

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 74/89

URTEIL

Verkündet am:
19. März 1991
Welte
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hermann N. [REDACTED] OHG, gesetzlich vertreten durch die
persönlich haftenden Gesellschafter Bernhard N. [REDACTED]
junior und Hans Günter N. [REDACTED], V. [REDACTED]straße [REDACTED],
O. [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und von [REDACTED] -

gegen

die R. [REDACTED] N. [REDACTED] AG, gesetzlich vertreten durch die
Vorstandsmitglieder Dr. Hans J. [REDACTED] und Dr. Wolfgang F. [REDACTED],
E. [REDACTED]straße [REDACTED], D. [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 1991 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Rogge, Dipl.-Ing. Frhr. von Maltzahn, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 1. Juni 1989 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hatte mit der H [REDACTED] O [REDACTED] AG (HOAG), deren Rechtsnachfolgerin inzwischen die Klägerin ist, am 12. August 1963 einen Vertrag geschlossen, wonach die Klägerin eine Halde mit Waschbergen zunächst auf 30 m und sodann auf 90 m Höhe aufzufüllen hatte. Die Ruhrkohle AG als die seinerzeitige Rechtsnachfolgerin der HOAG hat den Aufhaldungsvertrag am 21. Juli 1978 mit vierwöchiger Frist gekündigt. Im Zeitpunkt der Einstellung der Arbeiten durch die Klägerin am 19. August 1978 war die Halde etwa 58 m hoch.

Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren den Anspruch auf Zahlung von restlichem Werklohn gemäß § 649 Satz 2 BGB geltend. Nachdem die Klage mit rechtskräftigem Urteil des Berufungsgerichts vom 5. Februar 1981 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist, streiten die Parteien nunmehr über die Höhe des Restwerklohnanspruchs und der hiervon in Abzug zu bringenden ersparten Kosten der Klägerin. Die Klägerin hat insoweit u.a. ein Gutachten des Verbandes des Verkehrsgewerbes Nordrhein e.V. (VVN) vom 9. November 1978 mit ergänzender Stellungnahme vom 11. September 1982 vorgelegt.

Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch in der im Berufungsverfahren zuletzt geltend gemachten Höhe von



3.708.836,-- DM nebst 6 % Zinsen seit dem 21. August 1978 weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht errechnet die Vergütung der Klägerin für das Jahr 1978 mit 250 Tagen x 3.000 t Tagesleistung x 1,4105 DM Einheitspreis/t = 1.057.875,-- DM.

1. a) Der in § 5 des Vertrages vom 12. August 1963 festgesetzte Einheitspreis war mit einer Preisanpassungsklausel versehen, gemäß der die Lohnkosten mit 50 %, die Treibstoffkosten mit 18 % und die Maschinenkosten mit 22 % berücksichtigt wurden. Das Berufungsgericht hat daraus, daß der Vergütungssatz im Gegensatz zu dem ursprünglichen Angebot der Klägerin und dem Angebot eines seinerzeitigen Mitbewerbers, die beide eine Preisanpassung zu 100 % vorgesehen hatten, in § 5 des Aufhaldungsvertrages nur zu 90 % für steigerungsfähig erklärt worden ist, geschlossen, daß 10 % nicht zu steigern seien.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Parteien, da der Vertrag eine Laufzeit von mindestens 20 Jahren gehabt habe, den 10 %-igen Zuschlag

nicht von der Preisanhebung hätten ausnehmen wollen. § 5 Satz 4 des Vertrages laute eindeutig "die Vergütung ist gleitend", nicht etwa "90 % der Vergütung sind gleitend". Der Vertrag führe in § 5 Satz 5 nur 90 % für Löhne, Treibstoff und Maschinen auf, weil die restlichen 10 % in ihrer Berechnung der 90 %-igen Preisanpassung folgen sollten; die Parteien seien lediglich außerstande gewesen, diese gewollte Vereinbarung zu "verbalisieren".

c) Die Rüge ist nicht begründet. Die Regelung über die Preisanpassung in § 5 Abs. 3 des Aufhaldungsvertrages lautet vollständig:

"Die Vergütung ist gleitend. Einer Veränderung der Vergütung werden folgende Anteile zugrunde gelegt:

- a) 50 % für Löhne
- b) 18 % für Treibstoffe
- c) 22 % für Maschinen."

Die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts steht nicht im Widerspruch zu diesem Vertragswortlaut. Mit ihrem Kontext weist die Formulierung "die Vergütung ist gleitend" nicht zwingend darauf hin, daß die Vergütung insgesamt von beweglichen Faktoren abhängen sollte. Die tatrichterliche Vertragsauslegung ist vielmehr möglich. Die Revision muß sie hinnehmen.

Die Revision muß die mögliche tatrichterliche Vertragsauslegung des Berufungsgerichts um so mehr deshalb hinnehmen, weil dem Werkunternehmer im Falle der Kündigung gemäß § 649 Satz 1 BGB der vertragliche Werklohnanspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB grundsätzlich verbleibt (BGB-RGRK/

Glanzmann, 12. Aufl. § 649 Rdn. 9; MünchKomm/Soergel, 2. Aufl. § 649 Rdn. 10) und damit die Klägerin für die die Höhe der vereinbarten Vergütung rechtfertigenden tatsächlichen Umstände beweispflichtig ist (Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht § 649 BGB Rdn. 1 m.N.). Das Berufungsgericht hätte sich daher bereits mit der Feststellung begnügen können, es könne im Hinblick auf das ursprüngliche Angebot der Klägerin und das Angebot eines Mitbewerbers jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, daß die Vergütung nur zu 90 % steigerungsfähig sei.

2. a) Beim Maschinenanteil ist nach der Auffassung des Berufungsgerichts anstelle des Anschaffungspreises für den von der Klägerin bei Vertragsschluß benutzten Muldenkipper des Typs Faun K 25 weder der Kaufpreis für die von der Klägerin zuletzt angeschafften, wesentlich leistungskräftigeren und deshalb teureren Fahrzeuge des Typs Faun K 40 noch der Preis für das nach der Typenbezeichnung gegenüber dem Faun K 25 ebenfalls leistungskräftigere Fahrzeug Faun K 30 in Ansatz zu bringen. Vergleichbar sei vielmehr der Typ Faun K 24/2.

b) Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht das Beweiserbieten der Klägerin unberücksichtigt gelassen hat, daß der Muldenkipper Faun K 25/36 VA ersetzt wurde durch den Muldenkipper Faun K 30.3 A. Das Berufungsgericht hat sich ersichtlich nicht mit dem Inhalt des Anlagenhefters G 1 Anlage 24 Blatt 1 bis 5 und des Schriftsatzes vom 20. April 1989 befaßt. Diese Urkunden belegen nicht, daß das Modell Faun K 30 leistungskräftiger als das Modell Faun K 25 ist; sie weisen vielmehr darauf hin, daß das Modell Faun K 30 anders als das deutlich kleinere Modell Faun K 24

dem früheren Modell Faun K 25 in den Leistungsdaten fast identisch entspricht.

3. Der Senat hat auch die weiteren Verfahrensrügen der Revision bezüglich der vom Berufungsgericht vorgenommenen Berechnung der Jahresvergütung geprüft, sie jedoch nicht für durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO).

II.

Bei der Ermittlung der von der Klägerin infolge der Kündigung ersparten Kosten geht das Berufungsgericht im Ansatz von dem Gutachten des VVN aus. Es kommt dabei - wie bereits das Landgericht - zu dem Ergebnis, daß die Klägerin bei der weiteren Fortführung des Vertrages keinen Ertrag, sondern Verluste erwirtschaftet hätte.

1. a) Das Berufungsgericht errechnet unter Zugrundelegung von 3.000 t Waschberge/Tag, d.h. von 75 Kippertouren zu je 40 t und einer durchschnittlichen Umlaufzeit von 16,4 min/Kippertour 20,5 Umlaufstunden/Einsatztag, was rechnerisch gesehen eine jährliche Einsatzzeit von $20,5 \times 250 = 5.125$ h ergäbe. Das Berufungsgericht geht jedoch von einer jährlichen Arbeitszeit von $2.371 \text{ h} \times 3 \text{ Kipper} = 7.113$ h aus. Zur Begründung führt es aus, es sei zu berücksichtigen, daß die Klägerin bei herabgesetzter Beförderungsleistung zur Vertragserfüllung einen nicht ausgelasteten Fuhrpark hätte vorhalten müssen. Die Einsatzzeiten der Klägerin hätten sich nach der Menge des an der Übergabestation in Empfang genommenen Materials bestimmt; die zusätzliche Abfuhr des von der Zeche Haniel abgeholten Materials habe nur der besseren Nut-

zung der einzusetzenden Fahrzeuge gedient. Wenn die Klägerin auf das Jahr 1978 hochgerechnet für die Abfuhr von 903.242 t Waschberge 2.856 Kipperstunden hätte leisten müssen, wären bei 750.000 t mutmaßlich 2.371 h zu leisten gewesen. Da zwei Fahrzeuge für eine Tour $16,4 : 2 = 8,2$ min benötigt hätten, wäre mit ihnen die vertraglich vorgesehene Entladungszeit von 5 min/Talbot-Wagen nicht einzuhalten gewesen; es hätten daher mindestens drei Fahrzeuge eingesetzt werden müssen.

b) Die Revision rügt, die Klägerin müsse sich für die beim Einsatz der Kipper ersparten Aufwendungen unabhängig davon, wieviele Kipper sie dafür eingesetzt habe, nicht mehr als die Kosten für die zur Aufhaltung von 3.000 t Waschberge/Arbeitstag benötigten Umlaufstunden anrechnen lassen. Das Berufungsgericht habe, soweit es von jährlich 2.856 Stunden ausgegangen sei, nicht berücksichtigt, daß diese Stundenzahl im Jahre 1978 ohne die Kündigung des Vertrages für die Entleerung der Talbot-Wagen benötigt worden wäre und deshalb keine Auskunft über die von der Klägerin benötigten Umlaufstunden gebe.

c) Die Rüge ist insoweit begründet, als eine Rechtfertigung dafür, daß das Berufungsgericht die betriebsabhängigen Kosten der Kipper nicht mit der von ihm selbst festgestellten durchschnittlichen Umlaufzeit von 20,5 h/Einsatztag = 5.125 h/Jahr hochgerechnet hat, nicht zu erkennen ist.

Die Revision nimmt die Feststellung des Berufungsgerichts hin, daß die zusätzliche Abfuhr des unmittelbar von der Zeche Haniel abgeholten Materials nur der besseren Ausnutzung der einzusetzenden Fahrzeuge gedient hat. Sie vermag zudem nicht aufzuzeigen, daß die weitere Feststellung des

Berufungsgerichts, daß die Klägerin zur Vertragserfüllung einen nicht ausgelasteten Fuhrpark von (mindestens) drei Kippern benötigt hätte, rechtsfehlerhaft ist. Dementsprechend ist kein Grund ersichtlich, die neben den betriebsabhängigen Kosten anfallenden betriebsunabhängigen Kosten für drei Kipper nur anteilig (zu $\frac{2.371}{2.856}$) in Ansatz zu bringen, wie das Berufungsgericht dies getan hat. Eine solche nur anteilige Berücksichtigung ist insbesondere auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil in der Zeit, für die die Vergütung gemäß § 649 BGB beansprucht wird, Transporte für die Zeche Haniel gar nicht mehr angefallen sind.

2. Ebenfalls zum Teil begründet ist die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin übergangen, wonach in der durchschnittlichen Umlaufzeit je Tour von 16,4 min insgesamt 2,75 min Stillstandzeiten enthalten gewesen seien, während derer betriebsabhängige Kosten nicht angefallen seien.

a) Die Klägerin hatte in der Berufungsbegründung geltend gemacht, daß sich je Umlauf eine Stillstandzeit von durchschnittlich 1,75 min ergeben hätte, während der keinerlei Verbrauch entstanden wäre. Das Berufungsgericht hat diesen unter Sachverständigenbeweis gestellten Vortrag übergangen.

b) Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte auch 1 min Stillstandzeit bei der Beladung berücksichtigen müssen, ist nicht den Erfordernissen des § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO gemäß ausgeführt (vgl. Zöllner/Schneider, ZPO 16. Aufl. § 554 Rdn. 14 m.N.).

3. a) Das Berufungsgericht stellt in die betriebsabhängigen Kosten einen Betrag von 75.000,-- DM pro Jahr und Kipper für Abnutzung ein. Zur Begründung führt es aus, daß der im Gutachten des VVN zugrunde gelegte Betrag von 38.978,-- DM (= 1/8 des Kaufpreises ohne Bereifung) angesichts der auf vier Jahre veranschlagten Lebensdauer des Fahrzeugs zu niedrig sei; die Begründung in dem Gutachten, die Abschreibung werde hier "entsprechend der Verursachung berücksichtigt", sei nicht verständlich.

b) Das Berufungsgericht übersieht dabei, daß in dem Gutachten des VVN neben einem Betrag von 38.978,-- DM für Abnutzung ein gleichhoher Betrag für Entwertung, d.h. insgesamt ein Betrag von 77.956,-- DM für die Fahrzeugabschreibung in Ansatz gebracht wurde. Da der letztere Betrag in dem Gutachten des VVN in die vom Berufungsgericht übernommene Position "feste Fahrzeugkosten" in Höhe von 48.869,-- DM eingeflossen ist, hat das Berufungsgericht daher insgesamt 75.000,-- DM + 38.978,-- DM = 113.978,-- DM als Abschreibung in Ansatz gebracht. Es stützt sich insoweit zu Unrecht auf das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen, da dieser von einem jährlichen Abschreibungsbetrag je Kipper von insgesamt 75.000,-- DM ausgeht.

4. a) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts sind die in dem Gutachten des VVN in Ansatz gebrachten Reparaturkosten ebenfalls zu niedrig veranschlagt. Da die in die Kostenrechnung eingestellten Kipper erst im Februar und November 1977 angeschafft worden seien, hätten die in jenem Jahr angefallenen Reparaturkosten keine zuverlässige Schätzungsgrundlage geschaffen. Die angenommenen Beträge stünden auch

in einem auffälligen Gegensatz zu den bei dem Straßen-LKW ermittelten Beträgen. In Anlehnung an den in der Baugeräteleiste 1981 genannten Satz von monatlich 2,2 % sei deshalb ein Jahresbetrag von rund 85.000,-- DM anzusetzen.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe insoweit den Vortrag der Klägerin übergangen, wonach die Reparaturkosten pro Betriebsstunde im konkreten Fall höchstens 8,84 DM, d.h. für 2.856 Betriebsstunden 25.247,-- DM betragen haben würden. Die Baugeräteleiste sei auf die Geräte der Klägerin, die eine Halde aufzuschütten, aber kein Bauwerk zu errichten gehabt habe, nicht anwendbar. Sie trage zudem den tatsächlichen Verhältnissen im Betrieb der Klägerin keine Rechnung; die Fahrzeuge würden dort pfleglich und vorsichtig behandelt und es erfolge auch weder ein Wechsel des Einsatzortes noch des Bedienungs- und Wartungspersonals. Die Baugeräteleiste diene im übrigen nicht der Ermittlung der Selbstkosten der Eigentümer der Baugeräte für deren Reparatur, sondern der Geltendmachung der Kosten gegenüber dem Finanzamt.

c) Die Rüge ist auch unter Berücksichtigung des dem Berufungsgericht insoweit einzuräumenden Schätzungsermessens gemäß § 287 ZPO begründet. Allerdings besteht im Rahmen der genannten Vorschrift grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen abstrakter und konkreter Berechnung. Eine abstrakte Berechnung ist jedoch dann unzulässig, wenn der Beweispflichtige - wie hier - einen Beweis für eine ihm günstigere konkrete Berechnung angeboten hat (Zöllner/Stephan, aaO § 287 Rdn. 7 m.N.).

5. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision mit Recht rügt, ferner den unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin übergangen, daß die Kipper nach 11.600 Betriebsstunden einen Restwert von 40.000,-- DM gehabt hätten. Die in dem Gutachten des VVN für die Nichtberücksichtigung des Restwertes angeführte Begründung, daß für den Kauf eines neuen Fahrzeugs jeweils ein gegenüber dem abgeschriebenen Fahrzeugwert höherer Kaufpreis zu bezahlen sei, weshalb der nicht berücksichtigte Restwert des alten Fahrzeugs zur Kompensierung des höheren Wiederbeschaffungspreises herangezogen werden solle, kann für die Vertragsbeziehungen der Parteien einmal angesichts der vereinbarten Preisanpassungsklausel und zum anderen im Hinblick darauf, daß die gesamte Abrechnung auf der Basis der Preise des Jahres 1978 erfolgt, nicht gelten.

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung bringt das Berufungsgericht den Restwert der Kipper auch nicht dadurch in Ansatz, daß es die jährliche Abschreibung nicht aus dem vollen Kaufpreis von 340.000,-- DM, sondern nur aus einer Gesamtabwertung in vier Jahren von 300.000,-- DM ermittelt. Die Revisionserwiderung läßt unberücksichtigt, daß überhaupt nur der um die Kosten für die Bereifung verminderte durchschnittliche Kaufpreis für einen Kipper, d.h. der Betrag von 340.195,-- DM - 28.374,-- DM = 311.821,-- DM als Grundlage für die Abschreibung in Betracht kommt.

6. a) Als Kosten für die Bedienung der Übergabestation bringt das Berufungsgericht den Betrag von 107.910,-- DM in Ansatz. Es folgt dabei dem gerichtlichen Sachverständigen, der von einer jährlichen Arbeitszeit für jede der beiden Bedienungskräfte von 2.725 h und einem Bruttostundenlohn von

12,-- DM zuzüglich lohnabhängiger Nebenkosten in Höhe von 65 % = 7,80 DM ausgegangen ist. Zur Begründung führt es aus, daß gegen die Übernahme dieser Stundenzahl keine Bedenken bestünden, weil im Gutachten des VVN sogar eine Arbeitszeit von 3.042 h, d.h. mehr als die Einsatzzeiten der Kipper betragen hätten, zugrunde gelegt worden sei.

b) Die Revision hält demgegenüber für die Übergabestation Personalkosten in Höhe von lediglich 2 x 45.037,50 DM = 90.075,-- DM und - unter Hinzurechnung von 556,20 DM Grundsteuer und 4.192,50 DM für Wasser und Licht - einen jährlichen Kostenbetrag von insgesamt 94.823,70 DM für gerechtfertigt. Nach den sehr genauen Ermittlungen des Sachverständigen des VVN hätten die beiden Arbeitskräfte im Jahre 1978 für die Entladung von 903.242 t Waschberge je 3.042 h Arbeitszeit vergütet bekommen, weshalb für 3.000 t Waschberge je Einsatztag und Kraft 10,104 h und damit bei 250 Einsatztagen jährlich 2.526 h zu zahlen gewesen wären. Außerdem habe der Stundenlohn nach den eingehenden Ermittlungen des VVN-Gutachtens einschließlich Nebenkosten 17,83 DM und nicht 19,80 DM betragen, wie der gerichtliche Sachverständige ohne nähere Begründung angegeben habe. Das Berufungsgericht habe nicht begründet, weshalb es insoweit dem VVN-Gutachten nicht gefolgt sei.

c) Die Rüge ist begründet. Die Ausführungen im Gutachten des VVN zu den konkreten Arbeitszeiten, die an der Übergabestation angefallen wären, und zur Höhe der konkreten Arbeitslöhne, die hierfür zu zahlen gewesen wären, sind substantiierter Parteivortrag der Klägerin, mit dem das Berufungsgericht sich hätte befassen müssen. Da in dem Gutachten

des gerichtlichen Sachverständigen eine entsprechende Befassung nicht zu erkennen, sondern im Gegenteil vermerkt ist, daß die dort zugrunde gelegten Daten und Wertansätze aus (vom VVN gesammelten!) allgemeinen Branchen-Erfahrungssätzen abgeleitet seien, hätte das Berufungsgericht darzulegen gehabt, weshalb es anstelle der konkreten Berechnung der Klägerin der abstrakten Berechnung des gerichtlichen Sachverständigen gefolgt ist.

7. Die Revision rügt des weiteren zu Recht, daß der gerichtliche Sachverständige und das ihm ohne eigene Begründung folgende Berufungsgericht nicht dargelegt haben, weshalb das VVN-Gutachten unzutreffend sei, soweit danach die Nutzungskapazität der für das Einplanieren der Waschberge benötigten Raupe nicht lediglich 10.000 Betriebsstunden, sondern 14.000 Betriebsstunden betragen habe. Die Lebensdauer der Raupe war auf Blatt 1 zu Blatt 42 des VVN-Gutachtens aufgrund der Betriebserfahrung mit 3,5 Jahren errechnet. Die Klägerin machte damit für die von ihr eingesetzte Raupe eine Lebensdauer von 14.000 Betriebsstunden geltend. Der gerichtliche Sachverständige ist demgegenüber ohne jede Erläuterung und Begründung von einer Gesamtnutzungskapazität von 10.000 h ausgegangen, wobei er sich womöglich an der in dem Formular des Raupenherstellers pauschal als Richtwert angegebenen Nutzungsdauer orientiert hat. Das Berufungsgericht ist dieser abstrakten Berechnung gefolgt, ohne in irgendeiner Weise darzulegen, weshalb der in dem Gutachten des VVN zugrunde gelegte Zahlenwert nicht in Betracht kommen sollte.

8. Ebenfalls begründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe, soweit es bei der Ermittlung der Kosten für die Raupe mit dem gerichtlichen Sachverständigen von einer jährlichen Einsatzzeit von 2.725 h ausgegangen sei, unberücksichtigt gelassen, daß die Klägerin nach dem VVN-Gutachten im Jahre 1978 in 3.952 Betriebsstunden 2.593.094 t einplaniert und deshalb für das Einplanieren von 750.000 t Waschberge lediglich 1.174,75 h benötigt hätte. Soweit nämlich der gerichtliche Sachverständige für die Planierraupe ebensoviele Betriebsstunden in Ansatz gebracht hat wie für die Kipper und die Übergabestation, hat er nicht berücksichtigt, daß die Raupe gemäß dem VVN-Gutachten (Bl. 44, Position 2.513) nur zu etwa einem Drittel ihrer Einsatzzeit für das Einplanieren der Waschberge benötigt wurde. Dieser Fehler setzt sich im Berufungsurteil, in dem der stundenmäßige Ansatz des gerichtlichen Sachverständigen ohne weiteres übernommen wurde, fort.

9. Gleichfalls begründet ist die Rüge der Revision, der gerichtliche Sachverständige und ihm folgend das Berufungsgericht hätten bei der Übernahme der - dabei von 5.928,-- DM auf 5.500,-- DM sowie von 66.156,-- DM auf 66.100,-- DM abgerundeten - Beträge aus dem VVN-Gutachten für die jährlichen Schmierstoff- und Reparaturkosten der Raupe übersehen, daß die Berechnung des gerichtlichen Sachverständigen auf 2.725 Betriebsstunden, das VVN-Gutachten hingegen auf 3.952 Betriebsstunden bezogen war:

Im Gutachten des VVN sind die Kosten für die Schmierstoffe (1,50 DM/Betriebsstunde) und die Reparaturkosten (16,74 DM/Betriebsstunde) entsprechend den Angaben des Rau-

penherstellers in Ansatz gebracht. Wie der gerichtliche Sachverständige zu seinen abweichenden Stundensätzen (Schmierstoffe: 5.500,-- DM für 2.725 Betriebsstunden = 2,02 DM/Betriebsstunde; Reparaturkosten: 66.100,-- DM für 2.725 Betriebsstunden = 24,26 DM/Betriebsstunde) gelangt ist, ist demgegenüber nicht ersichtlich; es ist lediglich zu vermuten, daß er sich an den Sätzen im VVN-Gutachten orientiert hat, ohne dabei zu berücksichtigen, daß in diesem Gutachten eine wesentlich höhere jährliche Gesamtbetriebszeit der Raupe zugrunde gelegt worden war. Die vom gerichtlichen Sachverständigen aus der Luft gegriffenen Ansätze für die betreffenden Kosten sind ohne jegliche Erläuterung in das Berufungsurteil übernommen worden.

10. Die Revision rügt schließlich auch zu Recht, daß das Berufungsgericht, soweit es hinsichtlich der Personalkosten für die Planierraupe mit dem gerichtlichen Sachverständigen von einem Stundensatz von 19,20 DM ausgegangen ist, den im Gutachten des VVN enthaltenen konkreten Vortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen hat, daß die Lohnkosten einschließlich der Nebenkosten tatsächlich nur 16,50 DM/h betragen hätten.

11. Der Senat hat auch die weiteren Verfahrensrügen der Revision, die die vom Berufungsgericht vorgenommene Berechnung der von der Klägerin infolge der Kündigung des Vertrages ersparten Aufwendungen betreffen, geprüft, sie jedoch für nicht durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO).

III.

Da nach allem zumindest nicht auszuschließen ist, daß der Klägerin wegen der Kündigung des Werkvertrages vom 12. August 1963 ein Vergütungsanspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB zusteht, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und, da die Höhe der möglicherweise zu leistenden Zahlung von noch zu treffenden tatsächlichen Feststellungen abhängt, der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Im Rahmen der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird, insbesondere zu berücksichtigen haben, daß bei der Ermittlung der ersparten Aufwendungen die betriebsunabhängigen Kosten (Vorhaltekosten) der jeweils benötigten Maschinen sowie die betriebsabhängigen, d.h. entsprechend der tatsächlichen Betriebsdauer anfallenden Kosten je für sich zu ermitteln und dann zusammenzunehmen sind. Soweit im Rahmen des Betriebsablaufs Stillstandzeiten angefallen wären, wird zu prüfen sein, inwieweit während dieser Zeiten ebenfalls betriebsabhängige Kosten - insbesondere Fahrpersonalkosten - angefallen wären. Was speziell die Kosten für die Planiertraupe anlangt, wird zu klären sein, ob die Klägerin insoweit an ihrem Vortrag in der Berufungsbegründung (S. 38-40) und im Schriftsatz vom 20. April 1989 (S. 66 u. 68) festhält oder nurmehr die in der Revisionsbegründung genannte Stundenzahl für anrechenbar erachtet. Sofern es darauf ankommen sollte, ob die Klägerin entsprechend dem Vortrag der insoweit be- weispflichtigen Beklagten weitere, vom Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bisher nicht be-

rücksichtigte Kosten erspart hat, wird insbesondere insoweit, als die Klägerin geltend macht, daß ein persönlich haftender Gesellschafter die Haldenaufsicht unentgeltlich ausgeführt hätte und dafür deshalb nur die Kosten für den benötigten PKW angefallen wären, die Regelung des § 649 Satz 2 a.E. BGB ("er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages ... durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt") in Betracht zu ziehen sein. Soweit ein 10 %-iger Verwaltungs- und Regiekostenzuschlag in Rede steht, wird zu bedenken sein, daß sich eine gemäß § 649 Satz 2 BGB zu berücksichtigende Ersparnis an den allgemeinen Geschäftsunkosten infolge der Kündigung eines einzelnen Geschäfts jedenfalls grundsätzlich nicht ergibt (van Gelder NJW 1975, 189, 190 1.Sp.; BGB-RGRK/Glanzmann, 12. Aufl. § 649 Rdn. 14; MünchKomm/Soergel, 2. Aufl. § 649 Rdn. 13 m.N. in Fn. 18).

Das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 29. August 1990 gibt Anlaß zu dem Hinweis, daß die in § 5 des Vertrages vom 12. August 1963 enthaltene Preisanpassungsklausel (vgl. oben zu I. 1.) keinen Rückschluß auf die Höhe der Gewinne erlaubt, die die Klägerin im Falle der Durchführung des Vertrages gehabt hätte. Der dortigen Regelung läßt sich insbesondere nicht entnehmen, daß der Unternehmergewinn von vornherein lediglich 10 % der vereinbarten Vergütung abzüglich der Verwaltungskosten und der betriebsbezogenen Steuern hätte betragen sollen.

Die Revision weist im übrigen zu Recht darauf hin, daß die Klägerin, die bei einer Restlaufzeit des Vertrages von

10 Jahren nur den mit dem Faktor 7,36 vervielfältigten Jahresbetrag beansprucht, unter dieser Prämisse Zinsen bereits seit dem 21. August 1978 beanspruchen kann (vgl. Schriftsatz v. 24.09.1990 S. 9-11).

Aufgrund des Verlaufs des Berufungsverfahrens hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht. Im Hinblick auf die besonders lange Verfahrensdauer, den umfangreichen Aktenstand und die Schwierigkeit der Sache regt der Senat an, darauf hinzuwirken, daß der Berichterstatter während der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung für eine angemessene Zeit von weiteren Tätigkeiten freigestellt wird.

Bruchhausen

Rogge

Maltzahn

Broß

Melullis