

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 168/71

URTEIL

Verkündet am
14. Juni 1973
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Friedrich Wilhelm H [REDACTED],
W [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

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

gegen

die Firma H [REDACTED] Aktiengesellschaft für H [REDACTED] und T [REDACTED]
[REDACTED] vorm. Gebr. H [REDACTED], vertreten durch die Vorstands-
mitglieder Dr. Ing. Albrecht S [REDACTED] und Wilhelm H [REDACTED],
E [REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Erbel, Schmidt, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 11. Mai 1971 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, welche von der Bundespost den Auftrag für Erd- und Betonarbeiten beim Neubau des Postamts in W [REDACTED] erhalten hatte, übertrug mit Schreiben vom 26. März 1969 die Erdarbeiten dem Beklagten. Dieser begann am 8. April 1969 mit der Arbeit. Er hielt in der Folge den von der Klägerin aufgestellten Zeitplan nicht ein.

Am 6. und 9. Juni 1969 besprachen die Parteien die künftigen Tagesleistungen des Beklagten. Unter dem 10. Juni 1969 bestätigte die Klägerin das Ergebnis der Besprechungen dahin, der Beklagte solle vom 9. - 21. Juni 1969 täglich 200 cbm und danach täglich 500 cbm Boden lösen und wegschaffen.

- 3 -

Am 16. Juni 1969 beanstandete die Klägerin die Nichteinhaltung dieser Vereinbarung, forderte vom Beklagten zur Aufholung des Rückstandes verstärkten Arbeitskräfte- und Geräteeinsatz sowie einen Aushub von mindestens 2.400 cbm bis 21. Juni 1969. Zugleich drohte sie bei fruchtlosem Fristablauf die Auftragsentziehung an. Mit Schreiben vom 24. Juni 1969 entzog sie dem Beklagten den Auftrag gemäß § 8 Nr. 3 VOB (B). Die restlichen Arbeiten ließ sie durch einen anderen Unternehmer ausführen.

Mit der Klage hat sie Zahlung von zunächst 20.000 DM - in der Berufungsinstanz erhöht auf 26.000 DM - nebst Zinsen als Teilbetrag der (auf insgesamt 118.589,98 DM bezifferten) Mehrkosten gefordert.

Der Beklagte hat bestritten, daß die VOB (B) für den Vertrag der Parteien gelte. Die Verzögerungen habe nicht er, sondern die Klägerin zu vertreten; jedenfalls treffe sie ein erhebliches Mitverschulden. Bis zu seiner Arbeitseinstellung habe er insgesamt die ihm obliegenden Leistungen erbracht. Hilfsweise hat er aufgerechnet mit einem Werklohnanspruch von 31.955,04 DM und einem Anspruch auf entgangenen Gewinn von 35.000 DM.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage - in der jeweils eingeklagten Höhe - stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht erachtet den Ersatzanspruch der Klägerin gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB (B) in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB (B) für begründet.

1. Es führt aus, der Vertrag zwischen den Parteien sei gemäß dem Auftragsschreiben der Klägerin vom 26. März 1969 zustande gekommen, wonach die "Allgemeinen Auftragsbedingungen" der Klägerin Vertragsinhalt sein sollten, damit auch die in Ziffer 1 der Bedingungen genannte VOB (B). Der Widerspruch des Beklagten vom 18. April 1969 habe sich nicht gegen das Zustandekommen des Vertrags als solchen gerichtet, auch nicht gegen die Geltung der VOB (B), sondern allein gegen zwei Einzelpunkte, nämlich die Zahlungsbedingungen und den Zeitplan. Über beide Punkte hätten sich die Parteien dann nachträglich geeinigt.

Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Revision meint, der Widerspruch des Beklagten vom 18. April 1969 habe das Zustandekommen des Vertrages gemäß dem Auftragsschreiben vom 26. März 1969 zunächst verhindert.

Sie wendet sich damit aber in unzulässiger Weise gegen die auf tatrichterlicher Beweismwürdigung beruhenden Feststellung des Berufungsgerichts, daß hier der Vertrag, abweichend von der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB, bereits vor der Einigung der Parteien

über die beiden genannten Einzelpunkte zustande kam. Der Beklagte setzte die am 8. April 1969 begonnenen Arbeiten nach dem Empfang des Auftragsschreibens fort. Damit brachte er durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, daß er den Vertrag, ungeachtet der in den beiden Einzelpunkten noch bestehenden Meinungsverschiedenheiten, im übrigen als zu den Bedingungen des Auftragsschreibens zustande gekommen ansah. Von dem somit bereits im April 1969 abgeschlossenen Verträge konnte sich der Beklagte mit seinen Schreiben vom 27. Mai 1969 und 2. Juni 1969 nachträglich nicht mehr einseitig lösen.

2. Das Berufungsgericht stellt fest, die Klägerin habe mit der im Auftragsschreiben geäußerten Bitte, der Beklagte möge je ein Exemplar des Schreibens und der Anlagen unterschrieben zurücksenden, nur Beweis-zwecke verfolgt, nicht aber von der Erfüllung dieser Bitte die Wirksamkeit des Vertrages abhängig gemacht.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Die tatrichterliche Auslegung, daß die Parteien nicht den Willen hatten, Unterschrift und Rücksendung durch den Beklagten zur Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrags zu machen, läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht.

3. Das Berufungsgericht sieht in dem Vortrag des Beklagten auf Seite 3 seines Schriftsatzes vom 21. August 1970 ein prozessuales Geständnis.

An der angegebenen Schriftsatzstelle heißt es:

"Die Klägerin und der Beklagte haben am 6. Juni 1969 eine Besprechung geführt, in der festgestellt wurde, daß der Zeitplan nicht so durchzuführen ist, wie er bestand. Es wurde dann vereinbart, daß von da ab eine Tagesleistung von 200 cbm, und zwar in der Zeit vom 9.6. bis 23.6., zu erbringen war und von da ab die Leistung auf 500 cbm gesteigert werden sollte."

Das durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als Geständnis von Tatsachen werten.

Es hält die Voraussetzungen eines wirksamen Widerrufs des Geständnisses nicht für dargetan.

Auch das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

4. Das Berufungsgericht erachtet die am 6./9. Juni 1969 vereinbarten Fristen über die Tagesleistungen des Beklagten für Vertragsfristen im Sinne von § 5 Nr. 1 VOB (B).

Diese Ausführungen sind rechtsfehlerfrei. Die Revision erhebt insoweit auch keine Beanstandung.

5. Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte bis zum 16. Juni 1969 die vereinbarten Tagesleistungen nicht erbracht und den Rückstand auch nicht innerhalb der ihm bis zum 21. Juni 1969 gesetzten Nachfrist aufgeholt habe. Er sei noch am 24. Juni 1969 damit beschäftigt gewesen, die durch die Sprengung vom 10. Juni 1969 freigesetzten Bodenmassen von 2.215 cbm abzuräumen. Der Beklagte habe nicht behauptet, etwa auch andere Boden-

massen in jener Zeit gefördert zu haben. Diese Leistungsverzögerungen habe der Beklagte gemäß § 285 BGB zu vertreten. Es sei nicht widerlegt, daß diese Verzögerungen auf unzureichendem Arbeitseinsatz des Beklagten beruhten, wie er selbst bei seinen Anhörungen eingeräumt habe. Hierbei könne die behauptete Verstärkung des Einsatzes vom 16. Juni 1969 ab unterstellt werden. Die Leistungen innerhalb der vereinbarten Fristen zu erbringen, sei nicht objektiv unmöglich gewesen. Der Beklagte habe bei seiner Anhörung erklärt, daß die vereinbarten Tagesleistungen zu schaffen gewesen wären.

Gegen diese Feststellungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Fehl geht ihre Beanstandung, bei Eingang des Schreibens vom 16. Juni 1969 sei der Beklagte deshalb nicht in Verzug gewesen, weil feste Leistungsfristen nicht vereinbart gewesen seien. Das Berufungsgericht stellt derartige Fristen auf Grund des Geständnisses des Beklagten fest, wie oben ausgeführt ist.

b) Das Berufungsgericht brauchte entgegen der Ansicht der Revision keinen Beweis darüber zu erheben, die Klägerin habe bei Erstellung ihres Terminplanes nicht berücksichtigt, daß die Arbeiten des Beklagten durch Torkretierungsarbeiten (das ist die Befestigung der senkrechten Felswand mittels Drahtgeflecht und Aufspritzen von Zementmörtel) behindert worden seien. Es hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß Torkretierungs- oder Verankerungsarbeiten als Gründe, welche die Einhaltung der vereinbarten Leistungsfristen in der Zeit nach dem 9. Juni 1969 verhindert hätten, nicht in Betracht kommen.

c) Dieselbe Feststellung hat das Berufungsgericht wegen der Sprengungen getroffen. Auch insoweit ist kein Rechtsfehler ersichtlich.

aa) Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte das Gutachten eines Sachverständigen über die Behauptung einholen müssen, daß Sprengungen nur mit geringerer Bohrtiefe und geringerer Sprengladung als vorgesehen hätten durchgeführt werden dürfen. Auf diese Behauptung kommt es nicht an, weil am 10. Juni 1969 noch in der ursprünglich vorgesehenen Weise gesprengt worden war, eine etwa erforderliche Änderung bei späteren Sprengungen also für die festgestellte Leistungsverzögerung nicht ursächlich geworden ist.

bb) Das Berufungsgericht läßt offen, ob und gegebenenfalls welche Verzögerungen durch eine derartige Beschränkung bei späteren, nicht mehr ausgeführten Sprengungen hätten eintreten können, und ob dem Beklagten dann etwa Ansprüche auf Vertragsänderung wegen veränderter Geschäftsgrundlage zugestanden haben würden.

Auf diese hypothetischen Ausführungen kommt es nicht an, da der Auftrag vorher wirksam entzogen worden ist.

6. Das Berufungsgericht sieht die am 16. Juni 1969 bis zum 21. Juni 1969 gesetzte Nachfrist als angemessen an.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision läßt bei ihrer gegenteiligen Ansicht die Erfordernisse des hier vereinbarten "Takt-Verfahrens" außer Betracht, wonach die verschiedenen Unternehmer

zeitlich eng zusammenzuwirken hatten. Fehl geht der Hinweis der Revision darauf, daß die später von der Klägerin beauftragte Firma M. . . geringere Leistungen erbracht habe als der Beklagte. Die Firma M. . . , die noch durch andere Aufträge gebunden war, hatte sich nicht bereit gefunden, vertragliche Verpflichtungen gegenüber der Klägerin in demselben Umfange zu übernehmen, wie der Beklagte das getan hatte.

7. Das Berufungsgericht verneint eine schuldhaftes Mitverursachung des eingetretenen Schadens durch die Klägerin. Es führt dazu aus, es sei nicht erwiesen, daß sie eine ihr obliegende Hinweis- oder Aufklärungspflicht verletzt oder den Beklagten fahrlässig durch Vorlage falscher Berechnungen zum Vertragsabschluß, einschließlich der Vereinbarung über die Tagesleistungen, veranlaßt habe.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Fehl geht ihr Hinweis auf den ursprünglichen Zeitplan der Klägerin. Der Beklagte sollte im Juni 1969 nicht nach dem ursprünglichen Zeitplan, sondern nach dem von den Parteien am 6./9. Juni 1969 einverständlich geänderten Zeitplan arbeiten. Die Revision zeigt nicht auf, daß der Klägerin bei dieser Vereinbarung eine "Fehlplanung" unterlaufen wäre.

b) Entgegen der Ansicht der Revision kann der Klägerin nicht als Verletzung ihrer Schadensminderungspflicht angerechnet werden, daß sie den Beklagten nicht hat weiter arbeiten lassen oder erneut beauftragt hat, als sich später herausstellte, daß für eine Fertigstellung innerhalb des mit dem Beklagten abgesprochenen

16

Zeitplans kein anderer Unternehmer zu finden war. Es mögen Fälle denkbar sein, in denen sich aus § 254 BGB ausnahmsweise eine Pflicht zur Wiederbeschäftigung des Unternehmers ergeben mag, um größeren Schaden zu verhindern. Im vorliegenden Fall fehlt es für eine derartige Annahme an jeglichem Sachvortrag des Beklagten in den Tatsacheninstanzen.

8. Nach alledem ist die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Erbel

Schmidt

Meise

Recken