

X 1

BUNDESGERICHTSHOF

2070 038

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 56/65

URTEIL

Verkündet am
28. September 1967
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma H.J. von C [REDACTED], OHG,
M [REDACTED], S [REDACTED] Straße, vertreten durch den
Gesellschafter Hans-Joachim von C [REDACTED], wohnhaft ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Peter W [REDACTED] & C o. GmbH,
N [REDACTED], F [REDACTED] Straße, vertreten durch ihren
Geschäftsführer, Dipl.Ing. Helmut Sch [REDACTED], N [REDACTED],
O [REDACTED] Straße,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1967
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien,
Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 30. Dezember 1964 wird
zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die in der Nähe von Moers eine Kies-
und Sandbaggerei betreibt, erteilte im November 1958 der
Beklagten den Auftrag, für sie das Stahlgerüst einer
Kiesgewinnungsanlage zu errichten. Unter dem 4. November
1958 bestätigte die Beklagte die von ihr zu erbringenden
Leistungen (8 Stahlsilos, eine Gerüstkonstruktion für
die Siebanlage und ein Entwässerungssilo). Über den Ar-
beitsbeginn und die Arbeitsdauer heißt es in der Auf-
tragsbestätigung:

"Montagebeginn sechs Wochen nach der Auftragser-
teilung. Montagedauer etwa 6 Wochen. Wir werden
bemüht sein, diese Termine noch zu verkürzen".

Als Preis für die gesamten von der Beklagten zu erbringenden Arbeiten wurden 99 750 DM vereinbart. Hierauf hat die Klägerin 64 000 DM bezahlt.

Ende Januar 1959 begann die Beklagte mit den Arbeiten. Anfang Februar fand zwischen den Parteien eine Besprechung statt, bei der die Beklagte zusagte, die Siloanlage bis Ende Februar 1959 fertigzustellen.

Ende Februar 1959 waren die Arbeiten an den Stahlsilos und der Gerüstkonstruktion soweit beendet, daß die I [REDACTED] B [REDACTED] AG in N [REDACTED] (IBAG) mit der Montage der Maschinen beginnen konnte. Auf Anforderung der Klägerin vom 28. Februar 1959 begann die IBAG Mitte März mit ihren Arbeiten. Diese waren Ende April 1959 beendet. In dieser Zeit führte die Beklagte auch noch weitere Arbeiten aus, die sie nur Hand in Hand mit der IBAG mit und nach der Montage der Maschinen durchführen konnte.

Mit Schreiben vom 27. April 1959 beanstandete die Klägerin gegenüber der Beklagten, daß noch nicht alle Teile angeliefert worden seien.

Bei einem Probelauf am 30. April 1959 stellte sich heraus, daß die von der Klägerin zu stellende Wasserpumpe nicht genügend Wasser förderte. Nach einem weiteren Probelauf am 6. Juni 1959 wurde die Anlage am 1. Juli 1959 voll in Betrieb genommen.

Die Klägerin macht Verzugsschaden geltend. Sie behauptet, die Gesamtanlage hätte bis Ende Januar 1959 aufgebaut sein müssen. Dies wäre auch möglich gewesen, wenn



die Beklagte, wie vorgesehen, Mitte Dezember mit den Arbeiten begonnen hätte. Dann hätte auch die IBAG früher anfangen und die Maschinen bis zum 31. Januar 1959 einbauen können. Durch die Verzögerung der Arbeiten sei die Anlage um 5 Monate verspätet fertiggestellt worden. Ihr dadurch entstandener Verdienstausfall betrage 36 000 DM monatlich. Unter Berücksichtigung einer Anlaufzeit von einem Monat mache sie einen Verzugsschaden für 4 Monate in Höhe von 144 000 DM geltend, von dem 35 750 DM restlicher Werklohn abziehen sei.

Mit der Klage hat sie beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 108 250 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte bestreitet, in Verzug geraten zu sein. Vor Ende Januar 1959 habe sie aus verschiedenen von der Klägerin zu vertretenden Gründen mit den Arbeiten nicht beginnen können. Dennoch habe sie die Arbeiten, die sie unabhängig von der IBAG habe ausführen können, bis 28. Februar 1959 beendet gehabt. Von diesem Zeitpunkt an habe sie nur noch "Hand in Hand" mit der IBAG arbeiten können, so daß diese das Arbeitstempo bestimmt habe.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zur Zahlung des restlichen Werklohns von 35 750 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Klageanspruch um 36 000 DM auf 72 250 DM

ermäßigte, indem sie Schadensersatzansprüche nur noch für die Monate April bis Juni 1959 geltend machte, wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zahlung von 72 250 DM nebst Zinsen und auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

1.) Das Berufungsgericht legt das Schreiben der Klägerin vom 7. Februar 1959 dahin aus, daß diese auf die Zusage der Beklagten, die Siloanlage bis Ende Februar aufzustellen, die Fertigstellungsfrist bis Ende Februar 1959 verlängert habe, die Parteien sich also vertraglich auf einen neuen Fertigstellungstermin geeinigt hätten. Diese Auslegung des Berufungsgerichts läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Damit ist auch die einverständliche Aufhebung der sich aus dem früher vereinbarten Termin ergebenden Rechtsfolgen verbunden (vgl. auch RGZ 147, 377, 381).

Was die Klägerin hiergegen vorbringt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts. Auf etwaige Mahnungen der Klägerin vor dem 31. Januar 1959 kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an.

Ohne Rechtsfehler hat daher das Berufungsgericht einen Verzug der Beklagten bis zum 28. Februar 1959 verneint.

2.) a) Das Berufungsgericht meint, die Arbeiten der Beklagten im zweiten Bauabschnitt seien von der Mitarbeit der IBAG abhängig gewesen, somit könnten ihr Verzögerungen im Beginn und bei der Durchführung der Arbeiten der IBAG nicht zur Last gelegt werden. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Abwegig ist die Auffassung der Revisionsklägerin, die Beklagte habe für eine rechtzeitige Fertigstellung der Anlage garantiert mit der Folge, daß sie auch für an sich von ihr nicht zu vertretende Verzögerungen der IBAG eintreten müsse. Der Vortrag der Parteien und die Feststellungen des Berufungsgerichts geben keinerlei Anhaltspunkt für die Übernahme einer so weitgehenden Verpflichtung durch die Beklagte.

Rechtsfehlerfrei ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß es für die Entscheidung nicht darauf ankomme, ob die IBAG schon vor dem 28. Februar 1959 leistungsfähig und leistungsbereit gewesen sei (BU S. 16). Denn die Beklagte brauchte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bis zum 28. Februar 1959 nur die Arbeiten auszuführen, die sie unabhängig von den Arbeiten der IBAG vornehmen konnte.

b) Das Berufungsgericht hat auch für den zweiten Bauabschnitt im März und April 1959, in welchem die Beklagte nur Hand in Hand mit der IBAG arbeiten konnte, ohne Rechtsfehler einen Verzug der Beklagten verneint.

Der Monteur der IBAG, Z [REDACTED], hat Mitte März mit den Arbeiten begonnen. Daß er nicht schon am 1. März mit der Montage angefangen hat, kann der Beklagten nicht angelastet werden; denn die von ihr zu errichtende Gerüstkonstruktion war, wie sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 3 f) ergibt, Ende Februar soweit beendet, daß die IBAG mit der Montage der Maschinen Anfang März hätte beginnen können.

Nach der Bekundung des Ingenieurs C [REDACTED], die sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht hat, benötigte die IBAG für eine solche Montage 6 bis 8 Wochen. Die Auffassung der Klägerin, diese Zeitspanne bezöge sich auf die Lieferung und Montage, so daß, da die Maschinen schon an der Baustelle gewesen seien, für die Montage eine kürzere Frist anzusetzen sei, ist willkürlich und unrichtig.

Die Beklagte hat nun allerdings behauptet und durch den Zeugen Z [REDACTED] unter Beweis gestellt, dieser habe für die Montage längere Zeit gebraucht, weil die Beklagte "den Gerüstbau nicht schneller vorwärtsgebracht" habe (Schrifts. v. 25. Juni 1963 S. 3). Sie rügt die Übergehung dieses Beweisantrags.

Die Rüge ist nicht begründet. Ob die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es seine Ansicht begründet, die Vernehmung des Zeugen Z [REDACTED] zu diesem Punkt sei nicht mehr erforderlich, den Beweisantrag der Klägerin völlig erschöpft, kann auf sich beruhen. Denn jedenfalls konnte das Berufungsgericht den Beweisantrag deshalb übergehen, weil er nicht hinreichend substantiiert war. Der Monteur Z [REDACTED] hatte für die

Montage nur knapp 7 Wochen, also nicht mehr als die von dem Zeugen C [REDACTED] berechnete Normalzeit benötigt. Wenn die Klägerin unter diesen Umständen trotzdem behauptet, die Montage hätte infolge des verzögerlichen Verhaltens der Beklagten zu lange gedauert, durfte sie sich nicht mit einer allgemeinen Redewendung begnügen, sondern hätte im einzelnen darlegen müssen, worin dieses verzögerliche Verhalten zu sehen sei.

3.) Das Berufungsgericht hat auch für die Zeit nach dem 30. April 1959 einen Verzug der Beklagten verneint. Es stellt dazu fest, daß die Anlage, soweit es die Arbeiten der Beklagten betrifft, am 30. April 1959 betriebsbereit gewesen sei, und daß die nach diesem Zeitpunkt von ihr noch zu erbringenden und erbrachten Arbeiten nicht Gegenstand des ursprünglichen Vertrags gewesen seien, für diese also auch nicht der vereinbarte Leistungstermin gegolten habe.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen der Klägerin sind nicht begründet.

a) Die Klägerin rügt, das Berufungsgericht hätte seine Feststellung, daß die Anlage, soweit es die Arbeiten der Beklagten betrifft, am 30. April 1959 betriebsbereit gewesen sei, nicht ohne die Zuziehung eines Sachverständigen treffen dürfen.

Das ist nicht richtig. Die Zuziehung eines Sachverständigen liegt im Ermessen des Tatrichters. Dafür, daß das Berufungsgericht nicht aus eigener Sachkunde hätte entscheiden können und dürfen, bestehen keine Anhaltspunkte.

b) Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Verschlussschieber am 30. April 1959 eingebaut war. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Wie es weiter feststellt, hat am 30. April 1959 ein Probelauf stattgefunden. Dieser wäre ohne Verschlussschieber nicht möglich gewesen.

c) Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die nach dem 30. April 1959 erbrachten Leistungen der Beklagten nicht Gegenstand des ursprünglichen Hauptvertrags gewesen seien und somit nicht unter die vereinbarte Lieferfrist fielen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Was die Filterrohre betrifft, so hat die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 18. Mai 1960 S. 4 selbst vorgetragen, daß diese "mit den innerhalb der Frist von 6 Wochen zu erbringenden Leistungen nichts zu tun" haben und daß sie erst am 15. Juli 1959 geliefert worden seien, also zu einem Zeitpunkt, als die Anlage bereits im Betrieb gewesen war. Dann kann aber eine etwa verspätete Lieferung der Filterrohre auch nicht für die verspätete Inbetriebnahme der Anlage ursächlich gewesen sein. Dem Schreiben der Klägerin vom 27. April 1959 ist überdies entgegen der mit der Revision vertretenen Auffassung auch nicht eine Verzug begründende Mahnung mit Fristsetzung zu entnehmen.

bb) Das Berufungsgericht stellt weiter fest, daß die Treppen zu den unteren Laufstegen und die geschnittenen Bleche nicht zu dem ursprünglichen Vertrag gehörten.

Die Klägerin meint hierzu, die Beklagte habe selbst anerkannt, daß das unrichtig sei; denn sie habe auf die dahingehenden Äußerungen der Klägerin in ihren Schreiben vom 27. Februar 1959 und vom 27. April 1959 geschwiegen. Das geht jedoch fehl. Aus dem Schweigen der Beklagten auf die genannten Schreiben brauchte das Berufungsgericht noch nicht den Schluß zu ziehen, daß sie den Standpunkt der Klägerin als richtig anerkannt habe.

Diese Leistungen der Beklagten fielen somit nicht unter die Lieferfristen des ursprünglichen Vertrags. Die Klägerin hat auch nicht dargelegt, inwiefern die Beklagte insoweit vor der Lieferung in Verzug geraten sei. Die Vereinbarung bestimmter Liefertermine hat sie nicht behauptet. Die Mahnung war überdies auch schon deshalb nicht geeignet, einen Verzug der Beklagten zu begründen, weil sie noch vor dem 30. April 1959 erfolgte, bis zu dem die Beklagte nach dem Dargelegten nicht in Verzug geraten konnte.

II.

Die Revision der Klägerin ist deshalb als ungegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke