

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 182/63

URTEIL

Verkündet am

7. Oktober 1965

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Marius A [REDACTED] in S [REDACTED] /Hann.,
An der Z [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundes-
minister für Verteidigung, dieser vertreten durch den Prä-
sidenten des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung in
K [REDACTED], Am R [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz vom 8. Mai 1963 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im November 1955 schrieb das Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB) in Koblenz Aufträge über 1.000 kleine und 1.000 große Mannschaftstische und 3.000 Mannschaftsschränke aus. Der Kläger, damals Inhaber eines Flüchtlingsbetriebs im Zonengrenzgebiet, beschaffte sich die Angebotsunterlagen, worin als Liefertermin der 30. April 1956 bestimmt war und gab am 30. Januar 1956 sein Angebot ab. Mitte Februar wurden von ihm Musterstücke angefordert und Ende Februar vom Güteprüfdienst in Ordnung befunden.

Wegen bei der Anfertigung der Musterstücke aufgetretener technischer Schwierigkeiten wurde der Kläger zusammen mit Vertretern anderer Firmen zu einer Besprechung am 2. März 1956 nach Koblenz bestellt. Dort wurde zwischen den Vertretern des BWB und der Firmen Einigkeit darüber erzielt, wie die Konstruktionsmängel unter Abweichung von den Fertigungsunterlagen behoben werden sollten.

- 3 -

Im Anschluß an die Besprechung vom 2. März 1956 erhielt der Kläger telefonisch den Auftrag. Der Kläger bestätigte ihn durch Schreiben vom 2. und 3. März 1956 mit der Zusage, daß er den Liefertermin vom 30. April 1956 einhalten werde. Die schriftliche Auftragsbestätigung des BWB vom 6. März über die Tische ging dem Kläger am 12. März, die Bestätigung vom 12. März über die 3.000 Schränke am 14. März 1956 zu. Diesen Bestätigungen waren Zeichnungen beigelegt, in denen jedoch die am 2. März 1956 besprochenen Änderungen nicht berücksichtigt waren.

In einem vom 28. April 1956 datierten Schreiben, das der Kläger am 5. Mai 1956 erhielt, erklärte das BWB, es habe festgestellt, daß der Kläger den Liefertermin vom 30. April voraussichtlich nicht einhalten könne; im Hinblick auf den dringenden Bedarf werde dem Kläger eine äußerste Frist bis zum 20. Mai 1956 gesetzt; spätere Lieferungen würden nicht mehr entgegengenommen und der Auftrag werde dann an eine andere Firma vergeben.

Der Kläger bat mit Schreiben vom 8. Mai 1956, von .. der angedrohten Maßnahme abzusehen, wenn auch die gesetzlichen Bestimmungen auf Seiten der Beklagten stünden. Er lieferte bis zum 20. Mai nur einen Teil der Tische. Darauf lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 22. Mai 1956 die Abnahme von 604 großen Tischen und sämtlichen Schränken ab. Hinweise des Klägers, daß dadurch sein Betrieb zum Erliegen kommen werde, blieben erfolglos. Am 14. Juli 1956 wurde sein Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens abgelehnt und das Anschlußkonkursverfahren über sein Vermögen eröffnet.

Der Konkursverwalter hat mit Zustimmung des Gläubigerausschusses dem Kläger etwaige Ansprüche gegen die Beklagte wegen der Nichtabnahme der Tische und Schränke aus der Kon-



kursmasse freigegeben. Der Kläger hat seinen Schaden durch Nichtabnahme der 604 großen Tische mit 42.443,08 DM und der 3.000 Schränke mit 297.300 DM angegeben. Er hat einen Teilbetrag von 20.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat die Ansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die - im Berufungsverfahren auf 10.000 DM Verdienstausschlag an den Schränken, 3.000 DM Verdienstausschlag an den großen Tischen und 7.000 DM bereits aufgewendeter Fertigungskosten für diese Tische aufgelegte - Teilklage abgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus positiver Vertragsverletzung verneint das Berufungsgericht, weil die Beklagte berechtigt gewesen sei, die Abnahme der nach dem 20. Mai 1956 fertiggestellten Tische und Schränke zu verweigern. Die Rechtsgrundlage eines solchen Anspruchs sieht es in den §§ 325, 326 BGB; maßgebend ist jedoch hier in erster Linie die Sonderbestimmung des § 9 Nr. 2 VOL (B).

1.) Die Verträge über die Lieferung der Tische und Schränke zum 30. April 1956 seien, so führt es aus, bereits durch die Telefongespräche vom 2. und 3. März 1956 abgeschlossen gewesen. Mit den am 6. März und 12. März 1956 an den Kläger gesandten Auftragsschreiben seien lediglich die fernmündlich erteilten Aufträge bestätigt worden.

Diese Auslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden, zumal der Kläger die telefonischen Aufträge mit den Schrei-

ben vom 2. und 3. März 1956 bestätigt hat mit der Zusage, daß er den Liefertermin vom 30. April 1956 einhalten werde.

2.) Soweit der Kläger nicht bis zum 30. April 1956 geliefert habe, sei er, so führt das Berufungsgericht weiter aus, mit Ablauf dieses Tages gemäß § 284 Abs. 2 BGB ohne Mahnung in Verzug geraten. Da er auch die ihm von dem BWB durch Schreiben vom 28. April 1956, das er am 5. Mai erhielt, unter Ablehnungsandrohung bis zum 20. Mai 1956 gesetzte Nachfrist nicht eingehalten habe, sei die Beklagte berechtigt gewesen, vom Vertrag zurückzutreten.

Auch insoweit enthält das angefochtene Urteil keinen Rechtsfehler.

3.) Der Kläger kann nach Ansicht des Berufungsgerichts nichts daraus herleiten, daß die am 2. März 1956 besprochenen Abänderungen nicht in die den Auftragsschreiben beigegeführten Zeichnungen eingetragen waren. Er habe nicht, so führt es aus, wie es § 7 Abs. 1 VOL (B) verlange, dem BWB mitgeteilt, daß er mangels solcher Zeichnungen in der ordnungsgemäßen Durchführung der Arbeiten behindert sei. Die beigegeführten Zeichnungen hätten zudem als Fertigungszeichnungen genügt. Sie hätten eine Vergrößerung der Angebotszeichnungen dargestellt und alle Maße enthalten. Der Kläger habe die am 2. März 1956 abgesprochenen geringfügigen Änderungen ebenso gut wie die anderen Firmen selbst in den Zeichnungen nachtragen können.

Er habe auch nicht dargelegt, daß er in der Ausführung der Tische und Schränke behindert gewesen sei, weil ihm die Notiz über die in der Besprechung vom 2. März 1956 vereinbarten Änderungen der Angebotsunterlagen nicht übersandt worden sei. Bei Anforderung dieser Besprechungsnotiz habe er nicht darauf hingewiesen, daß er ohne sie die Aufträge nicht fristgerecht zu erledigen vermöge.

a) Die Revision weist darauf hin, daß der Kläger von den Einzelheiten der Stückliste nur nach vorheriger schriftlicher Genehmigung des BWB habe abweichen dürfen, da mündliche Abreden gemäß § 2 Ziff. 1, III der "Ergänzungen des Bundesministers für Verteidigung zur VOL (B)" einer schriftlichen Bestätigung des BWB bedurft hätten; der Kläger sei deshalb gemäß § 3 Abs. 3 VOL (B) Gefahr gelaufen, das BWB werde abweichend hergestellte Gegenstände nicht annehmen oder auf seine Kosten ändern lassen.

Das hat das Berufungsgericht aber berücksichtigt. Es geht davon aus, daß das BWB die am 2. März 1956 vereinbarten Abweichungen von den Angebotsunterlagen den beteiligten Firmen hätte schriftlich mitteilen müssen und daß das nicht geschehen ist.

b) Die Revision meint, damit habe das Berufungsgericht eine Vertragsuntreue der Beklagten festgestellt. Gegenüber der selbst vertragsuntreuen Beklagten habe der Kläger nicht in Verzug geraten können, jedenfalls aber habe der sich selbst nicht an den Vertrag haltenden Beklagten nicht das Recht zugestanden, vom Vertrag zurückzutreten.

Darin kann der Revision nicht gefolgt werden.

aa) Glaubte sich der Kläger in der ordnungsmäßigen Durchführung der übernommenen Leistung dadurch behindert, daß das BWB ihm keine Zeichnung lieferte, welche die am 2. März 1956 besprochenen Abänderungen berücksichtigte, so mußte er dies nach § 7 Ziff. 1 Abs. 1 VOL (B) dem BWB unverzüglich schriftlich anzeigen (vgl. Daub, Maierrose, Müller, Kom. zur VOL (B) § 7 Anm. 2 c).

Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß er das nicht getan hat, greift die Revision nicht an.

Für die Meinung der Revision, daß in § 7 Ziff. 1 Abs. 1 VOL (B) nur außerhalb der Vertragssphäre der Parteien liegende Umstände gemeint seien, spricht nichts. Diese Bestimmung trifft auch den Fall, daß zur Herstellung des Werkes eine Mitwirkung des Bestellers erforderlich ist (§ 642 Abs. 1 BGB). Nur wenn der Besteller die sich aus der Nichterfüllung seiner Mitwirkungspflicht für den Unternehmer ergebende Wirkung kennt oder diese offenkundig ist (§ 7 Ziff. 1 Abs. 2 VOL (B)), können dem Auftragnehmer aus der Unterlassung der Anzeige keine Nachteile entstehen. Der Kläger hat aber diese Kenntnis des BWB nicht behauptet; auch von einer offenkundigen Wirkung kann keine Rede sein, denn andere Firmen haben an Hand der die einzelnen Maße enthaltenden Angebotszeichnungen sich selbst die Werkstattzeichnungen hergestellt sowie nach diesen gearbeitet. Und das hat der Kläger später ebenfalls getan, ohne sich noch auf das Fehlen der Zeichnungen zu berufen. Hätte er dem BWB mitgeteilt, daß er an der Inangriffnahme der Arbeiten behindert sei, so würde er, wie das Berufungsgericht feststellt, diese Unterlagen unverzüglich erhalten haben.

bb) Der Kläger hat auch, so stellt das Berufungsgericht fest, gar nicht behauptet, daß er mit dem Fertigungsbeginn eine Zeitlang gewartet habe in der Annahme, die Protokollnotiz werde ihm noch zugehen. Nach seinem Vortrag hat er vielmehr die Arbeiten an den Tischen am 12. März 1956 begonnen und die Fertigung der Schränke nach Ausführung von ihm noch zu erledigender sonstiger Aufträge am 16. März 1956 aufgenommen. Hierauf hat das Berufungsgericht mit Recht abgestellt. Die Nichtübersendung abgeänderter Zeichnungen und der Notiz über die Besprechung vom 2. März 1956 schloß also weder aus, daß der Kläger mit Ablauf des 30. April 1956 in Verzug geriet, noch hinderte sie die Beklagte, dem Kläger unter Hinweis auf die Folgen aus §§ 9 Nr. 2 VOL (B), 326 BGB die Nachfrist bis 20. Mai 1956

zu setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf vom Vertrag, soweit dieser nicht ausgeführt war, zurückzutreten.

4.) Unter den gegebenen Umständen spricht nichts dafür, daß der Kläger hätte befürchten müssen, die Beklagte werde die gemäß den nur mündlich vereinbarten Abweichungen von den Angebotszeichnungen ausgeführten Tische und Schränke nicht abnehmen. Jedenfalls hat der Kläger hierfür nichts vorgetragen, und er hat auch nicht dargetan, daß er mangels schriftlicher Bestätigung des Besprechungsergebnisses vom 2. März 1956 die Arbeiten nicht in Angriff genommen habe.

5.) Aus der Feststellung des Berufungsgerichts, das BWB hätte "an sich" die am 2. März 1956 besprochenen Abweichungen von den Angebotsunterlagen dem Kläger mitteilen müssen, folgt nicht, wie die Revision meint, die Beweislast der Beklagten dafür, daß der Kläger trotzdem alle bestellten Tische und Schränke hätte rechtzeitig liefern können. Der Kläger, der einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung der Beklagten herleitet, muß dessen Voraussetzungen beweisen. Dazu gehört auch, daß die Handlung der Beklagten für sein Verhalten ursächlich war. Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht von ihm den Beweis verlangt, daß er infolge der Nichtübersendung ergänzter Zeichnungen und der Notiz über die Besprechung vom 2. März 1956 gehindert war, die Arbeiten rechtzeitig in Angriff zu nehmen.

6.) Der Bekundung des Zeugen Stoebesand, die dem schriftlichen Auftrag beigefügten Zeichnungen hätten nicht genügt, es seien Werkzeichnungen erforderlich gewesen und diese habe man dann später im Betrieb angefertigt, brauchte das Berufungsgericht keine Bedeutung zu Gunsten des Klägers beizumessen. Denn danach war der Kläger in der Lage, sich selbst anhand der ihm gelieferten Zeichnungen von ihm für nötig gehaltene Werkzeichnungen herzustellen.

7.) Zu der weiteren Bekundung des Zeugen St[REDACTED], ein Güteprüfer des BWB habe wegen beim Verleimen des Tischbelags aufgetretener Schwierigkeiten die Einstellung dieser Arbeit angeordnet, stellt das Berufungsgericht fest, daß eine solche Weisung in dem Zwischenbericht des Güteprüfers vom 17. April 1956 nicht erwähnt ist.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Unterbrechung der Verleimungsarbeiten an den Tischen durch den Güteprüfer würde aber auch die Lieferfrist nicht verlängert haben, da der Kläger diese Anordnung zu vertreten gehabt hätte, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Anderen Firmen hat, wie das Berufungsgericht feststellt, das Verleimen des Resopals auf dem Metalluntergrund keine Schwierigkeit bereitet; die gegenteilige Behauptung des Klägers in der Revisionsverhandlung ist neu und kann deshalb nicht berücksichtigt werden.

8.) Das Berufungsgericht entnimmt der Bekundung der Zeugin G[REDACTED], der Kläger habe zwar bei Telefongesprächen mit dem BWB öfters die Übersendung der Notiz über die Besprechung vom 2. März 1956 angemahnt, aber nicht darauf hingewiesen, daß er ohne diese Notiz den Liefertermin nicht einhalten könne. Die Ansicht der Revision, die Telefongespräche könnten nur diesen Zweck gehabt haben, ist durch nichts belegt. Das Berufungsgericht führt in diesem Zusammenhang das Schreiben des Klägers vom 20. April 1956 an das BWB an, in dem dieser ebenfalls um eine Abschrift des Protokolls bat, aber immer noch nicht erklärte, daß von ihr die fristgerechte Ausführung des Auftrags abhängen.

9). Falls die Beklagte beim Rücktritt vom Vertrag mit dem Kläger in Kauf genommen hat, daß sie bei Vergabe des vom Kläger nicht mehr ausgeführten Teils der Lieferungen an einen anderen Unternehmer die Tische und Schränke noch später erhalten werde, als wenn sie den Auftrag dem

Kläger beließ, so verstieß sie diesem gegenüber/^{damit}nicht gegen Treu und Glauben. Ihr Standpunkt, daß sie beim Aufbau der Bundeswehr von vornherein streng auf Einhaltung vereinbarter Fristen habe bestehen müssen, ist gerechtfertigt.

Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner ungegründeten Revision zu tragen.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt