfang Januar 1962) könne die Beklagte Vertragsstrafe nur von der Firma R[REDACTED] beanspruchen. Es verweist auf den Brief vom 22. Dezember 1961, in dem die Beklagte der Firma R[REDACTED] geschrieben hat, sie werde dieser eine Vertragsstrafe einbehalten, weil die von ihr versprochene tägliche Leistung nicht erreicht worden sei. Die Rückdatierung des Vertrags der Parteien bedeutet nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht, daß die Klägerin für Ansprüche auf Vertragsstrafe, die wegen Minderleistung vor Anfang Januar 1962 gegen die Firma R[REDACTED] entstanden sind, eintreten sollte.

Diese Auslegung des Vertrags dahin, daß die Klägerin die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe für die Zeit vor Abschluß ihres Vertrages nicht übernommen hat, war dem Tatrichter gestattet und bindet das Revisionsgericht.

b) Einen Anspruch gegen die Klägerin auf Vertragsstrafe verneint das Berufungsgericht auch für die Zeit vom Vertragsschluß (Anfang Januar 1962) bis zum 11. Januar 1962, dem Tage der fristlosen Kündigung durch die Klägerin. Diese Entscheidung begründet es damit, daß die Klägerin zu Recht fristlos gekündigt habe.

Das ist nicht recht verständlich. Wenn die Kündigung der Klägerin den Vertrag, wie das Berufungsgericht annimmt, beendet hat, so besagt das nicht, daß vorher kein Anspruch auf Vertragsstrafe gegen die Klägerin entstanden war; und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb ein etwa schon entstandener Anspruch durch die Kündigung beseitigt worden sein soll.

Andererseits hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, daß der als Vertragsstrafe verlangte Betrag von 2.778,40 DM sich nur auf die Zeit bis zum 9. Januar 1962, nicht bis zum 11. Januar 1962, dem Tag der Kündigung, und auch nicht auf die Zeit nach der Kündigung bezieht. In Betracht kommen, wenn die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts zugrundegelegt wird, für den Vertragsstrafenanspruch gegen die Klägerin also nur die wenigen Tage von "Anfang Januar" bis zum 9. Januar 1962. Ob in diesen Tagen überhaupt Minderleistungen vorlagen, die eine Vertragsstrafe rechtfertigten, ist dem Vorbringen der Beklagten nicht zu entnehmen. Sie hat die Minderleistung so errechnet, daß sie für den ganzen Zeitraum vom 18. Dezember 1961 bis zum 9. Januar 1962 die sich aus einer täglichen Leistung von 1.500 cbm ergebende Gesamtmenge der nach ihrer Berechnung tatsächlich abgefahrenen Menge gegenüber stellte. Ein Anspruch wegen Minderleistungen gerade in der Zeit zwischen Anfang Januar (Vertragsschluß) und dem 9. Januar ist somit nicht schlüssig dargelegt. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob aus der Auslegung des Berufungsgerichts, nach der ein Anspruch auf Vertragsstrafe gegen die Klägerin überhaupt erst von dem Anfang Januar 1962 liegenden Abschluß des Vertrages an entstehen konnte, nicht weiter zu folgern ist, daß auch die in Ziffer 5 des Vertrags bestimmte Anlaufzeit von 10 Tagen erst mit dem Vertragsschluß zu laufen begann.

c) Im ersten Rechtszug hat die Beklagte allerdings einmal vorgetragen, sie habe aus der unberechtigten Kündigung und der Einstellung der Arbeit "Ansprüche auf Konventionalstrafe sowie Schadensersatzansprüche" (S. 2 des Schriftsatzes vom 14. Juni 1962). Dieser angebliche Anspruch auf Vertragsstrafe ist aber nicht substantiiert und beziffert, und die Beklagte ist bei diesem Vorbringen auch nicht geblieben. Vielmehr hat sie schon im Schriftsatz vom 28. Juni 1962 (S. 2) den aus der unberechtigten Kündigung entstandenen Schaden damit begründet, daß wegen der Arbeitseinstellung der Klägerin ihre eigene Leistung gegenüber der Bundesrepublik sich verspätet habe und daß ihr, die für jeden Tag der Verspätung 600 DM Vertragsstrafe zahlen müsse, bei 20 Tagen Verspätung ein Schaden von 12.000 DM entstanden sei.

Diesen Anspruch auf Zahlung von 12.000 DM hat das Berufungsgericht behandelt und sein Bestehen verneint. Die Revision greift das Urteil insoweit nicht an.

d) Wie sich aus dem unter V 2 b und c Ausgeführten ergibt, kommt es auf die Frage, ob die fristlose Kündigung der Klägerin berechtigt war, für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an. Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts und der Revision hierzu braucht der Senat deshalb nicht einzugehen.

3.) Schließlich hat die Beklagte mit einem auf 11.678,40 DM bezifferten Schadensersatzanspruch aufgerechnet, weil eines ihrer Fahrzeuge bei einem Zusammenstoß mit einem Fahrzeug des Subunternehmers Schulz der Klägerin beschädigt worden sei.

Der Unfall hat sich Mitte Dezember 1961 ereignet. Das Berufungsgericht führt aus, eine vertragliche Haftung für die Unfallfolgen nach § 278 BGB bestehe nicht, weil die Klägerin damals noch nicht Vertragsgegner der Beklagten gewesen sei. Demgemäß habe die Beklagte für den Schaden im

Schreiben vom 22. Dezember 1961 die Firma R[REDACTED] haftbar gemacht mit der Begründung, daß ein von dieser eingesetzter Fuhrunternehmer den Unfall verschuldet habe; in dem am selben Tage an die Klägerin gerichteten Brief habe sie von dem Unfall nichts erwähnt. Die Klägerin habe die Haftung für den durch den Unfall verursachten Schaden auch nicht in ihrem mit der Beklagten Anfang Januar 1962 geschlossenen Vertrag übernommen; eine solche Übernahme könne auch aus der Rückdatierung des Vertrags nicht geschlossen werden.

Diese Begründung ist rechtlich einwandfrei. Die Revision wendet sich mit ihren Ausführungen, daß der Rückdatierung des Vertrags eine andere Bedeutung zukomme, in unzulässiger Weise gegen die dem Tatrichter obliegende, das Revisionsgericht bindende Vertragsauslegung.

Das Berufungsgericht verneint auch eine Haftung der Beklagten für den am Unfall beteiligten Subunternehmer auf Grund des § 831 BGB. Es vermißt den Vortrag von Tatsachen dafür, daß der an dem Unfall beteiligte Subunternehmer Sch[REDACTED] von der Klägerin als Verrichtungsgehilfe bestellt worden sei, und führt aus, der von der Firma R[REDACTED] beauftragte Subunternehmer sei bis zur Entlassung der Firma R[REDACTED] aus ihrem mit der Beklagten geschlossenen Vertrag Verrichtungsgehilfe der Firma R[REDACTED] geblieben. Auch insoweit ist das Berufungsurteil rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Revision meint noch, die Klägerin habe, wenn sie auch Mitte Dezember noch nicht im Vertragsverhältnis zur Beklagten gestanden habe, doch schon Arbeiten für die Beklagte ausgeführt und müsse als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Subunternehmer als ihrem Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB einstehen. Indessen fehlt es an einer Feststellung, daß die Klägerin sich überhaupt des Unternehmers Schulz bedient hat, um ihre Leistungen zu erbringen.

VI.

Nach allem ist die Revision durch Teilurteil in Höhe von 6.452,37 DM nebst Zinsen zurückzuweisen. Es ist angemessen, der Beklagten schon jetzt die auf diesen Betrag anteilmäßig entfallenden Kosten der Revision nach § 97 ZPO aufzuerlegen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer