



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 31/98

Verkündet am:
14. März 2000
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 2000 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Jestaedt, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 3. Dezember 1997 verkündete Urteil des 24. Zivilsenats des Kammergerichts aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von den Beklagten, die eine Arbeitsgemeinschaft bilden, gestützt auf eine Abtretung der A. GmbH & Co. (im folgenden: Zedentin) Zahlung restlichen Werklohns nebst Zinsen.

Auf Aufforderung der Beklagten bot die Zedentin mit Telefax vom 14. Juli 1995 die Demontage bestimmter Rolltorpanzer zu einem Pauschalpreis von 92.000,- DM (einschließlich Mehrwertsteuer) an. Noch am 14. Juli 1995, einem Freitag, rief deshalb der Bauleiter der Beklagten zu 1 F. den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Zedentin H. P. an. Die Parteien streiten darüber, ob F. in diesem Telefongespräch für die Beklagten das Angebot der Zedentin angenommen hat.

In schriftlicher Form teilten die Beklagten der Zedentin mit einem Schreiben, welches das Datum des 14. Juli 1995 trägt, mit, sie solle für eine Pauschalvergütung von 92.000,- DM die Rolltorpanzer sowie die Rolltorkästen demontieren und sowohl Panzerrollen als auch Rolltorkästen in transportfähige Stücke zertrennen. Es ist streitig, ob die Zedentin dieses Auftragschreiben der Beklagten, wie diese behaupten, noch am 14. Juli 1995 vorab als Telefax erhalten hat oder ob es ihr, wie von der Klägerin vorgetragen worden ist, erst am 18. Juli 1995 zugegangen ist.

Am 17. Juli 1995 erhielt die Zedentin ferner ein Telefax der örtlichen Bauleitung der Beklagten, in dem es unter anderem hieß:

"Leider mußten wir feststellen, daß Sie am 17.07.1995 bis 19.30 Uhr auf der o.g. Baustelle nicht zur Terminsabsprache zur Realisierung der Demontagearbeiten an den Rolltoranlagen erschienen waren. Da es sich bei dem Bauvorhaben um eine Terminbaustelle handelt, bitten wir um Bereitstellung von vier Fachkräften am 18.07.1995 um 7.00 Uhr, um mit den Demontagearbeiten am ersten Rolltor zu beginnen."

Die Zedentin nahm die Demontage der Rolltorpanzer und weitere Arbeiten in der Zeit vom 18. bis 22. Juli 1995 vor. Das vom 14. Juli 1995 datierende Auftragsschreiben schickte sie versehen mit umfangreichen Streichungen bei der Leistungsbeschreibung und bei den Ausführungsterminen am 21. Juli 1995 an die Beklagten zurück. Unter dem 24. Juli 1995 stellte die Zedentin den Beklagten 92.000,-- DM in Rechnung. Die Beklagten ermittelten, wieviel Stunden die Mitarbeiter der Zedentin auf der Baustelle gearbeitet hatten, und errechneten auf dieser Basis die für angemessen gehaltene Vergütung, die sie an die Zedentin zahlten.

Den Differenzbetrag hat die Klägerin eingeklagt. Zur Begründung hat sie unter anderem behauptet, nachdem H. P. am 18. Juli 1995 festgestellt habe, daß in dem vom 14. Juli 1995 datierenden Auftragsschreiben der Beklagten unter anderem eine Erweiterung des Auftragsumfanges enthalten sei, habe er dies noch am selben Tage gegenüber F. telefonisch unter Hinweis darauf beanstandet, daß der Vertrag bereits abgeschlossen gewesen sei und die Mitarbeiter der Zedentin bereits auf der Baustelle arbeiteten. Auf die Drohung, die Mitarbeiter von dort abzuziehen, habe F. erklärt, die Zedentin könne aus dem Schriftstück der Beklagten herausstreichen, was ihr nicht gefalle und der getroffenen Vereinbarung nicht entspreche. Die Beklagten haben demgegenüber behauptet, F. habe einen Preis von 92.000,-- DM für die von der Zedentin allein angebotene Demontage der Rolltorpanzer für zu hoch erachtet und sei deshalb hierauf in dem Telefongespräch vom 14. Juli 1995 nicht eingegangen.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung (Zeugenvernehmung) die Zahlungsklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die hiergegen gericht-

tete Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter und bittet hilfsweise um Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision der Klägerin führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat nicht für erwiesen erachtet, daß der für die Zedentin handelnde H. P. und der für die Beklagten handelnde F. sich anlässlich des Telefongesprächs vom 14. Juli 1995 nach Maßgabe des Telefax der Zedentin von diesem Tage auf einen Werkvertrag mit einer Vergütungspflicht von 92.000,-- DM geeinigt hätten. Die Aussagen der hierüber vor dem Landgericht vernommenen Zeugen H. P. und M. S. einerseits sowie F. andererseits stünden sich konträr gegenüber. Es könne nicht festgestellt werden, wer die Wahrheit und wer die Unwahrheit gesagt habe.

Diese auf tatrichterlichem Gebiet liegende Würdigung des Berufungsgerichts ist vertretbar. Rechtsfehler zeigt auch die Revision insoweit nicht auf.

Es kann nicht festgestellt werden, daß die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts im Widerspruch zu der schriftlichen Erklärung der örtlichen Bauleitung der Beklagten vom 17. Juli 1995 steht. Aus diesem Telefax mag rückgeschlossen werden, daß ein Erscheinen von H. P. bis 19.30 Uhr des 17. Juli

1995 abgesprochen war. Einen Anhaltspunkt, daß diese Absprache schon während des Telefongesprächs vom 14. Juli 1995 erfolgte und F. als Zeuge jedenfalls in diesem Punkt die Unwahrheit gesagt hat, bietet das Telefax vom 17. Juli 1995 jedoch nicht.

Das Berufungsgericht brauchte auch nicht den Beweisanträgen nachzugehen, welche die Revision als übergegangen rügt. Eine Beweiserhebung über Indiztatsachen ist nur nötig, wenn ersichtlich oder dargelegt ist, daß sie allein oder zusammen mit anderen Umständen die ernstliche Möglichkeit des logischen Rückschlusses auf den zu beweisenden Tatbestand bieten (vgl. BGHZ 53, 245, 261). Das mußte hier von dem in das Zeugnis des Poliers der Beklagten gestellte Geschehen nicht angenommen werden.

Wie frühere Vertragsverhandlungen zwischen H. P. und den Beklagten oder die hierauf zustande gekommenen Verträge anschließend durchgeführt wurden, läßt ebenfalls verlässliche Rückschlüsse darauf nicht zu, daß am 14. Juli 1995 ein Vertrag mit Pauschalpreisabrede zustande gekommen sei. Auch nach der Darstellung der Revision sollen die behaupteten Gepflogenheiten nur belegen, daß das nach dem 14. Juli 1995 Geschehene bzw. für die Zeit nach diesem Datum von der Klägerin Behauptete bei den Beklagten nichts Unübliches dargestellt habe.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aus der Beweisfähigkeit der Klägerin, was den Inhalt des Telefongesprächs vom 14. Juli 1995 anbelangt, aber gefolgert, der Zedentin sei für die erbrachten Arbeiten lediglich ein Anspruch auf die übliche Vergütung erwachsen, die mangels ausreichenden Bestreitens der entsprechenden Darlegungen der Beklagten in dem Betrag bestehe, den

die Zedentin bereits erhalten habe. Zu diesem Schluß ist das Berufungsgericht gelangt, weil es das Telefongespräch vom 14. Juli 1995 als einziges Geschehen angesehen hat, durch das ein Werkvertrag zustande kommen können, der eine Pauschalvergütung von 92.000,-- DM beinhaltet. Das schöpft die unstreitigen sowie die von der Klägerin vorgetragene Umstände des Falls nicht aus und genügt deshalb nicht den Anforderungen des § 286 ZPO, wie die Revision zu Recht rügt.

a) Ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils hat die Klägerin behauptet, die Zedentin habe das umfangreiche und mit neuen Vertragsbedingungen versehene Auftragsschreiben der Beklagten, welches das Datum vom 14. Juli 1995 trägt, erst am 18. Juli 1995 erhalten. Zuvor war der Zedentin unstreitig das Telefax der örtlichen Bauleitung der Beklagten vom 17. Juli 1995 zugegangen, in dem die Zedentin ohne jede Einschränkung aufgefordert worden war, am nächsten Tag um 7.00 Uhr mit Demontearbeiten zu beginnen. Dieses Telefax enthielt keinerlei Vorbehalte, wie sie nach der Behauptung der Beklagten anlässlich des Telefongesprächs vom 14. Juli 1995 durch F. gemacht worden sein sollen. Dies bedeutet, daß die Klägerin die schlüssige Behauptung aufgestellt hat, jedenfalls am 17. Juli 1995 sei es nach Maßgabe des Angebots der Zedentin vom 14. Juli 1995 zu einer vertraglichen Übereinkunft gekommen. Denn die vorbehaltlose Aufforderung zum Arbeitsantritt durfte die Zedentin, wie die Revision zu Recht meint, ohne weiteres dahin verstehen, daß etwaige Bedenken bei den Beklagten, für die bloße Demontage der Rollpanzer 92.000,-- DM bezahlen zu sollen, nicht mehr bestünden und die Beklagten nunmehr mit dem von der Zedentin Angebotenen einverstanden seien.

b) Das Berufungsgericht durfte deshalb die Klage nicht abweisen, ohne zuvor auch die streitige Frage aufzuklären, wann ein Schriftstück mit dem Inhalt des vom 14. Juli 1995 datierenden Schreibens der Beklagten in verkehrsüblicher Weise so in die tatsächliche Verfügungsgewalt der Zedentin gelangt ist, daß sie hiervon Kenntnis nehmen konnte (vgl. zu dieser Definition des Zuganges z.B. BGH, Urt. v. 11.05.1979 - V ZR 177/77, NJW 1979, 2032, 2033 m.w.N.). Da der zeitlich erst nach dem Empfang des Telefax der örtlichen Bauleitung der Beklagten erfolgte Zugang des Schreibens mit dem Datum vom 14. Juli 1995 Wirksamkeitsvoraussetzung für das Zustandekommen eines Werkvertrages am 17. Juli 1995 mit dem von der Zedentin gewünschten Inhalt ist, trägt unter den Gegebenheiten des vorliegenden Falls die Klägerin als Anspruchstellerin insoweit die Beweislast.

c) Sollte sich bei der noch durchzuführenden Sachaufklärung nicht erweisen, daß das Auftragsschreiben der Beklagten der Klägerin erst am 18. Juli 1995 zugegangen ist, und deshalb der von den Beklagten behauptete Zugang bereits am 14. Juli 1995 nicht auszuschließen sein, ist davon auszugehen, daß das Angebot der Zedentin vom 14. Juli 1995 abgelehnt war. Denn das Auftragsschreiben der Beklagten enthielt gegenüber dem Angebot der Zedentin unstreitig Änderungen. Gemäß § 150 Abs. 2 BGB enthielt das Auftragsschreiben der Beklagten daher ein neues Angebot, was auch allen Beteiligten klar sein mußte. Das neue Angebot der Beklagten, das ebenfalls eine Pauschalvergütung von 92.000,- DM vorsah, hat dann die Zedentin angenommen. Die hierfür erforderliche Erklärung ist in der zunächst vorbehaltlosen Arbeitsaufnahme durch Mitarbeiter der Zedentin zu sehen. In Anbetracht ihres eigenen Auftrags mußten die Beklagten den Arbeitsbeginn durch Mitarbeiter der Zedentin am Morgen des 18. Juli 1995 dahin verstehen, daß die Zedentin mit den

ihr angetragenen Vertragsbedingungen einverstanden sei. Die behauptete Ablehnung dieser Vertragsbedingungen durch die Zedentin während des für den 18. Juli 1995 behaupteten Telefongesprächs kam zu spät, weil dieses Gespräch erst im Laufe dieses Tages geführt wurde. Die Zedentin will das Schreiben der Beklagten mit Datum vom 14. Juli 1995 am 18. Juli 1995 erst nach Arbeitsbeginn erhalten haben, weshalb auch das Telefongespräch an diesem Tag erst geführt worden sein kann, nachdem die Beklagten den Vertrag nach Maßgabe ihres Auftragsschreibens bereits als abgeschlossen betrachten mußten. Ein fernmündliches Gespräch am 18. Juli 1995 konnte deshalb nur eine Abänderung des bereits zustande gekommenen Vertrages bewirken. Da das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der Zeugenaussagen über dieses Telefonat und seinen Inhalt keine Tatsachen hat feststellen können, ist eine solche Abänderung jedoch nicht bewiesen. Die gegen diese Beweiswürdigung gerichtete Rüge der Revision ist wie die entsprechende Rüge gegen die den Inhalt des Telefongesprächs vom 14. Juli 1995 betreffende Beweiswürdigung nicht berechtigt.

d) Zusammenfassend kann danach festgestellt werden, daß die Zedentin und die Beklagten sich jedenfalls auf einen Werkvertrag geeinigt haben, der das Versprechen der Beklagten beinhaltet, einen Pauschalpreis von 92.000,-- DM an die Zedentin zu zahlen. Die beiden Möglichkeiten des Zustandekommens, die das Berufungsgericht übersehen hat, führen nur zu einem Unterschied bei der von der Zedentin geschuldeten Gegenleistung. Ist - wie noch zu klären sein wird - das Angebot der Zedentin vom 14. Juli 1995 mit der die vorbehaltslosen Aufforderung zum Arbeitsantritt in dem Telefax der örtlichen Bauleitung der Beklagten vom 17. Juli 1995 angenommen worden, hat das Angebot der Zedentin die Gegenleistung bestimmt. Da nichts dafür ersicht-

lich ist, daß die Zedentin die in ihrem Angebot vom 14. Juli 1995 versprochene Leistung nicht vollständig erbracht hat, wird deshalb in diesem Fall der Klage der vollständige Erfolg nicht versagt werden können.

Kann der von der Klägerin behauptete Geschehensablauf dagegen nicht bewiesen werden, ist davon auszugehen, daß die Zedentin die von den Beklagten gewünschte umfangreichere Gegenleistung zu erbringen versprochen hat. Da die Zedentin diese nach der Behauptung der Beklagten nicht vollständig erbracht hat, kann in diesem Fall ein Abzug von dem vereinbarten Preis von 92.000,-- DM in Betracht kommen, wenn die gesetzlichen (z.B. § 649 BGB) oder die von der Rechtsprechung (z.B. BGH, Urt. v. 24.06.1974 - VII ZR 41/73, NJW 1974, 1864) herausgearbeiteten Voraussetzungen vorliegen, was noch weiterer tatrichterlicher Aufklärung bedarf. Dabei kann es darauf ankommen, ob die Beklagten das Leistungsergebnis, zu dem die von den Mitarbeitern der Zedentin durchgeführten Arbeiten geführt haben, so, wie es erbracht worden ist, als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung abgenommen haben (§ 641 Abs. 1 BGB); hierfür könnte sprechen, daß ein Zerschneiden der von der Zedentin demontierten Teile nicht mehr nötig war, weil - wie die Beklagten haben vortragen lassen - am 19. Juli 1995 eine Ausnahmeerlaubnis der Sondermülldeponie erlangt worden war, die Tore dort komplett abzuliefern. Außerdem haben die Beklagten vortragen lassen, die Zedentin habe vor Ort ordentliche Arbeit geleistet. Die Klägerin hat überdies - worauf die Revision hinweist - geltend gemacht, daß vor Ort von der Zedentin das Zerschneiden der Tore und die Demontage der Rolltorkästen nicht mehr verlangt worden sei. Sollte gleichwohl ein Abzug in Betracht kommen, wird dieser ausgehend von dem vereinbarten Pauschalpreis zu berechnen sein (BGH, Urt. v. 29.06.1995 - VII ZR 184/94, NJW 1995, 2712, 2713). Die von den Beklagten vorgenomme-

ne und dem Berufungsgericht hingegenommene Abrechnung nach üblichen Vergütungssätzen scheidet auch dann aus.

Rogge

Jestaedt

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens