

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 106/67

URTEIL

Verkündet am

18. September 1969
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) des Markscheiders Rudolf O [REDACTED],
- 2) des Ingenieurs Walter S [REDACTED],
D [REDACTED]-M [REDACTED], C [REDACTED] Str. [REDACTED]

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

- 1) Dr. Herbert S [REDACTED], L [REDACTED]/Österreich,
L [REDACTED],
- 2) Prof. Dr. Hans S c h [REDACTED], W [REDACTED], H [REDACTED]gasse [REDACTED],
- 3) Dr. Erich M [REDACTED], W [REDACTED], F [REDACTED]gasse [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 28. April 1967 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten unterhalten ein gemeinsames Ingenieur- und Vermessungsbüro. Sie erhielten durch Vertrag vom 19.6./12.7.1962 von der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Straßenneubauamt in V [REDACTED] bei K [REDACTED] (im folgenden als Amt bezeichnet) den Auftrag, die Vermessungs- und Planungsarbeiten für den Ausbau einer etwa 7,8 km langen Strecke der Bundesstraße 9 (B 9) zwischen Weißenthurm und Koblenz, sowie den Ausbau der Verbindungsstraße zwischen der Neuwieder Rheinbrücke und Weißenthurm im Zuge der Umgehung von Andernach durchzuführen.

Diese Arbeiten sollten die Vermessung, die Aufstellung eines Streckenentwurfs (REE-Entwurfs), sowie

- 3 -

eines baureifen Ausführungsentwurfs zum REE-Entwurf umfassen. Die Beklagten waren wegen Arbeitsüberlastung nicht in der Lage, die ihnen übertragenen Arbeiten innerhalb der vereinbarten Fristen zu erstellen. Obwohl ihnen die Vergabe an Subunternehmer nicht gestattet war, beauftragten die Beklagten mit den Vermessungsarbeiten und der Erstellung der Entwürfe - wie sie behaupten - allein den Kläger zu 1). Es wurde dabei vereinbart, daß die Beklagten 80 % des Entgelts zu zahlen hatten, das sie vom Amt erhielten, und daß für das Subunternehmerverhältnis die Vertragsbedingungen gelten sollten, die in dem Vertrag zwischen den Beklagten und der Bundesrepublik vorgesehen waren.

Im Sommer 1962 führten die Kläger zu 2) und 3) die Vermessungsarbeiten aus, der Kläger zu 1) die REE-Entwürfe. Bereits im Jahre 1962 zahlte das Amt an die Beklagten auf Grund dieser Unterlagen und Entwürfe insgesamt 20.000 DM, im Juni 1963 weitere 13.600 DM und im April/Mai 1964 6.100 DM, insgesamt 39.700 DM. Davon waren 28.000 DM für die B 9 und 11.700 DM für die Verbindungsstraße ausgewiesen.

Mit Schreiben vom 8. Dezember 1965 machte das Amt geltend, die Arbeiten für die B 9 seien mit 6.000 DM überzahlt, da ca. 1,5 km der Strecke schon vordem anderweitig vermessen gewesen seien. Es setzte diesen Betrag von anderen den Beklagten zustehenden Vergütungen ab.

Unter Berücksichtigung von Ende Oktober 1963 erhaltenen 6.000 DM beantragen die Kläger, die Beklagten



als Gesamtschuldner zu verurteilen, zu Händen des Klägers zu 1) an sie 25.760 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagten leugnen ihre Zahlungsverpflichtung.

Das Landgericht hat dem Klageantrag mit Ausnahme eines Teiles der Zinsen stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewiesen, als sie verurteilt worden sind, an die Kläger 20.960 DM nebst 4 % Zinsen von 20.880 DM vom 15. Mai 1964 bis zum 18. Februar 1965 und von 20.960 DM seit dem 19. Februar 1965 zu zahlen. Die Entscheidung über die weiterhin verlangten 4.800 DM nebst Zinsen (80 % der nach dem Schreiben des Amtes überzahlten 6.000 DM) hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten den Klageabweisungsantrag weiter.

Die Kläger bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält es für erwiesen, daß die Beklagten mit allen drei Klägern und nicht nur - wie sie behaupten - mit dem Kläger zu 1) einen Werkvertrag des Inhalts abgeschlossen haben, daß der Kläger zu 1)

die Planungsarbeiten (REE-Entwürfe) und die Kläger zu 2) und 3) die Vermessungsarbeiten auszuführen hatten, wobei der Kläger zu 1) im Verhältnis zu den Beklagten lediglich federführend für alle drei Kläger sein sollte.

Die dagegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet.

II.

Das Berufungsgericht führt aus, die Kläger könnten von den Beklagten 80 % der Abschlagszahlungen verlangen, die diese vom Amt erhalten hätten. Unstreitig seien für das Vertragsverhältnis der Parteien die Bedingungen vereinbart worden, wie sie dem Vertrag der Beklagten mit der Bundesrepublik zugrunde liegen. Nach Ziffer 3.2 dieser Bedingungen würden dem Auftragnehmer nach Ablieferung der zu erbringenden Leistungen auf Anforderung 90 % der Vergütung gezahlt. Die von den Klägern erarbeiteten Unterlagen für den Ausbau der Verbindungsstraße habe das Amt als vollständige Erfüllung der Vermessungsarbeiten und des REE-Entwurfs anerkannt und mit 11.700 DM (90 % der vereinbarten Vergütung von 13.000 DM) an die Beklagten bezahlt. Bezüglich der B 9 habe das Amt an Hand der vorgelegten von den Klägern erarbeiteten Unterlagen die Vermessungsarbeiten und den REE-Entwurf in Höhe von 75 % als erbracht angesehen. Dafür seien 28.000 DM an die Beklagten gezahlt worden. Bei dieser Zahlung sei eine Überzahlung von 6.000 DM erfolgt, da etwa 1,5 km der Strecke bereits durch andere Unternehmer vermessen gewesen sei. Ob die Kläger auch insoweit von den Beklagten eine Vergütung verlangen könnten, bedürfe noch der Aufklärung. Unter Berücksichtigung der bereits

erhaltenen 6.000 DM stehe den Klägern jedenfalls ein Betrag von 20.960 DM (11.700 DM + 22.000 DM = 33.700 DM, davon 80 % = 26.960 DM abz. 6.000 DM = 20.960 DM) zu.

Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie macht geltend, es sei von den Beklagten vorgetragen worden, die Kläger hätten nur unvollständige Arbeiten abgeliefert, die erst durch die Beklagten vervollständigt worden seien, einzelne Bauelemente seien falsch berechnet und zeichnerisch falsch dargestellt gewesen. An Ort und Stelle seien Nachbesserungsarbeiten vorgenommen worden, dabei seien u.a. Reisekosten in Höhe von 1.707,20 DM entstanden, die zu Lasten der Kläger anzusetzen seien. Die dazu angetretenen Beweise seien nicht erhoben worden (§ 286 ZPO).

2. Diese Rügen gehen fehl, denn auf die angetretenen Beweise kommt es nicht an.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Beklagten die von den Klägern gefertigten Pläne und Unterlagen als vertragsgemäße Leistung entgegengenommen, ohne irgendwelche Mängel- oder Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Sie hätten die Kläger gemäß § 633 Abs. 2 BGB zur Nachbesserung auffordern müssen, wenn die Arbeiten fehlerhaft waren. Das haben sie unstreitig nicht getan.

Sie können daher von den Klägern Kosten für Nachbesserungsarbeiten nicht ersetzt verlangen, auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerecht-

fertigter Bereicherung (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. BGHZ 46, 242, 246; LM Nr. 68 zu § 812 BGB; LM Nr. 4 zu § 634 BGB; NJW 1968, 43).

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben geringfügige Ergänzungen der Unterlagen den Beklagten obgelegen und sollten die vorgenommenen Nacharbeiten durch die ihnen verbleibenden 20 % der Auftragssumme abgegolten sein. Es kommt daher nicht darauf an, welche Kosten im einzelnen noch durch diese 20 % abgedeckt werden sollten.

Soweit die von den Klägern gefertigten Pläne auf Ersuchen des Amtes nachträglich abgeändert worden sind, weil inzwischen Umplanungen vorgenommen worden waren, haben die Beklagten diese nach den Feststellungen des Berufungsgerichts besonders vergütet erhalten.

Nach ihrem Schreiben vom 9. Oktober 1963 haben die Beklagten aus Gründen der Zeitersparnis einige Änderungen vorgenommen. Mit den dadurch etwa entstandenen Kosten können sie die Kläger nicht belasten, denn sie haben nicht vorgetragen, daß dies vereinbarungsgemäß zu einer Verringerung der Vergütung der Kläger führen sollte.

c) Soweit die Beklagten vortragen, sie hätten statt der Kläger dem Amt die erforderlichen Auskünfte erteilt (Ziff. 7 der Vertragsbedingungen) und dadurch seien ihnen Kosten entstanden, so können diese schon deshalb nicht zu Lasten der Kläger gehen, weil deren Einschaltung gegenüber dem Amt gerade geheimgehalten werden sollte und daher die Beklagten selbst die Auskünfte geben mußten.

3. Die Revision meint, die Auszahlung an die Kläger sei von der vollständigen Ablieferung aller Unterlagen an die Beklagten abhängig. Eine Vertragserfüllung gegenüber den Beklagten liege nicht vor, da noch die Übergabe dieser Unterlagen fehle. Zumindest hätte nur auf Zug-um-Zug-Leistung erkannt werden dürfen.

Die Forderung der Kläger sei vor der Herausgabe aller Unterlagen nicht berechenbar. Erst wenn sie diese herausgegeben hätten, sei festzustellen, was sie erarbeitet hätten.

Diese Auffassung ist verfehlt.

a) Das Amt hat die Zahlungen an die Beklagte geleistet, ohne die Originale und Transparente über den REE-Entwurf und die Vermessungen zu verlangen. Die Zahlungen nach Ziff. 3.2 der Vertragsbedingungen sind davon auch nicht abhängig. Da die Parteien unstreitig für ihr Vertragsverhältnis die Geltung dieser Bedingungen vereinbart haben, setzt der hier erhobene Anspruch der Kläger nicht voraus, daß sie die Originalurkunden an die Beklagten herausgegeben haben. Rechtsfehlerfrei führt das Berufungsgericht daher aus, daß den Beklagten an den Abschlagszahlungen kein Zurückbehaltungsrecht zustehe.

b) Die Beklagten haben mit Schriftsatz vom 4. Dezember 1964 den Vertrag mit dem Kläger zu 1) - vorsorglich auch mit den Klägern zu 2) und 3) - gekündigt. Zwar haben nach Ziff. 8 der Vertragsbedingungen die Beklagten gegen die Kläger einen Anspruch auf Heraus-

gabe der Unterlagen. Davon können sie aber die Zahlung der seit Jahren erhaltenen Beträge nicht abhängig machen, weil sie nicht dargelegt haben, welche Originalunterlagen die Kläger noch besitzen sollen.

c) Zu Recht weist die Revisionserwiderung darauf hin, daß es dem Zweck der Abschlagszahlungen, nämlich einer raschen Deckung der den Klägern erwachsenen Kosten, zuwiderlaufen würde, wenn den Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt würde.

d) Die Berechnung der Forderung der Kläger ist - entgegen der Meinung der Revision - nicht von der Vorlage der Originalunterlagen abhängig. Die von den Klägern erarbeiteten Pläne und Unterlagen sind von den Beklagten dem Amt zugeleitet worden. Es hat diese als Erfüllung bzw. Teilerfüllung (75 % bei den Arbeiten für die B 9) anerkannt und auch bezahlt. Daher haben die Kläger vertragsgemäß einen Anspruch in Höhe von 80 % der Beträge, die die Beklagten für die REE-Entwürfe und Vermessungen erhalten haben.

4. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Kläger für die Haftpflichtversicherung hätten aufkommen sollen und daher zumindest entsprechende Beträge von ihrer Forderung abzusetzen seien.

Auch diese Rüge geht fehl.

a) Nach Ziff. 5 der Vertragsbedingungen ist ein Anspruch auf Vergütung ausgeschlossen, wenn der Auftragnehmer den Nachweis für den Abschluß einer Haft-

pflichtversicherung nicht erbringt. Eine solche Versicherung haben die Beklagten unstreitig bereits 1962 für ihren Betrieb abgeschlossen. Die Parteien haben nach den Feststellungen des Berufungsgerichts darüber gesprochen, daß die Kläger 80 % der Prämie einer Haftpflichtversicherung tragen sollten, die nur das Risiko der den Klägern übertragenen Arbeiten absichern sollte. Zur Zahlung dieser Prämie sind die Kläger auch bereit. Den Abschluß einer solchen Versicherung haben die Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht nachgewiesen. Ihre vorgelegten Versicherungspolice beziehen sich vielmehr auf ihre gesamte Berufshaftpflicht (BU 17). Die von den Beklagten vorgelegten Urkunden hat das Berufungsgericht gewürdigt. Der Vernehmung eines Sachverständigen zu der Frage, daß das Risiko nicht billiger hätte versichert werden können, bedurfte es schon deshalb nicht, weil der Abschluß einer solchen besonderen Risikoversicherung nicht nachgewiesen worden ist.

b) Die Revision behauptet, der Zeuge Höllhuber habe einen Anteil von 8 % der Auftragssumme als vereinbarte Versicherungsleistung angegeben. Das ist falsch. Der Beklagte zu 2) hat zwar nach der Aussage des Zeugen eine solche Zahl bei einem Telefongespräch genannt, die der Zeuge jedoch sogleich als Wahnsinn bezeichnet hat (BU 8). Eine entsprechende Vereinbarung ist nicht zustandegekommen. Im Schriftsatz vom 4. Januar 1966 S. 4 ist, entgegen dem Vorbringen der Revision, zu der Frage der Versicherungsquote kein Beweis angeboten worden.

c) Da die Beklagten den Abschluß einer besonderen Versicherung für die von den Klägern bearbeiteten Ob-

jekte nicht bewiesen haben, konnte das Berufungsgericht auch keinen Betrag feststellen, den die Kläger etwa zu zahlen hätten. Aus den von den Beklagten überreichten Urkunden ließ sich dieser Betrag, entgegen der Meinung der Revision, nicht entnehmen.

5. Das Berufungsgericht führt aus, den Beklagten ständen keine aufrechenbaren Gegenansprüche zu. Die Revision greift das an, soweit solche aus positiver Vertragsverletzung verneint worden sind.

a) Das Berufungsgericht stellt fest, der Kläger zu 1) habe am 1. Februar 1965 dem Leiter des Amtes die Weitergabe der Vermessungs- und Planungsaufträge durch die Beklagten offenbart, um in Erfahrung zu bringen, ob - entgegen den Angaben der Beklagten - das Amt an sie Abschlagszahlungen geleistet habe.

Es führt dazu aus, in Anbetracht der Tatsache, daß die Beklagten zu diesem Zeitpunkt schon nahezu drei Jahre im Besitz größerer Abschlagszahlungen gewesen seien und diese geflissentlich den Klägern gegenüber verschwiegen hätten, stehe eine krasse Verletzung der den Beklagten obliegenden Vertragspflicht fest, die Abschlagszahlungen unverzüglich an die Kläger in Höhe des diesen zustehenden Anteils abzuführen. Um diese Vertragsverletzung aufzudecken, sei den Klägern den Umständen nach keine andere Wahl geblieben, als die Einholung einer Auskunft des Amtes. Diese sei aber nur zu erreichen gewesen, wenn die Kläger das Bestehen vertraglicher Beziehungen zu den Beklagten nachgewiesen hätten. Ganz abgesehen davon könnten

sich die Beklagten angesichts der eigenen, in dem Verschweigen der Abschlagszahlungen begründeten, Vertragsverletzung selbst dann nicht auf das Preisgeben des Subunternehmerverhältnisses durch die Kläger berufen, wenn darin eine Vertragsverletzung zu erblicken wäre. Durch den Vertragsverstoß der Beklagten wäre diese Vertragswidrigkeit zumindest entschuldigt.

Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Die Revision rügt, daß Berufungsgericht habe nicht den Nachteil abgewogen, der den Beklagten dadurch zugefügt worden sei, daß sie ohne Warnung in diese Situation gekommen seien.

Dieser Vortrag der Revision geht von falschen Voraussetzungen aus. Die Kläger haben unwidersprochen vorgetragen, daß sie den Beklagten vorher angekündigt hatten, sie würden sich an das Amt wenden, wenn die Beklagten keine Zahlungen leisteten (Schriftsatz vom 4. März 1966 S. 8).

c) Auf die von der Revision zur Höhe des Schadens erhobenen Rügen bedarf es keines Eingehens, da das Berufungsgericht schon rechtsfehlerfrei einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung dem Grunde nach versagt hat.

III.

Die weiterhin erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet.

Auch im übrigen enthält das angefochtene Urteil keine Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten.

Nach alledem ist die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen.

Sie haben gemäß §§ 97, 100 Abs. 4 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke

Schmidt