

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 105/64

URTEIL

Verkündet am

10. November 1966

Horn

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Max J [REDACTED], E [REDACTED], Jü [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftsprüfer Dipl. Kaufmann Arthur W [REDACTED],
als Verwalter im Konkurs der Firma S [REDACTED] & D [REDACTED] GmbH,
H [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

und

die Firma Ziegelsteinvertrieb N [REDACTED] GmbH, H [REDACTED],
Beim G [REDACTED],

Streithelferin des Klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heilmann-Trosien, Rietschel, Hub. Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 12. März 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beabsichtigte, auf seinem Grundstück in H [REDACTED] ein Geschäftshaus zu errichten. Die später in Konkurs gefallene Firma S [REDACTED] & L [REDACTED] GmbH (i. f. Klägerin) beteiligte sich an der Ausschreibung und reichte unter dem 19. Oktober 1959 einen Kostenschlag über sämtliche Betonarbeiten ein. Der Beklagte vergab jedoch diese Arbeiten an die Firma Lo [REDACTED].

In der Folgezeit kam es zwischen ihm und Lo [REDACTED] zu Unstimmigkeiten; er entzog dieser Firma deswegen den Auf-

trag und vergab am 11. März 1960 die Betonarbeiten an den Fundamenten und im Kellergeschoß mündlich an die Klägerin. Zu diesen Arbeiten gehörten solche aus Beton B 300, für die Sonderbestimmungen gelten. Der § 5 der DIN 1045 - Bestimmungen des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton Tl. A. - lautet in Ziffer 2 Abs. 3:

"Beton B 300 kommt nur in besonderen Fällen in Frage. Die Ausnutzung der hierfür in § 29 Tafel V vorgesehenen zulässigen Spannungen bedarf jedesmal einer besonderen baupolizeilichen Genehmigung. Diese darf nur an bewährte Unternehmer erteilt werden, die auch durch die Erfahrung und Leistung der entwerfenden und ausführenden Ingenieure Gewähr dafür bieten, daß sie derart hoch beanspruchte Stahlbetonbauten einwandfrei auszuführen vermögen".

Die Klägerin begann alsbald mit den Vorbereitungsarbeiten und bemühte sich um die Genehmigung. Die Baubehörde hatte jedoch Bedenken, sie der Klägerin zu erteilen, weil sie nicht die Gewähr für die ordnungsmäßige Durchführung bot. Darauf setzte ihr der Beklagte mit Schreiben vom 12. April 1960 eine Frist bis zum 14. April 1960 für den Beginn der Betonarbeiten und drohte nach deren fruchtlosem Ablauf die Kündigung an.

Die Klägerin wandte sich an den Ingenieur Holzmann, der Erfahrungen im Betonbau besaß und die Ausführung leiten sollte. In dessen Gegenwart fand am 14. April 1960 eine Besprechung bei der Baubehörde statt, in der diese ihren Widerstand aufgab. Das darüber aufgenommene Protokoll lautet:

"Eine schriftliche Genehmigung für den Einbau von Beton B 300 soll der Firma S. [REDACTED] & D. [REDACTED] nicht erteilt werden, um ihr keine Handhabe zu geben, sich auf die Genehmigung zur Ausführung von Beton B 300 berufen zu können. Unter den zur Zeit gegebenen Umständen ist jedoch die



Prüfstelle für Baustatik bereit, dem Einoau von B 300 zuzustimmen. Das Betonieren von B 300 soll von 2 Vertretern der Prüfstelle für Baustatik überwacht werden".

Die Klägerin begann darauf mit diesen Arbeiten unter Leitung von Ho [REDACTED]. Der Beklagte untersagte jedoch am 20. April 1960 die Weiterführung, weil eine schriftliche Genehmigung der Behörde fehle.

Unter dem 21. April 1960 sandte die Klägerin dem Beklagten eine Abrechnung über die geleisteten Arbeiten, die mit einem Betrage von 26.637,89 DM schloß. Der Beklagte beanstandete sie mit Schreiben vom 29. April 1960 und verlangte, daß

"die ... ausgeführten Teilleistungen ... nicht nach irgend welchen Angebotspreisen ... , sondern nach dem ... Leistungs-Lohn-Accord-Tarif plus des ... allgemeinen Unternehmerzuschlags"

abgerechnet werden sollten. Nachdem die Klägerin dem Beklagten unter dem 12. Mai 1960 eine neue Schlußrechnung über 31.430,46 DM übersandt hatte, fertigte sie unter dem 20. September 1960 eine endgültige Abrechnung, die nach ihrer Ansicht den vom Beklagten im Schreiben vom 29. April 1960 geäußerten Wünschen entsprach; sie lautete über 32.033,88 DM. Die Klägerin hat den nach Abzug einer Zahlung des Beklagten verbliebenen Rest von 23.033,88 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat die Richtigkeit der Abrechnung bestritten und mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.

Die Klägerin hat einen Teilbetrag von 8.900 DM nebst Zinsen an einen ihrer Gläubiger abgetreten. Die aus dieser

Abtretung jetzt berechnigte Firma Ziegelsteinvertrieb N [REDACTED] GmbH ist der Klägerin als Streithelferin beigetreten.

Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen zur Zahlung von 22.069,79 LM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil mit der Maßgabe bestätigt, daß die Zahlungen an die Streithelferin und den nunmehr als Kläger auftretenden Konkursverwalter zu erfolgen haben.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter. Der Konkursverwalter und die Streithelferin bitten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

S. 18 des Urteils meint das Berufungsgericht, die Klägerin könne gemäß dem § 8 Ziff. 1 VOB (B) den (gesamten) vereinbarten Werklohn abzüglich ihrer Ersparnisse verlangen.

Eine so weitgehende Forderung hat sie nicht geltend gemacht. Sie verlangt vielmehr nur die Begleichung der von ihr tatsächlich ausgeführten Arbeiten, wie sich u. a. aus der Klageschrift und ihrer Abrechnung ergibt; demgemäß heißt es auch in dem Urteil (S. 3 der Ausf.), die Parteien stritten über die Vergütung für die "erbrachten" Leistungen. Das steht im Einklang mit der Annahme des Oberlandesgerichts sie hätten sich über die Abrechnung gemäß dem Schreiben des Beklagten vom 29. April 1960 geeinigt; denn auch darin

verspricht dieser nur die Bezahlung der "ausgeführten Teilleistungen".

Die Klägerin hat dem Beklagten die im Tatbestand aufgeführten 3 Abrechnungen vom 21. April, 12. Mai und 20. September 1960 übersandt. Eine weitere von der Revision erwähnte über 16.000,-- DM fehlt in den Akten. Ferner lautet die vom 21. April 1960 nicht, wie die Revision meint, über 24.942,31 DM, sondern über 26.637,89 DM.

Das Berufungsgericht folgt der Abrechnung vom 20. September 1960, die nicht, wie die vorhergehenden, nach Massen und Einheitspreisen, sondern nach Arbeitsstunden und Materialverbrauch aufgestellt ist. Es hat dem Konkursverwalter den darin ausgewiesenen Betrag, bis auf einige in der Revisionsinstanz nicht mehr interessierende Ansätze, zugesprochen.

Die Revision wendet sich gegen diese Abrechnungsart und macht geltend, für einen Teil der ausgeführten Arbeiten hätten die früheren Angebotspreise der Klägerin zu gelten, für den Rest dagegen sei "das Verhältnis der Teilleistungen zu der Gesamtposition (Summe) der Ausschreibung rechnerisch" zu ermitteln.

Diese Rüge ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht läßt daningestellt, ob der Beklagte berechtigt gewesen ist, im Schreiben vom 29. April 1960 seine Verpflichtung auf die Bezahlung der geleisteten Arbeiten, und auch das nur nach dem Leistungs-Lohn-Accord-Tarif, zu beschränken. Es sieht in dem Schreiben ein Angebot auf Änderung der bisherigen Vereinbarungen, das die Klägerin angenommen habe.

Inwiefern hierin ein Widerspruch liegen soll, wie die Revision meint, ist nicht zu verstehen.

2. Das genannte Schreiben bezeichnet das Berufungsgericht als "eindeutig" dahin, daß der Beklagte die Abrechnung aller Leistungen nach dem Leistungs-Lohn-Accord-Tarif zuzüglich des Unternehmerzuschlags verlangt habe.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Dem Oberlandesgericht ist darin zuzustimmen, daß der Wortlaut des Briefes vom 29. April 1960 in dem Sinne eindeutig ist, in dem es ihn verstanden hat. Er bezieht sich insbesondere auf sämtliche Einzelleistungen und nicht nur auf die, welche die Klägerin bereits vollendet hatte.

b) Die Abrechnung der Firma Do██ über die von der Klägerin geleisteten Arbeiten im Betrage von 9.576,55 DM, die die Revision erwähnt, ist in den Tatsacheninstanzen nicht überreicht worden. Der Beklagte hat lediglich in seinem Schreiben vom 29. April 1960 mitgeteilt, sie laute über 7.500,-- DM, sei aber nicht richtig.

Im übrigen kommt es hierauf nicht an. Es mag zwar sein, daß der Beklagte den Abrechnungen der Klägerin vom 21. April und 12. Mai 1960 widersprochen hat, weil sie ihm zu hoch erschienen und er vor allem nicht an beide Firmen mehr bezahlen wollte, als die Arbeiten seiner Ansicht nach insgesamt wert waren. Diese Beweggründe sind aber unerheblich, da sie der Klägerin gegenüber nicht Vertragsinhalt geworden sind.

c) Zudem ist die aus der Abrechnung nach dem Leistungs-Lohn-Accord-Tarif entstandene Mehrbelastung gegenüber der nach den Angebotspreisen gering.

Die Klägerin hat ihre Forderung auf Grund der Angebotspreise am 12. Mai 1960 auf 31.430,46 DM berechnet (vgl. ihre insoweit unbestrittenen Behauptungen im Schriftsatz vom 16. Dezember 1963 S. 3). Demgegenüber gelangt sie nach dem Leistungs-Lohn-Accord-Tarif auf 32.033,88 DM.

Der eigentliche Streitpunkt liegt danach in der unterschiedlichen Auffassung über die Angemessenheit der Ansätze (vgl. dazu Schriftsatz der Klägerin vom 6. Juni 1961 S. 2/3). Die hierzu auf Grund des Gutachtens Rinnern getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts binden das Revisionsgericht gemäß dem § 561 ZPO.

II.

Somit kommt es allein darauf an, ob die vom Beklagten erhobenen Schadensersatzansprüche berechtigt sind.

1. In erster Linie macht die Revision geltend, die Klägerin hafte aus Verschulden bei Vertragsschluß, weil sie sich um den Auftrag beworben und ihn angenommen habe, ohne die Voraussetzungen zu erfüllen, die für die Erlangung der Genehmigung erforderlich seien.

Hierin kann ihr nicht gefolgt werden.

a) Die Parteien sind sich darüber einig, daß die Genehmigung zum Einbau von Beton S 300 nur von Fall zu Fall erteilt wird; das ergibt sich auch aus der Fassung des § 5 der DIN 1045. Die Klägerin konnte also noch gar nicht in ihrem Besitz sein, als ihr der Auftrag am 11. März 1960 überraschend erteilt wurde.

Demnach erfüllte sie die ihr vertraglich obliegende

Pflicht, wenn sie sie rechtzeitig beschaffte. Wie sie das tat, war ihre Sache. Der Umstand, daß sie nach den Verhältnissen am 11. März 1960 nicht die persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung erfüllte, ist nicht ausschlaggebend. Denn das Hindernis konnte auch dadurch beseitigt werden, daß sie geschultes Personal einstellte, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt. Konnte sie bei Auftragserteilung damit rechnen, daß ihr das gelingen werde, so hatte sie keine Veranlassung, den Beklagten darauf hinzuweisen oder gar den Vertragsschluß abzulehnen.

Die Entwicklung hat gezeigt, daß sie zur Bereinigung der Schwierigkeiten in der Lage war. Demgemäß hat auch der Beklagte in seinem Schreiben vom 12. April 1960 aus dem Fehlen jener Voraussetzungen keinen Grund für die sofortige Vertragsauflösung hergeleitet, sondern eine Frist für die Beibringung der Genehmigung gesetzt.

b) Im übrigen ist auch nicht ersichtlich, wie der Beklagte aus diesen Vorgängen bei Erteilung des Auftrags einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens begründen will.

2. Die Klägerin könnte also nur in Anspruch genommen werden, wenn sie die ihr auf Grund des Vertrages obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt hätte. Soweit sie dazu außerstande gewesen sein sollte, würde es sich nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, um ein ursprüngliches, sondern ein nachfolgendes Unvermögen handeln.

a) Der Beklagte hatte im ersten Rechtszuge und in der Berufungsbegründung vorgetragen, die Arbeiten hätten bis zum 1. April 1960 beendet sein müssen; spätestens hätte damit am 4. April 1960 begonnen werden können; die Klägerin

sei ständig gemahnt worden. Er hatte sich hierzu auf das Gutachten eines Sachverständigen und für die Mahnung auf das Zeugnis seines Angestellten Bo [REDACTED] berufen.

Das Berufungsgericht hat die Beweise nicht erhoben. Es entnimmt dem unstreitigen Sachverhalt, daß die Klägerin, die plötzlich und ohne die Möglichkeit von Vorbereitungen am 11. März mit den Arbeiten betraut worden sei, alsbald damit begonnen und die Beschaffung der Genehmigung nicht schuldhaft verzögert habe (S. 17/18 d. Ausf.).

Die Revision rügt zu diesem Punkte das Fehlen von Entscheidungsgründen (§ 551 Nr. 7 ZPO), weil sich das Berufungsgericht nur mit der Frage der Genehmigung befaßt habe.

Diese Rüge ist schon deswegen unbegründet, weil das angefochtene Urteil unmißverständlich ergibt, daß es jede schuldhafte Verzögerung der Fertigstellung verneinen will (S. 17 d. Ausf.). Auch ein Verstoß gegen den § 286 ZPO ist insoweit nicht zu erkennen.

Ob das Oberlandesgericht einen Sachverständigen vernehmen wollte, stand in seinem Ermessen. Einer besonderen Sachkunde darüber, wann die Arbeiten fertiggestellt sein konnten, bedurfte es im Hinblick auf die kurzen in Betracht kommenden Zeiträume nicht; die Einzelangaben hierzu befinden sich in der Abrechnung vom 20. September 1960, deren Richtigkeit in diesem Punkte der Beklagte nicht bestritten hat. Er hat im Schreiben vom 12. April 1960 nur den Vorwurf gegen die Klägerin erhoben, daß sie nicht am 4. April 1960 mit dem Betonieren begonnen habe; für die vergangene Zeit räumt er dort ein, die Klägerin habe "mit entsprechender Einsatzbereitschaft (die) in Auftrag gegebenen Arbeiten in Angriff" genommen.

Wenn das Berufungsgericht aus den Gesamtumständen, insbesondere der plötzlichen und unerwarteten Auftragserteilung, geschlossen hat, daß auch für die auf den 4. April 1960 folgenden rund 2 Wochen keine schuldhafte Verzögerung anzunehmen sei, so dürfte es dies ohne Anhörung eines Sachverständigen tun; jedenfalls kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

War aber die von der Klägerin versprochene Leistung noch nicht fällig, so kommt es auf die durch das Zeugnis des Angestellten Bo [REDACTED] unter Beweis gestellten Mahnungen nicht an.

b) Die Revision meint, aus der Beweisaufnahme ergebe sich, daß die Klägerin zur Beschaffung einer schriftlichen Genehmigung verpflichtet gewesen und dem nicht nachgekommen sei.

Diese Auffassung steht mit den Feststellungen des Berufungsgerichts in Widerspruch. Es entnimmt ohne Rechtsirrtum den Abmachungen der Parteien und den Aussagen der Zeugen, daß der Beklagte keinen Anspruch auf Vorlegung einer schriftlichen Genehmigung hatte und daß danach eine mündlich erteilte genügte; diese sei am 14. April 1960 ausgesprochen worden.

Damit hatte die Klägerin die ihr insoweit obliegende Pflicht erfüllt. Ihre Aufgabe war nur, die Voraussetzungen für eine reibungslose Durchführung der Arbeiten zu schaffen. Dem ist sie nachgekommen.

c) Die Klägerin behauptet, sie habe den Beklagten von der mündlichen Genehmigung benachrichtigt; der Beklagte bestreitet dies.

Die Revision macht geltend, das Oberlandesgericht hätte hierzu Stellung nehmen müssen.

Diese Rüge greift durch.

aa) Das dahingehende Vorbringen des Beklagten ist wesentlich.

Die Klägerin hatte für die Beschaffung der Genehmigung einzustehen. Wäre sie dazu aus einem von ihr zu vertretenden Grunde außerstande gewesen, so wäre sie dem Beklagten ersatzpflichtig gewesen, sei es gemäß den §§ 325, 326 BGB (vgl. Urt. des Senats NJW 1958, 217), sei es gemäß dem entsprechend anzuwendenden § 8 Ziff. 3 VOB (B).

Mit der Beschaffung dieser Genehmigung allein war es aber nicht getan. Dem Beklagten war, wie sein Schreiben vom 12. April 1960 ergibt, bekannt, daß die Baubehörde Bedenken hatte, die Ausführung der Arbeiten in Beton B 300 durch die Klägerin zu gestatten. Andererseits hatte er als Bauherr darauf zu achten, daß mit den Arbeiten erst begonnen wurde, wenn die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und der behördlichen Anordnungen gewährleistet war. Daraus folgt, daß die Klägerin gehalten war, ihm von der Erteilung der Genehmigung spätestens zu dem Zeitpunkt in zuverlässiger Weise Kenntnis zu geben, in dem sie mit den Arbeiten in Beton B 300 anfang. Wenn sie dies unterlassen haben sollte, so hatte sie für den dadurch entstandenen Schaden einzustehen.

Der Beklagte hat nun, wie bereits erwähnt, behauptet, er habe eine solche Kenntnis nicht erhalten und deswegen gekündigt. Sollte das stimmen, so wäre die

Kündigung durch ein vertragswidriges Verhalten der Klägerin herbeigeführt; der dadurch entstandene Schaden würde zu ihren Lasten gehen.

bb) Das Berufungsgericht hat sich nicht mit der nach dem Gesagten wesentlichen Frage befaßt, ob und wann dem Beklagten in verlässlicher Weise mitgeteilt worden ist, daß die Genehmigung mündlich erteilt worden war. Das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, das Fehlende nachzuholen.

Zwar könnte der von dem Zeugen Ho [REDACTED] überreichte Auszug aus seinem Tagebuch darauf hindeuten, daß die Angehörigen der Baubehörde E [REDACTED] und B [REDACTED] vor der Kündigung auf der Baustelle waren, und daß der Beklagte spätestens von ihnen zuverlässig den Sachstand erfahren hat. Die Beurteilung, ob und inwieweit das zutrifft, obliegt aber allein dem Tatrichter. Er wird den nicht immer klaren Inhalt des Vermerks zu ermitteln und dessen Zuverlässigkeit zu würdigen haben. Das gilt um so mehr, als E [REDACTED] und Bo [REDACTED] bei ihren Vernehmungen hierüber nichts bekundet und die Parteien zu dem Vermerk bisher keine Stellung genommen haben.

Das Urteil ist daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die insoweit erforderlichen Feststellungen trifft.

Glanzmann Dr. Heimann-Trosien Rietschel

Hub. Meyer Dr. Vogt