

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

2576 010

Gesetz: BGB § 167

Rechtssatz: Die Grundsätze, die die Rechtsprechung für die Haftung aus einer Duldungsvollmacht entwickelt hat, können auch gegenüber einer Körperschaft des öffentlichen Rechts angewendet werden.

Aktenzeichen: II ZR 328/53

Urteil des BGH vom 21. April 1955 - OLG Hamburg

8

II. ZR 328/53

Verkündet

am 21. April 1955

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 Bauindustrie Paul B o [REDACTED]
in F [REDACTED] W [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Gemeinde A [REDACTED], vertreten durch ihre
Gemeindeverwaltung, in A [REDACTED], Bezirk H [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

und

den Bu [REDACTED] B [REDACTED] und E [REDACTED] e.V. in H [REDACTED],
C [REDACTED] - [REDACTED],

Streitgehilfen der Beklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 1955 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Fischer, Dr. Kuhn und Dr. Winkelmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 13. Oktober 1953 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 7. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Rahmen des sozialen Wohnungsbauprogrammes wurden von 1949 an im Gebiet der beklagten Gemeinde eine Reihe von Wohnbauten errichtet, bei denen die Klägerin tätig war. Diese fordert von der Beklagten die Zahlung eines Teilbetrages von 6.200 DM auf den noch nicht beglichenen Rest ihrer Rechnungen. Die Beklagte bestreitet, Auftraggeberin zu sein.

Der Streitgehilfe (nachstehend als "Verein" bezeichnet) ist ein idealer Verein, der bei der Durchführung der Bauten eingeschaltet war. Nach verschiedenen Vorbesprechungen mit der Klägerin und anderen Unternehmen, von denen wenigstens eine in den Amtsräumen der Beklagten in Gegenwart des Bürgermeisters A. stattfand, erteilte der Verein der Klägerin am 17. Oktober 1949 und 30. März 1950 schriftliche Aufträge für Erdarbeiten, Beton-, Maurer- und Eisenarbeiten für zunächst drei und dann weitere fünf Einzelhäuser. Ein weiterer Auftrag vom 23. Oktober 1950 ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits. In dem Schreiben vom 17. Oktober 1949 bezeichnet sich der Verein in der Unterschrift als "Der Auftraggeber", er überträgt die Ausführung der Arbeiten "im Auftrag und für Rechnung unseres Bauherrn, Amts- und Gemeindeverwaltung A.". Als "bauleitender Architekt" ist ein Herr E. bezeichnet; eine ausdrückliche Angabe darüber, von wem die Zahlungen geleistet werden sollten, ist in dem Schreiben nicht enthalten. Im Schreiben vom 30. März 1950 bezeichnet sich der Verein nicht ausdrücklich als "Der Auftraggeber"; das Schreiben verweist auf die Bedingungen des am 17. Oktober 1949 erteilten Auftrags, es enthält am Beginn ebenfalls die Worte "im Auftrage und für Rechnung unserer Bauherrin, Gemeinde A.". Die genaue Formulierung dieses Auftragsschreiben war der Beklagten bekannt, da sie jeweils Durchschriften erhalten hatte.



Am 6. Januar 1950 schloß die Beklagte mit dem Verein einen schriftlichen Vertrag, der neben der Unterschrift des Bürgermeisters eine weitere Unterschrift trägt. Darin wird es als Aufgabe der Gemeinde bezeichnet, "Eigenheime und Mietwohnungen zu errichten, deren Lasten bzw Mieten möglichst niedrig sind". Die Beklagte "als Träger und Bauherr gemeinnützigen Wohnungsbaus" beauftragte den Verein als "Generalübernehmer mit allen entsprechenden Rechten und Pflichten" bis zur schlüsselfertigen Übergabe und endlichen Auskehrung der Garantiesummen mit der Durchführung des Bauvorhabens.

Die Klägerin führte die ihr übertragenen Arbeiten aus und erteilte darüber Schlußrechnungen, die für den ersten Bauabschnitt auf 21.841,74 DM und für den zweiten Bauabschnitt auf 36.546,28 DM lauten, hierauf sind nach dem Vortrag der Klägerin 1.141,74 DM und 5.846,28 DM noch unbezahlt.

Die Klägerin will die Auftragsschreiben dahin ausgelegt wissen, daß die Verträge unmittelbar zwischen ihr und der Beklagten zustande gekommen seien. Daraus, daß die Beklagte die Fassung der Schreiben gekannt habe, leitet die Klägerin deren Verpflichtung zumindest auf Grund einer stillschweigend erteilten Vollmacht her. Sie fordert von der Beklagten die Zahlung eines Teilbetrages von 6.200 DM auf die Rückstände.

Die Beklagte beruft sich auf den mit dem Verein abgeschlossenen Vertrag über dessen Stellung als "Generalübernehmer". Nach ihrem Vortrag und einem von ihr überreichten "Merkblatt für Generalunternehmer", das am 1. Oktober 1951 von einer Anzahl von Fachverbänden zur Ergänzung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) herausgegeben worden ist, ist der Generalunternehmer im Verhältnis zum Nachunternehmer Auftraggeber, ein Vertragsverhältnis besteht nur zwischen dem Generalunternehmer und dem Nachunternehmer, nicht aber zwischen dem Bauherrn und dem Nachunternehmer (IV, 2).

Dieses Merkblatt gibt unstreitig die Usancen wieder, die auch schon vor seiner Abfassung galten und auch der Klägerin bekannt waren.

Die Klägerin will diese Grundsätze aus mehreren Gründen nicht gegen sich gelten lassen, sie beruft sich insbesondere darauf, daß der Vertrag zwischen der Beklagten und dem Verein erst nach der Erteilung des Auftrags abgeschlossen und ihr, der Klägerin, erst im August 1951 bekannt geworden sei, nachdem sämtliche Bauvorhaben abgeschlossen gewesen seien. Die Beklagte hält das Datum des Generalübernahmevertrages für unerheblich, da der angefertigte Vertragsentwurf schon von Anfang an bei der Gemeindeverwaltung gelegen habe und für das Verhältnis zum Verein maßgebend gewesen sei. Die Parteien streiten darüber, ob in der bei der Beklagten geführten Vorbesprechung im Oktober 1949 ausdrücklich auf die Stellung des Vereins als "Generalübernehmer" hingewiesen worden ist. Nach der Behauptung der Klägerin hat der Bürgermeister Al[REDACTED] in dieser Besprechung auf Anfrage erklärt, daß die Zahlungen durch die Gemeinde auf Anweisung des Vereins geleistet werden würden, darin sieht die Klägerin ein Garantieverprechen der Beklagten.

Die Beklagte trägt vor, vor Beginn der Verhandlungen mit dem Verein habe sie mit verschiedenen anderen Stellen, darunter dem Hilfswerk der Ev. Kirche in Deutschland GmbH und dem Makler G[REDACTED] verhandelt, wobei immer wieder betont worden sei, daß die "Gemeinde aus sämtlichen für die Siedlungsgesellschaft sich ergebenden Verpflichtungen ausscheiden sollte" und die "Durchführung des Gesamtbauvorhabens von der Aufschließung des Geländes bis zur bezugsfertigen Herstellung der Gebäude einem treuhänderischen Träger anvertraut" werden sollte. Die Beklagte habe sich bei der Durchführung des Siedlerunternehmens ausschließlich darauf beschränkt, die für die Finanzierung erforderlichen

Mittel zu beschaffen und sicherzustellen. Mit der Durchführung des eigentlichen Bauvorhabens habe sie, abgesehen davon, daß sie sich bemüht habe, ihre ortsansässigen Handwerker bei der Vergebung der Aufträge beteiligt zu sehen, nicht das geringste zu tun gehabt.

Beide Vorderrichter haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision wiederholt die Klägerin ihre Anträge, die Beklagte und der Streitgehilfe beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die den streitigen Ansprüchen zugrunde liegenden Aufträge sind der Klägerin von dem Verein erteilt worden. Eine Verbindlichkeit konnte daraus für die Beklagte dann begründet werden, wenn der Verein von dieser eine Vollmacht zu deren Vertretung hatte. Diese Frage ist, wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, nach dem für das Verhältnis zwischen dem Verein und der Beklagten maßgebenden Vertrage vom 6. Januar 1950 zu beurteilen, den das Berufungsgericht dahin auslegt, daß er eine solche Bevollmächtigung nicht enthalte. Diese Auslegung wird von der Revision angegriffen.

1.) Der Vertrag verwendet für die Stellung des Vereins die Bezeichnung "Generalübernehmer". Diese Bezeichnung ähnelt derjenigen, für die in der VOB und in dem überreichten Merkblatt das Wort "Generalunternehmer" verwendet wird. Daß das Merkblatt erst am 1. Oktober 1951, also nach den hier streitigen Vorgängen, herausgegeben worden ist, ist deshalb unerheblich, weil es nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien nur die schon vorher bestehenden Usancen wiedergibt. Wäre dieser im Baugewerbe allgemein übliche Fachausdruck auch im Vertrage verwendet worden, so hätte der Vertrag ein

insoweit typischen Inhalt, er könnte daher vom Revisionsgericht frei ausgelegt werden. Die in dem Merkblatt gegebene Umschreibung dieses Begriffs ist klar und eindeutig. Auch ohne diese Umschreibung würde die Bezeichnung eines Unternehmers als "Generalunternehmer" schon dahin zu verstehen sein, daß er den Auftrag jedenfalls nicht ganz in seinem eigenen Betriebe mit eigenen Betriebsmitteln und Hilfskräften durchzuführen braucht, sondern auch andere selbständige Unternehmer heranziehen kann, daß aber der auftraggebende Bauherr nur mit ihm und nicht mit den übrigen Unternehmern in rechtliche Beziehungen treten will. Es wird dabei aber vorausgesetzt, daß der "Generalunternehmer" wenigstens einen Teil der eigentlichen Bauleistungen in seinem eigenen Betriebe leistet, was der Verein unstreitig nicht getan hat. Es mag hierauf beruhen, daß der Verein bei seinen Verträgen mit Bauherren aus diesem Grunde an die Stelle des typischen Ausdrucks "Generalunternehmer" das Wort "Generalübernehmer" gesetzt hat. Daraus könnte zwar nicht hergeleitet werden, daß dieser Ausdruck ebenfalls eine typische und derjenigen des Generalunternehmers entgegengesetzten Bedeutung gewonnen hätte, die seine freie Nachprüfbarkeit durch das Revisionsgericht ergeben würde. Das Berufungsgericht hat jedoch, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, die beiden Ausdrücke "Generalunternehmer" und "Generalübernehmer" als völlig gleichbedeutend behandelt und damit gegen die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB verstoßen.

2.) Dem Berufungsgericht kann zwar darin zugestimmt werden, daß eine Anzahl der von ihm angeführten Gesichtspunkte für die von ihm gegebene Auslegung herangezogen werden können.

Erhebliche Bedeutung legt das Berufungsgericht dem Entwurf für einen Vertrag zwischen der Beklagten und der Gemein-

nützigen Siedlungsgesellschaft des Hilfswerkes der ev. Kirchen in Deutschland bei. Es legt dar, es sei nicht Aufgabe einer Gemeinde, als Bauherr wirtschaftlich tätig zu sein, wenn es in Notzeiten jedoch in ihrem Interesse liege, für eine geordnete Durchführung von Bauvorhaben zu sorgen, dann werde sie in der Regel dieser Aufgabe in der Weise gerecht werden, daß sie mit der Sache vertraute fachlich geschulte Unternehmer beauftragte und diese, da sie das finanzielle Risiko trage, im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben sich weisungsgebunden erhalte. Diese Regeln lassen nach der Auslegung des Berufungsgerichts den Grund dafür erkennen, warum die Beklagte selbst nicht Unternehmer des Siedlungsvorhabens sein wollte. Das betrachtet das Berufungsgericht als "bezeichnend für den Sinn des Vertrages und vor allem dafür, daß die Beklagte nur Geldgeber, nicht Vertragspartner gegenüber den Subunternehmern sein wollte". Die Revision will diesen Satz dahin verstehen, daß die Beklagte nur Geldgeber "gegenüber den Subunternehmern sein wollte"; sie verkennt aber damit den Zusammenhang und rügt irrtümlich einen Verstoß gegen § 133 BGB dahin, das Berufungsgericht habe damit selbst die Beklagte als Vertragspartner gegenüber der Klägerin bezeichnet. Wenn die Beklagte sich im Verträge vom 6. Januar 1950 gegenüber dem Verein bereit erklärte, nach dessen Anweisung Zahlungen an die Einzelunternehmer zu leisten, so erfüllte sie damit ihre Vertragspflicht, den Verein von diesen Ansprüchen frei zu halten. Es bedurfte keiner besonderen Erwähnung, daß die Beklagte "die Schuld eines Dritten bezahlen" sollte. Die Auslegung des Berufungsgerichts verstößt auch nicht deshalb gegen § 133 BGB, weil die Bauten, wie die Revision meint, in das Eigentum der Beklagten überführt werden sollten. Darüber ist nichts festgestellt. Auch soweit die Bauten auf einem der Beklagten gehörenden Grundstück errichtet wurden, erwarb diese zwar Eigentum an den eingebauten Bauteilen, aber

wenn die Klägerin diese Teile auf Grund eines Vertrages mit dem Verein einfügte, so erlangte sie damit einen Vertragsanspruch gegen den Verein, aber gegen die Beklagte weder einen Vertragsanspruch noch einen Bereicherungsanspruch (Urt v 30. Oktober 1952 - IV ZR 89/52 -, Lind.-Möhr. Nr 14 zu § 812 BGB). Daraus ist jedoch kein Anhaltspunkt dafür herzuleiten, daß der Vertrag mit dem Grundeigentümer geschlossen sein müsse.

Zu Unrecht wiederholt die Revision auch verschiedene früher von der Klägerin gebrachte Ausführungen, die teils unzutreffend, teils für die Auslegung unerheblich sind. Wenn der Verein, wie das Berufungsgericht meint, Vertragspartner der Klägerin war, so hatte diese gegen ihn einen Anspruch auf Zahlung, der Verein konnte diesen Anspruch nicht durch Erteilung einer Zahlungsanweisung erfüllen. Es kann angenommen werden, daß der Verein eine derartige Zahlungsanweisung gegeben hätte, wenn er den Umfang und die Qualität der von der Klägerin bewirkten Leistungen in Ordnung befunden hätte. Einer solchen Anweisung hätte die Beklagte vermutlich ebenso entsprochen, wie sie es vorher getan hatte. Anderenfalls hätte ein Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nur allenfalls dadurch begründet werden können, daß der Verein der Klägerin seinen Befreiungsanspruch gegen die Beklagte abtrat (BGHZ 12, 136). Das Berufungsurteil bietet keinen Anhalt dafür, daß das Berufungsgericht diese für die Auslegung unerhebliche Rechtslage verkannt hätte.

3.) Bei der Auslegung des Sinnes, der dem Worte "Generalübernehmer" beizumessen ist, hat aber das Berufungsgericht eine Reihe von Umständen nicht oder unvollständig gewürdigt, die zu einem anderen Auslegungsergebnis führen könnten.

Die Frage, ob der Verein nach seiner Satzung einen Vertrag mit dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt abschließen durfte oder nicht, darf nicht nur unter dem Gesichtspunkt beurteilt werden, der Verein habe sich im Rahmen seiner Satzung gehalten. Auch wenn das zutrifft, ergab der Vortrag der Klägerin, daß der Verein nach seiner Satzung den Abschluß von Verträgen solcher Art nicht bezweckte und daß er in dem im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Falle - der dem erkennenden Senat aus seinem Urteil vom 29. Mai 1954 (II ZR 16/53) bekannt ist - gegenüber einer als Bauherrin auftretenden Genossenschaft mit deren Einverständnis ausdrücklich eine andere Auslegung des Ausdrucks "Generalübernehmer" gegeben hatte. Diese Umstände wären bei dieser Auslegung ebenso zu berücksichtigen gewesen wie die von der Klägerin vorgetragenen steuerlichen Erwägungen. Selbst wenn diese von dem Verein weder gegenüber der Klägerin noch gegenüber der Beklagten in den Vertragsverhandlungen zum Ausdruck gebracht sind, konnte es doch bedeutsam sein, ob der Verein bei einer der Auslegung des Berufungsgerichts entsprechenden Vertragsgestaltung von einer Steuerlast, insbesondere mit Umsatzsteuer, betroffen wurde, die bei einer anderen Auslegung nicht oder nur in geringerer Höhe entstanden wäre. Die Erklärung des Vereins, er habe die ihm obliegenden Steuerlasten erfüllt, läßt nichts darüber erkennen, wie diese insbesondere für das streitige Geschäft berechnet sind; sie ergibt aber, daß der Verein jedenfalls eine vollständige Steuerfreiheit nicht erreicht hat.

Nach dem Vortrag der Klägerin haben auch das Bauschilling (§ 4 des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen vom 1. Juni 1909) und das Leistungsverzeichnis nur die Beklagte als Bauherrn und nicht den Verein als Unternehmer bezeichnet. Hierdurch allein konnten zwar unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht geschaf-

fen werden, aber wenn der Vortrag der Klägerin insoweit zutrifft, so wäre auch daraus ein beachtlicher Anhaltspunkt für die Auslegung zu gewinnen.

4.) Das Berufungsgericht hat sich durch die rechtsirrtümliche Gleichsetzung der Ausdrücke "Generalübernehmer" und "Generalunternehmer" dazu veranlaßt gesehen, die vorstehend ausgeführten Umstände nicht hinreichend zu berücksichtigen. Deshalb kann das auf der Auslegung beruhende Berufungsurteil nicht aufrecht erhalten werden. Das Revisionsgericht sieht sich zu einer selbständigen Würdigung und Abwägung der zum Teil nicht unstreitigen Umstände nicht in der Lage, so daß die nicht spruchreife Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß. Um dem Berufungsgericht hierfür eine völlig freie Beurteilung zu ermöglichen, erschien es zweckmäßig, die Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts auszusprechen.

Dieser Senat wird bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung auch zu prüfen haben, welchen Inhalt die Vorbesprechung hatte, die vor Erteilung der Aufträge in Gegenwart des Bürgermeisters stattgefunden hat, und welche Bedeutung dieser Vorbesprechung für die Auslegung der Vereinbarung zwischen dem Verein und der Beklagten zukommt.

II. Aber auch wenn der Auslegung zu folgen wäre, die das Berufungsgericht dieser Vereinbarung gegeben hat, könnte das Berufungsurteil aus einem anderen Grunde nicht aufrecht erhalten werden.

Der Verein hat der Klägerin die streitigen Aufträge "im Auftrage und für Rechnung" der Beklagten erteilt. Der Revision ist zuzugeben, daß bei dieser dadurch der irrtümliche Eindruck erweckt werden konnte, der Verein habe

von der Beklagten Vollmacht zur Erteilung der Aufträge mit einer diese unmittelbar verpflichtenden Wirkung. Da die Fassung der Auftragsschreiben der Beklagten bekannt war, so liegen die äußeren Voraussetzungen vor, die eine Haftung der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht begründen können. Diese Möglichkeit hat das Berufungsgericht nicht näher geprüft, weil es glaubt, diese Grundsätze gegenüber einer Körperschaft des öffentlichen Rechts überhaupt nicht anwenden zu können. Diese Begründung vermag das Berufungsurteil nicht zu tragen.

1.) Das Berufungsgericht stützt sich für seine Rechtsauffassung auf die "ständige Rechtsprechung" des Reichsgerichts (RGZ 162, 137), die auch vom Obersten Gerichtshof für die Britische Zone fortgesetzt und vom Bundesgerichtshof bestätigt worden sei. Auch wenn man daraus mit dem Berufungsgericht folgert, daß "der Staatsbürger die gesetzliche Zuständigkeitsregelung, aus der die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht folgt, als bindend hinnehmen muß und sich ihr gegenüber nicht auf Treu und Glauben berufen kann", so würde auch dieser Schluß für die hier zu entscheidende Frage nichts besagen, da hier nicht die Frage der Zuständigkeit einer Behörde (wie OGHZ 2, 319) oder der Notwendigkeit einer Genehmigung (wie OGHZ 1, 242 ff) zur Erörterung steht. Die hier streitige rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht des Vereins wird nicht deshalb verneint, weil diesem die gesetzliche Zuständigkeit gefehlt hätte, sondern weil er keine nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilende ausdrückliche Vollmacht besaß. Die vom Berufungsgericht erwähnte Rechtsprechung über die Duldungsvollmacht macht die Verpflichtung des Vertretenen nicht davon abhängig, daß dieser durch seine dafür zuständigen Organe und in den für ihn nach dem Gesetz maßgeblichen Formen eine bestimmte Handlung vorgenommen hat, sondern um-

gekehrt eben davon, daß es zwar an diesen Voraussetzungen fehlt, daß aber seine zuständigen Organe einen Zustand geduldet haben, durch den der Anschein einer Vollmacht für einen Dritten erweckt wurde. Daß dies nicht auch für eine Körperschaft des öffentlichen Rechts zutreffen könnte, läßt sich aus der vom Berufungsgericht angeführten Rechtsprechung, vor allem auch aus der Entscheidung BGHZ 6, 331 ff nicht entnehmen. Der erkennende Senat hat dies in seinem Urteil vom 20. Januar 1954 (II ZR 155/52, insoweit BGHZ 12, 105 ff nicht abgedruckt) ausdrücklich ausgeführt und (S 9/10) einer Stadt unter bestimmten Voraussetzungen mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Möglichkeit abgesprochen, sich auf die mangelnde Form eines Vertrages zu berufen.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht einmal um diese Frage der Formvorschriften oder der auf Gesetz beruhenden Vertretungsmacht eines Organs, sondern um die Rechtsfolgen eines Verhaltens, das auch ohne Abschluß eines Vertrages zu einer privatrechtlichen Verpflichtung führen kann, ebenso wie sich eine solche Folge aus §§ 31, 89, aus § 823 oder aus § 839 BGB und Art 34 GrundG ergeben kann.

2.) Es bedarf daher der vom Berufungsgericht rechtsirrtümlich unterlassenen Prüfung, ob die Klägerin sich bei der gegebenen Sachlage wirklich darauf berufen kann, der Verein habe für die Beklagte eine solche Duldungsvollmacht gehabt. Das wäre dann zu verneinen, wenn ihr trotz der Fassung der Auftragsschreiben bekannt war oder bekannt sein mußte, daß der Verein die Beklagte nicht verpflichten konnte. Die Klägerin hat nicht bestritten, daß ihr die übliche Auslegung des Begriffs des "Generalunternehmers" oder "Generalübernehmers" bekannt war, es ist also entscheidend, ob sie wußte, daß der Verein von der Beklagten hierzu bestellt war. Die Beklagte hat der ihr insoweit obliegenden Behauptungs-

last durch den Vortrag Rechnung getragen, eine derartige Mitteilung sei der Klägerin wie auch den übrigen Unternehmern bei der Vorbesprechung ausdrücklich gemacht worden. Über diese von der Klägerin bestrittene Behauptung hat das Landgericht eine Beweisaufnahme durchgeführt und deren Ergebnis dahin gewürdigt, daß die Darstellung der Beklagten erwiesen sei. Mit den von der Klägerin gegen diese Beweiswürdigung vorgebrachten Einwendungen hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt und eine eigene Feststellung über den Inhalt der fraglichen Vorbesprechung nicht getroffen. Da eine Entscheidung des Rechtsstreits ohne eine solche Feststellung nicht möglich ist, so war das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3.) Kommt das Berufungsgericht bei der erneuten Prüfung zu derselben Feststellung wie das Landgericht, so ist die Klage auch dann unbegründet, wenn die Behauptung der Klägerin als richtig unterstellt wird, der Bürgermeister Al. [REDACTED] habe bei der in Rede stehenden Vorbesprechung erklärt, die Zahlungen würden durch die Beklagte auf Weisung des Nebenintervenienten erfolgen, und wenn man in einer solchen Erklärung das Zustandekommen eines Garantievertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten sehen würde.

Zur Zeit der streitigen Vorgänge galt für die in der Britischen Zone liegende Beklagte die revidierte Deutsche Gemeindeordnung (MilRegVO Nr 21), deren § 37 Abs 2 das Berufungsgericht zutreffend heranzieht. Wie der erkennende Senat im Urteil vom 23. Juni 1954 (II ZR 91/53, BGHZ 14, 89 ff. 967) näher ausgeführt hat, ließ auch dieses Gesetz Ausnahmen vom gesetzlichen Formzwang für Geschäfte der laufenden Verwaltung zu. Es bedarf keiner grundsätzlichen Entscheidung darüber, ob ebenso wie Luftschutzbauten (BGHZ 8,

396 ff) und Maßnahmen zur Beschaffung von Brennmaterial (BGHZ 14, 89 997) auch die Förderung des sozialen Wohnungsbaues durch eigene Unternehmungen einer Landgemeinde zu den Geschäften der laufenden Verwaltung werden kann oder ob dies, wie die Revision meint, mindestens für einzelne Geschäfte zutrifft, die im Rahmen eines einmal formgerecht beschlossenen Programms liegen. Hier müßte davon ausgegangen werden, daß die Beklagte das Bauprogramm in einer Weise durchzuführen beschlossen hatte, die ihr gegenüber den einzelnen Unternehmern keine Verpflichtungen auferlegte. Das schloß die Möglichkeit aus, einen solchen Garantievertrag, wie ihn die Klägerin behauptet, als ein Geschäft der laufenden Verwaltung zu behandeln, weil er das Gegenteil von dem herbeiführte, was beschlossen war. Deshalb hat das Berufungsgericht mit Recht diesen Vortrag der Klägerin für unerheblich gehalten.

Da der Rechtsstreit nicht zur endgültigen Entscheidung reif ist, so war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr.Selowsky Dr.Delbrück Dr.Fischer Dr.Kuhn Dr.Winkelmann