

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 157/72

URTEIL

Verkündet am

6. Juni 1974

**Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der [REDACTED], vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter [REDACTED],
[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma [REDACTED], Inhaber [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. April 1974 durch die Richter Fleck, Liesecke, Dr. Schulze, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 22. September 1972 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht gegen die Beklagte einen angeblichen Schadensersatzanspruch der K. F. OHG geltend. Diese betreibt, wie die Beklagte, ein Klempner- und Installationsunternehmen. Im Jahre 1968 schrieb eine Schwesternkongregation, für die sie schon früher gearbeitet hatte, Installationsarbeiten an einem Krankenhausneubau aus. Zwischen Gesellschaftern der F. OHG und Walter Sch., dem Sohn des Inhabers der Beklagten, fanden daraufhin Besprechungen statt mit dem Ergebnis, daß beide Firmen ihre Kalkulation miteinander abstimmten und ein gemeinsames Angebot abgaben, das die Beklagte mit Schreiben vom 11. Oktober 1968 einreichte. Die Bauherrin erteilte den Auftrag allein der Beklagten und erklärte sich damit einverstanden, daß diese unter ihrer Federführung und alleinigen Verantwortung eine Arbeitsgemeinschaft mit der F. OHG eingehe. Diese

- 3 -

verlangte in der Folgezeit, zur Hälfte an dem Auftrag beteiligt zu werden. Die Beklagte machte Gegenvorschläge. Eine Einigung kam nicht zustande. Die Beklagte führte den Auftrag allein aus.

Die Klägerin fordert von der Beklagten den der F. OHG entgangenen Gewinn in Höhe von angeblich 54.391,96 DM nebst Zinsen. Sie hat dazu unter anderem behauptet: Beide Firmen hätten vor Abgabe des gemeinsamen Angebots vereinbart gehabt, im Falle des Zuschlags eine Arbeitsgemeinschaft mit je hälftiger Beteiligung zu bilden, das Material gemeinsam einzukaufen, ein gemeinsames Konto zu errichten und jeweils vier Arbeitskräfte zu stellen.

Die Beklagte hat die Gültigkeit der Abtretung bestritten und im übrigen geltend gemacht: Zunächst sei nur die Abgabe eines gemeinsamen Angebots vereinbart worden. Zum Abschluß weiterer Vereinbarungen sei es nicht gekommen; überdies hätte Walter Sch. dazu keine Vollmacht gehabt.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

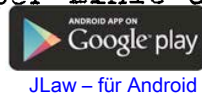
Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Die Klägerin hält die Weigerung der Beklagten, die F. OHG zur Hälfte an der Durchführung des Auftrags zu beteiligen, in erster Linie aufgrund von



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Vereinbarungen, für ungerechtfertigt, die vor der Angebotsabgabe getroffen worden seien. Insoweit führt das Berufungsgericht aus: Das Zustandekommen einer bindenden Einigung über die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft unter gleichmäßiger Beteiligung beider Firmen sei nicht bewiesen. Nach den Aussagen der Gesellschafter Ä. und E. F. hätten sich die Firmen vor der Abgabe des gemeinsamen Angebots zwar über ihre gleichberechtigte Beteiligung an einer Arbeitsgemeinschaft und über weitere Einzelheiten geeinigt. Die Zeugen Sch. und S. hätten aber bekundet, vor der Angebotsabgabe sei keine feste Absprache über die Ausgestaltung der Arbeitsgemeinschaft getroffen worden; vielmehr habe sich die Übereinkunft auf die Abgabe des Angebots beschränkt, während das Beteiligungsverhältnis in einer noch zu gründenden Arbeitsgemeinschaft künftiger Vereinbarung habe vorbehalten bleiben sollen. Ein Grund, diesen Zeugen weniger zu glauben als den von der Klägerin benannten Zeugen, bestehe nicht. Für die Darstellung der Beklagten sprächen im übrigen Hilfstatsachen wie das Schreiben der F. OHG an sie vom 29. November 1968 und der Umstand, daß eine schriftliche Aufzeichnung etwaiger Vereinbarungen nicht erfolgt sei.

Gegen diese Darlegungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Ihr ist zuzugeben, daß in der Verabredung und tatsächlichen Abgabe eines gemeinschaftlichen Angebots ein Indiz dafür zu sehen sein kann, daß sich die Beklagte und die F. OHG auch über die Bildung der vorgesehenen Arbeitsgemeinschaft und die wesentlichen Bedingungen ihrer Zusammenarbeit bereits vertraglich geeinigt hatten. Eine solche Einigung lag für sie beide und insbesondere für die F. OHG schon deshalb nahe, weil sie sonst

möglicherweise Gefahr liefen, von der Bauherrin haftbar gemacht zu werden, wenn beide Unternehmen aufgrund ihres gemäß § 19 Nr. 2 VOB Teil A, § 145 BGB mit der Öffnung im Eröffnungstermin verbindlich gewordenen Angebots (BGH, Urt. v. 28. 9. 64 - VII ZR 47/63, WM 1964, 1253 zu III 2 b) gemeinschaftlich den Zuschlag erhielten, über die Art und Weise ihrer Zusammenarbeit aber nicht einig werden konnten und hieran die Durchführung des Vertrages scheiterte.

Aber obwohl das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt nicht ausdrücklich erörtert hat, besteht kein Anhalt dafür, daß es ihn rechtsfehlerhaft übersehen habe. Wie stark es ihn bewerten und ob es ihn in Verbindung mit den Zeugenaussagen und den sonstigen Umständen als ausreichendes Beweisanzeichen für das Zustandekommen eines Arbeitsgemeinschaftsvertrages betrachten wollte, stand nach § 286 ZPO in seinem tatrichterlichen Ermessen. Dieses Ermessen hat es nicht verletzt, indem es die Möglichkeit, daß man bei der Verabredung eines gemeinsamen Angebots die internen Rechtsbeziehungen zunächst ausgeklammert und einer künftigen Vereinbarung vorbehalten habe, als unwiderlegt angesehen hat. Denn es ist in der Tat immerhin denkbar, daß sich die Gesellschafter der K. F. OHG in der festen Erwartung, es werde nach Erteilung des Zuschlags zu einer für sie annehmbaren Übereinkunft mit der Beklagten kommen, auf das gemeinsame Angebot eingelassen haben, ohne sich vorher durch bindende Absprachen zu sichern. In diesem Sinne konnte das Berufungsgericht auch das Schreiben der F. OHG vom 29. November 1968 ohne Rechtsverstoß dahin würdigen, daß man vor Abgabe des Angebots über die Ausgestaltung der Arbeitsgemeinschaft nur unverbindlich gesprochen habe. Der Wortlaut läßt eine solche Auslegung zu. Die Revision muß sie daher hinnehmen.

b) Daß sich das Berufungsgericht von dem Abschluß der behaupteten Vereinbarung nicht überzeugen konnte, geht zu Lasten der Klägerin, die einen Anspruch daraus herleiten möchte. Ein Indiz für den behaupteten Vertragsabschluß, wie es in der Abgabe eines gemeinsamen Angebots liegen mag, führt noch nicht zur Umkehr der Beweislast. Auch kann sich die Revision insoweit nicht mit Erfolg auf die gesetzlichen Regeln der §§ 706 Abs. 1, 709 Abs. 1 und 722 Abs. 1 BGB berufen, wonach die Gesellschafter im Zweifel gleiche Rechte und Pflichten haben. Ist - wie hier nach der Überzeugung des Berufungsgerichts - überhaupt keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung bewiesen, dann greifen auch jene ergänzenden Regeln nicht ein.

c) Konnte das Berufungsgericht nicht feststellen, die beiden Firmen hätten mehr als die gemeinschaftliche Abgabe eines Angebots verabredet, dann kam entgegen der Ansicht der Revision auch ein Vorvertrag nicht in Betracht.

2. Dagegen wird das Berufungsurteil, wie die Revision zutreffend rügt, dem Vorbringen der Klägerin unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen nicht gerecht.

a) Unstreitig waren die Verhandlungen zwischen der F. OHG und der Beklagten über die beabsichtigte Gründung einer Arbeitsgemeinschaft jedenfalls bis zu der - dann auch tatsächlich durchgeführten - Verabredung gediehen, die beiderseitigen Kalkulationen miteinander abzustimmen und ein gemeinsames Angebot abzugeben. Nach diesem Besprechungsergebnis konnten die Gesellschafter der F. OHG, wenn man der insoweit vom Berufungsgericht nicht gewürdigten Darstellung der Klägerin folgt, mindestens der Überzeugung sein, die Beklagte werde bei

der Einreichung des beiderseits unterschriebenen gemeinsamen Angebots redlicherweise darauf hinwirken, daß aufgrund dieses Angebots auch beide Teile gemeinschaftlich den Zuschlag erhielten. Dieses begründete Vertrauen hat die Beklagte nach dem Vortrag der Klägerin enttäuscht, indem sie es nicht nur unterließ, sich um einen gemeinschaftlichen Auftrag zu bemühen, sondern im Gegenteil dem Angebot hinter dem Rücken der F. OHG das Begleitschreiben vom 11. Oktober 1968 beifügte, das den Eindruck erwecken konnte, die Beklagte bewerbe sich allein um den Auftrag und habe nur für das Innenverhältnis eine Beteiligung der F. OHG in Aussicht genommen. In diesem Schreiben hob die Beklagte nämlich ausschließlich die Erfahrungen und die Leistungsfähigkeit ihres eigenen Unternehmens hervor und schloß dann mit folgenden Worten: "Wir beabsichtigen bei eventueller Erteilung des Auftrags in Arbeitsgemeinschaft mit der Firma K. F. OHG zu gehen. Bei dieser Arbeitsgemeinschaft werde ich die Federführung übernehmen. Bei Verhandlungen wenden Sie sich bitte an mich." Darüber hinaus hat die Klägerin unter Beweis gestellt, die Beklagte habe noch einen Tag vor der Auftragserteilung in einem der F. OHG verheimlichten Brief an die Bauherrin, der wiederum allein auf ihren eigenen Betrieb zugeschnitten gewesen sei, den Einsatz bestimmter Arbeitskräfte zugesagt (Berufungsbegründung S. 4).

In diesem Verhalten der Beklagten könnte insgesamt ein Verstoß gegen die nach dem Stand der Vertragsverhandlungen beiderseits geschuldete Rücksichtnahme zu sehen sein, durch den sich die Beklagte den Alleinauftrag und damit die Möglichkeit verschafft hat, der F. OHG die Vertragsbedingungen zu diktieren und, wenn diese abgelehnt wurden, den Auftrag allein auszuführen. Das könnte

auch dann gelten, wenn Walter Sch[REDACTED], wie die Beklagte behauptet hat, Ä[REDACTED] F[REDACTED] anheimgestellt hat, das Begleitschreiben vom 11. Oktober 1968 durchzulesen, diese aber darauf verzichtet hat. Denn daraus wäre nicht ohne weiteres zu folgern, daß Ä[REDACTED] F[REDACTED] mit einem solchen Inhalt, wie das Schreiben ihn hatte, gerechnet hat oder rechnen mußte.

Demgegenüber greift der Hinweis der Revisionserwiderung auf § 21 Abs. 3 VOB Teil A nicht durch. Satz 2 dieser Bestimmung betrifft einen Tatbestand, der hier eindeutig nicht vorliegt (vgl. dazu Ingenstau/Korbion, VOB 6. Aufl. § 21 Rn. 14). Satz 1 besagt hingegen lediglich, daß Arbeitsgemeinschaften und andere gemeinschaftliche Bieter (gegebenenfalls abweichend von § 714 BGB) einen von ihnen als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluß und die Durchführung des Vertrages zu bezeichnen haben. Dies schließt die Möglichkeit, daß mehrere Unternehmen auch nach außen gemeinsam Auftragnehmer sind und die damit verbundene Verantwortung tragen, nicht aus, sondern setzt sie gerade voraus. Nach dem Klagevortrag hat die Beklagte aber nicht nur, ohne sich vorher mit der F[REDACTED] OHG darüber zu verständigen, die Federführung an sich gezogen, sondern darüber hinaus darauf hingearbeitet, den Auftrag allein zu erhalten.

b) Die Haftung wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen geht zwar im allgemeinen nur auf Ersatz desjenigen Schadens, der dem Verhandlungspartner dadurch entstanden ist, daß er auf das Zustandekommen eines Vertrages vertraut hat. Ausnahmsweise kommt aber ein Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Betracht, wenn ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten der Vertrag zustande gekommen wäre (BGH, Urt. v. 29. 1. 65 -

V ZR 53/64, LM BGB § 276 [F c] Nr. 2 = WM 1965, 315, 316 r. Sp. m. w. N.). Ein solcher Anspruch könnte hier dem Grunde nach gegeben sein, wenn sich feststellen ließe, daß bei einwandfreiem Verhalten der Beklagten der Auftrag an sie und die F. OHG gemeinsam vergeben worden wäre, unter dem Zwang der hierdurch ausgelösten Bindung (vgl. § 28 Abs. 2 VOB Teil A) die Beklagte der Frielitz OHG ein sachgerechtes Angebot unterbreitet und diese es angenommen hätte oder umgekehrt, wobei Größe und Leistungsfähigkeit der beiderseitigen Betriebe mit eine Rolle spielen können. Die Behauptung eines solchen Verlaufs ist dem Vortrag der Klägerin zumindest als Hilfsvorbringen zu entnehmen.

c) Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es unter dem Gesichtspunkt einer etwaigen Haftung der Beklagten aus vorvertraglichem Verschulden die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Fleck	Richter am Bundesgerichtshof Liesecke kann urlaubshalber nicht unterschreiben.	Dr. Schulze
-------	--	-------------

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann