

Fachschiagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2195 046

13

ZPO § 128 Abs. 2

An den Grundsätzen des Urteils BGHZ 28, 278, wonach das Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nicht frei widerruflich ist, wird festgehalten (gegen BARbG NJW 1962, 509).

BGH, Urt.v. 12. Juli 1962 VII ZR 22/61 Kammergericht
LG Berlin

VII ZR 22/61

Verkündet am 12. Juli 1962
[REDACTED], 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 Hallenbau Ing. K. P. [REDACTED] OHG, F. [REDACTED],
W. [REDACTED] Straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter Ing. K. P. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Kurt K. [REDACTED], Inhaber Kurt K. [REDACTED], B. [REDACTED]-N. [REDACTED],
Karl-M. [REDACTED] Straße [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Werthauer -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 5. Juli 1962 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Erbel,
Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am
8. Dezember 1960 an Verkündungsstatt zuge-
stellte Urteil des 16. Zivilsenats des Kammer-
gerichts im Kostenpunkt und insoweit aufge-
hoben, als die Klage in Höhe von 1.300 DM
nebst Zinsen hiervon abgewiesen worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung an den 7. Zivil-
senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten beider Revisionsverfahren hat
die Klägerin 5/6 zu tragen. Über das weitere
Sechstel hat das Berufungsgericht zu befinden.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Urteil des Senats vom 11. Mai 1959 - VII ZR 50/58 -, auf das verwiesen wird.

Das Kammergericht hat über den noch anhängigen Teil des Rechtsstreits ebenso entschieden, wie das erste Mal. Es geht davon aus, daß die Klägerin die Lieferfrist um 94 Tage überschritten habe. Davon seien ihr nach dem insoweit rechtskräftigen Urteil vom 29. Januar 1958 19 Tage nicht zuzurechnen (15 Sonn- und Festtage sowie 4 Frosttage), so daß 75 Tage verblieben. Hierfür schulde sie eine Vertragsstrafe von 7.500 DM, mit der die Beklagte rechtswirksam gegen die unstreitige Klageforderung aufgerechnet habe.

Mit ihrer erneuten Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung jener 7.500 DM. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Im Termin vom 23. Juni 1960 hatten sich die Parteien mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung für den Fall einverstanden erklärt, daß kein Vergleich zustande komme. Die Vergleichsverhandlungen sind gescheitert. Darauf hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 27. September 1960 beantragt, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten.

Das Kammergericht unterstellt, daß die Klägerin damit ihr Einverständnis zur schriftlichen Entscheidung nach



dem § 128 Abs. 2 ZPO widerrufen wollte; es hält einen solchen Widerruf aber unter Verweisung auf die Entscheidung BGHZ 28, 278 für unbeachtlich und hat das angefochtene Urteil ohne mündliche Verhandlung erlassen.

Die Revision bittet um Prüfung, ob dieses Verfahren zulässig ist. Vorsorglich macht sie geltend, daß durch die Anführungen im Schriftsatz der Beklagten vom 27. September 1960 eine wesentliche Änderung der Prozeßlage eingetreten und die Einverständniserklärung deswegen widerrufbar sei.

Diese Rüge ist unbegründet.

1. Der Bundesgerichtshof hat in seinem eingehend begründeten Urteil BGHZ 28, 278 dargelegt, daß jene Einverständniserklärung unwiderrufbar ist. Diese Bindung bezieht sich, was nicht besonders hervorgehoben, aber selbstverständlich ist, nur auf die nächste Entscheidung, gleichviel welcher Art sie ist.

Hieran ist festzuhalten. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht eine abweichende Meinung vertreten (NJW 1962, 509). Sie überzeugt aber nicht.

Ein Zurückgreifen auf den Wortlaut des Gesetzes führt nicht weiter. Die Wendung "mit Einverständnis der Parteien" deutet nicht zwingend auf die Fortdauer des Einverständnis-Zustandes hin; vielmehr kann damit ebenso gut die Einverständniserklärung gemeint sein. Jedenfalls ist mit solchen Erwägungen kein eindeutiges Ergebnis zu erzielen.

Unter diesen Umständen hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Recht auf den mit der Regelung verfolgten Zweck und Sinn abgestellt. Das ist auch nach

Ansicht des erkennenden Senats der Gesichtspunkt, dem bei dem nicht eindeutigen Wortlaut das ausschlaggebende Gewicht beizumessen ist. Danach hat das Gesetz den Grundsatz der Mündlichkeit gelockert, um das Verfahren zu beschleunigen und die Gerichte zu entlasten. Dieses Ziel wäre nur mit erheblichen Einschränkungen zu erreichen, wenn es im freien Belieben der Parteien stände, unabhängig von dem einmal erklärten Einverständnis zur schriftlichen Entscheidung eine neue mündliche Verhandlung zu verlangen.

Abgesehen hiervon verlangt das Prozeßverfahren für jede zu treffende Entscheidung eine sichere Grundlage. Sie würde bei der von dem Bundesarbeitsgericht vertretenen Meinung fehlen.

2. Die Frage, ob das Einverständnis wenigstens dann widerrufbar ist, wenn sich die Prozeßlage wesentlich geändert hat (so BGHZ 11, 27, 32), braucht nicht entschieden zu werden. Denn eine solche Änderung ist hier nicht eingetreten.

Der Schriftsatz der Beklagten vom 27. September 1960, auf den sich die Revision insoweit beruft, enthält im wesentlichen nur Wiederholungen des bisherigen Vorbringens. Das gilt insbesondere auch für die angebliche Unterscheidung zwischen den Worten "Lieferung" und "Fertigstellung"; Behauptungen dieser Art hatte die Klägerin bereits in ihren Schriftsätzen vom 31. Mai 1957 und vom 9. Juni 1960 aufgestellt.

B.

In der Sache ist die Revision zum Teil begründet.

I.

Das Kammergericht ist in Übereinstimmung mit seinem früheren Urteil wieder zu dem Ergebnis gelangt, daß die Vertragsstrafe bei Fristüberschreitungen auch ohne Verzug der Klägerin verwirkt sein sollte. Diese habe sich, so führt es aus, nur Verzögerungen vorbehalten, die durch höhere Gewalt, Streik oder Verfügung von hoher Hand bedingt sein sollten. Im übrigen habe sie für die Einhaltung der Frist die Garantie übernommen.

Die gegen diese Würdigung gerichteten Angriffe sind begründet.

Allerdings ist eine Vereinbarung der von dem Kammergericht angenommenen Art zulässig (u.a. RGZ 85, 100, 103). Es ist auch nicht zu verkennen, daß vorliegend für eine solche Annahme gewichtige Gründe sprechen könnten. Die Ausführungen des Kammergerichts zu diesem Punkte leiden aber an einem wesentlichen Mangel.

Es hat die Entscheidung des Senats vom 11. Mai 1959 ersichtlich mißverstanden. In seinem ersten Urteil hatte es die Garantie vor allem aus dem Inhalt der Schreiben der Klägerin vom 24. Juli und 10. August 1954 entnommen. Diese Würdigung hatte der Senat für unzureichend erachtet, weil die Parteien später (Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 3. September 1954) die Anwendung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B vereinbart hatten, in deren § 11 Abs. 2 S. 1 vorgesehen ist, daß die Vertragsstrafe nur bei Verzug des Auftragnehmers verfallen soll.

Zu prüfen war also, ob die ursprüngliche Garantiezusage durch eine abändernde Vereinbarung i.S. der im

§ 11 VOB (B) enthaltenen Regelung entfallen oder eingeschränkt worden ist. Dazu bestand umso mehr Veranlassung, als das Kammergericht jenen § 11 in anderer Richtung angewandt hatte.

Diese Prüfung fehlt in dem angefochtenen Urteil. In eine solche Richtung deutet höchstens der Hinweis S. 15 d. Urt. auf die "zutreffende Begründung" im Schriftsatz der Beklagten vom 2. September 1959 S. 2 - 4. Dort befinden sich allerdings die von dem Senat vermißten Erörterungen. Diese Bezugnahme genügt für sich allein aber nicht. Es ist Sache des Gerichts, die entscheidenden Gesichtspunkte im Urteil anzuführen; andernfalls können Zweifel offen bleiben, was es im einzelnen von den Ausführungen der Parteien übernehmen will. Jedenfalls ist dem Revisionsgericht ohne eine solche Wiedergabe in der Regel und so auch hier eine Nachprüfung nicht möglich, ob das sachliche Recht richtig angewendet worden ist.

II.

Daraus folgt aber noch nicht, daß das Urteil wegen dieses Mangels aufgehoben werden muß. Denn das Kammergericht gibt zu allen Posten eine Hilfsbegründung für den Fall, daß die Garantiezusage verneint wird.

1. Unter dem 3. September 1954 bestätigte die Klägerin der Beklagten die Erteilung eines Zusatzauftrages. Die Klägerin meint, diese Arbeiten hätten 18 Tage in Anspruch genommen; um diesen Zeitraum müsse die Lieferungsfrist verlängert werden.

Das Kammergericht ist dem nicht gefolgt. Es ist der Ansicht, daß auch der Zusatzauftrag innerhalb der im Bestätigungsschreiben vom 10. August 1954 erwähnten

Lieferungsfrist auszuführen war; das entnimmt es den im Schreiben vom 3. September 1954 enthaltenen Worten: "Lieferungsfrist im Rahmen des Gesamtauftrags".

Die gegen diese Würdigung gerichtete Verfahrensrüge der Revision (Verletzung des § 286 ZPO) ist unbegründet.

a) Maßgebend ist, wie die Erklärungen der Klägerin im Schreiben vom 3. September 1954 aufzufassen waren und von der Beklagten aufgefaßt worden sind. Hierzu stellt das Kammergericht fest, daß die Lieferungsfrist durch den Zusatzauftrag nicht verlängert werden sollte.

Gegenüber dieser vertraglichen Bindung der Klägerin kommt es nicht darauf an, ob sie die Arbeiten erst nach Fertigstellung der Halle beginnen konnte, und welchen Zeitaufwand sie hierzu benötigte. Das Berufungsgericht brauchte also die dahingehenden Beweisanträge der Klägerin nicht zu beachten.

b) Von den Ansätzen der Klägerin fallen somit 18 Tage weg.

Die Klägerin hat nun insgesamt 102 Tage als entschuldigt errechnet. Da sie die Lieferfrist unstreitig nur um 94 Tage überschritten hat, kommen ihr von jenen 18 Tagen 8 zu Gute, ohne daß sie deswegen eine Vertragsstrafe verwirkt hätte. Für die restlichen 10 Tage schuldet sie je 100 DM, insgesamt also 1.000 DM.

2. Die Klägerin hatte als weiteren sie entschuldigenden Verzögerungsgrund 7 Regentage im November und Dezember 1954 angeführt.

Das Kammergericht erkennt sie nicht als Behinderungsgrund an. Mit solchen Einflüssen sei, so führt es aus,

in jeder Jahreszeit auch für mehrere Tage zu rechnen gewesen; sie seien daher gemäß dem § 6 Nr. 2 VOB (B) nicht zu Gunsten der Klägerin anzusetzen.

Gegen diese Begründung, die von der Revision nicht angegriffen wird, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die Vertragsstrafe ist also für weitere 7 Tage mit 700 DM verfallen.

3. Die Klägerin hat eine Fristverlängerung von insgesamt 27 Tagen für sog. Fremdarbeiten verlangt. Es handelte sich dabei um Aufträge, die die Beklagte an den "Subunternehmer" der Klägerin, Ossenkopp, direkt erteilt hatte und die nicht zum Aufgabenkreis der Klägerin gehörten. Die Klägerin ist der Ansicht, daß sie durch diese Arbeiten behindert worden ist.

Sie hat weiter geltend gemacht, daß sich die Beendigung der Arbeiten u.a. durch diese Behinderung sowie dadurch bis in den Winter erstreckt habe, daß die Beklagte die vorläufige Baugenehmigung nicht rechtzeitig besorgt habe. Sie, die Klägerin, hätte auf diese Weise an 35 Frosttagen nicht arbeiten können, um die sich die Lieferungsfrist ebenfalls verlängere.

Das Kammergericht hat hiervon im Hinblick auf ein Anerkenntnis der Beklagten in seinem ersten Urteil 4 Frosttage anerkannt. Im übrigen ist es der Ansicht, daß die Klägerin für die verbleibenden 58 Tage auch dann einzustehen habe, wenn sie keine Garantie übernommen habe.

a) Zu den sog. Fremdarbeiten gehörte die Herstellung eines waagrechten Planums.

aa) Entgegen der ursprünglichen Annahme der Parteien wies der Boden in Länge der Halle von 50 m ein Gefälle von 30 cm auf. Deswegen wurden Bodenbewegungen und Betonarbeiten notwendig, für die die Klägerin unstreitig nicht einzustehen hatte. Ossenkopp führte sie für Rechnung der Beklagten durch.

Die Klägerin hatte bereits mit ihrem Schreiben an die Beklagte vom 7. Dezember 1954 behauptet, sie sei hierdurch behindert worden; im Prozeß hat sie die dadurch eingetretene Verzögerung auf 9 Tage angegeben.

In seinem ersten Urteil hatte das Kammergericht die dahingehende Verteidigung der Klägerin nicht anerkannt, weil sie die Fertigstellung innerhalb der angegebenen Frist garantiert habe und vorausszusehen gewesen sei, daß zusätzliche Aufträge der Beklagten hinzukommen würden.

Das hatte der Senat im Urteil vom 11. Mai 1959 nicht gebilligt und zwar mit der Begründung, es wäre mit Treu und Glauben unvereinbar, wenn die Beklagte die Nichterfüllung der ihr obliegenden Pflichten zum Anlaß nehmen würde, der Klägerin die dadurch verursachte Verzögerung zur Last zu legen.

In seinem neuen Urteil führt das Kammergericht dazu aus: Die Beklagte habe zwar grundsätzlich eine durch die Planierungsarbeiten eingetretene Verzögerung gemäß dem § 6 Nr. 2 a VOB (B) zu vertreten. Es sei auch dargetan, daß dadurch ein zusätzlicher Arbeitsaufwand für die Firma O [REDACTED] entstanden sei. Trotzdem dürfe sich die Klägerin auf eine solche Behinderung nicht berufen. Denn es sei ihre Sache gewesen, die notwendige Abstimmung mit O [REDACTED] herbeizuführen. Sie

habe sich gegen den Vorwurf der Beklagten, eine solche Abstimmung unterlassen zu haben, nicht ausreichend gewehrt.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen sind begründet.

bb) Allerdings ist es nicht richtig, daß das Kammergericht insoweit gegen den § 565 Abs. 2 ZPO verstoßen habe, wie die Revision meint.

Wohl ist es auffallend, daß das Berufungsgericht den von dem Senat insoweit als Aufhebungsgrund angeführten Verstoß gegen Treu und Glauben nicht erörtert. Das ist aber unschädlich; denn es stellt seine Entscheidung auf einen Umstand ab, der geeignet sein könnte, einen solchen Verstoß auszuschließen. Hätte nämlich die Klägerin in erster Linie durch ihr eigenes Verhalten (die fehlende Abstimmung mit Ossenkopp) die Verzögerung herbeigeführt, so könnte sie der Beklagten nicht die von dem Senat erwähnte Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten.

Solche Erwägungen, die auf tatsächlichem Gebiet liegen, würden durch die Bindungswirkung des § 565 Abs. 2 ZPO nicht berührt. Entgegenstehende Feststellungen, von denen die Revision spricht, hat der Senat nicht getroffen und hätte es auch nicht tun können.

cc) Das Kammergericht hat jedoch die Anführungen und Beweisantritte der Klägerin im Schriftsatz vom 3. März 1960 nicht hinreichend beachtet. Sie sind, insbesondere im Zusammenhang mit dem von der Revision ebenfalls erwähnten Schriftsatz vom 8. Oktober 1959, nach Ansicht des Senats dahin zu verstehen, daß durch die fraglichen Arbeiten eine unvermeidbare Verzögerung von 9 Tagen ein-

getreten sei. Sollte das Kammergericht jenes Vorbringen nicht in diesem Sinne aufgefaßt haben, so hätte es, wie der Revision zuzugeben ist, gemäß § 139 ZPO fragen müssen.

Wenn aber diese Tatsachen erwiesen werden sollten, so würde der Annahme des Kammergerichts, eine Verzögerung wäre bei gehöriger Abstimmung zwischen der Klägerin und O. [REDACTED] nicht entstanden, der Boden entzogen. Die Klägerin hat insoweit auch ihrer Anzeigepflicht aus dem § 6 Nr. 1 VOB (B) genügt, wie bereits erwähnt worden ist.

dd) Das Urteil muß also aufgehoben werden, soweit es durch diesen Mangel berührt wird.

Das ist zunächst hinsichtlich der von der Klägerin dafür eingesetzten 9 Tage der Fall. Darüber hinaus kann eine solche Verzögerung für die Behinderung durch einige Frosttage wesentlich gewesen sein. Zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt sind bereits die Tage vom 3. bis zum 6. Januar 1955. Nicht schlechthin ausgeschlossen ist jedoch, daß auch die 4 weiteren von der Klägerin angeführten Frosttage im Januar 1955 (7., 21., 22. und 23. Januar 1955) in Betracht kommen.

Dagegen hat sich die Herstellung des Werkes wegen jener 9 Tage und der 8 Frosttage im Januar 1955 unmöglich so lange verzögert, daß die Frostperiode vom 21. Februar bis zum 23. März 1955 erreicht wurde. Das gilt umsomehr, als die Klägerin nach ihrem Brief vom 3. Dezember 1954 schon mit Schreiben der Firma O. [REDACTED] vom 6. November 1954 die Nachricht erhalten hatte, daß die Planierungsarbeiten notwendig seien.

Der Senat hat es daher für möglich erachtet, daß eine Verzögerung von höchstens 13 Tagen auf diese Weise entschuldigt werden könnte. Er hat das Urteil somit wegen der dafür verwirkten Vertragsstrafe von 1.300 DM aufgehoben und die Sache insoweit gemäß § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

b) Die übrigen Fremdarbeiten von insgesamt 18 Tagen (6 Tage für Verputz, 6 Tage für Rohrkanäle und 6 Tage für Gefälle im Fußboden) sind nicht geeignet, die Lieferfrist zu verlängern.

Es kann dahinstehen, ob insoweit alle vom Kammergericht angeführten Gründe durchgreifen. Jedenfalls wird das Urteil zu diesen Punkten durch die Feststellung getragen, daß die Klägerin es unterlassen habe, die Beklagte zu einer "Koordinierung der Arbeiten zu veranlassen" und daß sie nicht behauptet habe, alles getan zu haben, um eine Verzögerung zu vermeiden. Bei einer solchen Sachlage kann die Klägerin die Berücksichtigung der hindernden Umstände gemäß dem § 6 Nr. 1 und 3 VOB (B) nicht verlangen. Denn im Gegensatz zu dem Punkt "Planierungsarbeiten" hat hier die Revision nicht gerügt, daß Ausführungen und Beweisantritte übergangen worden sind. Eine solche Rüge hätte zudem schon wegen des Fehlens einer Anzeige nach dem § 6 Nr. 1 VOB (B) erfolglos bleiben müssen.

c) Die Klägerin hat, wie schon erwähnt, eine Behinderung durch weitere 27 Frosttage zwischen dem 21. Februar und dem 23. März 1955 als entlastende Verzögerung angeführt.

Das Kammergericht meint, mit einer solchen Behinderung hätte bei Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden müssen; deswegen dürfe sich die Klägerin gemäß dem § 6 Nr. 2 Abs. 2 VOB (B) nicht darauf berufen.

Auf diese nicht unbedenkliche Begründung und die dagegen gerichteten Revisionsrügen braucht nicht eingegangen zu werden. Denn die Möglichkeit, jene Frosttage anzurechnen, entfällt aus anderen Erwägungen.

Unstreitig ist die Baugenehmigung am 28. Oktober 1954 erteilt worden. Unstreitig ist weiter, daß danach die vereinbarte Lieferungsfrist einschließlich der "Karenzzeit" am 23. Januar 1955 ablief. Rechnet man die noch nicht geklärten 13 Tage, die anerkannten 4 Frosttage, sowie für diese 17 Tage rund 3 Feiertage mit insgesamt also 20 Tagen hinzu, so wird der Beginn der Frostperiode am 21. Februar 1955 noch nicht erreicht. Die Klägerin befand sich also damals bereits im Verzuge und hat für die Folgen gemäß dem § 287 BGB auch ohne Verschulden einzustehen.

Die Anwendung dieser Bestimmung wird nicht durch den § 6 Nr. 2 VOB (B) ausgeschlossen, wie die Revision meint. Jener § 6 Nr. 2 behandelt nur eine etwaige Verlängerung der Ausführungsfrist. Die Frage, welche Folgen sich aus einem Verzug bei deren Versäumung ergeben, wird darin nicht behandelt.

III.

Die Revision ist somit, da auch sonst kein die Klägerin beschwerender Rechtsirrtum zu erkennen ist, in Höhe von 6.200 DM zurückzuweisen.

Über 5/6 der Kosten der beiden Revisionsverfahren ist gemäß den §§ 92, 97 ZPO wie geschehen zu erkennen. Über ein weiteres Sechstel muß das Berufungsgericht befinden.

Winkelmann

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt

Finke