

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2216 057

BGB §§ 164, 167

Zur Frage, wann stillschweigende Vollmacht, Duldungsvollmacht oder Anscheinsvollmacht anzunehmen sind (hier in Hinblick auf das rechtsgeschäftliche Handeln einer Firma, die für eine aufgelöste, jedoch einem Bauamt gegenüber zum Schein aufrecht erhaltene Arbeitsgemeinschaft Bestellungen erteilt hat).

BGH Urt. v. 8. März 1961 - VIII ZR 49/60 - OLG Hamburg

VIII ZR 49/60

Ver k ü n d e t

am 8. März 1961

Hoffmeister, 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 Hans V. Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bauunternehmung, vertreten durch ihren alleinigen Geschäftsführer Dipl.Ing. Rudolf W. in D.,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

die Firma P. Chemie und Isolierstoffe, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihre Geschäftsführer Peter S. und Paul S., in H. S.,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 21. Januar 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Diesem wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Von.Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Das Finanzbauamt E [REDACTED] hatte im Juli 1957 Bauarbeiten am Flugplatz Nörvenich ausgeschrieben. Daraufhin machte die Beklagte gemeinsam mit der Firma Hanns K [REDACTED], Baugesellschaft mit beschränkter Haftung in Köln unter dem 17. August 1957 ein Angebot. In dem Begleitschreiben dazu heißt es, beide Firmen hätten sich zu einer Arbeitsgemeinschaft für die Durchführung der Arbeiten zusammengeschlossen; ihr bevollmächtigter Vertreter sei ein Oberingenieur L [REDACTED]. Jedes "Argemitglied" hafte für die vertragsgemäße Ausführung als Gesamtschuldner. Auf dieses Angebot erhielt die Arbeitsgemeinschaft am 14. September 1957 den Auftrag, der erst als erteilt gelten sollte, wenn er binnen drei Tagen vorbehaltlos bestätigt sei. Daraufhin schlossen die Beklagte, die kein Interesse mehr an der Ausführung des Auftrages hatte, und die Firma K [REDACTED] am 17. September 1957 eine Vereinbarung betr. "Arbeitsgemeinschaft Hanns K [REDACTED] - Hans V [REDACTED], Startbahnverlängerung ...", in der es wörtlich heißt:

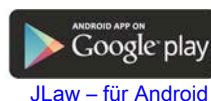
"K [REDACTED] beabsichtigt, den Auftrag des Finanzbauamts E [REDACTED] vom 14. September 1957 für das obige Bauvorhaben namens der Arbeitsgemeinschaft vorbehaltlos anzunehmen.
K [REDACTED] bestätigt hiermit, daß er diesen Auftrag auf eigene Rechnung und Gefahr allein durchführt und die Firma V [REDACTED] von jeglichen Verpflichtungen, die sich aus der Annahme und Durchführung des Auftrags ergeben, entbindet".

Die Vereinbarung wurde von beiden Firmen unterschrieben. Darunter bestätigte der Oberingenieur L [REDACTED] schriftlich, er habe von ihr als Vertreter der Arbeitsgemeinschaft Kenntnis genommen.

Die Firma K [REDACTED] nahm nunmehr der Vereinbarung entsprechend den Auftrag dem Finanzbauamt gegenüber vorbe-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

haltlos an. Anschließend kam es noch zwischen ihr und der Beklagten zu einem Schriftwechsel. Letztere schrieb am 28. September 1957, die Erklärung der Firma K [REDACTED] in der Vereinbarung vom 17. September 1957, die Beklagte von allen irgendwie entstehenden Verpflichtungen aus der Auftragsübernahme zu befreien und sie von jeder Haftung auszuschließen, sei für die Beklagte Voraussetzung für ihre Zustimmung zur Annahme des letzten Vertragsangebots der Bauherrin vom 14. September 1957 gewesen. Anschließend heißt es in dem Schreiben wörtlich:

"Um jedoch unser Risiko von vornherein auf ein Minimum zu beschränken, halten wir es für unbedingt erforderlich, daß Sie Ihrer Erklärung vom 17.8.57 (richtig: 17.9.57) in jedem nur möglichen Umfang Rechnung tragen, indem Sie alle im Zuge der Bauausführung erforderlichen Rechtsgeschäfte nur auf Ihren eigenen Namen und für Ihre eigene Rechnung, keinesfalls jedoch für die Arbeitsgemeinschaft vornehmen. Insbesondere halten wir es für erforderlich, daß Bestellungen nur von Ihnen als Alleinunternehmer getätigt werden, ... "

In dem Antwortschreiben der Firma K [REDACTED] vom 1. Oktober 1957 ist ausgeführt:

"Da wir mit Ihrem Einverständnis den Auftrag auf den Namen der Arge gegenüber der Bauverwaltung übernommen haben, müssen bzw. mußten wir auch die Abschlüsse mit den Lieferanten - soweit es sich nicht um Kleinaufträge handelt - im Namen der Arbeitsgemeinschaft tätigen, und haben wir uns im 2. Abs. unserer Vereinbarung v. 17.9.57 dahingehend verständigt, daß wir den Auftrag auf eigene Rechnung und Gefahr allein durchführen. Eine andere Möglichkeit ist nach der Lage der Dinge nicht gegeben".

Unter dem 11. Oktober 1957 entgegnete die Beklagte, sie sei nicht der Auffassung, daß, weil der Auftrag vom Bauherrn seitens der Arge übernommen worden sei, die Verträge mit den Lieferanten von der Firma K [REDACTED] gewissermaßen zwangsläufig auch im Namen der Arge hätten getätigt

werden müssen, und schreibt dann wörtlich:

"Bitte überprüfen Sie Ihre Auffassung nochmals. Es ist m.E. absolut genügend, nur dem Bauherrn gegenüber als Arge zu firmieren. Alle anderen Rechtsgeschäfte usw. sollten nach außen hin so getätigt werden, als wenn meine Firma - wie vereinbart und den Tatsachen entsprechend - nichts mit Ihrem Auftrag Nörvenich zu tun hat."

.....

....."Ich bitte deshalb nochmals auch nach außen hin insofern der tatsächlichen Situation Rechnung zu tragen, indem Sie im eigenen Namen handeln"

Am 18. Oktober 1957 schrieb die Firma K [REDACTED] in Bestätigung dieses Schreibens vom 11. Oktober 1957 an die Beklagte:

".... bei kleineren Lieferungen haben wir unsere Bestellungen auf unsere Firma allein getätigt. Die großen Aufträge, wie Vermörtelung und Asphaltarbeiten, können wir nur im Namen der Arge durchführen, wenn wir nicht der Bauverwaltung gegenüber in eine prekäre Lage kommen wollen, da ja dieser gegenüber die Arbeitsgemeinschaft K [REDACTED] - V [REDACTED] als Vertragskontrahent gilt"

Am 30. November 1957 bestellte die Firma K [REDACTED] namens der Arbeitsgemeinschaft bei der Klägerin ca. 10 Tonnen Posselit-Fugenvergußmasse und ca. 250 kg Posselitstreichlack. Die bestellten Materialien wurden alsbald zur Baustelle geliefert und der Arbeitsgemeinschaft laut Rechnung vom 2. Dezember 1957 mit insgesamt 16 175,25 DM berechnet. Auf Grund weiterer Bestellungen der Firma K [REDACTED] namens der Arbeitsgemeinschaft wurden von der Klägerin dieser weitere insgesamt 17 392,94 DM für Lieferungen in Rechnung gestellt. Auch diese Rechnungen vom 16. Dezember 1957, 17. Dezember 1957, 24. Januar 1958, 5. und 9. Juni 1958 gingen sämtlich an die Firma K [REDACTED] für die Arbeitsgemeinschaft. Diese Firma erhielt auch

die Mahnungen vom 19. März und 16. Juni 1958. Sie zahlte nur einmal 5000 DM am 20. Juni 1958. Im übrigen hatte sie der Klägerin Kundenakzepte der Firma Christian K [REDACTED] KG in Zahlung gegeben. Diese wurden nicht eingelöst. Dadurch entstanden der Klägerin Wechselspesen in Höhe von insgesamt 596,18 DM, über die die Lastschrift teils an die Hanns K [REDACTED], Baugesellschaft (vom 17. April 1958 und 23. Juni 1958) teils an die Arbeitsgemeinschaft K [REDACTED] V [REDACTED], jedoch an die Anschrift der Firma K [REDACTED] gingen. Nachdem sowohl die Firma Hanns K [REDACTED] als auch die Firma Christian K [REDACTED] KG in Konkurs geraten waren, wandte sich die Klägerin erstmalig mit Schreiben vom 12. September 1958 an die Beklagte als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft. Diese lehnte jedoch am 19. September 1958 unter Bezugnahme auf die Vereinbarung vom 17. September 1957 jegliche Ansprüche der Klägerin ab.

Diese, die erstmalig durch das Schreiben vom 19. September 1958 von den Abmachungen zwischen den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft Kenntnis erhalten haben will, nimmt die Beklagte als deren Mitglied, hilfsweise unter dem Gesichtspunkt der stillschweigenden, der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht auf Zahlung von 29 166,37 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Mai 1958 in Anspruch. Die Beklagte vertritt die Auffassung, sie hafte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Sie will davon, daß die Firma K [REDACTED] GmbH unter dem Namen der Arbeitsgemeinschaft, die nur zum Schein gegenüber dem Finanzbauamt aufrecht erhalten, im übrigen aber aufgelöst worden sei, Rechtsgeschäfte noch nach dem Briefwechsel vom September/Okttober 1957 namens der Arbeitsgemeinschaft getätigt habe, keine Kenntnis gehabt haben.

Das Landgericht wies die Klage ab. Das Berufungsgericht gab ihr statt. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht unterstellt, die ursprünglich von der Beklagten zusammen mit der Firma K [REDACTED] als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Durchführung des Bauvorhabens betr. den Flugplatz Nörvenich laut Ausschreibung des Finanzbauamts E [REDACTED] vom 20. Juli 1957 gegründete Arbeitsgemeinschaft sei durch die Vereinbarung vom 17. September 1957 wieder aufgelöst worden. Seine von der Revision nicht angegriffene Rechtsauffassung, eine solche Gesellschaft könne jederzeit, auch ohne Kündigung, durch Vereinbarung der Gesellschafter beendet werden, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Daß sie hier dem Finanzbauamt gegenüber zum Schein aufrechterhalten werden sollte, berührt die Rechtsgültigkeit der Auflösung - jedenfalls im Verhältnis zwischen den beteiligten Firmen - nicht.

2. Trotz Annahme der Auflösung der Gesellschaft kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, die Beklagte müsse für die Bezahlung der von der Firma K [REDACTED] der Klägerin namens der - aufgelösten - Arbeitsgemeinschaft erteilten Aufträge einstehen, weil sie es geduldet habe, daß diese Firma solche Bestellungen im Namen der Arbeitsgemeinschaft und damit auch für die Beklagte - diese mitverpflichtend - aufgab. Darin erblickt es eine stillschweigende Vollmachterteilung kraft Duldung.

Der Revision ist im Ergebnis darin zu folgen, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten.

II.

1. Für die Erteilung des ersten Auftrages vom 30. November 1957 an die Klägerin verwandte die Firma K [REDACTED] unstreitig einen eigenen Firmenbogen. Diesen ergänzte sie mit Schreibmaschinenschrift, indem sie im Kopf über die gedruckten Worte:

"Hanns K [REDACTED]
Baugesellschaft mbH"

das Wort: "Arbeitsgemeinschaft" und neben den Namen K [REDACTED] den Namen: "-V [REDACTED]" setzte. Unter dem Schreiben befinden sich in Schreibmaschinenschrift die Worte:

"Arbeitsgemeinschaft
K [REDACTED] - V [REDACTED]"

mit zwei Unterschriften. Dem Auftrag muß ein Angebot der Klägerin vom 15. Oktober 1957 und ein Schreiben vom 15. November 1957 vorangegangen sein. Es ist aber nicht geklärt, worauf die Revision besonders verweist, auf Grund welcher - außerhalb des Auftragsschreibens und der weiteren Schreiben der Firma K [REDACTED] als Arbeitsgemeinschaft liegenden - Tatsachen die Klägerin zu der Auffassung gekommen ist, es habe (noch) eine Arbeitsgemeinschaft bestanden, für welche die Firma K [REDACTED] - federführend - Aufträge zu erteilen ermächtigt gewesen ist. Das Berufungsgericht meint allerdings, wenn ein Kaufmann im Handelsverkehr nicht nur im eigenen Namen, sondern zugleich in dem eines anderen Kaufmanns handele, so könne sein Geschäftsgegner in der Regel annehmen, es liege eine entsprechende Vollmacht vor; denn er dürfe davon ausgehen, sein Geschäftspartner sei ein ordentlicher Kaufmann, der nicht, ohne dazu berechtigt zu sein, Geschäfte im fremden Namen abschließen werde. Diese Rechtsauffassung ist jedoch nicht richtig; denn sie kommt im Ergebnis darauf hinaus, für das Vorliegen einer Vollmacht bestehe in solchen Fällen eine Vermutung. Das ist jedoch nicht der Fall (BGB RGRK 11. Aufl. § 167 Anm. 1; BGH-Urt. v. 12. Juli 1957 - VIII ZR 249/56 - LM BGB § 167 Nr. 8).

2. Das Berufungsgericht geht von einer "stillschweigenden Vollmachterteilung" aus.

Diese entnimmt es allein dem Schriftwechsel zwischen der Beklagten und der Firma K[REDACTED] in der Zeit vom 28. September 1957 bis zum 18. Oktober 1957; denn sonstige Feststellungen, aus denen sich etwas dafür ergeben könnte, sind gegen die Beklagte nicht getroffen. Es muß daher im Revisionsverfahren von deren Vortrag in den Tatsachenrechtszügen ausgegangen werden, ihr sei bis zum Zusammenbruch der Firma K[REDACTED] nicht bekannt geworden, daß diese im Namen der Arbeitsgemeinschaft an die Klägerin oder andere Lieferanten - mit Ausnahme von einigen Großaufträgen in der Zeit vor dem 30. November 1957 - Aufträge erteilt habe, sie habe auch nicht gewußt, daß diese Firma sonst unter dem Namen der Arbeitsgemeinschaft - außer dem Bauamt gegenüber - handelte und entsprechend mit Schreibmaschinenschrift ergänzte oder sogar gedruckte Firmenbogen verwendete, es sei auch kein Bauschild aufgestellt gewesen, das als ausführende Baufirmen die der - aufgelösten - Arbeitsgemeinschaft auswies. Die Bemerkung im Berufungsurteil, die Beklagte habe Kenntnis davon gehabt, daß die Firma K[REDACTED] im Namen der Arbeitsgemeinschaft Aufträge erteilte, kann nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe jedenfalls nicht, wie die Revisionsbeklagte in der mündlichen Verhandlung auszuführen versucht hat, als eine tatsächliche Feststellung dahin gewertet werden, die Beklagte habe ganz allgemein gewußt, daß die Firma K[REDACTED] - außer dem Finanzbauamt gegenüber - auch sonst im Rechtsverkehr in Bezug auf die Arbeiten am Flugplatz Nörvenich namens der Arbeitsgemeinschaft handelte. Sie bezog sich vielmehr deutlich erkennbar allein auf den Briefwechsel zwischen der Beklagten und der Firma K[REDACTED], dem zu entnehmen war, daß diese lediglich vereinzelt Großaufträge namens der Arbeitsgemeinschaft erteilt hatte.

Es kommt aber noch hinzu, daß das Berufungsgericht schließlich selbst unterstellt hat, die Firma K. habe der Beklagten später, d.h. nach dem 18. Oktober 1957, auch noch ausdrücklich erklärt, sie habe sich davon überzeugt, ihr - der Beklagten - Standpunkt sei richtig, und mitgeteilt, sie werde nunmehr keine Aufträge mehr im Namen der Arbeitsgemeinschaft vergeben, sowie, daß diese Erklärungen abgegeben worden sind, bevor die Klägerin von der Firma K. ihren ersten Auftrag (vom 30. November 1957) erhielt, bei dem es sich - ebenso wie bei den späteren Bestellungen nach der Unterstellung des Berufungsgerichts - um einen Kleinauftrag im Sinne der Schreiben der Firma K. vom 1. und 18. Oktober 1957 handelte.

Bei einem solchen Sachverhalt kann jedoch rechtlich von einer stillschweigenden Vollmachterteilung der Beklagten an die Firma K. für den hier in Betracht kommenden Zeitpunkt keine Rede sein. Nach der Unterstellung des Berufungsgerichts nahm die Firma K., als sie die Bestellungen bei der Klägerin vornahm, im Verhältnis zur Beklagten gar nicht in Anspruch, bei der Vergabung solcher Aufträge auch für diese handeln zu dürfen. Es fehlt auch an einer Feststellung, daß die Beklagte den Willen hatte, der Firma K. eine entsprechende Vollmacht einzuräumen oder die in jedem Falle mit Auflösung der Arbeitsgemeinschaft erloschene Vollmacht aufrechtzuerhalten. Zu einer schlüssig oder stillschweigend erteilten Vollmacht gehört aber dieser Wille (BGB RGRK 11. Aufl. § 167 Anm. 2 Abs.1), den die Beklagte hier ganz offensichtlich nicht hatte.

3. Es ist allerdings nicht ganz sicher, daß das Berufungsgericht wirklich von einer stillschweigend erteilten Vollmacht ausgegangen ist; denn es spricht auch von einer Vollmacht kraft Duldung. Diese sog. Duldungsvollmacht (zu vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 167 Anm. 4) wird allerdings

neuerdings vielfach der stillschweigenden Bevollmächtigung gleichbehandelt (BGH Urt. v. 15. Dezember 1955 - II ZR 181/54 - NJW 1956, 460; Urt. v. 27. September 1956 - II ZR 178/55 - LM BGB § 164 Nr. 9; Urt. v. 4. April 1957 - VII ZR 283/56 - WM 1957, 926; BGB RGRK 11. Aufl. § 167 Anm. 6 Abs.2). Aber es bestehen auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es liege Vollmacht kraft Duldung vor, erhebliche rechtliche Bedenken.

Das Berufungsgericht meint, weil die Beklagte Kenntnis davon gehabt habe, daß die Firma K [REDACTED] Aufträge im Namen der Arbeitsgemeinschaft erteilt habe, habe sie "mithin" "geduldet", daß sie Aufträge nicht nur im eigenen, sondern zugleich im Namen der Beklagten vergab. Nach dem unstreitigen Inhalt dieses Briefwechsels hat die Beklagte jedoch, worauf die Revision mit Recht verweist, allenfalls für kurze Zeit die Erteilung von Großaufträgen im Namen der Arbeitsgemeinschaft geduldet, niemals aber die von Kleinaufträgen, wie sie hier nach der Unterstellung des Berufungsgerichts in Betracht kommen. Da das Berufungsgericht weiter unterstellt hat, die Firma K [REDACTED] habe sich noch vor Ende November 1957 dem Standpunkt der Beklagten angeschlossen und ihr mitgeteilt, sie werde keine Aufträge mehr namens der Arbeitsgemeinschaft erteilen, und, wie oben bereits ausgeführt worden ist, auch nicht festgestellt hat, die Beklagte hätte Kenntnis davon gehabt, daß die Firma K [REDACTED] trotzdem noch solche Aufträge erteilte, kann die Beklagte das Verhalten der Firma K [REDACTED] in der hier fraglichen Zeit auch nicht geduldet haben. Ebenso wie nämlich eine ausdrückliche oder stillschweigend erteilte Vollmacht von vornherein zeitlich beschränkt oder auch später ausdrücklich stillschweigend widerrufen werden kann, muß das entsprechend auch für eine sog. Duldungsvollmacht gelten. Von ihr kann - mindestens in der Regel - nicht mehr gesprochen werden, wenn ein -

weiteres - Dulden entfällt. Das war hier von dem Zeitpunkt an der Fall, als die Firma K [REDACTED] der Beklagten, wie das Berufungsgericht unterstellt hat, abschließend mitteilte, sie habe sich deren Rechtsstandpunkt angeschlossen und werde Aufträge namens der Arbeitsgemeinschaft nicht mehr erteilen.

4. Das Berufungsgericht meint nun allerdings, es käme nicht darauf an, ob es sich hier um Kleinaufträge gehandelt habe, die von K [REDACTED] überhaupt ^{nicht} namens der Arbeitsgemeinschaft vergeben werden sollten, und führt dazu aus, derjenige, dessen Verhalten sich nach außen als Erklärung einer Vollmacht darstelle, erteile damit im Rechtssinne diese Vollmacht, auch wenn die objektive Bedeutung seines Verhaltens über seinen wirklichen Willen und über die im Innenverhältnis mit dem Vertreter getroffenen Abmachungen hinausgehe. Ergänzend legt es dazu dar, gerade wenn die Beklagte davon ausgegangen sei, die Arbeitsgemeinschaft zwischen ihr und der Firma K [REDACTED] sei vereinbarungsgemäß - im Verhältnis zwischen den Firmen - aufgelöst und habe lediglich zum Schein dem Finanzbeamten gegenüber fortbestehen, während die Firma K [REDACTED] sonst überall allein habe auftreten sollen, habe ihr deren Verhalten als mit den getroffenen Abmachungen unvereinbar erscheinen müssen. Dennoch habe die Beklagte weder sichergestellt, daß bereits beauftragte Lieferanten aufgeklärt, noch daß künftig Aufträge von K [REDACTED] nur im eigenen Namen erteilt wurden. Da nach ihrem eigenen Vortrage die Firma K [REDACTED] bereits gegen ihre vertraglichen Verpflichtungen verstoßen gehabt habe, sei es nicht verständlich, daß die Beklagte geglaubt habe, sich auf die Erklärungen dieser Firma verlassen zu dürfen. Auch in diesem Zusammenhang spricht das Berufungsgericht davon, die Beklagte habe geduldet, daß die Firma K [REDACTED] namens der Arbeitsgemeinschaft und damit auch im Namen der Beklagten Aufträge vergeben habe, allerdings nicht

Kleinaufträge. Wenn nun dennoch auch derartige Aufträge von der Firma K [REDACTED] vergeben worden seien, so fährt es fort, habe diese damit zwar ihre Pflicht der Beklagten gegenüber verletzt. Daraus könne aber nicht gefolgert werden, daß der Geschäftspartner, also hier die Klägerin, welche die Abmachungen der Beklagten mit der Firma K [REDACTED] nicht habe kennen können, die Begrenzung der dieser Firma stillschweigend erteilten Vollmacht gegen sich gelten lassen müsse. Ebenso liege es aber, so fährt das Berufungsgericht fort, wenn diese Firma noch nach ihrer Erklärung, sie sei von der Richtigkeit der Ansicht der Beklagten überzeugt, im Namen der Arbeitsgemeinschaft Aufträge erteilt habe. Abschließend führt es aus: Dürfe der Geschäftspartner daraus, daß der Vertreter ein bestimmtes Verhalten des Vertreters geduldet habe, schließen, daß dieser vom Geschäftsherrn bevollmächtigt worden sei, so könne nicht durch Erklärungen oder Abmachungen allein zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen dessen früheres Verhalten für den Dritten seine Bedeutung verlieren.

Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtlich bedenklich. Ihnen kann weder eine stillschweigende Vollmacht noch eine solche kraft Duldung entnommen werden. Dazu kann ergänzend auf die Darlegungen unter 2 und 3 verwiesen werden. Sowohl bei stillschweigender Vollmacht als auch bei sog. Duldungsvollmacht muß es genügen, wenn der angebliche "Vollmachtgeber" dem sich als seinen Bevollmächtigten Ausgebenden sein weiteres Handeln für ihn ernstlich untersagt; von einer stillschweigenden Vollmachterteilung oder einer Vollmacht kraft Duldung kann alsdann nicht mehr gesprochen werden. Ob eine sog. Anscheinsvollmacht angenommen werden kann, ist eine andere Frage, auf die in anderem Zusammenhang noch einzugehen ist.

5. Im Rahmen der Erörterungen, ob im Hinblick auf die

hier in Frage stehenden Aufträge der Firma K [REDACTED] an die Klägerin eine stillschweigende oder eine sog. Duldungsvollmacht anzunehmen ist, ist auch unerheblich, ob die Beklagte bereits beauftragte Firmen aufgeklärt hat oder nicht und aus welchen Gründen sie das etwa nicht getan hat. Dazu verweist die Revision mit Recht darauf, daß dies ihrem freien Ermessen unterlag. Sie habe das Risiko einer eigenen Inanspruchnahme für so gering halten können, daß sich ein Widerspruch nicht verlohnte. Sie habe ihn deshalb unterlassen können, weil sie hinsichtlich der "in der Zwischenzeit" erteilten Aufträge, d.h. bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Firma K [REDACTED] ihre, der Beklagten, Auffassung als richtig anerkannte, selbst rechtliche Zweifel hatte. Schließlich habe es ihr aber auch durchaus freigestanden, die Dinge deshalb auf sich beruhen zu lassen, weil sie die Firma K [REDACTED], mit der sie freundschaftliche Beziehungen verbanden, nicht habe "desavouieren" und lieber das bereits Geschehene habe in Kauf nehmen wollen, nachdem ihr diese Firma für die Zukunft zugesagt hatte, nunmehr die Aufträge nur noch im eigenen Namen zu erteilen.

Beizutreten ist der Revision auch darin, daß jedenfalls das Verhalten der Beklagten gegenüber solchen Geschäftspartnern der Firma K [REDACTED] für sich allein betrachtet ohne Bedeutung für deren zukünftige Geschäfte ist und daß die Klägerin nicht deswegen Anspruch darauf hat, lediglich deshalb als Geschäftspartner der Beklagten angesehen zu werden, weil diese das gleiche in früheren Fällen aus irgend welchen Gründen hinzunehmen bereit gewesen ist. Eine andere Frage ist, ob ein solches Verhalten dazu hat führen können, daß die Klägerin sich darauf berufen kann, die Firma K [REDACTED] habe im Verhältnis zur Klägerin eine sog. Anscheinsvollmacht gehabt (zu vgl. dazu BGB RGRK aaO Anm. 6).

6. Das Berufungsgericht führt zwar ausdrücklich aus, hier stehe keine Anscheinsvollmacht, bei der es gar nicht darauf ankomme, ob der Vertretene das Verhalten des vollmachtlosen Vertreters kenne, in Rede. Seine Ausführungen ergeben jedoch nicht mit hinreichender Deutlichkeit, ob es sich des Unterschiedes zwischen Duldungs- und Anscheinsvollmacht bewußt gewesen ist. Die Gesichtspunkte, die es nach den Ausführungen unter 4 und 5 für das Vorliegen einer Duldungsvollmacht verwertet hat, hätten jedenfalls im Rahmen der Prüfung, ob etwa eine Anscheinsvollmacht anzunehmen ist, gewürdigt werden müssen. Auch sonst gab der festgestellte Sachverhalt Anlaß zu dieser Prüfung; denn die Beklagte hat immerhin, weil sie sich darauf einließ, daß die Firma K [REDACTED] den Bauauftrag noch namens der - aufgelösten - Arbeitsgemeinschaft annahm und daß diese dem Finanzbauamt gegenüber, wenn auch nur zum Schein, aufrechterhalten wurde, eine wesentliche Voraussetzung dafür geschaffen, daß diese Firma auch sonst, ohne dadurch besonders aufzufallen, im Rechtsverkehr auch anderen gegenüber als Arbeitsgemeinschaft auftreten konnte. Es bestehen auch mindestens Zweifel, ob die Beklagte das Erforderliche getan hat, um zu verhindern, daß die Firma K [REDACTED] ihre Stellung im Rahmen der dem Finanzbauamt gegenüber, wenn auch nur zum Schein, aufrechterhaltenen Arbeitsgemeinschaft mißbrauchte. Ebensowenig ist mit Sicherheit auszuschließen, ob das Berufungsgericht nicht in Wirklichkeit eine Anscheinsvollmacht hat bejahen wollen. Jedoch fehlt es insoweit an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen. Bei Anscheinsvollmacht setzt jedenfalls die Bindung des Geschäftsherrn (hier Beklagte) durch das Verhalten des nicht bevollmächtigten Vertreters (hier: Firma K [REDACTED]) voraus, daß dieses Verhalten nicht nur dem Geschäftsherrn bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, sondern daß auch der Geschäftspartner (hier Klägerin) es bei Abschluß des streitigen Geschäfts gekannt

hat. Das legt das Berufungsgericht (unter Bezugnahme auf das BGH Urteil v. 15. Dezember 1955 - II ZR 181/54 = NJW 1956, 460) selbst dar (zu vgl. auch BGH Urt. v. 27. September 1956 - II ZR 178/55 - LM BGB § 164 Nr. 9). Es meint nun zwar auch, insofern gebe der vorliegende Fall zu Zweifeln keinen Anlaß, und bemerkt weiter, es sei keineswegs erforderlich, daß der Dritte, gemeint hier die Klägerin, nähere Kenntnis von Vorgängen zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen gehabt habe, im vorliegenden Falle etwa von dem Briefwechsel zwischen der Beklagten und der Firma K [REDACTED], aus dem ihr dann sogar Bedenken hätten erwachsen müssen. Es fährt fort, die Aufträge seien der Klägerin tatsächlich namens der Arbeitsgemeinschaft K [REDACTED]-V [REDACTED] erteilt worden; die Beklagte habe geduldet, daß die Firma K [REDACTED] in deren Namen Aufträge erteilt habe; die Klägerin habe das von der Beklagten geduldete Verhalten der Firma K [REDACTED] nach Treu und Glauben dahin verstehen können, daß diese auch tatsächlich bevollmächtigt gewesen sei, den Auftrag auch im Namen der Beklagten zu vergeben. Abschließend sagt das Berufungsgericht, daß die Klägerin mit- hin bei Vertragsabschluß Kenntnis von der von der Beklagten geduldeten Erteilung des Auftrages namens der Arbeitsgemeinschaft hatte, könne somit nicht in Zweifel gezogen werden. Die Beklagte irre, wenn sie meine, ihre Haftung könne nur dann bejaht werden, wenn festzustellen sei, die Klägerin würde den Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn der Auftrag von der Firma K [REDACTED] allein erteilt worden wäre; es genüge vielmehr, daß die Klägerin auf Grund des von der Beklagten geduldeten Verhaltens der K [REDACTED] GmbH beide Firmen, sei es in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sei es in Gemeinschaft, als Vertragspartner angesehen habe.

Richtig ist, daß es darauf, ob die Klägerin den Vertrag auch abgeschlossen haben würde, wenn die Firma K [REDACTED]

den Auftrag nur in ihrem eigenen Namen erteilt haben würde, nicht ankommt. Das ist sowohl bei stillschweigend erteilter als auch bei sog. Duldungsvollmacht, die, wie bereits ausgeführt, nach dem hier festgestellten oder unterstellten Sachverhalt nicht in Betracht kommen, aber auch bei sog. Anscheinsvollmacht unerheblich, die in diesem Zusammenhang allein noch von Bedeutung sein kann. Zum Tatbestand der Anscheinsvollmacht gehört aber, wie dargelegt, nicht nur ein nach außen in Erscheinung tretendes Verhalten des angeblich Vertretenen, sondern auch die Wahrnehmung dieses Verhaltens durch den Vertragsgegner. Denn nur dann, wenn das der Fall ist, kann es diesem gestattet sein, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben daraus rechtliche Schlußfolgerungen zu ziehen. Insoweit fehlt es hier aber an jeder Tatsachenfeststellung im einzelnen. Das Berufungsgericht stellt jedenfalls nirgends fest, die Klägerin habe sonst bemerkt, daß die Beklagte die Firma K. für sich handeln ließ. Dabei mag darauf verwiesen werden, daß der hier gegebene Fall, in dem eine andere Firma "für den Vertretenen" handelt, anders liegt, als wenn etwa die Beklagte einen in ihrem Betriebe tätigen Dritten, den sie hätte überwachen können und müssen, hätte schalten und walten lassen und aus diesem Grunde aus Anscheinsvollmacht in Anspruch genommen würde (zu vgl. Urt. v. 27. September 1956 - II ZR 178/55 - LM BGB § 164 Nr. 9).

7. Das Berufungsgericht befaßt sich schließlich noch mit dem Einwand der Beklagten, die Klägerin habe leichtfertig auf die Erklärung der Firma K. vertraut. Auf seine Erwägungen braucht nicht im einzelnen eingegangen zu werden. Es liegt nahe, daß sie von der unrichtigen Vorstellung beeinflusst sind (siehe oben zu II 1), der Geschäftsgegner eines Kaufmanns, der zugleich im Namen eines anderen handele, könne sich auf dessen Vollmacht

verlassen. Gegen sie bestehen auch deshalb Bedenken, weil das Berufungsgericht außerhalb des Schriftwechsels zwischen der Beklagten und der Firma K [REDACTED] einerseits und der Klägerin und dieser Firma andererseits, der nicht einmal vollständig vorliegt, keinerlei tatsächliche Feststellungen getroffen hat.

Als Verstoß gegen § 286 ZPO rügt die Revision aber auch mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht auf die Einzelheiten aus dem unstreitigen Sachverhalt (Wechselverpflichtungen und Bürgschaften der K [REDACTED] unternehmungen, Belastungen mit Wechselspesen usw.) eingegangen ist, die das Landgericht sogar als gegen die Darstellung der Klägerin sprechend gewertet hat, sie habe zur Zeit der Bestellungen und ihrer Ausführungen auf einen Rechtsschein dahin vertrnaut, die Firma K [REDACTED] habe die Beklagte mitverpflichten können. Das Berufungsgericht hätte auch zu dem Vortrag in den Schriftsätzen der Beklagten vom 2. Januar 1959 S.6 f, 22. Januar 1959 S.8, 14. September 1959 S.12 f Stellung nehmen müssen, in denen diese Einzelheiten anführte, aus denen sich möglicherweise der Schluß ziehen ließe, daß die Klägerin über die wahre Sachlage, nämlich daß die Firma K [REDACTED] in Wirklichkeit die Arbeiten allein durchführte, unterrichtet war.

III.

Danach läßt sich das Urteil mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten. Der Senat vermag auch nicht abschließend zu entscheiden, weil es dazu weiterer Erörterungen tatsächlicher Art in dem oben erörterten Sinne bedarf. Das Berufungsurteil ist deshalb aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Dieses wird insbesondere den Schriftwechsel zwischen der Firma K [REDACTED] und der Beklagten neu zu würdigen, auch abschließend zu prüfen haben, ob etwa eine Anscheinsvollmacht in Betracht kommt. Dabei besteht Veranlassung darauf hinzuweisen, daß für die Prüfung, ob der Vertreterne sich

den Rechtsschein der Vollmacht des für ihn Handelnden entgegenhalten lassen muß, auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages abzustellen ist (Urteil des erkennenden Senats vom 12. Juli 1957 - VIII ZR 249/56 - LM BGB § 167 Nr.8). Wegen der Bedeutung des Bauschildes nach dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, auf das die Klägerin in den Tatsachenrechtszügen verschiedentlich hingewiesen hat, ohne daß jedoch geklärt ist, ob ein solches aufgestellt war oder nicht, wird auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4. April 1957 - VII ZR 283/56 - WM 1957, 926 verwiesen.

Nicht erforderlich ist es, auf weitere Einzelheiten aus dem Revisionsvorbringen einzugehen, weil es der Beklagten überlassen bleiben kann, dieses Vorbringen im neuen Berufungsverfahren zu wiederholen und zu ergänzen.

IV.

Die Kostenentscheidung für das Revisionsverfahren hängt von der Entscheidung in der Sache selbst ab. Auch sie ist deshalb dem Berufungsgericht übertragen.

Dr. Gelhaar

Artl.

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger