

Verkündet
am 10. November 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Peter F [REDACTED] Söhne, Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung, D [REDACTED]-Me [REDACTED], K [REDACTED] - [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch den Geschäftsführer Wilhelm F [REDACTED] sen.,
Bad N [REDACTED], P [REDACTED]-F [REDACTED]-Straße, und
den Regierungsbaumeister a.D. Peter F [REDACTED], D [REDACTED]-Hu [REDACTED],
am He [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin, Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Albert T h [REDACTED], Straßenbau, Wu [REDACTED]/H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. November 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel, Dr. Vogt
und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 23. Oktober 1959 wird zurückge-
wiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das Finanzbauamt in T[REDACTED] erteilte 1957 der Beklagten den Auftrag, die Startbahn des Flugplatzes Sp[REDACTED] zu verlängern. Die Beklagte vergab für 61.875 DM Drainagearbeiten an die Klägerin. Nach dem Leistungsverzeichnis waren die Drainagegräben nach Verlegung der Rohre nicht wieder mit dem Aushub, sondern mit Kiesfiltermaterial und Fels bestimmter Art zu verfüllen. Über die Beseitigung des Aushubs war weder in den betreffenden Positionen des Leistungsverzeichnisses noch in den Auftragsbestätigungsschreiben der Parteien vom 10. und 12. August 1957 etwas gesagt.

Am 17. August 1957 schrieb die Beklagte der Klägerin unter Bezugnahme auf ihr Bestätigungsschreiben vom 10. August 1957, sie wolle noch ergänzend klarstellen, daß zwischen ihr und der Klägerin die gleichen Bedingungen maßgebend seien, wie sie sich aus ihrem Vertrag mit dem Finanzbauamt ergäben. Die Klägerin erwiderte am 19. August 1957, daß ihr die Vertragsbedingungen zwischen der Beklagten und dem Finanzbauamt nicht bekannt seien und daß diese deshalb für sie nicht maßgebend sein könnten; Vertragsbestandteil seien weiterhin ausschließlich ihr Schreiben vom 12. August sowie die Schreiben der Beklagten vom 10. und 12. August, einschließlich der Bezugsangebote.

Nachdem die Klägerin die Arbeiten aufgenommen hatte, kam es zwischen den Parteien wegen des Abfahrens des Aushubs zu Meinungsverschiedenheiten. Die Klägerin erklärte sich schließlich bereit, beim Verladen und Abfahren zu helfen, falls die Beklagte die Fahrzeuge stelle. Hierauf ging die Beklagte nicht ein. Nach weiteren erfolglosen Mahnungen ließ die Beklagte den Aushub abfahren. Hierfür hat sie nach ihrer Behauptung 10.109,96 DM aufwenden müssen.

Diesen Betrag hat sie von der Werklohnforderung der Klägerin einbehalten.

Die Klägerin hat einen Teilbetrag von 6.334,10 DM nebst Zinsen eingeklagt. Sie ist der Ansicht sie sei nicht verpflichtet gewesen, den Aushub anzutransportieren. Sollte dies doch der Fall gewesen sein, so könne die Beklagte höchstens 3.775,86 DM von der Werklohnforderung absetzen, da eine Firma G. bereit gewesen sei, für diesen Betrag die Erdmassen zu beseitigen. Vorsorglich habe sie deshalb auch nur $(10.109,96 - 3.775,86 =) 6.334,10$ DM eingeklagt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Nach ihrer Ansicht ist die Klägerin aus mehreren Rechtsgründen verpflichtet gewesen, den Aushub zu beseitigen. Die Angaben der Klägerin über die erforderlichen Kosten der Beseitigung des Aushubs hat sie bestritten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Klägerin die Beklagte zur Zahlung weiterer 665,90 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Parteien hätten bei Abschluß des Vertrags nicht ausdrücklich vereinbart, daß die Klägerin den Aushub aus den Drainagegräben zu beseitigen habe. Das Leistungsverzeichnis enthalte nichts

hierüber und auch in den beiden Bestätigungsschreiben der Parteien vom 10. und 12. August 1957 sei davon keine Rede.

Die Revision will eine dahingehende Vereinbarung dem Bestätigungsschreiben der Klägerin entnehmen, weil diese darin von "Drainagearbeiten mit Nebenarbeiten" gesprochen habe.

Das Berufungsgericht hat sich hiermit befaßt. Nach seiner Ansicht zwingt der Ausdruck "Nebenarbeiten" nicht zu der Annahme, die Klägerin habe darunter das Verladen und Abfahren überschüssiger Erdmassen verstanden. Es hält es für denkbar, daß die Klägerin mit "Nebenarbeiten" die neben den eigentlichen Drainagearbeiten übernommenen weiteren Arbeiten gemeint habe, die nach dem Leistungsverzeichnis besonders vergütet wurden. Das liege umso näher, als "Nebenarbeit" im Sprachgebrauch der Bauunternehmer nicht dasselbe bedeute wie "Nebenleistung", die kostenlos zu erbringen sei.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Bedeutung der im Urteil verwandten beiden Ausdrücke nicht in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert (§ 139 ZPO); sonst würde die Beklagte durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt haben, daß Bauunternehmer diesen Worten keinen unterschiedlichen Sinn beimäßen.

Mit dieser Rüge kann die Revision die Auslegung des Bestätigungsschreibens nicht mit Erfolg angreifen. Auch wenn Bauunternehmer nicht zwischen besonders zu vergütenden "Nebenarbeiten" und durch die Vergütung für die Hauptleistung abgegoltenen "Nebenleistungen" unterscheiden, bleibt die Auslegung des Bestätigungsschreibens durch das Berufungsgericht vertretbar. Der Hinweis auf den Sprachgebrauch der Bauunternehmer stellt nur eine

zusätzliche, aber keine entscheidende Erwägung des Berufungsgerichts dar. Diese findet überdies eine Stütze in Titel V des vom Finanzbauamt aufgestellten Leistungsverzeichnisses, wo unter der Überschrift "Nebenarbeiten" nur Leistungen aufgeführt sind, die besonders vergütet wurden. Andererseits sind "Nebenleistungen" nach der Begriffsbestimmung in DIN 18300 Ziffer 4 Leistungen, die auch ohne Erwähnung in der Leistungsbeschreibung zur Leistung gehören.

II.

Das Berufungsgericht hält auch nicht für erwiesen, daß die Parteien die Verpflichtung der Klägerin, den Aushub abzufahren, stillschweigend begründet haben. Von selbst habe sich diese Verpflichtung nicht verstanden, auch nicht etwa deshalb, weil ein Flugplatz eben sein müsse. Die Beklagte habe noch weitere Subunternehmer eingesetzt und die Klägerin habe annehmen können, daß ein anderer Unternehmer mit der Abfuhr aller überschüssigen Erde betraut sei, dies besonders deshalb, weil auch die Beklagte den Aushub aus den von ihr selber ausgeführten Drainagegräben habe wegeschaffen lassen müssen.

1.) Die Revision bezeichnet die Folgerung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe annehmen können, ein anderer Subunternehmer sei mit der Abfuhr der überschüssigen Erdmassen betraut, als mit dem Akteninhalt unvereinbar. In ihrem Schriftsatz vom 21. September 1959 (S. 2) habe die Beklagte angeführt, daß lediglich die AEG für die Erdinstallation und ein von dieser empfohlener Bauunternehmer zum Anlegen der dazu erforderlichen Kabelgräben hinzugezogen worden sei. Es habe keine Rede davon sein können, daß dieser etwa den Aushub der Klägerin habe beseitigen sollen.

Ob die Klägerin bei Vertragsschluß annehmen konnte, andere Unternehmer seien mit der Abfuhr des Erdaushubs aus den von ihr herzustellenden Drainagegräben betraut, ist für den Umfang der von ihr übernommenen Verpflichtungen an sich nicht entscheidend. Im übrigen hängt diese Frage ab von den Gegebenheiten bei Vertragsschluß, wie die Klägerin sie sehen konnte. In dem von der Revision erwähnten Schriftsatz (S. 2) hat die Beklagte vorgetragen, eine Firma habe die Hauptarbeiten auszuführen gehabt. Auch wenn diese Firma nicht Subunternehmerin der Beklagten, sondern selbständige Unternehmerin gewesen sein sollte, ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht ausgeschlossen, die Klägerin habe glauben können, daß ein anderer Unternehmer die überflüssigen Erdmassen wegzuschaffen habe. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin habe dieser Meinung auch deshalb sein können, weil die Beklagte ebenfalls ihren Aushub beseitigen lassen mußte, begegnet ebensowenig rechtlichen Bedenken. Wieso die Klägerin durch Vorhaltungen des Diplom-Ingenieurs M. wissen sollte, die Beklagte wolle mit der Wegschaffung des Aushubs nichts zu tun haben, hat diese in den Vorinstanzen nicht schlüssig dargelegt. Soweit es sich um Besprechungen vor Vertragsschluß handelt, fehlt ein Beweis- antritt dafür, daß M. die Klägerin darauf hingewiesen habe, sie müsse auch den Aushub beseitigen. Was M. über Vorgänge nach Vertragsschluß aussagen wollte, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

2.) Zu einer ergänzenden Vertragsauslegung im Sinne des Vortrags der Beklagten bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß. Der Umfang der von der Klägerin übernommenen Leistungen war durch das Leistungsverzeichnis und die Bestätigungsschreiben festgelegt. Es war vielmehr Sache der Beklagten, den Nachweis dafür zu erbringen, daß sich die Klägerin zu weiteren Leistungen verpflichtet hat.

3.) Daraus, daß der Inhaber der Klägerin auf die Aufforderung der Beklagten, den Erdaushub zu beseitigen, geäußert hat, er werde das mit dem Finanzbauamt regeln, folgt nach der Ansicht des Berufungsgerichts nicht, daß er sich seiner Pflicht, den Aushub wegzufahren, bewußt gewesen sei; "möglicherweise" habe er der Beklagten gefällig sein oder durch ein Gespräch mit dem Finanzbauamt die aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten aus der Welt schaffen wollen.

a) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht von einer bloßen Möglichkeit ausgehen dürfen, ist unbegründet. Die Beklagte hat zu beweisen, daß die Klägerin sich zum Abtransport des Aushubs verpflichtet hat. Zweifel und Unklarheiten gehen zu ihren Lasten.

b) Zu Unrecht vermißt die Revision die Feststellung, die Klägerin habe anlässlich ihres Vorschlags, die Abfuhr des Aushubs mit dem Finanzbauamt zu regeln, darauf hingewiesen, daß sie hierzu nicht verpflichtet sei. Die Klägerin hatte in ihrem Schreiben vom 29. August 1957 eindeutig erklärt, sie brauche den Aushub nicht zu beseitigen. Auf die Rechtsfolgen, die die Revision daraus herleiten will, daß die Klägerin ihre ablehnende Haltung nicht klar zu erkennen gegeben habe, kommt es somit nicht an. Insbesondere kann die Beklagte der Klägerin nicht entgegenhalten, sie, die Beklagte, würde, wenn die Klägerin alsbald ihre Rechtsansicht klargestellt hätte, Gelegenheit gehabt haben, den Aushub billiger beseitigen zu lassen. Unstreitig (BU. S. 4) hat sich die Klägerin erboten, beim Verladen und Wegfahren des Aushubs zu helfen, sofern die Beklagte Fahrzeuge zur Verfügung stelle. Diese hat jedoch von dem Angebot keinen Gebrauch gemacht.

4.) Nach Absatz VI Ziffer 1.2 der zwischen der Beklagten und dem Finanzbauamt vereinbarten Vertragsbedingungen war das überschüssige Material beim Ausheben von Gräben nach Angabe der Bauleitung innerhalb der Baustelle zu verfahren, einzuebnen, einzubauen oder abzufahren. Diese Bestimmung liegt, so stellt das Berufungsgericht fest, dem Vertragsverhältnis der Parteien nicht zugrunde.

a) Eine ausdrückliche Vereinbarung hierüber fehle. Erst nach der Erteilung des Auftrags an die Klägerin habe die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 17. August 1957 versucht, die Bedingungen ihres Vertrags mit dem Finanzbauamt auf das Vertragsverhältnis mit der Klägerin zu übertragen. Das habe die Klägerin mit Schreiben vom 19. August 1957 abgelehnt.

Die Vertragsbedingungen zwischen dem Finanzbauamt und der Beklagten seien auch nicht stillschweigend dem Vertragsverhältnis der Parteien zugrunde gelegt worden. Daraus, daß sie der Klägerin, wie die Beklagte behaupte, bei Vertragsschluß bekannt gewesen seien, folge das nicht. Vertragsbedingungen zweier Parteien würden nicht ohne weiteres zum Inhalt von Vereinbarungen der einen Partei mit einem Dritten. Das gelte hier umso weniger als das Finanzbauamt der Beklagten Arbeiten im Betrage von mehreren Millionen DM, die Beklagte der Klägerin aber nur einen Auftrag von rund 60.000 DM übertragen habe und die Beklagte deshalb dem Finanzbauamt Zugeständnisse habe machen können, zu denen die Klägerin der Beklagten gegenüber nicht in der Lage gewesen sei.

b) Was die Revision hiergegen vorbringt, ist unbegründet.

aa) Wenn die Klägerin selbst, wie die Beklagte behauptet hat, schon unter den gleichen Bedingungen für das

Finanzbauamt gearbeitet hatte, so muß daraus nicht folgen, daß sie diese Bedingungen dem Vertragsverhältnis mit der Beklagten zugrunde legen wollte. Auf diese Behauptung der Beklagten brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen.

bb) Auch wenn es üblich sein sollte, daß sich ein Subunternehmer in einem solchen Falle nach den Vertragsbedingungen zwischen seinem Vertragspartner und dem Finanzbauamt erkundigt, so ergibt sich daraus nichts für den Inhalt des Vertrags der Parteien.

cc) Die Beklagte hatte von der Klägerin auch zu Position 86 des Leistungsverzeichnisses des Finanzbauamts ein Angebot angefordert. Danach waren Kabelgräben herzustellen und nach Verlegung des Kabels wieder zu verfüllen "gem. techn. Vorbemerkung 3". Die Klägerin hat ein Angebot hierzu abgegeben, ohne sich, so behauptet sie, nach dem Inhalt der "techn. Bemerkung 3" zu erkundigen; den Auftrag zu Position 86 hat sie aber von der Beklagten nicht erhalten. Nach dem Vortrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 21. September 1959 (S. 7) waren mit "techn. Vorbemerkung 3" die Seiten 52/54 der Baubeschreibung mit der Überschrift " 3. Kabelgräben" gemeint.

Das Berufungsgericht stellt darauf ab, daß die Klägerin den Auftrag zu Position 86 nicht erhalten hat; deshalb sei die Verweisung auf "techn. Vorbemerkung 3" in dieser Position für den Aushub aus den Drainagegräben ohne Bedeutung.

Die Revision meint demgegenüber, welche Bedingungen zwischen den Parteien gelten sollten, könne nicht davon abhängen, ob die Klägerin dem Auftrag erhalten habe.

Damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Position 86 betraf Kabelgräben, nicht Drainagegräben. Wenn aus der dort angeführten "techn. Vorbemerkung 3" zu entnehmen gewesen wäre, daß der Unternehmer den nicht verfüllten Aushub wegzuschaffen habe, so könnte daraus, daß diese Verpflichtung in der die Drainagegräben betreffenden Position nicht enthalten war, ebensogut der Schluß gezogen werden, daß für den Aushub aus den Drainagegräben etwas anderes gelten sollte. Hiervon abgesehen lassen aber auch die von der Beklagten abschriftlich zu den Akten gereichten Seiten 52/54 der Ausschreibung nicht erkennen, daß der Unternehmer den Aushub aus den Kabelgräben zu beseitigen hatte.

dd) Ob und wieviel die Beklagte an dem ihr vom Finanzbauamt erteilten großen Auftrag verdient hat, ist unerheblich. Selbst wenn die Beklagte, wie die Revision dartun will, im Endergebnis einen Verlust erlitten hat, schließt das die Abwägung des Berufungsgerichts nicht aus, daß die Beklagte in Anbetracht der Größe des Auftrags dem Finanzbauamt gegenüber eher Leistungen ohne Vergütung übernehmen konnte, als die Klägerin es in Anbetracht ihres viel kleineren Auftrags der Beklagten gegenüber vermochte.

ee) Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß die Beklagte die Klägerin verpflichten wollte, den Aushub ohne besonderes Entgelt wegzuschaffen. Es hält aber nicht für erwiesen, daß die Klägerin dies erkannt hat und erkennen mußte. Deshalb brauchte das Berufungsgericht keine Erwägung darüber anzustellen, wie sich in den Augen der Klägerin der Vertrag für die Beklagte wirtschaftlich auswirkte.

Die Beklagte hatte durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, es sei branchenüblich, daß bei

derartigen Arbeiten auch ohne ausdrückliche Erwähnung übrig gebliebene Erdmassen abgefahren werden. Sie hatte auch behauptet, daß die Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsinhalt geworden seien. Nachdem das Gutachten des Sachverständigen L. [REDACTED] vorlag, wonach die Klägerin nach den Vorschriften der VOB nicht verpflichtet war, den Aushub abzufahren, hat die Beklagte ihre Behauptung, das Abfahren sei branchenüblich, nicht wiederholt. Schon deshalb brauchte das Berufungsgericht ein weiteres Gutachten hierzu nicht einzuholen.

gg) Das Berufungsgericht ist dem Gutachten des Sachverständigen L. [REDACTED] gefolgt, daß sich aus VOB Teil C DIN 18306 die Pflicht der Klägerin, den Aushub zu beseitigen, nicht ergebe. Diese Vorschrift betrifft nach Ansicht des Sachverständigen die normale Ausführung von Entwässerungs- und Abwässerkanälen. Bei solchen Anlagen werden Gräben ausgehoben, die Rohre verlegt und die ausgehobenen Erdmassen wieder eingefüllt sowie verdichtet. Die danach "übrig gebliebenen" Aushubmassen sind nach DIN 18306 Ziffer 4.23 abzufahren. Das stellt eine Nebenleistung dar, die ohne Erwähnung in der Leistungsbeschreibung und ohne besonderes Entgelt auszuführen ist. Von "übrig gebliebenen" Erdmassen kann aber nach der Meinung des Sachverständigen keine Rede sein, wenn der gesamte Aushub zurückbleibt. Das war hier der Fall, da die Drainagegräben nur mit Kies und Fels aufgefüllt werden durften und deshalb der ganze, nicht nur übrig bleibender Aushub weggeschafft werden mußte. Das Anlegen und Wiederauffüllen der Drainagegräben stellt nach dem Gutachten eine Sonderbauweise dar, für die die Bestimmungen der DIN 18306 nicht gelten.

Die Auslegung der Bestimmungen der DIN 18306 durch das Berufungsgericht läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Die Revision verweist demgegenüber auf die Ausführungen des Beklagten im Schriftsatz vom 21. September 1959 (S. 10 ff), mit denen sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt habe. Diese Erörterungen enthalten jedoch keine Gesichtspunkte, die dem Sachverständigen-gutachten entgegenstehen.

III.

Ansprüche der Beklagten aus positiver Vertragsverletzung der Klägerin hat das Berufungsgericht mangels einer Verpflichtung der Klägerin, den Aushub wegzuschaffen, mit Recht verneint.

Die Revision will eine positive Vertragsverletzung darin sehen, daß die Klägerin sich nicht bei Abschluß des Vertrags erkundigt habe, wer den Aushub wegfahren müsse. Insoweit käme allenfalls eine Haftung der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluß in Betracht.

Das Berufungsgericht hat auch diese verneint. Es meint, es sei Sache der Beklagten gewesen, den Umfang der von der Klägerin zu erbringenden Leistungen klar zu bestimmen. Nichts spreche dafür, daß die Klägerin die Absicht der Beklagten, ihr die Aushubbeseitigung aufzuerlegen, gekannt habe oder hätte erkennen müssen.

Diese Ausführungen sind rechtlich unbedenklich.

IV.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin den Klaganspruch auch insoweit zuerkannt, als diese ihn mit der Anschlußberufung um 665,90 DM erweitert hat, weil die Beklagte die gesamte Forderung der Klägerin über 10.000 DM der Höhe nach nicht angezweifelt habe.

Was die Revision hiergegen vorbringt, liegt neben der Sache. Die Klägerin hatte zunächst von ihrer unbestrittenen Restforderung von 10.109,96 DM einen Teilbetrag von 3.775,86 DM nicht eingeklagt, weil die Beklagte, wenn überhaupt, allenfalls nur in dieser Höhe von ihr Ersatz ihrer Aufwendungen für den Abtransport des Aushubs verlangen könne. Sie hat die Klage um 665,90 DM erweitert, um sie auf $(6.334,10 + 665,90 =) 7.000$ DM aufzurunden. Hat die Beklagte, wie ausgeführt, aus der Nichtbeseitigung der Erdmassen keine Gegenforderung, so folgt daraus, daß die Klägerin auch den Betrag von 665,90 DM beanspruchen kann.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer somit unbegründeten Revision zu tragen.

Dr. Winkelmann Rietschel Erbel

Dr. Vogt Finke