

11

Verkündet

am 30. Januar 1956

Jodas, Justizangestellter,
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 Ed. Z [REDACTED] AG., Bauunternehmung
in St [REDACTED] J [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihre Vorstandsmitglieder Reg. Baumeister a.D.
Ludwig L [REDACTED] in St [REDACTED], Vorsitz der des Vorstands,
Dipl.-Ing. Eberhard B [REDACTED] in F [REDACTED] a.M.,
Reg. Baumeister a.D. Anton W [REDACTED] in D [REDACTED].

Klägerin, Berufungs-
klägerin und Revisions-
klägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Walter B r [REDACTED]
in Ba [REDACTED] Wttbg., Sch [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklag-
ten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Januar 1956 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Artl, Dr. Winkelmann
und Dr. Haager für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Stuttgart vom 28. September 1954 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 fordert von dem Beklagten Schadensersatz dafür, daß ihr von der Stadt Ba [REDACTED] im Jahre 1953 nicht der Auftrag für die Bauarbeiten an der A [REDACTED] Brücke übertragen worden ist. Schon am 1. Februar 1952 hatte über eine gemeinsame Ausführung dieser Arbeiten zwischen dem Beklagten und dem Prokuristen Sp [REDACTED] der Klägerin eine Unterhaltung anlässlich des Richtfestes für eine Schule stattgefunden. Die Ausschreibung der Arbeiten verzögerte sich bis zum November 1952, die Angebote waren der Stadtverwaltung bis zum 13. Dezember 1952 einzureichen. In dieser Zeit forderte die Klägerin den Beklagten wiederholt fernmündlich auf, zu ihr nach St [REDACTED] zu kommen, um die Angebote aufeinander abzustimmen. Da der Beklagte diesen Aufforderungen keine Folge leistete, teilte schließlich die Klägerin der Ehefrau des Beklagten fernmündlich mit, sie werde sich mit einer anderen Ba [REDACTED] Baufirma zusammentun, falls der Beklagte nicht zur Vergleichung der Angebote nach St [REDACTED] komme. Darauf begab sich der Beklagte am Nachmittag des 12. Dezember 1952 zur Klägerin nach St [REDACTED]. Diese hatte ein Angebot mit etwa 240.000 DM vorbereitet, während das vom Beklagten entworfene Angebot auf etwa 265.000 DM lautete. Die Parteien sprachen ihre Angebote im einzelnen durch. Der Beklagte wies darauf hin, daß die Klägerin in verschiedenen Punkten, insbesondere bei den Abbrucharbeiten zu nieder kalkuliert habe, weil sie die örtlichen Verhältnisse nicht ausreichend kenne. Schließlich wurde der Angebotsentwurf der Klägerin auf rund 255.000 DM erhöht, der des Beklagten auf rund 258.000 DM ermäßigt.

Am 13. Dezember 1952 reichten beide Parteien ihre Angebote mit diesen Preisen ein; dabei brachte die

..3-

Klägerin ihre Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit dem Beklagten zum Ausdruck, der Beklagte unterließ einen solchen Hinweis. Die richtig berechnete Summe der Einzelposten seines Angebots betrug nur 248.000 DM; auf diesen Betrag wurde das Angebot mit seinem Einverständnis berichtigt. In der Gemeinderatssitzung vom 15. Januar 1953 war der Beklagte anwesend und erklärte auf Befragen, er wolle die Brücke allein und nicht in Zusammenarbeit mit irgendeinem anderen Unternehmer ausführen. Er erhielt den Auftrag und führte ihn aus.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte sei am 12. Dezember nicht deshalb zu ihr gekommen, um die besprochene Zusammenarbeit vorzubereiten, sondern um die Klägerin über ihre Absichten auszuhorchen und sie dadurch, daß er eine Erhöhung ihres Angebots veranlaßte, als Konkurrenz auszuschalten. Nach Behauptung der Klägerin habe der Beklagte mit seinem Angebot über 258.000 DM nach außen den Eindruck erwecken wollen, als halte er sich an die Vereinbarung mit der Klägerin. Er habe aber damit gerechnet, daß die Stadtverwaltung die von ihm absichtlich gemachten Rechenfehler entdecken und das Angebot auf 248.000 DM richtigstellen werde. Die Klägerin sieht in dem Verhalten des Beklagten eine positive Vertragsverletzung und eine sittenwidrige Schädigung. Sie hätte nach ihrem Vortrag, wenn sich der Beklagte vereinbarungsgemäß zur Zusammenarbeit mit ihr bereit erklärt hätte, bei einer Bausumme von 248.000 DM die Hälfte der Arbeiten ausführen können, und zwar auf Grund eines unmittelbar von der Stadtgemeinde Ba[REDACTED] erteilten Auftrags oder als Subunternehmerin des Beklagten. Sie würde dann 6 % der hälftigen Bausumme, nämlich 7.500 DM verdient haben. Wenn aber der Beklagte schon am 12. Dezember 1952 zu erkennen gegeben hätte, daß



er mit der Klägerin nicht zusammenarbeiten wolle, hätte sich die Klägerin mit einem anderen Bauunternehmer zusammengetan oder mit ihrem Angebot von 240.000 DM allein den Zuschlag erhalten. Auch dann würde ihr Verdienst mindestens 7.500 DM betragen haben. Mit dieser Begründung fordert sie die Zahlung von 7.500 DM mit Zinsen.

Der Beklagte bestreitet, mit der Klägerin eine Vereinbarung getroffen zu haben, er bestreitet auch, daß der Klägerin ein Schade entstanden wäre, weil diese weder mit ihm zusammen noch allein den Auftrag erhalten hätte, auch bei einer Bausumme von 248.000 DM kein Verdienst verblieben sei, schließlich sei aber die Klägerin vom Frühjahr 1953 an voll beschäftigt gewesen und hätte, wenn sie am Bau der Aspacher Brücke beteiligt gewesen wäre, andere Aufträge nicht ausführen können.

Das Landgericht hat festgestellt, daß zwischen den Parteien eine feste Vereinbarung bestand, die der Beklagte verletzt hat, es hält auch einen Verstoß gegen § 826 BGB für gegeben, es hat aber die Klage deshalb abgewiesen, weil die Klägerin nicht bewiesen habe, daß sie den Auftrag allein oder zusammen mit einem anderen Unternehmer erhalten hätte, auch wenn es entweder am 12. Dezember gar nicht zu einer Vereinbarung gekommen wäre oder wenn der Beklagte sich an die getroffene Vereinbarung gehalten hätte. Das Berufungsgericht ist dem Landgericht in der Begründung und im Ergebnis gefolgt. Mit der Revision erstrebt die Klägerin den Erlass eines Grundurteils zu ihren Gunsten. der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält es nicht für erwiesen, daß schon am 1. Februar 1952 anlässlich des Richtfestes

zwischen den Parteien eine verbindliche Abmachung getroffen wäre. Es folgt aber der Klägerin dahin, daß eine bindende Vereinbarung am 12. Dezember 1952 zustande gekommen ist. Daraus folgert es für beide Parteien die Verpflichtung, ihre Angebote so einzureichen, wie sie sie bei der gemeinsamen Vergleichen endgültig festgestellt hatten, und außerdem den Angeboten eine Erklärung der Bereitschaft zur Zusammenarbeit beizufügen. Nach Treu und Glauben ergab sich ferner für jede Partei die Pflicht, sich mit der anderen in Verbindung zu setzen, wenn sich je die Notwendigkeit herausstellte, von dem vereinbarten Angebot abzuweichen. Es stellt fest, daß der Beklagte dieser Verpflichtung vorsätzlich zuwidergehandelt hat, indem er sein Angebot zwar äußerlich mit 258.000 DM in Wahrheit aber mit 248.000 DM abgab, und indem er nicht seine Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit der Klägerin erklärte, sondern ausdrücklich das Gegenteil.

Das Berufungsgericht stellt ferner fest, daß der Beklagte schon in der Besprechung vom 12. Dezember 1952 nicht die Absicht hatte, sich an die Verabredung zu halten, daß es ihm vielmehr nur darum zu tun war, die Kalkulation der Klägerin in Erfahrung zu bringen, gegebenenfalls die Klägerin zur Erhöhung (das Wort "Herabsetzung" beruht auf einem offensichtlichen Schreibfehler) ihres Angebotspreises zu veranlassen und vor allem ein Zusammengehen der Klägerin mit einem anderen Backnanger Bauunternehmer zu verhindern. In diesem Verhalten sieht das Berufungsgericht ein sittenwidriges Verhalten des Beklagten im Sinne des § 826 BGB.

Aus der Vertragsverletzung folgt das Berufungsgericht die Verpflichtung des Beklagten, die Klägerin so zu stellen, wie wenn der Beklagte vertragstreu gewesen

wäre, also sein Angebot in der vereinbarten Weise eingereicht hätte. Aus der unerlaubten Handlung folgert es die Verpflichtung, die Klägerin so zu stellen, wie wenn am 12. Dezember 1952 gar keine Vereinbarung getroffen worden wäre.

Dagegen folgt das Berufungsgericht dem Landgericht darin, daß der Klägerin kein Schade entstanden sei, weil sie weder bei Erfüllung der Vereinbarung durch den Beklagten noch dann Aussicht auf Erteilung des Auftrags gehabt hätte, wenn keine Vereinbarung getroffen wäre. Hiergegen richten sich die Angriffe der Revision.

II. Über die Frage, welche Aussichten die Klägerin gehabt hätte, wenn sie entweder bei ihrem ursprünglichen Preisangebot von 240.000 DM verblieben wäre oder wenn der Beklagte die Verabredung über ein gemeinschaftliches Angebot erfüllt hätte, hat das Landgericht Beweis erhoben. Das Berufungsgericht hat am 12. August 1954 eine ergänzende Anfrage an das Bürgermeisteramt gerichtet. Der Beklagte hat Erklärungen der drei großen im Gemeinderat vertretenen Fraktionen vorgelegt, mit deren Verwertung im Wege des Urkundenbeweises sich die Parteien einverstanden erklärt haben.

1.) In der entscheidenden Sitzung des Gemeinderats vom 15. Januar 1953 waren 23 Gemeinderäte anwesend. Davon gehörten der CDU 8, der SPD 7, der DVP 4 und der KPD und dem BHE je 2 Gemeinderäte an. Es lagen eine Reihe von Angeboten vor, das niedrigste von der Firma Wo [redacted] & Mi [redacted] in St [redacted]-Zu [redacted] mit etwa 234.000 DM, sodann das (auf etwa 248.000 DM berichtigte) Angebot des Beklagten und anschließend das der Klägerin mit etwa 255.000 DM; alle übrigen lagen höher. Nach dem

Protokoll teilte bei Beginn der Beratung über die Vergabe des Auftrags der Gemeinderat T [REDACTED] mit, seine Fraktion (SPD) wünsche, daß der Beklagte, falls er ein Zusammengehen mit einer anderen Firma beabsichtige, nicht mit der Klägerin zusammenarbeite, sondern mit der Firma Wo [REDACTED] & Mü [REDACTED], weil diese das niedrigste Angebot abgegeben habe. Zwei Gemeinderäte (Vertreter der DVP, Bl 69) wünschten die Erteilung des Auftrags an den Beklagten ohne eine Verpflichtung, mit einer anderen Firma zusammenzugehen, weil er eine heimische Firma sei. Der in der Sitzung anwesende Beklagte erklärte auf Befragen, er werde die Brücke im Falle der Erteilung des Auftrags allein bauen. Der weiteren Anregung, an den Beklagten noch die Frage zu richten, ob er bereit sei, mit einer anderen Firma zusammenzugehen, wenn der Gemeinderat ein solches Zusammengehen beschließen würde, wurde nicht entsprochen. In der geheimen Abstimmung entfielen auf den Beklagten 19 Stimmen, auf Wo [REDACTED] & Mü [REDACTED] 4, auf die Klägerin keine Stimme.

2.) Nach dem Beweisbeschluß des Landgerichts war eine Auskunft des Gemeinderats über die Behauptung des Beklagten erfordert worden, die Arbeit der Klägerin sei in Ba [REDACTED] nicht erwünscht gewesen; der Gemeinderat Ba [REDACTED] hätte es unter keinen Umständen zugelassen, daß der Beklagte den Bau der A [REDACTED] Brücke gemeinsam mit der Klägerin ausgeführt hätte. Diese Frage wurde nicht ausdrücklich beantwortet, der Bürgermeister erklärte vielmehr, der Gemeinderat habe beschlossen, die folgende Erklärung abzugeben:

"In der Sitzung des Gemeinderats der Stadt Ba [REDACTED] vom 15. Januar 1953, in der über die Vergabe der Bauarbeiten für die A [REDACTED] Brücke beraten und entschieden wurde, stand die Frage einer Zusammen-

arbeit der Firma Br [REDACTED] mit der Firma Z [REDACTED] nur deshalb nicht zur Diskussion, weil das Angebot der Firma Z [REDACTED] um 10.000 DM höher lag."

Darauf ergänzte das Landgericht seinen Beweisbeschuß durch eine Anfrage über folgende Behauptungen des Beklagten:

- (1.) Auch wenn die Klägerin ein Angebot mit etwa 245.000 DM eingereicht hätte, wäre der Gemeinderat Ba [REDACTED] nicht damit einverstanden gewesen, daß der Beklagte den Bau der A [REDACTED] Brücke zusammen mit der Klägerin ausgeführt hätte; wenn der Beklagte auf einer Zusammenarbeit mit der Klägerin unter diesen Umständen bestanden hätte, wäre der Zuschlag nicht an die Parteien, sondern an die Firma Wo [REDACTED] u. Mü [REDACTED], St [REDACTED]-Zu [REDACTED] auf deren Angebot mit rund 234.000 DM erteilt worden.
- (2.) Dasselbe wäre auch der Fall gewesen, wenn die Klägerin ein Angebot mit etwa 240.000 DM eingereicht hätte.

Darauf antwortete das Bürgermeisteramt mit der Mitteilung folgender Erklärung des Gemeinderats:

- "1. Nachdem Herr Br [REDACTED] als Vertreter seiner Firma auf entsprechende Anfrage hin erklärt hatte, daß er den Bau der A [REDACTED] Brücke nur allein ausführen werde, hätte der Gemeinderat den Auftrag auch dann der einheimischen Bau-firma C. Br [REDACTED] übertragen, wenn sie um einige Prozent teurer als die übrigen Angebotsteller gewesen wäre.
2. Der Gemeinderat ist nicht in der Lage, zu Ziff. 2 des Beweisbeschlusses des Landgerichts Stuttgart v. 30.9.1953 Stellung zu nehmen."

3.) Aus den vom Beklagten vorgelegten Erklärungen der drei Fraktionen ergab sich,

a) daß für die SPD die Klägerin deshalb nicht zur Debatte stand, weil ihr Angebot um 21.000 DM höher lag als das der Firma Wo[REDACTED] & Mü[REDACTED], die als eine leistungsfähige Firma bekannt gewesen sei, daß man aber dem Beklagten den Vorzug gegeben habe, weil damit einheimische Arbeitskräfte beschäftigt werden würden, weil man ferner "dem Beklagten, der im ganzen Lande Brücken baue, auch die Ehre habe antun wollen, die Brücke in seiner Heimatstadt ebenfalls zu bauen und damit seine Leistungsfähigkeit erneut unter Beweis zu stellen",

b) daß die CDU deshalb für den Beklagten eingetreten ist, weil er in Backnang sein Geschäft betreibe und seine Steuern zahle, auch Arbeiter aus Ba[REDACTED] oder der näheren Umgebung beschäftige, und daß als Partner des Beklagten nur die Firma Wo[REDACTED] & Mü[REDACTED] als billigste auswärtige Firma in Frage gekommen sei, die Klägerin aber auch dann nicht den Auftrag vor dem Beklagten erhalten hätte, wenn ihr Angebot etwas unter dem des Beklagten gelegen hätte, "weil der Gemeinderat berechtigt sei, einer einheimischen Firma den Zuschlag zu erteilen, sofern das Angebot der einheimischen Firma nicht höher als 7 % über dem Angebot der auswärtigen Firma liegt",

c) daß die DVP entschlossen war, dem Beklagten als einheimischer Firma den Zuschlag zu erteilen, sofern ihr Angebot nicht wesentlich höher liegen würde als das anderer Bieter, und daß als ihr Partner bei Bildung einer Arbeitsgemeinschaft nur die Firma Wo[REDACTED] & Mü[REDACTED] als billigster auswärtiger Bieter in Frage gekommen wäre.

4.) Der Bürgermeister Dr. Bau[REDACTED] hat sich zu der Beweisfrage des Landgerichts nach der von der Klä-

gerin behaupteten Vereinbarung vom 1. Februar 1952 schriftlich geäußert. Danach hatte der Beklagte ihm wiederholt versichert, er wolle die Brücke zusammen mit der Klägerin ausführen und rechne mit der Erteilung des Auftrages an beide. Er, der Zeuge, sei sehr erstaunt gewesen, als der Beklagte kurz vor Vergebung der Arbeiten erklärt habe, er wolle die Arbeit allein ausführen.

In Ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin eine Reihe weiterer Behauptungen unter das Zeugnis des Bürgermeisters gestellt. Darunter war insbesondere die Behauptung enthalten, daß mit der Erteilung des Auftrags an die beiden Parteien zu rechnen gewesen wäre, wenn die Klägerin ihr Angebot mit 245.000 DM eingereicht und der Beklagte sich zur Zusammenarbeit mit der Klägerin bereit erklärt hätte, dem Beklagten sei die Heranziehung eines anderen Unternehmers keineswegs untersagt worden.

Das Berufungsgericht hat die Erhebung dieser Beweise mit der Begründung abgelehnt, der Bürgermeister könne keine Tatsachen bekunden, sondern nur seiner subjektiven Überzeugung Ausdruck geben. Selbst wenn er dies bekunden würde, wäre damit angesichts der gegenteiligen Schlüsse, die aus dem Gemeinderatsprotokoll und aus den schriftlichen Äußerungen der drei Gemeinderatsfraktionen zu ziehen seien, kein ausreichender Beweis dafür erbracht, daß es tatsächlich zur Auftragserteilung an die Parteien gekommen wäre, wenn sich der Beklagte vertragsgetreu verhalten hätte.

III. 1.) Das Berufungsgericht lehnt die von der Klägerin in Anspruch genommenen Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins mit der Begründung ab, keiner der zahlreichen Gründe, die zur Nichterteilung des Auftrags an

die Klägerin geführt hätten, könne als der wahrscheinlichste, der typische Grund angesehen werden. Hier ist dem Berufungsgericht im Ergebnis, wenn auch nicht ganz in der Begründung, beizutreten, die dem Gedankengang der Klägerin nicht gerecht wird. Die Klägerin beruft sich sowohl in der Berufungsbegründung wie in der Revision auf einen von ihr behaupteten Erfahrungssatz, daß aus einem deliktischen Verhalten auch ein Schade entstehe. Sie hat aber nichts darüber ausgeführt, woraus sie diesen Erfahrungssatz glaubt herleiten zu können. Er kann in einer so allgemeinen Form nicht anerkannt werden. Ein deliktisches Verhalten, vor allem eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt oder ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz, führt - glücklicherweise - nicht immer und nicht einmal in der Regel zur Entstehung eines Schadens und selbst ein vorsätzliches Verhalten führt weder im Falle des § 823 Abs 1 noch in dem des § 826 BGB stets zu einem schädigenden Erfolg. Richtig ist nur, daß ein Beweis des ersten Anscheins für einen ursächlichen Zusammenhang zwischen einem festgestellten Schaden und einem ebenfalls festgestellten schädigenden Verhalten sprechen kann, aber daraus läßt sich für die Feststellung des Schadens selbst nichts herleiten.

2. a) Das Berufungsgericht prüft zunächst, was geschehen wäre, wenn eine rechtsverbindliche Vereinbarung zwischen den Parteien nicht getroffen wäre. Dann hätte die Klägerin ihr Angebot mit etwa 240.000 DM abgegeben, das etwa 6.000 DM über demjenigen der Firma Wolff & Müller lag. Das Berufungsgericht wägt die Aussichten dieser beiden Firmen gegeneinander ab, es hält es für unwahrscheinlich, daß der Klägerin der Zuschlag vor Wo [REDACTED] & Mü [REDACTED] erteilt worden wäre, jedenfalls sei "der von der Klägerin zu führende Beweis, daß sie mit ihrem höheren Angebot vor

der Firma Wo[REDACTED] & Mü[REDACTED] den Vorzug erhalten hätte, nicht erbracht". Anschließend prüft das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin, sie hätte eine Vereinbarung mit einem anderen ortsansässigen Unternehmer (zB Fr[REDACTED]) treffen und mit diesem zusammen den Auftrag erhalten können. Es meint, nicht feststellen zu können, daß die Klägerin hierzu noch genügend Zeit gehabt hätte, selbst in diesem Falle hält es aber für ungewiß, ob die Klägerin zusammen mit Fr[REDACTED] den Auftrag erhalten hätte. Dabei erwägt das Berufungsgericht, daß der Gemeinderat eine Zusammenarbeit mit Wo[REDACTED] & Mü[REDACTED] angestrebt habe, und meint, der Auftrag wäre dann nur entweder an Freitag und Wo[REDACTED] & Mü[REDACTED] gemeinsam oder an Wo[REDACTED] & Mü[REDACTED] allein oder schließlich auch an den Beklagten erteilt worden.

b) Für den Fall, daß der Beklagte der Klägerin seinen in Wahrheit beabsichtigten Preis von 248.000 DM genannt und diese deshalb ihr Angebot nicht auf 255.000 DM, sondern nur auf 245.000 DM aufgesetzt hätte, unterstellt das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht die Behauptung der Klägerin als richtig, in solchen Fällen sei es üblich, daß die Zuteilung an die Arbeitsgemeinschaft erfolge, und zwar entweder zum höheren Preis des ortsansässigen oder zum niedrigeren Preis des auswärtigen Unternehmers, vermißt aber auch dann den sicheren Nachweis dafür, daß die Parteien den Auftrag zusammen erhalten hätten, weil der Gemeinderat wohl dem Beklagten zu verstehen gegeben habe, daß er entweder allein bleiben oder mit dem niedrigsten auswärtigen Angebot zusammengehen müsse.

c) Das Berufungsgericht unterstellt weiter, daß die Vereinbarung der Parteien nach einem Brauch im Bauwerke dahin auszulegen sei, der Beklagte müsse die Klä-

gerin als Subunternehmerin zur Hälfte an einem ihm allein erteilten Auftrag beteiligen. Auch daraus leitet es aber für die Klägerin keinen Schadensersatzanspruch her, weil die zu einer solchen Unterbeteiligung erforderliche Zustimmung des Gemeinderats nicht zu erwarten gewesen sei.

3. a) Die Revision beanstandet zu Unrecht eine rechtsirrtümliche Verteilung der Beweislast. Es steht hier nicht der Fall zur Entscheidung, daß ein Schädiger sich nach der Feststellung eines Ursachenzusammenhangs zwischen seiner schädigenden Handlung und dem Schadenserfolg auf die Möglichkeit beruft, der Schade hätte aus anderen Ursachen auch ohne diese seine Handlung eintreten können. Die schädigende Handlung besteht hier vielmehr darin, daß der Beklagte durch sein Verhalten in einen Ablauf von Tatsachen eingegriffen hat, die nach der Behauptung der Klägerin ohne dieses Eingreifen für sie zu einem bestimmten Erfolg geführt hätten. Es ist daher zutreffend, daß das Berufungsgericht der Klägerin auch die Beweislast dafür auferlegt hat, daß dieser Erfolg ohne das schädigende Eingreifen des Beklagten auch eingetreten wäre.

b) Die Beweisantritte der Klägerin, die in der Zeugenbenennung des Bürgermeisters Dr. Bau [REDACTED] liegen, hat das Berufungsgericht nur dahin aufgefaßt, dieser solle seine persönliche Überzeugung äußern. Es bedarf keiner Entscheidung, ob ein so auszulegender Beweisantrag hätte übergangen werden dürfen. Wie die Revision zutreffend hervorhebt, konnte aber der Beweisantritt nur dahin verstanden werden, daß der Bürgermeister bei Kenntnis der wahren Sachlage die von der Klägerin geschilderte Meinung nicht nur gehabt, sondern daß er sie auch in der Sitzung des Gemeinderats mit der ihm kraft Amtes zustehenden Autorität zum Ausdruck gebracht hätte. Auch dann wäre es

zwar noch nicht sicher gewesen, wie der Gemeinderat entschieden hätte, aber bei der Würdigung des Beweisergebnisses hätte eine solche Stellungnahme nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, zumal angesichts der Antwort, die der Gemeinderat dem Landgericht am 17. Juli 1953 erteilt hatte.

Der Revision ist hiernach darin beizustimmen, daß die Unterlassung der Vernehmung des Bürgermeisters und die unvollständige Würdigung der Auskunft vom 17. Juli 1953 Verstöße gegen § 286 ZPO darstellen.

4.) Wie die Revision zutreffend rügt, hat das Berufungsgericht aber auch die Bedeutung des § 287 ZPO in einem Falle wie dem hier streitigen verkannt. Die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß keine der Parteien Aussicht auf Erlangung des Auftrags gehabt hätte, wenn sich der Beklagte an die Vereinbarung mit der Klägerin wörtlich gehalten und ein Angebot mit 258.000 DM eingereicht hätte, ist zwar aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Damit ist aber entgegen der in der Revisionsverhandlung geäußerten Meinung des Beklagten nicht dargetan, daß der Klägerin aus der Vertragsverletzung kein Schade entstanden sein könne. Die Mitteilung der unrichtigen Zahl von 258.000 DM an die Klägerin war eine Verletzung einer Verpflichtung aus dem in diesem Augenblick schon abgeschlossenen Vertrag, sie begründete also im Gegensatz zu der ebenfalls festgestellten unerlaubten Handlung nicht etwa wie ein Verschulden bei Vertragsschluß eine Haftung für das negative Interesse, sondern eine solche für das Erfüllungsinteresse. Deshalb bedarf es nicht der Prüfung, ob der Beklagte nicht noch nachträglich, als der angebliche Rechenfehler erkannt wurde und er sich mit dem Betrage von 248.000 DM einverstanden erklärte, die

Pflicht und die Möglichkeit gehabt hätte, die Klägerin hiervon zu unterrichten, und ob die Klägerin dann noch die Möglichkeit gehabt hätte, ihr Angebot rechtzeitig und wirksam ebenfalls zu ermäßigen. Wenn das Berufungsgericht (oben zu 2 b) die von der Klägerin behauptete Üblichkeit der Zuteilung an eine Arbeitsgemeinschaft als richtig unterstellt, so konnte der Klägerin nicht eine volle Beweislast dafür auferlegt werden, daß im vorliegenden Falle entweder von diesem Brauch abgewichen worden wäre oder daß der Gemeinderat eine Arbeitsgemeinschaft des Beklagten mit der Firma Wo[REDACTED] & Mi[REDACTED] statt mit der Klägerin gefordert hätte. Hier steht die Frage zur Entscheidung, ob der eingetretene Erfolg, nämlich die Ausschaltung der Klägerin, die adäquate Folge der Vertragsverletzung des Beklagten war, und diese Frage durfte nicht ohne Heranziehung des § 287 ZPO zum Nachteil der Klägerin entschieden werden, ihr durfte dafür keine volle Beweislast auferlegt werden. Bei dieser Prüfung hätte davon ausgegangen werden müssen, daß der Bürgermeister die von der Klägerin behauptete Ansicht nicht nur gehabt, sondern in der Beratung auch geäußert hätte. Vor allem aber ergab sich für diesen Fall aus dem Verträge für den Beklagten die Verpflichtung, sich zu dem mit der Klägerin abgeschlossenen Verträge zu bekennen, also auf die Frage des Gemeinderats nicht nur zu antworten, er sei bereit, mit der Klägerin zusammenzuarbeiten, sondern auch mitzuteilen, daß er sich hierzu gegenüber der Klägerin verpflichtet hatte. Es hätte der Prüfung bedurft, welche Folgerungen der Gemeinderat aus einer solchen Mitteilung gezogen hätte.

5.) Müßte aus der Abwägung aller Umstände der Schluß gezogen werden, daß auch dann der Auftrag nicht an die beiden Parteien erteilt worden wäre, so käme es darauf an, ob der Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die Kläge-

rin als Subunternehmer zu beteiligen. Das hängt davon ab, ob der vom Berufungsgericht (zu 2 c) unterstellte Brauch besteht. Wird dieser bejaht, so würde die Meinung des Berufungsgerichts, zu einer solchen Beteiligung sei das Einverständnis des Auftraggebers erforderlich, einer näheren Begründung bedürfen, vor allem aber konnte auch hier nicht, wie das Berufungsgericht es tut, der Klägerin der volle Beweis dafür aufgebürdet werden, ob dieses Einverständnis zu erwarten gewesen wäre, wenn der Beklagte unter Hinweis auf seine Verpflichtung einen entsprechenden Antrag gestellt hätte. Auch bei dieser Prüfung wäre die Heranziehung des § 287 ZPO geboten gewesen.

Bei der Bemessung des zu ersetzenden Schadens (§ 252 BGB) wäre danach davon auszugehen, daß die Klägerin die Hälfte der dem Beklagten übertragenen und von ihm ausgeführten Arbeiten hätte ausführen können. Da das Berufungsgericht diese Rechtslage verkannt und die in § 287 ZPO vorgesehene Art der Ermittlung des Schadens gar nicht in den Kreis seiner Betrachtungen gezogen hat, so konnte das Berufungsurteil auch nicht aufrecht erhalten werden.

6.) Im Gegensatz hierzu hatte die Klägerin nach § 826 ZPO Anspruch auf Ersatz des vollen Gewinnes, den sie bei Durchführung der ganzen Arbeiten zum Preise von 240.000 DM erzielt hätte. Hierfür bedarf es, wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, der Prüfung, was geschehen wäre, wenn die Klägerin entweder allein oder gemeinsam mit einem anderen Unternehmer ein Gebot mit 240.000 DM abgegeben hätte. Der Beklagte wäre dann zwar nicht gehindert gewesen, sein ursprünglich auf etwa 265.000 DM berechnetes Angebot zu ermäßigen, aber es wäre zu erwägen gewesen, wie weit er dabei gegangen wäre und

wie die Aussichten sich vor allem dann gestaltet hätten, wenn etwa die Klägerin sich zur Zusammenarbeit mit der Firma Fr [REDACTED] bereit erklärt hätte. Auch hierbei kann der Klägerin keine volle Beweislast aufgebürdet werden. Der Nachteil der Klägerin bestand zunächst darin, daß sie unter ungünstigeren Bedingungen in den Wettbewerb um die Erteilung des Auftrags eintrat, als es sonst der Fall gewesen wäre. Es liegt hier ähnlich wie wenn dem Geschädigten die Möglichkeit zur Beteiligung an einem Wettbewerb überhaupt oder zum Erwerb eines Handelsgeschäfts oder einer Stellung vereitelt worden ist. Ein sicherer Beweis dafür, welches Ergebnis die Beteiligung an dem Wettbewerb, die Führung des Handelsgeschäfts oder der Antritt der Stellung gebracht hätte, läßt sich schwerlich jemals führen. Eben darauf beruht die Vorschrift des § 287 ZPO, der schon nach seinem Wortlaut auch den Fall des Streites um die Frage trifft, ob ein Schade überhaupt entstanden ist. Auch in diesem Punkte kann daher das Berufungsurteil nicht aufrecht erhalten werden.

Bei der gebotenen anderweiten Verhandlung und Entscheidung wird zu berücksichtigen sein, daß es einer Prüfung der aus der unerlaubten Handlung herzuleitenden Ansprüche nur insoweit bedürfen wird, als diese in ihrer Höhe über die Ansprüche aus der Vertragsverletzung hinausgehen.

Da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, so war dem Berufungsgericht auch die Entschei-

dung über die Kosten der Revision zu überlassen.

Dr. Selowsky

Dr. Delbrück

Artl

Dr. Winkelmann

Dr. Haager