

Verkündet
am 29. Oktober 1959
Hofmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt K [REDACTED] in B [REDACTED]-H [REDACTED],
K [REDACTED]allee [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1) die Firma Wilhelm G [REDACTED] o.H.G. in B [REDACTED]-Ch [REDACTED]
[REDACTED], L [REDACTED]allee [REDACTED], vertreten durch die Beklagten
zu 2),

2) die Gesellschafter der Beklagten zu 1):

a) den Volkswirt Dr. Walter W [REDACTED], B [REDACTED]-Ch [REDACTED]
[REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

b) den Dipl.-Kaufmann Steuerberater Werner Ku [REDACTED],
B [REDACTED]-Gr [REDACTED], T [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter zu 2a) Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Scheffler, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 22. Februar 1958 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte Gesellschaft pachtete 1951 vom Senat der Stadt Berlin ein Gelände, um dort Kies zu fördern. Von einer Brunnenbaufirma ließ sie sieben Probebohrungen von 10 - 13 m Tiefe vornehmen. In dem darüber erstatteten Bohrbericht vom 15. Mai 1951 heißt es, ab 2 m Tiefe stehe grober Sand und Kies mit Geröll durchsetzt in einer Mächtigkeit von 8 - 10 m und darüber an. Vor dem Abbau seien weitere Orientierungsbohrungen ratsam, um die Mächtigkeit der Kiesschicht an der Abbaustelle zu ermitteln.

Die Gesellschaft besaß weder das zur Kiesförderung erforderliche Gerät noch das zur Anschaffung solcher Geräte notwendige Geld. Sie verhandelte deshalb mit größeren Tiefbauunternehmen. Das schriftliche Angebot des Klägers vom 27. September 1951 war das günstigste. Dem Kläger war der Bohrbericht bekannt. In der Vorbemerkung seines Angebots bezeichnete er die eingesetzten Preise als Richtpreise für eine tägliche Förderungsleistung von 500 cbm; der Kalkulation sei eine Auftragsdauer von zwei Jahren zu Grunde gelegt.

Am 4. Oktober 1951 erstattete die Brunnenbaufirma einen Bohrbericht über weitere sechs Bohrungen, die sie auf einem kleineren Teil des Geländes vorgenommen hatte. Danach kam an dieser Stelle Kies erst ab etwa 7 m Tiefe vor. In einem der Bohrlöcher war eine Faulschlammschicht festgestellt worden. Dieser Bohrbericht wurde dem Kläger nicht bekanntgegeben.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 1951 erteilte die Beklagte dem Kläger unter Bezugnahme auf dessen Angebot den Auftrag mit dem Hinweis, daß ihm die Beschaffenheit des Geländes durch mehrere Besuche bekannt sei und daß für die Übernahme, Ausführung und Abrechnung der Arbeiten die

- 3 -

Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) gelten sollten. In Übereinstimmung mit dem Angebot des Klägers sollte dieser erhalten:

1.) für Abräumen von Boden einschließlich Verladen und Transportieren bis zur Abkipfstelle je cbm DM 1,10,

2.) für Abräumen von Boden bis zur Grundwassergrenze und Verladen auf LKW je cbm DM 0,75,

3.) für Ausheben von Kiesschichten ab Grundwassergrenze bis etwa 12,5 m senkrechte Tiefe einschließlich Erfassen der auf einer Tonschale aufstehenden Grobsteinschicht und Transport des gewonnenen Materials bis zu 500 m weit je cbm DM 1,50.

Der Auftrag galt vorerst bis 31. Dezember 1953; eine Verlängerung war vorgesehen.

Die Beklagte hatte dem Kläger mündlich erklärt, sie lege Wert auf den Einsatz eines Eimerkettenbaggers. Der Kläger wollte diesen Wunsch erfüllen und kaufte einen solchen in Westdeutschland. Um sich die hierfür erforderlichen 47.000,-- DM zu verschaffen, veräußerte er Ende Oktober oder im November 1951 drei Räumraupen, die er auf Großbaustellen in der Pfalz eingesetzt hatte.

Am 22. Oktober 1951 schrieb die Beklagte dem Kläger, sie erwarte, daß der Eimerkettenbagger, wie zugesagt, spätestens am 1. November 1951 in Betrieb genommen werde. In ihrem Schreiben vom 29. Oktober 1951 beanstandete sie, die Arbeiten des Klägers gingen nicht voran. Am 16. November 1951 drückte sie ihre größte Unzufriedenheit aus, die Maschinen des Klägers seien häufig nicht in Ordnung, der Eimerkettenbagger sei immer noch nicht in Betrieb und der Kläger gehe beharrlich einer Aussprache aus dem Wege.



Sie setzte ihm gemäß § 4 Ziff. 9 VOB (a.F.) eine Frist von drei Tagen zur Inbetriebnahme des Baggers und der Bandstrasse unter Hinweis auf ihre Rechte aus § 8 Ziff. 3 VOB. Im Schreiben vom 24. November 1951 legte sie im einzelnen dar, daß sie aus zahlreichen Gründen berechtigt sei, den Vertrag fristlos zu kündigen und erheblichen Schadensersatz zu verlangen. Mit Rücksicht auf die Arbeiter des Klägers wolle sie von dieser letzten Konsequenz absehen, doch hebe sie die Vereinbarung, wonach der Auftrag bis 31. Dezember 1953 laufe, hiermit wegen Nichterfüllung des Vertrages auf. Die Weiterbeschäftigung des Klägers machte sie von der Erfüllung bestimmter Forderungen hinsichtlich des Einsatzes der Geräte abhängig. Schließlich bat sie den Kläger, "das Einverständnis mit vorstehendêr Regelung" durch Unterzeichnen des Durchschlags zu bestätigen. Dies tat der Kläger mit den Worten: "Empfang bestätigt und einverstanden".

Am 8. Dezember 1951 bestätigte die Beklagte eine Vereinbarung über die Lieferung von arbeitstäglich 200 cbm, insgesamt zunächst 10 000 cbm Kies an den Kläger von der voraussichtlich in den nächsten Tagen erfolgenden Aufnahme der Kiesproduktion an. Die Lieferungsvereinbarung sollte gelten bis eine Partei sie kündigte, was mit 30 Tagen Frist zum Monatsende zulässig war.

Am 17. Dezember 1951 beschwerte sich die Beklagte erneut schriftlich über die Arbeiten des Klägers. In einem ausführlichen Schreiben vom 7. Januar 1952 machte sie dem Kläger erneut Vorwürfe, setzte ihm gemäß § 4 Ziff. 8 und 9 VOB eine Frist bis 10. Januar 1952 zum Einsatz der versprochenen Geräte und drohte ihm gemäß § 8 Ziff. 3 VOB die Entziehung des Auftrags sowie die Verweisung von der Baustelle an.

In einem ausführlichen Schreiben vom 9. Januar 1952 rechtfertigte sich der Kläger und warf der Beklagten vor,

sie versuche, mit allen Mitteln vom Vertrage loszukommen; die ausgeführten Arbeiten hätten ergeben, daß der Bohrbericht nicht stimme, denn Kies stehe noch nicht ab Grundwassergrenze an; darin liege der Hauptgrund für die ihm ganz zu Unrecht vorgeworfene Verzögerung mit dem Beginn der Baggerarbeiten. Falls die Beklagte kündige, werde er die vereinbarte Vergütung bis Vertragsende fordern; jedoch zu höheren Preisen.

Die Beklagte antwortete dem Kläger am 10. Januar 1952, es habe keinen Sinn auf seine Ausführungen näher einzugehen; durch seine Unterschrift auf ihrem Schreiben vom 24. November 1951 habe er sich damit einverstanden erklärt, daß die vereinbarte Geltungsdauer des Vertrages bis zum 31. Dezember 1953 entfalle. Da der Kläger die letzte Frist ungenutzt habe verstreichen lassen, kündige sie "unter Bezugnahme auf § 8 Ziff. 3 VOB den mit Schreiben vom 24. November 1951 abgeänderten Vertrag", entziehe ihm mit Ablauf des 11. Januar 1952 den Auftrag und ersuche ihn, bis zum 18. Januar 1952 die Baustelle zu räumen. Schadensersatzansprüche behalte sie sich vor.

Da die Beklagte trotz Vorhaltungen des Klägers in einem Schreiben vom 10. Januar 1952 ihren Standpunkt nicht änderte, stellte der Kläger seine Arbeiten ein und schickte der Beklagten eine Zwischenrechnung vom 15. Januar 1952. Darin vertrat er den Standpunkt, daß er wegen der Kündigung der Beklagten entweder die erheblichen Kosten der Baustelleneinrichtung besonders berechnen oder höhere Einheitspreise verlangen müsse. Die Beklagte lehnte diese Rechnung ab. Die Parteien maßen später gemeinsam die vom Kläger durchgeführten Arbeiten auf, und der Kläger stellte die Endrechnung vom 18. März 1952 aus.

Am 30. April 1952 wurde über das Vermögen des Klägers das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter hat die Beklagte verklagt:

- 1.) auf Bezahlung der Abräum- und Baggerarbeiten gemäß dem Vertrag und dem Aufmaß,
- 2.) auf Bezahlung außervertraglicher Arbeiten,
- 3.) auf Ersatz der vom Gemeinschuldner für den Auf- und Abbau der Geräte aufgewandten Beträge und
- 4.) auf Schadensersatz wegen Nichtlieferung von 10.000 cbm Kies gemäß dem Kieslieferungsvertrag.

Dieser Rechtsstreit ist noch anhängig.

Der Konkursverwalter hat dem Kläger die folgenden Ansprüche (I bis III) zur eigenen Geltendmachung freigegeben, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind:

I. Der Kläger verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldnern 252.325,-- DM Schadensersatz, weil sie ihm den zweiten Bohrbericht arglistig verschwiegen hätten. Bei Kenntnis dieser Bohrerergebnisse hätte er höhere als die in seinem Angebot enthaltenen Preise gefordert, insbesondere einen Zuschuß für die Baustelleneinrichtung verlangt; die Beklagten würden beides zugestanden haben. Vor allem würde er nicht seine in der Pfalz eingesetzten drei Räumraupen veräußert haben, um die Baustelleneinrichtung zu finanzieren, die Löhne bis zur Kiesförderung, die ihm erst Gewinn gebracht hätte, zu bezahlen und um den Eimerkettenbagger anschaffen zu können. Die drei Räumraupen hätten ihm in der Pfalz nach Abzug aller Unkosten einen monatlichen Reingewinn von 15.675,-- DM erbracht; nach Abzug der Kosten einer Generalüberholung von 50.000,-- DM je Raupe würde er innerhalb

von 25 1/2 Monaten, während deren er sie hätte weiterhin vermieten können, 252.325,-- DM Reingewinn erzielt haben.

Die Beklagten behaupten, die Bodenbeschaffenheit und deshalb auch der zweite Bohrbericht seien für den Kläger ohne Bedeutung gewesen. Die Höhe seines Entgelts habe nach dem Vertrag nicht davon abgehangen, ob unter der Grundwassergrenze Kies oder anderes Material gefördert wurde. Sie hätten deshalb keine Veranlassung gehabt, dem Kläger den zweiten Bohrbericht bekannt zu geben. Auch der erste Bohrbericht sei nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht worden. Die Höhe des geltend gemachten Schadens haben sie bestritten.

II. Als entgangenen Gewinn aus den Arbeiten, die er nach dem Vertrag bis zum 31. Dezember 1953 durchführen sollte, hat der Kläger einen Betrag von 41.900,-- DM eingeklagt. Durch seine Einverständniserklärung auf dem Schreiben der Beklagten vom 24. November 1951 ist nach seiner Ansicht die Geltungsdauer des Vertrages nicht eingeschränkt worden. Jedenfalls habe er diese Erklärung am 3. Juni 1954 wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Einen berechtigten Grund, den Vertrag vom 10. Januar 1952 fristlos zu kündigen, habe aber die Beklagte nicht gehabt. Die Beklagte sei von Anfang an darauf ausgegangen, ihn die unrentablen Aufschließungsarbeiten ausführen zu lassen, um sich dann von ihm zu lösen. Selbst wenn der Vertrag durch seine Einverständniserklärung vom 24. November 1951 unbefristet geworden sei, habe die Beklagte im Hinblick auf seine erheblichen Aufwendungen für die Aufschließung des Geländes den Vertrag nicht ohne wichtigen Grund kündigen dürfen. Bei einer täglichen Menge von 500 cbm hätte er bis zum 31. Dezember 1953 250.000 cbm fördern können und hierfür laut Vertrag ein Entgelt von 375.000,-- DM erhalten; davon wären

ihm 10 %, also 37.500,-- DM als Reingewinn verblieben. Durch das Entfernen des Abraums würde er weitere 4.400,-- DM, insgesamt also 41.900,-- DM verdient haben.

Hilfsweise hat der Kläger hierzu beantragt, die Beklagten zu verurteilen, ihm Auskunft zu geben über die von ihnen bis zum 31. Dezember 1953 geförderte Menge Kies, die Richtigkeit dieser Angaben zu besiedigen, an ihn den sich bei einem Reingewinn von 0,15 DM je cbm ergebenden Betrag zu zahlen, äußerstenfalls festzustellen, daß die Beklagten als Gesamtschuldner ihm allen aus der widerrechtlichen Kündigung entstandenen und noch entstehenden Schaden ersetzen müssen.

Die Beklagten vertreten die Ansicht, daß sie den durch das Einverständnis des Klägers vom 24. November 1951 unbestimmt gewordenen Vertrag jederzeit hätten kündigen können. Gründe, seine Einverständniserklärung anzufechten, ständen dem Kläger nicht zur Seite. Das Verhalten des Klägers habe sie aber auch berechtigt, gemäß § 8 Ziff. 3 VOB fristlos zu kündigen. Den eingeklagten Verdienst würde der Kläger infolge seines bald darauf eingetretenen Vermögensverfalls keinesfalls erzielt haben.

III. Über den vom Konkursverwalter wegen Nichtlieferung der fest vereinbarten 10.000 cbm Kies geltend gemachten Schaden von 15.000,-- DM hinaus hat der Kläger ebenfalls 15.000,-- DM Schadensersatz eingeklagt, weil die Beklagte ihm auch in der Zeit vom 19. Februar bis 19. April 1952 nicht, wie vorgesehen, 10.000 cbm Kies geliefert habe. Er hätte an jedem cbm Kies 1,50 DM verdient.

Hilfsweise hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß die Beklagten als Gesamtschuldner ihm allen aus der

Nichterfüllung des Kieslieferungsvertrages entstanden und noch entstehenden Schaden ersetzen müssen.

Die Beklagten haben die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung bestritten, weil der Kläger keinen Kies abgerufen und ihnen auch keine Frist zur Lieferung (§ 326 BGB) gesetzt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte Dr. Weissenow bittet, verfolgt der Kläger seine Klageansprüche weiter. Der Kläger beantragt, gegen die im Revisionsverfahren nicht vertretenen Beklagten Wilhelm Ge[REDACTED] o.H.G. und Werner Ku[REDACTED] ein Versäumnisurteil zu erlassen.

Entscheidungsgründe:

A. Zu den allgemeinen Rügen zum Verfahren des Berufungsgerichts.

Die allgemeine Rüge der Revision, der Anwalt des Klägers sei in der letzten mündlichen Verhandlung vom 1. Februar 1958 vor dem Berufungsgericht nicht aufgefordert worden, die Berufung mündlich zu begründen, kann nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils führen. In der Sitzungsniederschrift vom 1. Februar 1958 ist beurkundet, daß der Kläger erneut die Bewilligung des Armenrechts beantragt hat und daß beide Anwälte die Sachanträge gestellt sowie zur Sache verhandelt haben. Dann verkündete der Senat den Beschluß, daß Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 22. Februar 1958 bestimmt werde. Falls der Prozeßbevollmächtigte des Klägers, wie die Revision geltend macht, sich durch die nach den Verfahrensvorschriften nicht gerechtfertigte Vorstellung, am 22. Februar 1958 werde nur eine

Entscheidung über das Armenrechtsgesuch des Klägers gefällt, hat verleiten lassen, die Sach- und Rechtslage weniger eingehend vorzutragen, so ist das unerheblich. Nach der Sitzungsniederschrift ist zur Sache verhandelt worden. Gegen die vorgeschriebenen Förmlichkeiten in der mündlichen Verhandlung (§ 160 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 ZPO) betreffenden Inhalt der Niederschrift ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig (§ 164 ZPO). Eine wissentlich falsche Beurkundung oder nachträgliche Verfälschung der Niederschrift behauptet die Revision nicht. Es kann daher nur darauf ankommen, ob zu bestimmten für die geltend gemachten Ansprüche erheblichen Tatsachen eine begründete Rüge aus §§ 286 oder 139 ZPO erhoben ist.

B. Zu den einzelnen Ansprüchen des Klägers:

I. Der Schadensersatzanspruch wegen des Verkaufs der Räumraupen.

1.) Der Kläger hatte mit dem Antrag zu Ia) der Klageschrift die Feststellung begehrt, daß die Beklagten verpflichtet seien, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm infolge der Nichtbekanntgabe des zweiten Bohrberichts vom 4. Oktober 1951 entstanden sei. In der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 1954 ist er gemäß dem Schriftsatz vom 8. Juni 1954 hinsichtlich eines Teils dieses Schadens zur Leistungsklage übergegangen, im übrigen hat er den Feststellungsantrag aufrecht erhalten. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat er den Antrag aus dem Schriftsatz vom 10. September 1956 gestellt und unter I nur noch Zahlung des ihm durch die Nichtbekanntgabe des zweiten Bohrberichts entstandenen Schadens im Betrage von 252.325,-- DM begehrt; ihn hat er mit seinem Verdienstausfall infolge des Verkaufs der drei Räumraupen begründet. Diesen Antrag hat er auch im Berufungsverfahren aufrecht erhalten. Unerheblich ist es deshalb für den unter I eingeklagten Betrag, ob der Kläger, weil er den zweiten

Bohrbericht nicht kannte, sonstigen, nicht durch den Verkauf der Räumraupen verursachten Schaden erlitten hat, insbesondere ob er bei Kenntnis des zweiten Berichts den Vertrag mit der Beklagten in anderer Hinsicht für sich günstiger gestaltet hätte.

2.) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß ein Anspruch des Klägers auf Ersatz des durch den Verkauf der Räumraupen entstandenen Schadens sich weder aus von der Beklagten zu vertretender Unmöglichkeit (§ 325 BGB), noch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) ergeben kann. Auf diese Rechtsvorschriften will auch die Revision den Klageanspruch I ersichtlich nicht mehr stützen.

3.) Dem Berufungsgericht ist weiter zuzustimmen, daß der Kläger auch nicht aus den rechtlichen Gesichtspunkten eines Verschuldens bei Vertragsschluß, einer positiven Vertragsverletzung oder einer unerlaubten Handlung von der Beklagten Ersatz des ihm nach seiner Behauptung aus dem Verkauf der Räumraupen entstandenen Schadens verlangen kann.

a) Ob der Kläger, wie er behauptet, seine Räumraupen nicht verkauft haben würde, wenn die Beklagte ihm den zweiten Bohrbericht mitgeteilt hätte, hat das Berufungsgericht dahingestellt gelassen. Es ist nicht zu verkennen, daß der Sachvortrag des Klägers eine überzeugende Begründung für seine Behauptung vermissen läßt. Da es sich hierbei jedoch um eine Tatfrage handelt, muß sie auch im Revisionsverfahren offen bleiben.

b) Bei der Prüfung, ob die Beklagte die Pflicht, dem Kläger den zweiten Bohrbericht bekanntzugeben, schuldhaft verletzt hat, hat zwar das Berufungsgericht zu Gunsten des Klägers eine solche Offenbarungspflicht unterstellt (U. S. 27). Seinen Ausführungen, mit denen es der aus dem zweiten

Bohrbericht ersichtlichen Bodenschichtung die Bedeutung eines die Geschäftsgrundlage beeinflussenden Umstandes abspricht, ist aber zu entnehmen, daß die Beklagte in Wirklichkeit nicht verpflichtet war, dem Kläger den zweiten Bericht bekanntzugeben.

c) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte nach Treu und Glauben das Angebot des Klägers nicht hätte annehmen dürfen, wenn die zweiten Bohrungen gegenüber den ersten so wesentliche Abweichungen in der Bodenschichtung ergeben hätten, daß sie, falls der Vertrag bereits geschlossen gewesen wäre, den Kläger berechtigt hätten, eine Anpassung des Vertrags an die geänderte Geschäftsgrundlage zu verlangen.

aa) Hierzu stellt das Berufungsgericht fest:

Die Parteien hätten nicht die Vorstellung gehabt, daß die aus dem ersten Bericht ersichtliche Bodenschichtung für alle Stellen des Pachtgeländes zutreffen werde. Die ersten sieben über das große Gelände verteilten Bohrungen hätten, auch wenn sie übereinstimmende Ergebnisse aufwiesen, nicht die Annahme gerechtfertigt, daß die Bodenschichtung im ganzen Gelände gleich sein werde. Dies vor allem deshalb nicht, weil in dem ersten Bohrbericht weitere Orientierungsbohrungen ausdrücklich empfohlen worden seien. Ohne zusätzliche Bohrungen zu verlangen oder selbst vorzunehmen, habe der Kläger sein Angebot abgegeben. Damit habe er in Kauf genommen, daß Teile des Geländes eine andere Schichtung aufwiesen.

Die durch die zweiten Bohrungen festgestellte Bodenschichtung habe sich von der durch den ersten Bericht ausgewiesenen nicht so erheblich unterschieden, daß dem Kläger

durch eine Bindung an sein Angebot unzumutbare Opfer auferlegt worden wären. Der erste Bohrbericht sei nicht etwa falsch gewesen. Der zweite Bericht habe nur für einen kleinen Teil des Geländes gegolten.

Das aus dem ersten Bericht ersichtliche Kiesvorkommen ab 2 m Tiefe sei auch nicht mit Rücksicht auf den Werklohn des Klägers ein grundlegender Umstand gewesen. Der Werklohn habe von der in 2 m Tiefe verlaufenden Grundwassergrenze ab 1,50 DM je cbm betragen, gleichgültig ob Kies oder anderer Boden gefördert wurde.

bb) Gegen die Folgerung des Berufungsgerichts, daß demnach das Vorhandensein einer Bodenschichtung im ganzen Gelände entsprechend dem Ergebnis der ersten Bohrungen nicht als Geschäftsgrundlage des Kiesförderungsvertrags angesehen werden könne, ergeben sich keine rechtlichen Bedenken. Die ersten sieben Bohrungen erstreckten sich, wie der Geländeplan (Bl. 130 d. A.) ergibt, über das ganze Gelände, die zweiten sechs Bohrungen dagegen nur auf den Teil, in dem, wie der Kläger selbst hervorhebt, mit den Förderarbeiten begonnen wurde. Wenn nach dem zweiten Bohrbericht an der Abbaustelle Kies erst in größerer Tiefe vorkam, so brauchte das Berufungsgericht dies nicht als einen überraschenden Umstand zu werten, der eine Bindung des Klägers nach Treu und Glauben als ungerechtfertigt erscheinen ließ. Bei der vereinbarten Dauer und der vorgesehenen Verlängerung des Kiesförderungsvertrags kam von den ersten Bohrergebnissen abweichenden Bodenverhältnissen auf einem Teil des Geländes keine durchgreifende Bedeutung zu, da die Förderarbeiten bald auch die in dem ersten, keineswegs unrichtigen Bohrbericht festgestellten Kiesschichten ab 2 m Tiefe erfassen mußten.

cc) Über die Behauptung des Klägers, er habe von der Beklagten verlangt, selbst Bohrungen vornehmen zu dürfen, hat das Berufungsgericht keinen Beweis erhoben. Das rügt die Revision zu Unrecht. Dieses Verlangen will der Kläger erst nach Inangriffnahme der Förderarbeiten gestellt haben; daß er, wie es in dem Berufungsurteil heißt, vor Abgabe seines Angebots nicht auf weitere Bohrungen drängte, steht damit im Einklang. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, was den Kläger gehindert hätte, weitere Bohrungen vorzunehmen. Der Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe von dem Ergebnis des ersten Bohrberichts abweichende Bodenschichtungen in Teilen des Geländes in Kauf genommen, stand also die Behauptung des Klägers nicht entgegen.

Sollte der Kläger bei seiner Kalkulation davon ausgegangen sein, daß in allen Teilen des Geländes ab 2 m Tiefe Kies anstehe, so wäre dies, wie ausgeführt, eine erkennbar nicht gerechtfertigte Annahme gewesen. Auf die dahingehenden Behauptungen brauchte das Berufungsgericht deshalb nicht abzustellen.

Daß im Angebot des Klägers und im Auftragsschreiben der Beklagten vom Ausheben von Kiesschichten ab Grundwassergrenze zum Preise von 1,50 DM je cbm die Rede ist, zwang das Berufungsgericht nicht zu der Folgerung, die Parteien hätten für den in Aussicht genommenen Vertrag dem Vorkommen von Kies ab 2 m Tiefe eine grundlegende Bedeutung beigemessen. Die Erklärung des Berufungsgerichts hierfür, die Parteien hätten das Wort "Kiessichten" anstelle des Wortes "Boden" verwandt, entscheidend sei jedoch die Grundwassergrenze gewesen, weil unterhalb dieser die Arbeiten schwieriger seien, läßt sich aus Rechtsgründen nicht angreifen. Daß sie den Denkgesetzen oder der allgemeinen Lebenserfahrung widerspräche, kann der Revision nicht zugegeben werden.

Der Kläger wußte, daß die billiger arbeitenden Räumaugen nur oberhalb der Grundwassergrenze eingesetzt werden konnten und daß diese Grenze in 2 m Tiefe lag. Für tiefer liegendes Material erhielt er, auch wenn es kein Kies war, 1,50 DM je cbm. Selbst wenn er, wie er behauptet hat, in Anbetracht der größeren Mengen Abraum bei Kenntnis der sich aus dem zweiten Bohrbericht ergebenden Schichtung höhere Preise gefordert haben würde, so ergibt sich daraus nicht, daß Kiesvorkommen ab 2 m Tiefe Geschäftsgrundlage gewesen sei. Denn der Kläger wußte, wie ausgeführt, in Teilen des großen Geländes mit wesentlichen Abweichungen in der Bodenschichtung rechnen, und die geplante Kiesförderung sollte sich über eine längere Zeit erstrecken und demgemäß auch für die Kiesförderung günstigere Teile des Geländes erfassen.

Sein besonderes Interesse am Kiesvorkommen ab Grundwassergrenze hat der Kläger auch mit dem Hinweis auf den Gewinn begründet, den er aus dem Kieslieferungsvertrag erwartete. Das Berufungsgericht ist dem nicht gefolgt, weil der Kläger im Oktober 1951 noch keinen Anspruch auf die Lieferung von Kies gehabt habe. Auch wenn man hierauf nicht abstellt, weil die Belieferung des Klägers mit Kies, worauf die Revision hinweist, von Anfang an in Aussicht genommen gewesen sein soll, so greift doch die weitere Begründung des Berufungsgerichts durch, daß der Kläger durch den späteren Lieferungsvertrag einen festen Anspruch nur auf die begrenzte Menge von 10.000,-- cbm Kies eingeräumt erhielt, und daß er darüber hinaus bloß die Hoffnung hatte, die Beklagte werde ihm weiteren Kies liefern.

dd) Erweist sich somit die Ansicht des Berufungsgerichts, das Vorhandensein einer Bodenschichtung gemäß dem ersten Bohrbericht im ganzen Gelände sei nicht Geschäftsgrundlage gewesen, als zutreffend, so ist ihm weiter darin

zuzustimmen, daß der Kläger auch dann, wenn er die zweiten Bohrerergebnisse gekannt hätte, an sein Angebot gebunden geblieben wäre, daß ihm infolgedessen eine Bekanntgabe des zweiten Bohrberichts nichts genützt hätte und die Beklagte daher auch nicht die Pflicht traf, ihm diesen Bericht zu unterbreiten.

d) Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis auch darin zu folgen, daß die Beklagte, wollte man eine Pflicht, dem Kläger den zweiten Bohrbericht bekannt zu geben, bejahen, diese jedenfalls nicht schuldhaft verletzt hat.

Am Verschulden fehlt es zwar nicht schon deshalb, weil die Beklagte, wie das Berufungsgericht meint, nicht damit habe rechnen müssen, daß der Kläger bei Kenntnis des zweiten Berichts seine Räumraupen nicht veräußern werde. Eine genaue Vorstellung von Art und Umfang des dem Kläger möglicherweise entstehenden Schadens hätte die Beklagte nicht zu haben brauchen. Vielmehr hätte es für ein Verschulden genügt, wenn sie mit der Entstehung irgend eines Schadens des Klägers rechnen mußte.

Das Berufungsgericht hat aber darüberhinaus ganz allgemein verneint, daß die Beklagte den - von ihr selbst in dem vom Konkursverwalter gegen sie geführten Rechtsstreit dem Kläger zur Kenntnis gebrachten - zweiten Bohrbericht als für die Dispositionen des Klägers bedeutsam habe ansehen müssen. Daß das Ergebnis des ersten Bohrberichts keineswegs für alle Teile des großen Geländes gelten mußte, stellt das Berufungsgericht fest. Das angefochtene Urteil läßt weiter erkennen, daß die Beklagte annahm, auch der Kläger gehe hiervon aus und lege im Hinblick auf das große Förderungsvorhaben einer abweichenden Schichtung in einem Teil des Geländes keine grundlegende Bedeutung bei. Daß diese Annahme

der Beklagten unbegründet gewesen sei, läßt sich nicht sagen, da die Höhe des Entgelts des Klägers für das unterhalb der Grundwassergrenze geförderte Material nicht davon abhing, ob es Kies war.

e) War die Beklagte nicht verpflichtet, den Kläger auf das Ergebnis der zweiten Bohrungen hinzuweisen, hat sie unter Berücksichtigung der Umstände durch ihre Unterlassung jedenfalls nicht gegen die im Geschäftsverkehr erforderliche Sorgfaltspflicht verstoßen (§ 276 BGB), so fehlen damit die rechtlichen Voraussetzungen einer Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß, wegen positiver Vertragsverletzung oder wegen unerlaubter Handlung.

II. Der Anspruch von 41.900.-- DM Gewinn aus den vereinbarten Kiesförderungsarbeiten.

1.) Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Parteien die bis 31. Dezember 1953 vereinbarte Vertragsdauer am 24. November 1951 aufgehoben haben, daß die Beklagte deshalb berechtigt war, den Vertrag ohne weiteres zu kündigen, und daß der Kläger in diesem Falle abweichend von der Regelung des § 649 Satz 2 BGB (§ 8 Abs. 1 VOB) das Entgelt für die ursprünglich vorgesehene Vertragsdauer nicht zu beanspruchen hat.

Diese Auslegung der Vereinbarung vom 24. November 1951 läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Weder ihr Wortlaut noch die Umstände schließen sie aus. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 24. November 1951 den Kläger nicht nur auf ihre vorangegangenen Beanstandungen vom 29. Oktober und 16. November, sondern auch darauf hingewiesen, daß sie ihm bereits am 16. November gemäß § 4 Ziff. 9 und § 8 Ziff. 3 VOB unter Fristsetzung angedroht hatte, den Auftrag zu entziehen. Sie hat sich dann, wie das Berufungsgericht dargelegt hat, nochmals eingehend über einen unzulänglichen Einsatz der Geräte beklagt und erklärt, sie werde auf Kosten des Klägers Räumraupen einer anderen Firma einsetzen und Betonfundamente sprengen lassen. Von ihrem Recht, den Vertrag fristlos zu kündigen und erheblichen Schadensersatz zu verlangen, wolle sie lediglich mit Rücksicht auf die Arbeiter des Klägers keinen Gebrauch machen, doch hebe sie die Vereinbarung über die Dauer des Vertrags bis zum 31. Dezember 1953 infolge Nichterfüllung des Vertrags auf und mache die Weiterbeschäftigung von der Erfüllung bestimmter Bedingungen über den Einsatz der Geräte des Klägers abhängig. Wenn sich der Kläger dann gemäß der Aufforderung der Beklagten auf dem Durchschlag dieses Schreibens mit "vorstehender Regelung" einverstanden erklärt hat, so durfte das

Berufungsgericht darin das Einverständnis damit erblicken, daß der Vertrag nicht mehr befristet, sondern jederzeit kündbar sein sollte. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhange ausführt, hatte der Kläger einleuchtende Gründe, sich mit der Änderung der Vertragsdauer einverstanden zu erklären. Er bewahrte sich dadurch davor, daß die Beklagte den Vertrag schon jetzt fristlos kündigte und erhebliche Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend machte. Darin lag auch dann für ihn ein Vorteil, wenn er ein Kündigungsrecht und Schadensersatzansprüche der Beklagten nicht für gegeben hielt. Der Kläger hatte die Aussicht, daß der Vertrag weiterhin durchgeführt werde, wenn er seine Geräte nunmehr so einsetzte, wie die Beklagte es von ihm verlangte; denn die Beklagte hatte, wie der Kläger selbst vorträgt, keinen anderen Unternehmer zu gleich günstigen Preisen gefunden.

War der Vertrag abweichend von der ursprünglichen Regelung nunmehr jederzeit zu kündigen, so konnte die Kündigung der Beklagten nicht die Rechtsfolge aus § 649 Satz 2 BGB auslösen, die Beklagte also nicht etwa dem Kläger ein Entgelt für noch nicht geleistete Arbeiten schulden. Denn bei einem Teillieferungsvertrag wie dem Kieslieferungsvertrag der Parteien kann, wenn er jederzeit gekündigt werden darf und gekündigt wird, von einem noch zu vollendenden Werk i.S. des § 649 BGB keine Rede sein.

2.) Unter den gegebenen Umständen verstieß die Vereinbarung vom 24. November 1951 auch nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Ein solcher Verstoß folgt insbesondere entgegen der Meinung der Revision nicht daraus, daß der Kläger, weil im Falle der Kündigung sein Werklohnanspruch für noch nicht ausgeführte Arbeiten ausgeschlossen war, womöglich seine unter Kündigungsschutz stehenden Arbeiter nicht mehr weiter beschäftigen konnte. Verpflichtungen des Klägers

gegenüber seinen Arbeitnehmern schränkten die Vertragsfreiheit der Parteien nicht in diesem Maße ein. Der Kläger war auch entgegen der Meinung der Revision nicht völlig rechtlos gestellt; denn ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für den Auf- und Abbau der Geräte, den der Konkursverwalter geltend macht, wird durch den Wegfall des sich aus § 649 Satz 2 BGB ergebenden Vergütungsanspruchs ebensowenig berührt, wie ein etwaiger Bereicherungsanspruch des Klägers wegen der Vorteile, die die Beklagte nach der Behauptung des Klägers durch die Aufschließungsarbeiten erlangt hat.

3.) Aus vorstehenden Gründen ist dem Berufungsgericht auch kein Rechtsfehler unterlaufen, wenn es zu der Überzeugung gelangt ist, daß der Kläger den Sinn seines Einverständnisses mit der im Schreiben der Beklagten vom 24. November 1951 vorgeschlagenen Regelung gekannt hat und daß er deshalb seine Einverständniserklärung nicht wegen Irrtumsanfechten kann. Der Hinweis der Beklagten auf die Bestimmungen der §§ 4 Ziff. 9 und 8 Ziff. 3 VOB war eindeutig. Der Kläger hat die Anfechtung erst am 3. Juni 1954 erklärt, obwohl schon das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 10. Januar 1952 ihm klar gezeigt hatte, wie diese seine Einverständniserklärung auffaßte. Auch hieraus durfte das Berufungsgericht schließen, daß der Kläger sich von vornherein bewußt war, er habe der Beklagten durch seine Einverständniserklärung vom 24. November 1951 das Recht eingeräumt, den Vertrag jederzeit und ohne die Rechtsfolge aus § 649 Satz 2 BGB zu kündigen.

Dem Berufungsgericht ist aber auch beizupflichten, daß der Kläger, falls er sich mit der Abänderung der Vertragsdauer nicht hätte einverstanden erklären wollen, seine Erklärung vom 24. November 1951 jedenfalls mit dem Schreiben vom 3. Juni 1954 nicht unverzüglich angefochten hat (§ 121 BGB).

Doch kommt es hierauf und auf die in diesem Zusammenhang erhobenen Revisionsrügen nicht an.

4.) Seine im Schreiben vom 3. Juni 1954, also rechtzeitig ausgesprochene Anfechtung der Einverständniserklärung vom 24. November 1951 wegen arglistiger Täuschung durch die Beklagten hat der Kläger darauf gestützt, daß ihm die Beklagten auch am 24. November 1951 noch nicht den zweiten Bohrbericht bekanntgegeben hätten. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung verneint, einmal weil die Beklagte den Kläger nicht arglistig getäuscht habe und zum anderen, weil die Nichtbekanntgabe des zweiten Bohrberichts für seine Einverständniserklärung nicht ursächlich gewesen sei. Beide Begründungen weisen keinen Rechtsverstoß auf.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe am 24. November 1951 nicht annehmen können, daß sich der Kläger bei Kenntnis des zweiten Bohrberichts nicht mit der verlangten Änderung der Vertragsdauer werde einverstanden erklären. Sie sei davon ausgegangen, daß es dem Kläger gleichgültig sei, in welcher Tiefe Kies vorkomme, weil er schon vom Unterschreiten der Grundwassergrenze an das höhere Entgelt erhielt.

Was die Revision hiergegen vorbringt, greift nicht durch. Sie verweist auf den Vortrag des Klägers, daß er bei Kenntnis des zweiten Bohrberichts nicht nur auf eine Anpassung der Fristen an die veränderte Lage gedrungen, sondern auch darauf bestanden hätte, daß die vereinbarte Vertragsdauer durch Ausschluß eines Kündigungsrechts weiter aufrecht erhalten worden wäre. Denn bei Kenntnis des zweiten Bohrberichts hätte er gewußt, daß die Beklagte keine nur halbwegs triftigen Gründe für eine außerordentliche Kündigung gehabt habe.

Hierauf brauchte das Berufungsgericht nicht abzustellen. Die Beklagte hatte in ihren vorangegangenen Schreiben dem Kläger vorgeworfen, daß er nicht die zugesagten Geräte einsetze und daß die eingesetzten Geräte fast ständig repariert werden müßten; das berechtige sie zur Kündigung. Zwar hat sie auch auf die sich daraus ergebende Verzögerung der Kiesförderung verwiesen. Wesentlich jedoch war stets der unzulängliche Einsatz der Geräte, und dieser hing nicht davon ab, in welcher Tiefe Kies anstand. Ob die Vorwürfe der Beklagten berechtigt waren, vermochte der Kläger selbst zu beurteilen. Da er zudem die wahren Bodenverhältnisse inzwischen kennengelernt hatte, stand es ihm frei, etwa dadurch bedingte häufige Reparaturen seiner Geräte der Beklagten entgegenzuhalten, wenn er der Meinung war, daß er damit die Vorwürfe der Beklagten auszuräumen vermochte.

5.) Der Kläger hat sich auf Grund der Vorwürfe der Beklagten mit der Vertragsänderung einverstanden erklärt, und die Beklagte hat den danach unbefristeten Vertrag gekündigt. Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob die Beklagte den Kläger, wie dieser behauptet, hat "ausbooten" wollen, weil der Senat der Stadt Berlin es von ihr verlangt habe. Ihm ist zuzustimmen, daß ein solcher Beweggrund der Beklagten die Wirksamkeit der vereinbarten Vertragsänderung und der Kündigung nicht aus dem Gesichtspunkt des § 138 BGB ausschließen würde.

6.) Mangels eines Vergütungsanspruchs des Klägers für die Zeit nach der Kündigung hat das Berufungsgericht auch den Hilfsantrag zu II mit Recht abgewiesen.

III. 15.000.-- DM Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kieslieferungsvertrages.

1.) Das Berufungsgericht führt hierzu aus, daß der Kiesförderungsvertrag und der später abgeschlossene Kieslieferungsvertrag rechtlich nicht miteinander verbunden waren und daß die Beklagte zwar den Kiesförderungsvertrag, jedoch nicht den Kieslieferungsvertrag gekündigt hat. Dennoch habe sich eine besondere Kündigung des Kieslieferungsvertrages erübrigt. Denn trotz rechtlicher Selbständigkeit beider Verträge seien die Parteien davon ausgegangen, daß der Kläger mit von ihm für die Beklagte gefördertem Kies beliefert werden sollte. Die Durchführung des Kiesförderungsvertrages sei somit die Grundlage des Kieslieferungsvertrages gewesen. Im Falle der Arbeitseinstellung des Klägers hätten nach dem Willen der Parteien die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Kieslieferungsvertrag entfallen sollen. Daß auch der Kläger den Vertrag so verstanden habe, ergebe sein späteres Verhalten. Er habe in dem ausführlichen Schriftwechsel mit der Beklagten nur Schadensersatz wegen der Nichtlieferung der fest vereinbarten 10.000 cbm Kies verlangt und weitergehende Ansprüche auch dann nicht gestellt, als die Zeit für die Lieferung der ersten 10.000 cbm Kies abgelaufen gewesen sei.

2.) Diese Auslegung des Kieslieferungsvertrages ist rechtlich zulässig und bindet das Revisionsgericht. Daß das Entgelt des Klägers für die Kiesförderung, worauf die Revision hinweist, zum Teil mit dem Guthaben der Beklagten aus dem zu liefernden Kies verrechnet werden sollte, schließt die vom Berufungsgericht angenommene Abhängigkeit des Kieslieferungsvertrages von der Kiesförderung durch den Kläger nicht aus. Und wenn der Kläger durch die Kieslieferungen ein Entgelt für seine, wie die Revision sagt, in der Erschließung des Geländes liegenden, durch den Werklohn nicht

abgegoltenen Vorleistungen erhalten sollte, so folgt daraus nicht zwingend, daß der Kieslieferungsvertrag über den Kiesförderungsvertrag hinaus fort dauern sollte. Denn die Beklagte durfte den Liefervertrag, ohne Gründe angeben zu müssen, mit 30tägiger Frist zum Monatsende kündigen, ohne daß hierdurch der Fördervertrag berührt wurde. Der Kläger hatte also nur einen Anspruch auf 10.000 cbm Kies. Den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dieser Lieferverpflichtung macht der Konkursverwalter geltend.

3.) Ob ein Schadensersatzanspruch des Klägers wegen Nichterfüllung, wie das Berufungsgericht weiter ausführt, auch deshalb entfällt, weil der Kläger von der Beklagten überhaupt keinen Kies verlangt hat, er sie auch nicht unter Fristsetzung (§ 326 BGB) zur Lieferung von Kies aufgefordert hat, braucht nicht entschieden zu werden.

4.) Mangels eines Anspruchs des Klägers wegen Nichterfüllung des Kieslieferungsvertrages erweisen sich auch seine zu III gestellten Hilfsanträge als unbegründet.

Da die Revision des Klägers unbegründet ist, kann gegen die im Revisionsverfahren nicht vertretenen Beklagten (Firma Wilhelm Gebhardt o.H.G.) und Kutzner kein Versäumnisurteil ergehen (§§ 557, 331 Abs. 2 ZPO). Vielmehr ist das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen.

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

Glanzmann Scheffler Heilmann-Trosien

Dr. Winkelmann Erbel