

Verkündet

am 30. September 1953

Jodas, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Franz W [REDACTED] jun. in D [REDACTED],
D [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma P [REDACTED], Inhaberin Frau Elisabeth
K [REDACTED], in D [REDACTED], S [REDACTED] straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. September 1953 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr.
Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Kuhn und Artl für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 30. Mai 1952 aufgehoben. Die
Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Re-
vision, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt in gemieteten Räumen des Grundstücks S [REDACTED]-Straße [REDACTED] ein Pianogeschäft; Gegenstand des Mietvertrages ist auch ein Hofraum, wegen dessen Überdachung die Beklagte mit dem Dipl. Ing. Ernst G [REDACTED] verhandelte. Dieser übermittelte ihr ein Angebot der Klägerin, in dem ein Preis von 2.350 DM genannt war. Am 20. Dezember 1950 richtete er an die Beklagte folgendes Schreiben (Bl 51 d.A.).

"Betrifft: Hofüberdachung.

Am Dienstagabend traf ich Sie bei meinem Besuch leider nicht an. Das Angebot für die Hofüberdachung habe ich mir daher erlaubt an Ihre Tür zu stecken und hoffe doch, daß es Sie erreicht hat.

Es endete mit einem Preis von DM 2.350,00, wie vereinbart.

.....
Wenn Sie mit dem Angebot in der vorliegenden Form einverstanden sind, wäre ich für möglichst baldige Auftragserteilung an die Firma W [REDACTED] dankbar.

Gleichzeitig gestatte ich mir Ihnen ein recht frohes Weihnachtsfest und ein glückliches und erfolgreiches neues Jahr zu wünschen.

Mit vorzüglicher Hochachtung!

E. G [REDACTED]"

Am nächsten Tag schrieb die Beklagte der Klägerin:

"Überdachung eines Hofraumes

Den Empfang Ihres Angebotes vom 19.d.M. bestätigen wir dankend und erteilen Ihnen hierdurch den Auftrag zur Überdachung des Hofraumes zum Preise von

DM 2.350.--

wobei wir alle in Ihrem Angebot genannten Einzelheiten und die mit Herrn Dipl.-Ing. G [REDACTED] getroffenen Vereinbarungen zugrunde legen. Wunschgemäß

- 3 -

haben Sie uns bestätigt, daß Nachforderungen unsererseits nicht anerkannt werden.

Wir bitten Sie höflichst, die Arbeiten sofort d.h. spätestens zwischen Weihnachten und Neujahr in Angriff zu nehmen. Mit Ihren Zahlungsbedingungen erklären wir uns einverstanden. Die Zahlung erfolgt nach ordnungsgemäßer Abnahme und Übergabe des Glasdaches."

Die Klägerin begann alsbald nach Auftragserteilung die Herstellung einer eisernen Dachkonstruktion, die zur Anbringung des Glasdaches dienen sollte, und ließ sie nach Fertigstellung am 12. Januar 1951 zum Grundstück der Beklagten bringen. Die Beklagte verweigerte die Abnahme mit der Begründung, es fehle die erforderliche baupolizeiliche Genehmigung zur Überdachung des Hofraumes. Sie sieht darin einen Sachmangel und trägt weiterhin vor, daß sie sich vor Auftragserteilung an die Klägerin durch deren Bevollmächtigten Dipl.Ing. G. [REDACTED] habe beraten lassen. Hieraus folgert sie, daß zwischen ihr und der Klägerin ein Beratungsvertrag zustande gekommen sei, den diese durch das Verschweigen der Genehmigungsbedürftigkeit schuldhaft verletzt habe. Die Klägerin behauptet, anlässlich einer Vorbesprechung zwischen G. [REDACTED] einerseits und der Inhaberin der Beklagten sowie dem Geschäftsführer A. [REDACTED] andererseits sei eingehend über die erforderliche Baugenehmigung gesprochen worden. Trotz Kenntnis von der behördlicherseits geforderten Genehmigung habe die Beklagte auf sofortige Herstellung der Überdachung bestanden und sie, die Klägerin, auf schnellste Erstellung gedrängt.

Die Beklagte bestreitet demgegenüber, daß eine Unterhaltung über die erforderliche behördliche Genehmigung vor Auftragserteilung stattgefunden habe. Sie selbst sei vielmehr erst Tage danach von dem Eigentümer des Mietgrundstücks auf die Notwendigkeit der Genehmigung aufmerksam gemacht worden.



Die Beklagte meint, es sei Pflicht der Klägerin gewesen, vor Anfertigungsbeginn die die Dachkonstruktion betreffenden Zeichnungen dem Bauaufsichtsamt zum Zwecke der Genehmigungserteilung vorzulegen, was sie schuldhaft verabsäumt habe. Ferner ist die Beklagte der Ansicht, daß die Klägerin die Folgen der versagten Baugenehmigung selbst zu tragen habe, weil sie eine Mitteilungspflicht über das Erfordernis der Genehmigung schon insofern treffe, als es sich bei ihr um eine Spezialfirma handele, die sich als Fachgeschäft für Glasdachbau bezeichne. Endlich vertritt die Beklagte die Auffassung, daß die Vertragsgrundlage fortgefallen sei, da bei Abschluß des Vertrages beide Parteien vorausgesetzt hätten, daß mit der von der Klägerin angefertigten Glasdachkonstruktion der Hofraum auch tatsächlich überdacht werden könne. Diese Voraussetzung treffe nicht mehr zu, so daß auch aus diesem Grunde die Klägerin gehindert sei, ihre Forderung geltend zu machen.

Die Klägerin meint, daß ihr keine Verpflichtung obliege, den Bauherrn auf die Notwendigkeit einer behördlichen Genehmigung hinzuweisen. In diesem Zusammenhang weist sie darauf hin, daß sie seit etwa 25 Jahren Bauwerke, wie das der Beklagten zugesagte, ausführe, und daß sie in keinem Falle den Bauherrn auf die Genehmigungsbedürftigkeit des bestellten Werkes ausdrücklich hingewiesen habe.

Mit der Klage fordert die Klägerin die Abnahme der eigens für die Beklagte maßgerecht erstellten Dachkonstruktion nebst Zahlung der hierfür entstandenen Kosten in Höhe von 1.242 DM.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts, die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht gründet seine Entscheidung im wesentlichen darauf, der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag habe unter der stillschweigenden Bedingung gestanden, daß die Baugenehmigung erteilt würde; er sei mit dem Ausfall dieser Bedingung hinfällig geworden. Der gegen diese Begründung gerichtete Angriff der Revision ist begründet.

Dem Berufungsgericht kann zwar darin gefolgt werden, daß ebenso wie jede andere Vertragsklausel unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Bedingung stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht werden kann. Es verkennt auch nicht, daß es hierfür nicht genügt, wenn eine Vertragspartei eine solche Bedingung in ihren Vertragswillen aufnimmt, ohne daß dies der Gegenseite erkennbar und die Bedingung auch von ihr zum Vertragsinhalt gemacht wird. Den Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht für den Streitfall einen solchen auf beiden Seiten vorhandenen Willen bejaht, kann aber nicht beigetreten werden. Es ist unrichtig anzunehmen, der stillschweigenden Vereinbarung einer Bedingung stünde nicht entgegen, daß die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag keine Kenntnis von der Genehmigungspflicht gehabt habe. Denn es ist begrifflich unmöglich, als wirklichen Willen eines Vertragspartners etwas festzustellen, was überhaupt nicht in den Kreis seiner Vorstellungen gelangt ist; ein solcher Wille kann daher auch nicht stillschweigend erklärt worden sein. Wird deshalb mit dem Berufungsgericht unterstellt, daß der Beklagten bei Abschluß des Vertrages die Notwendigkeit der Genehmigung nicht bekannt war, so kann es nicht in ihrem Willen gelegen haben, den Bestand des Vertrages von der Erteilung dieser Genehmigung als von einer Bedingung abhängig zu machen. Dies wäre nur dann möglich, wenn eine solche Kenntnis der Beklagten spätestens für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgestellt würde.

Das Berufungsgericht hat aber im Ergebnis Recht. Die Klägerin kann solange nicht Abnahme des Werkes und Zahlung des Werklohnes verlangen, als die zur Anbringung des Glasdaches erforderliche baupolizeiliche Genehmigung fehlt. Das ist der Fall.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Baubehörde die von der Beklagten Anfang Januar 1951 nachgesuchte baupolizeiliche Genehmigung zur Überdachung des Hofraumes nicht erteilt hat.

Zu Unrecht greift die Revision diese Feststellung mit der Begründung an, sie stehe im Widerspruch zu den eigenen Behauptungen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 17. Dezember 1951. Dieser Schriftsatz enthält zwar die Angabe, daß ein formaler, also ein schriftlicher Antrag, unter Beifügung von Baugesuchunterlagen nicht gestellt worden ist. Er legt aber dar, daß der Architekt L. von der Beklagten beauftragt war, die Baugenehmigung für die Lichthofüberdachung beim Bauaufsichtsamt nachzusuchen; L. habe darauf Konzeptzeichnungen und örtliche Aufnahmen gemacht und an Hand dieser die Angelegenheit mit dem Bauaufsichtsamt vier- bis fünfmal besprochen. Auf Grund der dem Bauaufsichtsamt vorgelegten Unterlagen hätten mehrere Ortsbesichtigungen mit den Sachbearbeitern des Amtes, dem Stadttingenieur A. und dem Architekten H., stattgefunden; alle Bemühungen und auch Besprechungen mit dem zuständigen Abteilungsleiter und Bau- rat seien negativ verlaufen; die Einreichung eines Baugesuchs sei von vornherein als aussichtslos erklärt worden und deshalb habe der Architekt L. zum Zwecke der Kostenersparnis die Ausarbeitung der weiteren Baugesuchunterlagen nicht mehr durchgeführt. Diese Ausführungen der Beklagten lassen deutlich erkennen, daß es ihr darauf ankam, darzutun, daß die Baugenehmigung mündlich versagt worden ist und daß

es ihr nicht zugemutet werden konnte, angesichts dieses Umstandes noch ein aussichtsloses mit Kosten verbundenes formales Baugesuch einzureichen. Ein Widerspruch mit der eigenen Sachdarstellung der Beklagten ist daher in der Feststellung des Berufungsurteils, daß die Baugenehmigung versagt worden sei, nicht zu erblicken, zumal die von I. nach Behauptung der Beklagten in deren Auftrag geführten Vorverhandlungen dem § 2 Abs 10 der Baupolizeiverordnung für den Regierungsbezirk D. entsprachen, wonach der Bauherr berechtigt ist, vor Einreichung eines Bauantrages über einzelne den Bau betreffende Fragen die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde einzuholen; diese Bestimmung bezweckt, aussichtslose Bauanträge zu vermeiden.

II. Wenn die Klägerin vor Erteilung der Bauerlaubnis Aufwendungen zu dessen Durchführung machte, so tat sie dies, wie dem Berufungsgericht zuzugeben ist, grundsätzlich auf ihr eigenes Risiko. Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß von diesem Grundsatz Ausnahmen möglich sind, es verneint sie aber für den gegebenen Fall mit einer Begründung, die das Ergebnis nicht zu tragen vermag.

1. Ein Vertrag, dessen Ausführbarkeit von der Genehmigung einer Behörde abhängt, verpflichtet die Vertragsschließenden, alles zu tun, daß die Genehmigung erteilt wird. Wer diese Verpflichtung verletzt, kann dem anderen Teil schadensersatzpflichtig werden. Das Berufungsgericht verneint eine Haftung der Beklagten, weil die Klägerin selbst nicht behaupten könne, daß die Beklagte die Erteilung der Genehmigung "und damit den Eintritt der gesetzten Bedingung" wider Treu und Glauben verhindert habe. Diese aus § 162 BGB hergeleitete Erwägung beruht entscheidend auf der als rechtsirrtümlich aufgezeigten Betrachtungsweise der Genehmigung als einer

16

rechtsgeschäftlichen Bedingung. Der Anspruch auf Schadensersatz würde aber, wie ausgeführt, ohne Rücksicht auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben schon dann begründet sein, wenn die Beklagte eine ihr obliegende Verpflichtung zur Herbeiführung der Genehmigung verletzt hätte. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Parteien nicht gewürdigt und deshalb die für die Entscheidung erforderlichen Feststellungen nicht getroffen.

a) In erster Linie bedarf es der Entscheidung, ob die Beschaffung der erforderlichen Baugenehmigung zu den Aufgaben des Bauherrn oder des Unternehmers gehört. Wenn auch grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, daß der Besteller eines Werkes die Aufgabe hat, die erforderlichen Schritte für die Baugenehmigung zu tun, so kann es doch nach den Umständen des Einzelfalles auch anders liegen, insbesondere dann, wenn die Beklagte von einer Genehmigungsbedürftigkeit keine Kenntnis hatte oder wenn, wie sie unter Beweis gestellt hat, nach örtlicher Gepflogenheit die Beschaffung der Baugenehmigung allgemein zu den Aufgaben des Unternehmers gehören sollte. Diese tatsächlichen Voraussetzungen bedürfen noch der Klärung.

b) Ergibt sich, daß die Verhandlungen mit der Baupolizeibehörde Sache der Beklagten als Bestellerin waren, so wäre weiter zu prüfen, was diese zur Erfüllung dieser Verpflichtung getan hat. Erweist sich ihre Darstellung über die Bemühungen des Architekten L. und die mündliche Ablehnung der Baupolizeibehörde als richtig, so ist es nach Lage der Sache möglich, daraus den Schluß zu ziehen, daß der Beklagten ein formeller schriftlicher Antrag wegen der damit verbundenen unnötigen Kosten nicht mehr zugemutet werden konnte. Es genügt daher nicht, die Darstellung der Beklagten als richtig zu unterstellen, sondern es bedarf der tatrichterlichen Feststellung, was sie getan hat; erst daraus kann geschlos-

sen werden, ob es zur Erfüllung ihrer Verpflichtung ausreichte.

c) Sollte sich ergeben, daß die Beklagte nicht alles zur Erlangung der Genehmigung Erforderliche getan hat, so könnte die Klägerin Ansprüche daraus gleichwohl nur dann herleiten, wenn sie den Nachweis erbrächte, daß ein anderes, insbesondere ein energischeres Vorgehen zum Erfolg geführt hätte. Dabei ist es nicht erforderlich, daß mit Erteilung der Genehmigung schon bis zum 12. Januar 1951, dem Tage der Anlieferung, zu rechnen gewesen wäre, denn auch eine später nachgeholte Genehmigung hätte die Beklagte zur Abnahme und Bezahlung der bestellten Konstruktion verpflichtet. Das Berufungsgericht hatte von seinem Rechtsstandpunkt aus keinen Anlaß, die Klägerin zur Aufstellung einzelner Behauptungen in diesem Zusammenhang zu veranlassen. Dies wird nunmehr erforderlich sein; dabei wird zu beachten sein, daß die Baupolizeiverordnung (§ 5 Abs 1) die Möglichkeit zur Erteilung einer Befreiung auch von zwingenden Vorschriften vorsieht; hierauf besteht zwar kein Rechtsanspruch (§ 5 Abs 2), aber gegen die Versagung ist Beschwerde zulässig (§ 5 Abs 3). Es wäre daher zu prüfen, welches Ergebnis ein solcher formeller Befreiungsantrag und eine Beschwerde gehabt hätten oder noch haben könnten, insbesondere, ob diese Schritte nach Lage der Sache der Beklagten zugemutet werden konnten.

Die vom Berufungsgericht im Rahmen seiner auf § 162 BGB gestützten Ausführungen herangezogene Erwägung, es habe der Klägerin freigestanden, sich selbst um die Erteilung der Genehmigung zu bemühen, könnte bei richtiger rechtlicher Beurteilung nur dann Bedeutung gewinnen, wenn sich etwa ergeben sollte, daß eine Ausnahmegenehmigung zwar möglich gewesen wäre, daß sie aber den Vortrag von Gesichtspunkten erfordert hätte, die zwar der Klägerin, aber nicht der Beklagten bekannt waren oder bekannt sein konnten.

2. Unabhängig von dem erörterten Schadensersatzanspruch wegen unzureichender Bemühungen um die Baugenehmigung könnte eine Zahlungspflicht der Beklagten auch aus deren Schreiben vom 21. Dezember 1950 herzuleiten sein. Das Berufungsgericht erörtert dieses Schreiben unter dem rechtlichen Gesichtspunkt, der Auftrag zur Überdachung des Hofes wäre dann von der Beklagten bedingungslos erteilt worden, wenn sie trotz Kenntnis der Notwendigkeit und des Fehlens der Baugenehmigung die Klägerin zur Herstellung gedrängt hätte. Es erkennt aber anschließend auch den zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkt, daß in diesem Falle die Beklagte ungeachtet der Erteilung oder Versagung der Genehmigung das Risiko der Herstellung hätte übernehmen wollen. Das Berufungsgericht lehnt aber eine solche Grundlage einer Haftung mit der Begründung ab, die Behauptungen der Klägerin seien nicht erwiesen. Damit glaubt es die Frage verneinend entschieden zu haben, ob die Beklagte bei Vertragsschluß oder doch bei Absendung des Schreibens vom 21. Dezember 1950 die Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage gekannt hat; es hat aber diese entscheidende Frage in Wahrheit offen gelassen. Es hat zwar keine Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Geschäftsführers der Beklagten, des Zeugen A [REDACTED], der bekundet hat, er sei erstmalig am 10. Januar 1951 vom Hauseigentümer auf die Notwendigkeit einer Baugenehmigung hingewiesen worden und habe dann die Beklagte hierauf aufmerksam gemacht. Andererseits aber hält das Berufungsgericht es auf Grund der Aussage des Zeugen G [REDACTED], an dessen Glaubwürdigkeit zu zweifeln es ebenfalls keinen Anlaß sieht, nicht für ausgeschlossen, daß bei einer der Vorbesprechungen zwischen dem Zeugen einerseits und dem Geschäftsführer A [REDACTED] und der Beklagten andererseits auch von der erforderlichen Genehmigung gesprochen worden ist. Das Berufungsgericht hat sich zu diesem Punkt weder für das Übergewicht der einen gegenüber der anderen Aussage entschieden, noch zum Ausdruck gebracht, daß mangels des Übergewichts einer Aussage die Klägerin beweisfällig geblieben wäre. Es hat vielmehr die Möglichkeit einer Erörterung der Genehmi-

gungspflicht während der Vorbesprechungen unterstellt und sich damit begnügt, die weitere Behauptung der Klägerin nicht für erwiesen zu halten, die Beklagte habe erklärt, die Klägerin solle die Überdachung auch ohne Genehmigung ausführen oder auszuführen beginnen. Dadurch, daß eine solche Äußerung der Beklagten im Zeitabschnitt vor dem Vertragsschluß nicht bewiesen ist, läßt sich aber nur dartun, daß die fragliche Äußerung nicht dafür verwertet werden kann, ob die Beklagte schon damals die Genehmigungspflicht kannte. Das schließt jedoch nicht aus, daß sie ihr aus anderen Quellen am 21. Dezember 1950 bekannt gewesen ist. Insoweit hätte daher das Berufungsgericht sich mit den Bekundungen der Zeugen G [REDACTED] und A [REDACTED] eingehender auseinandersetzen müssen. Das ist nachzuholen.

Sollte sich hierbei ergeben, daß während der Vorverhandlungen die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nicht erörtert worden ist, oder sollte eine derartige Erörterung von der Klägerin nicht bewiesen werden können, so könnte es trotzdem sein, daß die Beklagte aus anderen Erfahrungen die Genehmigungspflicht kannte. Insoweit könnte die Bekundung des Zeugen A [REDACTED] Bedeutung gewinnen, die Beklagte habe gesagt, sie hätte in Berlin schon mehr Bauten ohne vorherige Genehmigung ausgeführt und dann später die Genehmigung eingeholt. Es wird dabei allerdings besonders zu prüfen sein, ob aus einer solchen Äußerung, je nachdem wie sie gefallen ist, auch die Kenntnis der Beklagten von der Genehmigungspflicht gerade einer solchen kleineren Arbeit abgeleitet werden kann, wie sie im vorliegenden Falle vorgenommen werden sollte.

Sollte die hiernach erforderliche erneute Prüfung ergeben, daß die Beklagte die Notwendigkeit der Genehmigung durch das Bauaufsichtsamt gekannt hat, als sie das Schreiben vom 21. Dezember 1950 absandte, so könnte dieses Schreiben die Auslegung zulassen, daß die Beklagte die Herstellung

des Daches, jedenfalls aber die dazu dienenden vorläufigen Arbeiten ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit behördlicher Genehmigung wünschte. In diesem Falle hätte sie die Arbeiten auch abzunehmen und zu bezahlen.

Hiernach mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die nicht spruchreife Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Canter

Dr. Selowsky

Dr. Delbrück

Dr. Kuhn

Artl