

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2125 098

13

BGB § 157 Gb; HGB § 346 D

Der Grundsatz, daß das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Geschäftsverkehr als Zustimmung zu deuten ist, kann nicht in allen Fällen ohne weiteres auf das Schweigen einer Gemeindebehörde (hier Hochbauamt) auf das Bestätigungsschreiben eines Kaufmanns, mit dem die Gemeinde im Rahmen ihrer fiskalischen Betätigung in Geschäftsverbindung steht, übertragen werden.

BGB § 641 Abs. 2; Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B § 16 Nr. 4 Abs. 3

§ 16 Nr. 4 VOB Teil B enthält eine abschließende Regelung für die Verzinsung von Bauforderungen; der § 641 Abs. 2 BGB findet daneben keine Anwendung.

BGH, Urt. v. 19. Februar 1964 - Ib ZR 203/62

OLG Hamm (Westf.)
LG Bochum

Ib ZR 203/62

Verkündet am 19. Februar 1964
[REDACTED], 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 Stadt B [REDACTED],

vertreten durch den Oberstadtdirektor, [REDACTED], Rathaus,

Beklagten, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Karl L [REDACTED] GmbH, Bauunternehmen in W [REDACTED],
S [REDACTED], [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer,

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Februar 1964 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Pehle,
Dr. Spengler, Dr. Sprenkman und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschluß-
revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom
20. Juni 1962 aufgehoben. Die Sache wird zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Bauunternehmen, hatte gemäß einem Vertrag mit der Beklagten vom 25. September 1954 die Turnhalle einer Schule in B██████ zu errichten. Der Auftrag war aufgrund eines Angebots der Klägerin vom 13. Mai 1954 erteilt worden, das für die im Leistungsverzeichnis angeführten Bauleistungen Einheitspreise vorsah; dem Vertrag lagen die Bestimmungen der VOB zugrunde.

Vor Beginn der Bauarbeiten bat die Klägerin mit Schreiben vom 26. Januar 1955 die Beklagte, ihr wegen Erschwerung der Arbeiten wegen unvorhergesehenen Platzmangels an der Baustelle eine zusätzliche Vergütung zu gewähren. Die Beklagte lehnte das mit Schreiben vom 2. Februar 1955 ab, wobei sie der Klägerin mitteilte, sie würde sich, falls diese auf ihrer Nachforderung beharre, gezwungen sehen, ihr den Auftrag wegen Nichteinhaltung der festgesetzten Bedingungen zu entziehen. Mit Schreiben vom 18. März 1955 bat die Klägerin um nochmalige Überprüfung ihres Ersuchens.

Am 2. Juni 1955 besichtigten der Leiter des Hochbauamtes der Beklagten, Baurat Wo██████, und der Leiter des Tiefbauamtes, Baudirektor H██████, der damals den Baudezernenten der Beklagten vertrat, zusammen mit dem Bauführer der Klägerin, G██████, die Baustelle.



Der Bau der Turnhalle wurde Ende 1956 fertiggestellt; am 11. Oktober 1957 reichte die Klägerin ihre Schlußrechnung - ohne Nachforderung wegen der erschwerten Arbeiten - bei der Beklagten ein.

In einem Schreiben vom 10. März 1958 an die Beklagte nahm die Klägerin auf ihr Schreiben vom 26. Januar 1955 und auf die Ortsbesichtigung vom 2. Juni 1955 Bezug und legte gleichzeitig eine Nachtragsrechnung über 13.520,88 DM vor, die sich in Höhe von 13.162,88 DM auf zusätzliche Kosten bezog, die nach der Behauptung der Klägerin durch die Erschwernisse an der Baustelle entstanden waren. Darauf wurden am 20. März 1958 Besprechungen zwischen den Parteien geführt.

Am 23. und 29. Oktober 1958 fanden weitere Verhandlungen statt, die auf Seiten der Klägerin von ihrem - in der Zwischenzeit verstorbenen - Geschäftsführer Vogel und dem Bauführer G., auf Seiten der Beklagten von Baurat Wo. sowie am 23. Oktober von Baudirektor H. und am 29. Oktober von Stadtamtmann Kersten vom Rechnungsprüfungsamt geführt wurden.

Unter dem 26. November 1958 richtete die Klägerin an die Beklagte ein Schreiben, dem sie zwei von Genuit handschriftlich gefertigte und von V. unterzeichnete Aktenvermerke über die beiden Besprechungen sowie eine neue Rechnung über 10.000 DM beifügte; diese Schriftstücke haben folgenden Wortlaut:

1. Schreiben vom 26. November 1958:

".....

Bezug: Unsere Verhandlung vom 23.10.1958 und vom 29.10.1958.

In der Anlage überreichen wir Ihnen Abschrift zweier Aktenvermerke in doppelter Ausfertigung über die mit Ihnen gehabte. Besprechung zur gefl. Bedienung.

Gleichzeitig fügen wir aufgrund obiger Besprechung unsere Rechnung über Arbeiterschwernisse in Höhe von

DM 10.000,--

.....

bei.

Wir äußern die verständliche Bitte, uns den Betrag schnellstens zu überweisen.

..... "

2. Aktenvermerk vom 24. Oktober 1958:

".....

Um noch ausstehende Fragen zu klären, fand am 23.10.1958 im Dienstzimmer von Herrn Baurat Wo [REDACTED] und später im Dienstzimmer von Herrn Baudirektor H [REDACTED] je eine Besprechung statt, an der für die Fa. L [REDACTED] Herr Geschäftsführer V [REDACTED] und der frühere Bauführer, Dipl.-Ing. G [REDACTED], teilnahmen.

In beiden Besprechungen wurde nochmals festgestellt, daß die Forderungen der Fa. L [REDACTED] durch Rechnung vom 10.3.1958 grundsätzlich zu Recht bestehen, weil

.....

Diese vorerwähnten Gründe waren auch in der seinerzeit durchgeführten Ortsbesprechung am 2.6.1955 bestimmend für die Anerkennung der Forderung der Fa. L [REDACTED] gewesen.

Es soll nochmals eine Besprechung unter Einschaltung des Rechnungsprüfungsamtes der Stadt Bochum stattfinden."

3. Aktenvermerk vom 29. Oktober 1958:

".....

Nachdem am 23.10.1958 vereinbart worden war, die endgültige Vergütung für die aufgetretenen Erschwernisse beim Bau der Turnhalle zur Jakob-M[REDACTED]-Realschule in einer abschließenden Besprechung festzulegen, fand heute diese Besprechung im Dienstzimmer von Baurat Wo[REDACTED] statt. Es nahmen folgende Herren teil:

Für die Stadt Bochum: Baurat Wo[REDACTED]
K[REDACTED]
Go[REDACTED]
Ka[REDACTED]

für die Fa. Lamm: Geschäftsführer V[REDACTED]
Dipl.-Ing. G[REDACTED].

Es wurde zunächst nochmals festgestellt, daß die mit Nachtragsrechnung vom 10.3.1958 geltend gemachten Forderungen der Firma L[REDACTED] in Höhe von 13.162,88 DM grundsätzlich zu Recht bestehen.

Im Verlauf der Verhandlung erklärte sich Herr V[REDACTED] für die Fa. L[REDACTED] verbindlich mit dem Vorschlag des Herrn Baurat Wo[REDACTED] und Herrn K[REDACTED] des Rechnungsprüfungsamtes, eine Pauschalvergütung in Höhe von 10.000,-- DM für die Erschwernisse zu zahlen, einverstanden. Bestimmend für dieses Einverständnis war die Zusage der Herren der Stadt B[REDACTED], diesen Pauschalbetrag zu zahlen, ohne daß ein genauerer Nachweis als der bereits vorliegende seitens der Fa. L[REDACTED] eingereicht werden muß. Die Herren der Fa. L[REDACTED] wiesen ausdrücklich darauf hin, daß der Nachweis durchaus möglich sei und damit die Forderung höher wäre als 10.000,-- DM, daß aber eine mühselige Kleinarbeit damit verbunden sei und man aus diesem Grunde darauf verzichten wolle

4. Rechnung vom 26. November 1958:

"

Für die beim Bau der obigen Turnhalle aufgetretener besonderen Arbeiterschwernisse berechnen wir den am 29.10.1958 vereinbarten Pauschalbetrag in Höhe von 10.000,-- DM".

Die Beklagte antwortete auf das Schreiben vom 26. November 1958 und dessen Anlagen nicht, lehnte aber später die Bezahlung der Rechnung ab.

Die Klägerin behauptet, die Schwierigkeiten, die an der Baustelle bei der Lagerung und dem Transport des Baumaterials wegen Platzmangels aufgetreten seien, hätten bei der Kalkulation noch nicht erkannt und daher in ihrem Angebot noch nicht berücksichtigt werden können. Bei der Baustellenbesichtigung am 2. Juni 1955 seien die Vertreter der Parteien darüber einig gewesen, daß die Klägerin dafür eine besondere Vergütung in Höhe des Lohnes von zwei bis drei Bauhilfsarbeitern erhalten solle. Auch am 23. Oktober 1958 sei der Anspruch von den Vertretern der Beklagten grundsätzlich anerkannt worden, nur wegen der Höhe habe man weiter verhandeln und einen Beamten des Rechnungsprüfungsamtes zuziehen wollen.

Am 29. Oktober 1958 sei dann eine Pauschalvergütung von 10.000,-- DM vereinbart worden. Auf diesen Betrag habe sie, die Klägerin, die Forderung ermäßigt, weil damit eine eingehende Nachprüfung der von ihr am 10. März 1958 vorgelegten Stundenlohnnachweise überflüssig gemacht worden sei und weil ferner die anwesenden Vertreter der Beklagten nicht befugt gewesen seien, diese über einen höheren Betrag zu verpflichten.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 10.000,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Oktober 1958 zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Vereinbarung einer Pauschalvergütung von 10.000,-- DM bestritten. Bei keiner der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen seien von den Vertretern der Beklagten verbindliche Zusagen gemacht worden; auch in der Besprechung vom 29. Oktober 1958 sei der Klägerin lediglich zugesagt worden, ihre Forderung auf der Grundlage einer Pauschalvergütung von 10.000,-- DM erneut zu überprüfen.

Keiner der für die Beklagte tätig gewordenen Vertreter sei befugt gewesen, sie zur Zahlung von 10.000,-- DM zu verpflichten; der vom Bauausschuß genehmigte Bauauftrag habe vielmehr nur mit dessen Zustimmung durch nachträgliche Erhöhung der Bausumme abgeändert werden können. Im übrigen fehle es an der nach der Gemeindeordnung notwendigen Schriftform für die von der Klägerin behauptete Vereinbarung.

Die Beklagte hat weiter bestritten, daß an der - an sich beengten - Baustelle nachträglich Erschwernisse aufgetreten seien, die der Klägerin nicht schon vor der Erteilung des Auftrags bekannt gewesen seien. Sie hat ferner die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Schreiben der Klägerin vom 26. November 1958, so meint die Beklagte endlich, brauche sie nicht als kaufmännisches Bestätigungsschreiben gegen sich gelten zu lassen, da sie im vorliegenden Falle einem

Kaufmann nicht gleichgestellt werden könne, da sie ferner die Forderung der Klägerin bereits am 2. Februar 1955 endgültig abgelehnt habe und da selbst unter Kaufleuten einer abrede- und vertragswidrigen Zumutung nicht widersprochen zu werden brauche.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 10.000,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 31. Dezember 1960, dem Tag der Zustellung des Zahlungsbefehls, verurteilt. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; die Klägerin verfolgt mit ihrer Anschlußrevision den abgewiesenen Teil ihres Zinsanspruchs weiter.

Entscheidungsgründe:

- I. 1. Das Berufungsgericht hat es dahingestellt gelassen, ob zwischen den Parteien in der Besprechung vom 29. Oktober 1958 eine rechtswirksame Vereinbarung zustande gekommen sei, wonach die Beklagte der Klägerin eine Pauschalvergütung von 10.000,-- DM für die Arbeiterschwestern an der Baustelle zu zahlen habe. Es entnimmt eine dahingehende Verpflichtung der Beklagten daraus, daß diese auf das Schreiben der Klägerin vom 26. November 1958 geschwiegen habe und daher dessen Inhalt gegen sich gelten lassen müsse.

Das Schreiben vom 26. November 1958, so führt das angefochtene Urteil aus, sei ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, das eine schriftliche Zusammenfassung der in den vorangegangenen Verhandlungen erzielten Ergebnisse zu Beweis Zwecken enthalte. Es habe auch trotz der Besonderheit, daß in dem Schreiben auf die beigelegten Anlagen verwiesen werde, einen eindeutigen Inhalt; aus den beiden Aktenvermerken gehe eindeutig hervor, daß die Klägerin von der Einigung der Parteien über eine Pauschalvergütung von 10.000,-- DM ausgegangen sei, und es spreche nichts dafür, daß die Klägerin nicht guten Glaubens eine solche Einigung angenommen habe. Auch der zeitliche Zusammenhang zwischen Bestätigung und vorangegangenen Verhandlungen sei noch gewahrt gewesen.

Das Schweigen der Beklagten auf dieses Schreiben sei als Zustimmung zu werten. Zwar gelte der Grundsatz, daß der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens dieses unverzüglich prüfen und ihm widersprechen müsse, falls er seinen Inhalt nicht billige, im allgemeinen nur für den kaufmännischen Geschäftsverkehr. Doch müsse der Empfänger eines solchen Schreibens, auch wenn er nicht Kaufmann sei, sein Schweigen als Zustimmung gegen sich gelten lassen, falls er mit den Gepflogenheiten des ordentlichen Geschäftsverkehrs vertraut sei. Da die Gemeinden "heute in zunehmendem Maße fiskalisch tätig" würden und ihre Organe und Vertreter "den Anforderungen des modernen Geschäftsverkehrs nicht behördlicher Art gewachsen und mit den Gepflogenheiten des Privatverkehrs vertraut" seien, müsse die Beklagte

wie jeder andere Teilnehmer am Verkehrsleben behandelt werden, bei dem man nach Treu und Glauben das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Zustimmung auslegen müsse. Andernfalls würde man den Gemeinden innerhalb des Wirtschaftslebens eine unbegründete Vorrangstellung einräumen und Rechtsunsicherheit "beim wirtschaftlichen Leistungsaustausch im Verhältnis von Privatpersonen und Gemeinden" herbeiführen.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe das Schreiben der Klägerin vom 26. November 1958 mit den beigefügten Aktennotizen nicht als Bestätigungsschreiben im Sinne der von ihm angeführten Rechtsprechung würdigen dürfen. Auch sei es nicht gerechtfertigt, die für das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Geschäftsverkehr anerkannten Grundsätze auf die fiskalische Tätigkeit eines städtischen Hochbauamtes zu übertragen.
3. Diesen Angriffen der Revision kann im Ergebnis der Erfolg nicht versagt bleiben.
- a) Rechtlich zutreffend ist an sich der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß zwar die für den kaufmännischen Verkehr entwickelten Grundsätze über die Wirkung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben (vgl. BGHZ 7, 187, 189; BGH NJW 1963, 1922, insoweit in BGHZ 40, 42 nicht abgedruckt; BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 10 zu § 147; Baumbach/Duden, HGB 16. Aufl. Anm. 46 zu § 346) nicht ohne weiteres Anwendung finden können, wenn der Empfänger des

Schreibens nicht Kaufmann ist, daß aber die Rechtsprechung auch in solchen Fällen beim Vorliegen besonderer Umstände das Schweigen als Zustimmung ausgelegt hat (vgl. RG Gruch 71, 253; JW 1931, 522, 524). Die Voraussetzungen dafür sind in der Regel dann anzunehmen, wenn der Empfänger einen kaufmännischen Betrieb führt oder jedenfalls einen Betrieb, der im größeren Umfang am Verkehrsleben teilnimmt (BGHZ 11, 1, 3; v. Godin in HGB-RGRK 2. Aufl. Anm. 16 h zu § 346); ob das der Fall ist, kann nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden (BGB-RGRK Anm. 9 zu § 147).

Das entscheidende Gewicht ist dabei dem Umstand beizumessen, ob der Empfänger sich nach der Art, wie er am Wirtschaftsleben teilnimmt, gleich einem Kaufmann behandeln lassen muß. So hat das Reichsgericht (Gruch 71, 253) einen Gutsbesitzer für sein Schweigen einstehen lassen, weil er seinen Betrieb nach kaufmännischen Regeln führen mußte und wegen der Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse insoweit einem Kaufmann gleichzusetzen war; bei einem Rechtsanwalt hat es im gleichen Zusammenhang darauf abgestellt, daß er wegen seiner Kenntnis der Bedeutung von Bestätigungsschreiben widersprechen mußte, wenn er mit dem Inhalt eines Bestätigungsschreibens seines Auftraggebers nicht einverstanden war, der mit seinem Sozios eine auch ihn bindende Vereinbarung geschlossen hatte (JW 1931, 522). In der Entscheidung BGHZ 11, 1 ff handelte es sich um ein nicht im Handelsregister eingetragenes Unternehmen, das Schrottgroßhandel betrieb, wobei offen bleibt, ob

die Rechtsgrundsätze über das Schweigen auf alle Minderkaufleute zutreffen. Besonderheiten des Sachverhaltes mögen ebenfalls zur Anwendung dieser Grundsätze führen wie in dem einem Urteil des Reichsgerichts (LZ 1920, 755) zugrunde liegenden Tatbestand, wo der Empfänger, der nicht Kaufmann war, das Bestätigungsschreiben ausdrücklich angefordert hatte.

- b) Es bedarf für den vorliegenden Fall keiner grundsätzlichen Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde gehalten ist, einem Bestätigungsschreiben eines Kaufmanns, mit dem sie im Rahmen ihrer fiskalischen Betätigung in noch nicht abgewickelter Geschäftsverbindung steht, zu widersprechen, wenn sie mit dem Inhalt nicht einverstanden ist und vermeiden will, daß ihr Schweigen rechtlich als Zustimmung gewertet wird. Jedenfalls ist der Revision darin beizupflichten, daß die für das Schweigen auf Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Geschäftsverkehr entwickelten Rechtsgrundsätze nicht schlechthin und ohne weiteres auf die behördliche Tätigkeit der Gemeinden übertragen werden können.

Die Beantwortung der Frage, wie das Schweigen einer Gemeindebehörde auf ein Bestätigungsschreiben rechtlich zu werten ist, kann nicht, wie das Berufungsgericht meint, allein davon abhängen, ob und in welchem Umfang die Organe und Vertreter der Gemeinden heute mit den Gepflogenheiten des Privatrechtsverkehrs vertraut sind; denn es darf nicht übersehen werden,

daß eine Gemeindeverwaltung in der Regel wegen ihrer inneren Zuständigkeitsregelungen und wegen der Bindung von Sachbearbeitern an die Genehmigung der Gemeindevertretung oder ihrer Ausschüsse zu einer anderen Arbeitsweise gezwungen ist als der private Rechtsverkehr. Diese auf Gesetz oder Satzung beruhende, dem Verkehr bekannte Besonderheit ihrer Arbeitsweise entbindet zwar eine Gemeinde nicht von der Pflicht, im Rahmen ihrer fiskalischen Betätigung im Geschäftsverkehr mit Privatpersonen die Grundsätze von Treu und Glauben und die Verkehrssitte zu beachten; sie darf jedoch nicht außer Betracht gelassen werden, wenn im Einzelfall zu entscheiden ist, wie das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben gedeutet werden muß. Es ist deshalb in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände zu prüfen, ob es nach der Art des Rechtsgeschäfts und bei Berücksichtigung der besonderen Arbeitsweise der beteiligten Behörde aus dem Gesichtspunkt eines angemessenen und gebotenen Vertrauensschutzes des privaten Vertragspartners gerechtfertigt ist, das Schweigen einer Gemeindebehörde auf ein Bestätigungsschreiben nach den Regeln über den Handelsbrauch (§ 346 HGB), oder nach den aus dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben folgenden allgemeinen Auslegungsregeln für schlüssiges Verhalten (§§ 135, 157 BGB) als Zustimmung zu behandeln. Dabei kommt es darauf an, wie der Bestätigende bei Würdigung der Gesamtumstände das Schweigen auffassen mußte.

- 13
- c) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind im Streitfall folgende Besonderheiten zu berücksichtigen:
- aa) Zunächst kann, worauf die Revision zutreffend hinweist, für die Beklagte schon zweifelhaft gewesen sein, ob sie es mit einem "Bestätigungsschreiben" im Sinn der vom Berufungsgericht angeführten Rechtsprechung zu tun hatte. Denn der Wortlaut des Schreibens vom 26. November 1958, mit dem die Klägerin neben der Rechnung über 10.000,-- DM die beiden Aktenvermerke "zur gefl. Bedienung" übersandte, ist insoweit nicht eindeutig und vermeidet das Wort "Bestätigung". Dazu kommt, daß zwischen der letzten Besprechung vom 29. Oktober 1958 und der Absendung des Schreibens ein Zeitraum von vier Wochen lag; die Rechtslehre versteht aber unter Bestätigungsschreiben in der Regel nur solche Schreiben, die das Ergebnis von Vorverhandlungen sind, denen sie zeitlich unmittelbar folgen, so daß der Empfänger auf das Eintreffen vorbereitet ist (Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, S. 130; zu den Erfordernissen eines Bestätigungsschreibens vgl. auch BGH BB 1963, 918).
- bb) Die Beklagte hatte die von der Klägerin begehrte zusätzliche Vergütung bereits mit dem Schreiben vom 2. Februar 1955 ausdrücklich abgelehnt und der Klägerin dabei angedroht, ihr den Auftrag zu entziehen, falls sie auf der Nachforderung beharre. Gleichwohl hatte die Klägerin mit den Bauarbeiten begonnen, den Bau zu Ende geführt und die Schlußrechnung im Oktober 1957 eingereicht, ohne - bis zum

März 1958 - erneut auf die Nachforderung zurückzukommen. Als sie das Schreiben vom 26. November 1958 an die Beklagte richtete, waren alle Arbeiten längst abgeschlossen, so daß die Beklagte nicht damit rechnen mußte, es liege ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an einer umgehenden Antwort etwa deshalb vor, weil sonst die Gefahr bestehe, daß die Klägerin im Vertrauen auf einen durch das Schweigen geschaffenen Rechtsschein zu geschäftlichen Dispositionen veranlaßt werde, die, falls dieser Rechtsschein sich als trügerisch erweise, zu einer Schädigung der Klägerin führen könnten.

- cc) Es kommt hinzu, daß selbst der Aktenvermerk vom 29. Oktober 1958 für die Beklagte nicht ganz eindeutig erkennen ließ, die Klägerin wolle einen nach ihrer Ansicht bereits fest abgeschlossenen Vertrag bestätigen. Denn es heißt darin nur, daß Herr V. sich für die Firma L. "verbindlich mit dem Vorschlag des Herrn Baurat W. und Herrn K. des Rechnungsprüfungsamtes" einverstanden erklärt habe, ohne daß dabei unmißverständlich zum Ausdruck kam, die Klägerin habe ihrerseits den "Vorschlag" der Vertreter der Beklagten als rechtsverbindliches Angebot angesehen, das durch die Annahmeerklärung von Herrn V. zum Vertragsschluß geführt habe.
- d) Bei Berücksichtigung dieser Gesamtumstände ist es nicht gerechtfertigt, allein aus der Vertrautheit der Sachbearbeiter der Beklagten mit den Gepflogenheiten des Privatrechtsverkehrs zu folgern, die Beklagte sei wegen ihres Schweigens auf das Schreiben vom 26. November 1958 zur Zahlung der Klagesumme verpflichtet.

4. Das Berufungsgericht wird danach im weiteren Verfahren zu prüfen haben, ob bei den Besprechungen vom 23. und 29. Oktober 1958 eine Vereinbarung über die Zahlung eines Erschweriszuschlages zustande gekommen ist oder ob die Klageforderung, wie die Klägerin weiter geltend macht, nach den Bestimmungen der VOB (Teil B § 2 Nr. 7) oder aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung begründet ist. In diesem Zusammenhang wird allerdings im Rahmen der Beweiswürdigung bei der Abwägung der verschiedenen Zeugenaussagen berücksichtigt werden können, ob aus dem Schweigen der Beklagten auf den Aktenvermerk vom 29. Oktober 1958 Schlüsse auf die Glaubwürdigkeit der die Darstellung der Klägerin bestätigenden Zeugen zu ziehen sind. Soweit es sich um das Zustandekommen einer Vereinbarung handelt, wird sich das Oberlandesgericht ferner mit den Angriffen auseinandersetzen müssen, welche die Revision gegen seine Annahme richtet, eine solche Vereinbarung habe nicht der Schriftform bedurft. Es wird endlich zu prüfen sein, ob die bei den einschlägigen Verhandlungen für die Beklagte handelnden Sachbearbeiter befugt waren, die Beklagte in Höhe von 10.000,-- DM zu verpflichten, wobei unter Umständen auch der Gesichtspunkt der Anscheins- oder der Duldungsvollmacht zu erörtern sein wird.

II. Die Anschlußrevision der Klägerin richtet sich dagegen, daß das Berufungsgericht ihr Zinsen nur seit Zustellung des Zahlungsbefehls, also seit dem 31. Dezember 1960, zugesprochen hat.

1. Das angefochtene Urteil begründet dieses Ergebnis damit, daß der Klägerin, da es sich nicht um ein beiderseitiges Handelsgeschäft gehandelt habe, und die Beklagte auch nicht gemäß § 16 Nr. 4 VOB Teil B durch Mahnung und Setzung einer Nachfrist in Verzug gesetzt worden sei, weder Fälligkeitszinsen gemäß § 353 HGB noch Verzugszinsen für die Zeit vor Rechtshängigkeit zustünden.
2. Die Anschlußrevision meint zu Unrecht, der § 641 Abs. 2 BGB, wonach beim Werkvertrag Fälligkeitszinsen für die Werklohnforderung von der Abnahme des Werkes an zu entrichten sind, sei neben § 16 Nr. 4 VOB Teil B anwendbar.

Nach § 16 Nr. 4 Abs. 5 VOB Teil B kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber, der bei Fälligkeit nicht zahlt, eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt der Auftraggeber auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe von 1 v.H. über dem Lombardzinssatz der Währungs- und Notenbank, wenn er nicht einen höheren Verzugsschaden nachweist.

Die Auffassung der Anschlußrevision, die diese Vorschrift nur auf Verzugszinsen angewendet wissen will und daneben für Fälligkeitszinsen den § 641 Abs. 2 BGB für anwendbar hält, übersieht, daß die angeführte Vorschrift der VOB schlechthin für Zinsen gilt; sie enthält also eine abschließende Regelung nicht nur für den Schadensersatzanspruch aus Verzug (vgl. BGH LM VOB Teil B § 16 Nr. 1), sondern für die Verzinsung von Bauforderungen allgemein. Die damit

übereinstimmende Meinung des Schrifttums (Hereth/Ludwig/
Naschold, Komm. zur VOB Teil B, Ez. 16.80 zu § 16)
beruht demnach nicht, wie die Anschlußrevision glaubt,
auf einer Verkennung der Rechtslage.

Dennoch kann auch über die Anschlußrevision nicht
abschließend entschieden werden. Das Berufungsgericht
hat den geltend gemachten Zinsanspruch bis zum
31. Dezember 1960 von seinem Standpunkt aus folge-
richtig verneint, da es nach der nach seiner Annahme
durch das Schweigen der Beklagten auf das Schreiben
vom 26. November 1958 zustande gekommenen Vereinbarung
der Parteien keine Mahnung und Fristsetzung festgestellt
hat. Da nun die Möglichkeit offen ist, daß im weiteren
Verfahren eine vor dem 26. November 1958 geschlossene
Vereinbarung festgestellt wird, ist nicht auszuschließen,
daß auch tatsächliche Feststellungen über eine nach
dem Vertragsschluß gelegene Mahnung und Fristsetzung
getroffen werden können. Dazu kommt ferner, daß das
Berufungsgericht angenommen hat, durch den Abschluß
der als Vergleich zu wertenden Vereinbarung über die
Zahlung eines glatten Betrags von 10.000,-- DM seien
die strengen Förmlichkeiten des § 16 Nr. 2 VOB Teil B
abbedungen worden; es könnte daher, falls es eine
ausdrücklich getroffene Vereinbarung feststellt, aus
ähnlichem Grunde - oder aber, wenn es den Anspruch
aus anderem Rechtsgrunde bejaht - zur Nichtanwendbar-
keit auch des § 16 Nr. 4 VOB Teil B kommen. Wäre
allerdings diese Vorschrift nicht anwendbar, weil es
sich bei der Hauptforderung nicht mehr um eine Bau-
forderung im Sinne der VOB handelt, dann könnte - entgegen
der Meinung der Anschlußrevision - aus demselben Grunde
auch § 641 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden.

III. Das angefochtene Urteil war sonach auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin aufzuheben; die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Krüger-Nieland	Pehle	Spengler
Sprenkmann	Mösl	