

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 205/71

URTEIL

Verkündet am

29. November 1973
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der A[REDACTED]gesellschaft-W[REDACTED] GmbH & Co. KG, Mainz,
K[REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die GmbH, diese
vertreten durch ihren Geschäftsführer Kurt R[REDACTED],
ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Philipp H [REDACTED] AG., F[REDACTED],
T[REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand
Dr. K[REDACTED], Kurt H[REDACTED], Hans R[REDACTED] und
Dr. Georg K[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Schmidt, Dr. Girisch, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz vom 17. September 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Vom 21. Mai 1968 bis in das Jahr 1969 hinein führte die Klägerin gemäß schriftlichem Werkvertrag der Parteien vom 17./19. Juli 1968 Erd-, Maurer- und Betonarbeiten an einem Bauvorhaben der Beklagten in M[REDACTED]-B[REDACTED] aus. Mit der Klage hat sie einen Teil ihres Werklohnes in Höhe von (zuletzt) 128.803,01 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Die Beklagte hat mit zwei Gegenforderungen auf Vertragsstrafe (88.908,04 DM) und Ersatz von Verzugs-schaden (52.000 DM) aufgerechnet. Sie hat diese Gegen-

- 3 -

forderungen darauf gestützt, daß die Klägerin den nach Behauptung der Beklagten von den Parteien mündlich vereinbarten Fertigstellungstermin vom 30. September 1968 schuldhaft erheblich überschritten habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Gegenforderungen für unbegründet erachtet und der Klage daher in der genannten Höhe stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage auf Grund ihrer Aufrechnung.

Entscheidungsgründe:

In der Revisionsinstanz sind nur noch die beiden zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen im Streit.

I. Die Vertragsstrafe:

1. Das Berufungsgericht läßt die Möglichkeit offen, daß die Parteien nach dem Abschluß des schriftlichen Vertrags mündlich vereinbart haben, die Arbeiten der Klägerin sollten bis zum 30. September 1968 fertig sein. Eine solche Vereinbarung hatte die Beklagte behauptet und unter Beweis gestellt (S. 6-7, 11 der Berufungsbegründung). Das Berufungsgericht hat den Beweis nicht erhoben. Angesichts dessen muß der Senat von der Richtigkeit dieser Behauptung ausgehen.



2. Das Berufungsgericht meint, die etwaige mündliche Vereinbarung der Parteien über eine Fertigstellung bis zum 30. September 1968 sei nicht verbindlich wegen Ziffer 7 des Vertrags vom 17./19. Juli 1968, wonach Änderungen und Ergänzungen des Vertrags schriftlich erfolgen und durch den Auftraggeber in jedem Falle schriftlich bestätigt werden müssen.

Das greift die Revision an.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es bei zuvor vereinbarter Schriftform zur Wirksamkeit einer mündlichen Abrede nicht erforderlich, daß die Parteien die Aufhebung des Formzwanges ausdrücklich zu erkennen geben. Entscheidend ist allein, daß die Parteien die Maßgeblichkeit des mündlich Vereinbarten gewollt haben. Das ist der Fall, wenn - wovon der Senat hier gemäß der Unterstellung des Berufungsgerichts auszugehen hat - der Vertrag hinsichtlich der Bestimmung des Fertigstellungstermins ergänzt worden ist. Auch eine stillschweigende Aufhebung des Formzwangs ist zulässig. Das gilt selbst dort, wo die Parteien an eine Beachtung der Schriftform nicht gedacht haben (Senatsurteile vom 26. November 1964 - VII ZR 111/63 - = LM BGB § 125 Nr. 20; 16. Dezember 1968 - VII ZR 101/66; 22. Juni 1970 - VII ZR 119/68; 8. Oktober 1970 - VII ZR 12/70 -).

Bei dem von ihm als wahr unterstellten Sachverhalt hätte das Berufungsgericht nach alledem die mündliche Vereinbarung des Fertigstellungstermins zum 30. September 1968 als wirksam behandeln müssen.

3. Das angefochtene Urteil kann auch nicht mit anderer Begründung gehalten werden. Das wäre nur dann der Fall, wenn - was das Berufungsgericht offenläßt - die in Ziffer 12.1 des Vertrages vorgesehene Vertragsstrafe sich auf einen außerhalb dieses Vertrages vereinbarten Fertigstellungstermin nicht bezöge oder wenn - wie die Klägerin behauptet hat und das Berufungsgericht ebenfalls offenläßt - die Beklagte sich bei der Abnahme das Recht auf Vertragsstrafe nicht vorbehalten hätte (§ 11 Nr. 2 Satz 2 VOB/B).

a) Zur Frage, ob die Vertragsstrafe auch für einen erst demnächst zu vereinbarenden oder für einen angemessenen Fertigstellungstermin gelten sollte, ist eine abschließende Entscheidung noch nicht möglich. Hierzu fehlt es an hinreichenden Feststellungen des Berufungsgerichts.

b) Die Frage, ob die Beklagte sich die Geltendmachung der Vertragsstrafe bei der Abnahme vorbehalten hat, hat das Berufungsgericht nicht entschieden. Es stellt aber fest, daß über die Abnahmeverhandlungen Niederschriften gefertigt worden sind und daß es dort heißt, die Abnahme sei unter Vorbehalt der Rechte auf Vertragsstrafe erfolgt; die Klägerin habe jedoch die Niederschriften mit Zusätzen versehen, denen zufolge sie den Vorbehalt nicht anerkenne.

Diese Feststellungen genügen für einen wirksamen Vorbehalt. Die von der Klägerin angeführte Entscheidung des Senats BGHZ 33, 236 steht dem nicht entgegen. Dort hat der Senat darauf hingewiesen, daß bei der förmlichen Abnahme ein Vorbehalt im Zeitpunkt der Abnahme erforderlich ist (aaO 239). Wenn aber - wie hier gemäß Ziffer 19.1

Satz 3 der Vertragsbedingungen - über das Ergebnis der Abnahme eine Niederschrift zu fertigen ist, die von beiden Vertragsteilen unterzeichnet werden muß, so ist die Unterschriftsleistung ein Teil der Abnahme. Das gilt jedenfalls dann, wenn Baustellenbesichtigung und Fertigung der Niederschrift in engem zeitlichen Zusammenhang stehen. Dafür, daß dies hier nicht der Fall gewesen wäre, ist nichts ersichtlich.

4. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß die Parteien sich auf den 30. September 1968 als Fertigstellungstermin geeinigt hatten, so wird es die von ihm ferner offen gelassene Frage zu prüfen haben, ob die Beklagte die Erfüllung des Zeitplans durch ihr Verhalten unmöglich gemacht, ob sie also "den Zeitplan umgeworfen" hat. Das würde nämlich, wie der Senat schon wiederholt ausgesprochen hat, dazu führen, daß die Vertragsstrafenzusage entfällt (Urteile vom 13. Januar 1966 - VII ZR 262/63 - = LM BGB § 339 Nr. 11; vom 16. Mai 1968 - VII ZR 27/66; vom 20. März 1969 - VII ZR 29/67).

Zu den hierfür maßgeblichen Gründen können auch erhebliche Planungsänderungen und sonstige Eingriffe in die Organisation der Klägerin gehören. Verzögerungen bei der Bezahlung von Teilleistungen kommen dann in Betracht, wenn sie die Organisation beeinflussen durften - etwa bei Verzug - und auch tatsächlich beeinflußt haben. Dabei ist es gerechtfertigt, nicht nur eine das Bauwerk unmittelbar betreffende Behinderung der Ausführung, sondern auch deren Auswirkung auf andere, von der Klägerin gleichfalls übernommene Bauvorhaben zu berücksichtigen (Senatsurteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 27/66).

Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um dem Senat eine eigene Entscheidung zu ermöglichen. Die Klägerin hat in ihrem Schriftsatz vom 2. März 1970 ausführlich vorgetragen, in welchem Umfange sie durch Maßnahmen der Beklagten behindert gewesen sei. Sie hat hierauf in ihrem Schriftsatz vom 22. Juni 1971 Bezug genommen. Dem ist das Berufungsgericht bisher nicht nachgegangen. Zahlungsverzug und Nachtragsangebote vermögen nach dem gegenwärtigen Stand der Sachaufklärung den Fortfall der Vertragsstrafenzusage nicht zu rechtfertigen. Das wird im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch noch näher ausgeführt werden.

II. Der Verzugsschaden:

1. Verzug der Klägerin hat das Berufungsgericht verneint, weil für die Fertigstellung der Arbeiten eine Zeit nach dem Kalender nicht bestimmt gewesen sei. Diese Annahme findet jedoch in den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Grundlage, weil es - wie vorstehend ausgeführt - die Möglichkeit offen gelassen hat, daß die Parteien den 30. September 1968 als Fälligkeitstermin vereinbart hatten. Träfe das zu, so wäre die Klägerin nach § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB ohne Mahnung in Verzug geraten.

Schon deshalb kann das angefochtene Urteil auch in diesem Punkte nicht aufrechterhalten bleiben.

2. Sollte ein nach dem Kalender bestimmter Fertigstellungstermin nicht vereinbart worden sein, so würde

es darauf ankommen, ob die Beklagte die Klägerin nach Eintritt der Fälligkeit gemahnt hat (§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Auch das verneint das Berufungsgericht. Fällig geworden seien die Arbeiten der Klägerin erst nach Ablauf einer angemessenen Frist. Daß die angemessene Frist bereits am 21. November 1968 abgelaufen sei, lasse sich nicht feststellen.

Die Revision meint demgegenüber, die angemessene Frist zur Fertigstellung der Arbeiten sei bereits vor dem 21. November 1968 abgelaufen, so daß jedenfalls das Schreiben der Beklagten von diesem Tage den Verzug der Klägerin herbeigeführt habe.

3. Diese Ausführungen sind beachtlich.

a) War Anfang August 1968 die Fertigstellung wirksam zum 30. September 1968 vereinbart worden, so sind sämtliche Vorbehalte gegenstandslos, die die Klägerin vor der Besprechung von Anfang August 1968 gemacht hatte. Ohne Bedeutung ist dann insbesondere, daß die Klägerin in ihrem Schreiben vom 19. Juli 1968 erklärt hatte, es sei ihr noch nicht möglich, einen Fertigstellungstermin fest zu vereinbaren.

b) Die Überschreitung des Fertigstellungstermins würde die Klägerin allerdings dann nicht zu vertreten haben, wenn die Verzögerung durch Anordnungen oder Maßnahmen der Beklagten verursacht worden wäre.

Bisher ist aber nicht festgestellt, daß die Klägerin einen Rückstand der Beklagten bei der Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen zum Anlaß genommen hätte, "Umdispositionen" zu treffen. Das Berufungsgericht unterstellt das lediglich zugunsten der Klägerin. Im Verzuge hatte die Beklagte sich erst seit dem 28. September 1968 befunden. Bereits einen Tag vorher war aber ihr Konto mit den Rechnungsbeträgen belastet worden. Die Klägerin hat denn auch die Arbeiten entgegen ihrer Ankündigung am 1. Oktober 1968 nicht eingestellt.

Entsprechendes gilt für die Frage, ob die Nachtragsangebote eine Verzögerung herbeigeführt haben. Das Berufungsgericht wird noch zu prüfen haben, inwieweit diese Angebote den Fertigstellungstermin beeinflußt haben und ob sie auf Grund von Umständen notwendig geworden waren, die die Klägerin nicht zu vertreten hatte.

Schließlich wird auch in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sein, was die Klägerin an sonstigen Störungen und Behinderungen ihrer Organisation durch die Beklagte vorgetragen und unter Beweis gestellt hat (vgl. oben 1 4).

- 10 -

III.

Das angefochtene Urteil ist nach alledem aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Schmidt

Girisch

Recken

Doerry