

df

VII ZR 129/62

Verkündet
am 11. November 1963
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Peter F. [REDACTED] Söhne GmbH., D. [REDACTED]-M. [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer Regierungsbaumeister
Peter F. [REDACTED], K. [REDACTED] [REDACTED] und Wilhelm F. [REDACTED]

Beklagten, Widerklägerin, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Johann Ernst B. [REDACTED], Alleininhaber
Johann Ernst B. [REDACTED], K. [REDACTED]-Br. [REDACTED], M. [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. November 1963 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Dr. Heilmann-Wrosien, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 11. Mai 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

17

2

Tatbestand:

Im Jahre 1957 ließ die Bundesrepublik als Bauherrin die Startbahn des von der amerikanischen Luftwaffe benützten Flugplatzes S. [REDACTED] verlängern. Das Finanzbauamt in T. [REDACTED], das für die Bauherrin federführend war, erteilte am 29. Juli 1957 der Beklagten den Auftrag. In dem Auftragschreiben wurde u.a. darauf hingewiesen, daß neben einer weiteren Firma die Klägerin als Nachunternehmerin einzusetzen sei. Mit dieser hatte die Beklagte in Erwartung des Auftrags bereits am 14. Juli 1957 einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem der Klägerin die Erd- und Felsarbeiten übertragen wurden. In Ziffer 2 des Vertrages heißt es: "Als Gegenleistung erhält jeder Partner die für die betreffenden Leistungen nach dem Vertrag zu gewährenden und gewährten Vergütungen des Auftraggebers". Von dem den Nachunternehmern zu leistenden Entgelt sollte die Beklagte als Hauptunternehmerin 3 % Provision erhalten.

Die Arbeiten begannen am 6. August 1957. Bei der Ausführung der Arbeiten stieß man auf eine "wilde Kippe" (Schlammloch), von der bisher nichts bekannt war. Außerdem fiel während eines Teils der Arbeitszeit ungewöhnlich viel Regen. Das erschwerte das Ablösen, Verfahren und Verdichten des Bodens.

Nach Abschluß des Unternehmens wurden von der Bauherrin die vereinbarten Preise ausbezahlt.

Die Klägerin begehrte Vergütung ihrer durch die unvorhergesehenen Erschwerungen entstandenen Mehraufwendungen. Hierzu stellte sie mehrere Berechnungen an, und zwar am 5. Dezember 1957 mit einer Endsumme von 586.500 DM und am 19. April 1958 mit einer solchen von 817.908,67 DM. Hier- von wurden am 23. Januar 1959 392.689,13 DM von dem Finanzbauamt T. [REDACTED] für sachlich richtig und begründet erklärt.

- 3 -

Am 27. Januar 1959 stellte die Klägerin eine letzte Berechnung auf, deren Endsumme 1.374.582,78 DM betrug. Diese wurde von der Beklagten an die Bauherrin weitergegeben.

Gegen den Bescheid des Finanzbauamts T. vom 23. Januar 1959 legte die Klägerin durch die Beklagte Beschwerde bei der Landesbauabteilung in M. (Mittelbehörde) ein. In den nachfolgenden Verhandlungen stellte sich die Landesbauabteilung auf den Standpunkt, daß für sie nur maßgeblich sei, was die Beklagte als Hauptunternehmerin vortrage; sie forderte diese auf, eine von ihr, der Beklagten, anerkannte Berechnung vorzulegen.

Die Beklagte errechnete daraufhin unter Zugrundelegung des Bescheids des Finanzbauamts vom 23. Januar 1959 in einem Bericht vom 30. November 1959 die Höhe der Mehrkosten der Klägerin mit 314.621,12 DM. Die Landesbauabteilung prüfte diese Berechnung der Beklagten und kürzte die Endsumme mit Bescheid vom 15. Januar 1960 auf 307.962,15 DM.

Auf Grund ihrer Mehrkostenberechnungen erhielt die Klägerin im August 1958 bereits eine Abschlagszahlung von 265.000 DM abzüglich der Provision der Beklagten.

Im März 1959 bewilligte das Finanzbauamt T. eine weitere Abschlagszahlung von 200.000 DM und bestimmte hiervon einen Betrag von 90.000 DM für die Mehrarbeit der Klägerin. Die Beklagte zahlte diesen Betrag an die Klägerin nicht aus, sondern legte ihn zunächst auf ein Verwahrkonto. Im Einverständnis mit der Klägerin wurde er später der Beklagten ausgehändigt. In einem Urkundenprozeß begehrte dann die Klägerin von der Beklagten die Auszahlung der 90.000 DM abzüglich 3 % = 87.300 DM. Durch Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Juli 1960 wurde die Beklagte



auf Grund Anerkenntnisses zur Zahlung von 21.066,79 DM verurteilt und die Klage im übrigen als im Urkundenprozeß unstatthaft abgewiesen.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß die Beklagte durch ihr Verhalten gegen den Vertrag und gegen die guten Sitten verstoßen habe; dadurch habe sie bewirkt, daß die Klägerin für ihre Mehrarbeit nur eine unzureichende Vergütung erhalten habe. Als Schadensersatz verlangte sie die in ihrer letzten Abrechnung von ihr ermittelte Endsumme abzüglich der erhaltenen Beträge.

Mit der Klage machte sie zunächst einen Teilbetrag von 300.000 DM nebst Zinsen geltend. Hilfsweise beantragte sie, die Beklagte zur Abtretung ihrer Ansprüche aus den Mehrleistungen der Klägerin gegen die Bundesrepublik zu verurteilen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat vorgetragen, sie sei der Bauherrin gegenüber als deren alleinige Vertragsgegnerin berechtigt und verpflichtet gewesen, in eigener Verantwortung die Berechtigung der Forderungen der Klägerin zu prüfen. Die Feststellung des Finanzbauamts T. vom 23. Januar 1959 sei für sie nicht bindend gewesen. Zur Bezahlung der 90.000 DM sei sie (abgesehen von den anerkannten 21.066,79 DM) nicht verpflichtet gewesen, da der Klägerin nach der Endabrechnung der Landesbauabteilung nichts mehr zustehe.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung des Rests der für die Klägerin bestimmten Abschlagszahlung von 66.633,21 DM nebst Zinsen verurteilt. (Dabei ist dem Landgericht, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, ein Rechenfehler unterlaufen, da die Restsumme nur 66.233,21 DM betrug). Den darüber hinausgehenden Anspruch hat das Landgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Die Klägerin hat mit Anschlußberufung zuletzt beantragt, die Beklagte einschließlich der vom Landgericht zugesprochenen 66.633,21 DM zur Zahlung von 700.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß der Klägerin über die eingeklagten 700.000 DM keine Ansprüche mehr zustehen.

Das Oberlandesgericht hat die Entscheidung des Landgerichts neu gefaßt und die Beklagte zur Zahlung von 66.233,21 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. März 1960 verurteilt und den darüber hinausgehenden Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Entscheidung über die Feststellungswiderklage der Beklagten hat es in das Bettragsverfahren verwiesen.

Die Beklagte hat gegen dieses Urteil Revision eingelegt mit dem Antrag, das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen sowie der Widerklage stattzugeben. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Klägerin wegen der unvorhergesehenen Erschwerungen bei der Durchführung der Arbeiten (Schlammloch und ungewöhnliche Regenfälle) ein Anspruch auf Vergütung ihrer Mehraufwendungen zustand. Das wird von der Beklagten auch nicht in Zweifel gestellt. Die Klägerin hat in der Tat über die Beklagte einen Mehrpreis von brutto 307.962,15 DM erhalten. Streit besteht nur über den darüber hinausgehenden Mehranspruch der Klägerin.

Ob die Klägerin diesen Anspruch aus §§ 631, 632 BGB oder, was näher liegen dürfte, in sinngemäßer Anwendung aus § 7 Nr. 1 in Verbindung mit § 6 Nr. 5 VOB Teil B herzuleiten berechtigt ist, kann dahingestellt bleiben,

da das für die hier zu treffende Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erheblich ist.

Ebenso braucht jetzt noch nicht entschieden zu werden, ob die Klägerin wegen der Erschwerungen infolge der ungewöhnlichen Regenfälle einen Ersatz ihrer Mehrkosten beanspruchen kann. Immerhin könnte das zweifelhaft sein. Witterungseinflüsse fallen in der Regel in das Risiko des Unternehmers, wie sich aus § 6 Nr. 2 Satz 2 VOB (B) ergibt. Was dort für den Fall der Nichteinhaltung der Ausführungsfrist bestimmt ist, muß sinngemäß für etwaige Mehransprüche wegen Erschwerung der Arbeit gelten. Dafür, daß die Regenfälle ein nicht vorherschaubares und damit nicht in das Risiko des Unternehmers fallendes Naturereignis (Katastrophe) waren, hat die Klägerin nichts vorgetragen (vgl. dazu das Urteil des Senats vom 23. November 1961 - VII ZR 141/60 -).

Der von der Klägerin in diesem Rechtsstreit geltendgemachte Mehranspruch ist ein Schadensersatzanspruch, denn die Klägerin kann nach Ziff. 2 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages vom 14. Juli 1957 von der Beklagten nicht mehr verlangen, als was dieser von der Bauherrin zugebilligt und ausbezahlt worden ist. Das sind die von der Landesbauabteilung in Mainz festgesetzten 307.962,15 DM. Diese hat die Klägerin, wie sich aus ihrer Einlassung in ihrem Schriftsatz vom 15. Januar 1962 (Seite 136) ergibt, nach Abzug der 3 % Provision und weiterer von der Klägerin nicht beanstandeter Beträge durch die Abschlagszahlung von 257.000 DM und den im Urteil des Oberlandesgerichts im Urkundenprozeß zugesprochenen Betrag erhalten.

Ob der Anspruch der Klägerin auch noch aus § 162 BGB hergeleitet werden könnte, kann auf sich beruhen.

Wie sich aus der weiteren Einlassung in ihrem Schriftsatz vom 15. Januar 1962 (Seite 137) ergibt, berührt sich die Klägerin einer Mehrforderung von 1.000.000 DM. Diesen

Betrag macht sie als Schadensersatz geltend, weil die Beklagte nach ihrer Meinung das Entstehen eines ihr zustehenden Erfüllungsanspruchs in dieser Höhe vertragswidrig und schuldhaft hintertrieben und vereitelt habe.

Dieser Betrag steht hier im Streit; und zwar 700.000 DM durch die Klage, 300.000 DM durch die Feststellungswiderklage

II.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Beklagte durch ihr Verhalten schuldhaft gegen ihre Vertragspflichten verstoßen habe und deshalb der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet sei. Es sieht die Pflichtverstöße der Beklagten in folgendem:

- 1) Sie habe den auf 392.684,13 DM lautenden Bescheid des Finanzbauamts Trier vom 23. Januar 1959, der als Anerkenntnis zu werten sei, nicht angenommen und damit die Bauherrin nicht wenigstens an diesen Betrag gebunden;
- 2) Sie habe die Auszahlung des Abschlags von 90.000 DM grundlos verweigert;
- 3) Sie habe "eine unnötige eigene Prüfung" der Mehransprüche der Klägerin durchgeführt, die dieser ungünstige, mit einem Betrag von 314.621,12 DM abschließende Aufstellung vom 30. November 1959 angefertigt und diese Aufstellung an die Landesbauabteilung weitergegeben mit der für sie voraussehbaren Folge, daß die Landesbauabteilung ihrer Berechnung nur die Aufstellung der Beklagten zugrundelegen und die Berechnungen der Klägerin nicht beachten werde.

Damit rechtfertigt das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 66.233,21 DM (noch nicht abgeführter Teil der Abschlagszahlung von 90.000 DM) sowie sein Grundurteil hinsichtlich des Mehrbetrags.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind begründet.

1.) Der Bescheid des Finanzbauamts T. vom 23. Januar 1959:

a) Das Berufungsgericht sieht den Bescheid des Finanzbauamts Trier vom 23. Januar 1959, in welchem eine Forderung der Klägerin, in Höhe von 392.684,13 DM für berechtigt erklärt wird, als Angebot eines "kausalen" (deklaratorischen) Schuldanerkenntnisses an. Es ist der Auffassung, daß das Finanzbauamt auch bevollmächtigt gewesen sei, ein derartiges Anerkenntnis mit Bindungswirkung für die Bundesrepublik abzugeben. Der Beklagten legt das Berufungsgericht als schuldhaftes Vertragsverletzung zur Last, daß sie entgegen den Interessen der Klägerin dieses Anerkenntnis nicht angenommen und insoweit die Bauherrin mindestens an diesen Betrag gebunden habe.

b) Das wird mit der Revision zu Recht angegriffen.

aa) Die Beklagte hat in ihrer Berufungsbegründung vom 5. Oktober 1961 behauptet und unter Beweis gestellt, daß die Abrechnungsfeststellung des Finanzbauamts T. in jedem Fall noch der Prüfung durch die Landesbauabteilung Mainz unterlegen habe und diese zur Abänderung befugt gewesen sei (S. 50 und 52 aaO.).

Diese unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten ist für die Entscheidung erheblich. Aus der Tatsache, daß das Finanzbauamt T. als Organ des Landes Rheinland-Pfalz ermächtigt war, die Bauherrin zu vertreten, ergibt sich noch nicht zwingend, daß diese Vollmacht unbeschränkt war, insbesondere, daß das Finanzbauamt T. auch befugt war, Forderungen der Unternehmer in der hier in Frage stehenden Höhe mit "Erdgültigkeitswirkung" anzuerkennen, ohne das Einverständnis der ihm vorgesetzten Landesbauabteilung M. einzuholen.

Die Form des Bescheids vom 23. Januar 1959 spricht sogar eher gegen die Auffassung des Berufungsgerichts. Von einem "Anerkenntnis" steht in dem Bescheid nichts. Er enthält lediglich den Vermerk, daß die Forderung der Klägerin in Höhe der errechneten Endsumme "berechtigt" sei, und die Schlußformeln: "Sachlich richtig" und "Fachtechnisch richtig und festgestellt auf ...". Das läßt mehr darauf schließen, daß es sich um eine Prüfung ohne "Endgültigkeitswirkung" handelte, die zwar als Grundlage für die Gewährung einer Abschlagszahlung dienen konnte, im übrigen aber noch der Nachprüfung und etwaigen Abänderungen durch die Landesbauabteilung als Mittelbehörde unterlag, wie denn diese auch auf die nach § 18 VOB (B) von der Beklagten für die Klägerin erhobene Beschwerde hin diesen Bescheid abgeändert hat. Insoweit liegt der Fall, worauf die Beklagte zutreffend hinweist, nicht unähnlich wie in der Entscheidung des Senats vom 29. Juni 1961 - VII ZR 86/60 -, in welcher bei einem Besatzungsbauvorhaben der Feststellung der Oberfinanzdirektion der Charakter eines Anerkenntnisses abgesprochen wurde.

Das Berufungsgericht durfte daher die Beweisanträge der Beklagten nicht übergehen.

Im übrigen ist zu beachten, daß, selbst wenn es sich bei dem Bescheid des Finanzbauamts T. um ein Anerkenntnis handeln sollte, dieses möglicherweise für die Bauherrin nicht bindend wäre, wenn sich die dem Bescheid zugrundeliegenden Berechnungen als fehlerhaft erweisen sollten (vgl. dazu die Urteile des Senats vom 4. Mai 1961 - VII ZR 43/60 - in JR 1961 183 = BB 1961, 803 und vom 16. April 1962 - VII ZR 47/61 - in WM 1962, 742 = BB 1962, 732 mit weiteren Nachweisungen).

bb) Auf eine Anscheinsvollmacht des Finanzbauamts T. kann sich die Klägerin in keinem Fall berufen. Das von ihr behauptete Anerkenntnis ist nur gegenüber der Beklagten als

der unmittelbaren Vertragspartnerin abgegeben worden und hätte auch nur von dieser angenommen werden können. Die Beklagte hat aber, wie sich aus ihrem insoweit unbestrittenen Vortrag ergibt, niemals an eine so weitreichende Vollmacht des Finanzbauamts geglaubt und darauf vertraut.

2.) Die Berechnung der Beklagten vom 30. November 1959:

a) Das Berufungsgericht sieht es als eine schuldhafte Vertragsverletzung der Beklagten an, daß sie die Berechnungen der Klägerin unnötig selbst geprüft und die unter der Feststellung des Finanzbauamts liegende der Klägerin ungünstige Aufstellung vom 30. November 1959 angefertigt und an die Landesbaubehörde weitergeleitet habe.

b) Auch das wird von der Beklagten mit der Revision zu Recht gerügt.

Das Berufungsgericht stellt selbst fest, daß die Bauherrin der Beklagten mehrfach mitgeteilt hat, es bedürfe, bevor sie zu irgendeiner Forderung Stellung nehme, einer ausdrücklichen Erklärung der Beklagten, daß diese Forderung von ihr "anerkannt und vertreten" wird.

Es kann deshalb der Beklagten grundsätzlich kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn sie auf ausdrückliches Begehren der Bauherrin zu den Mehrforderungen der Klägerin selbständig Stellung nahm. Ihre Pflicht, die Interessen der Klägerin wahrzunehmen, die auch von der Beklagten nicht angezweifelt wird, kann keinesfalls die Pflicht ausschließen, gegenüber der Bauherrin als ihrer Vertragspartnerin nur solche Forderungen der Klägerin zu vertreten, die sie selbst für berechtigt hält. Würde sie eigene Forderungen oder solche ihrer Nachunternehmer stellen, die sie selbst für unberechtigt hält, so würde sie gröblich gegen ihre Vertragspflichten gegenüber der Bauherrin verstoßen. Es ist auch nicht erfindlich, warum es der Bauherrin verwehrt sein sollte, von der Beklagten

als ihrer einzigen Vertragspartnerin eine Stellungnahme zu den Forderungen ihrer Nachunternehmer zu verlangen.

Dann aber war die Beklagte im Verhältnis zur Bauherrin nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, eine eigene Aufstellung anzufertigen und zwar nur so, wie sie diese für berechtigt hielt, somit also (abgesehen von der noch zu prüfenden Frage, ob sie ein etwaiges Anerkenntnis des Finanzbauamts ohne eigene Prüfung auf jeden Fall hätte annehmen müssen) ohne Rücksicht darauf, daß sie dadurch auf einen geringeren als den von dem Finanzbauamt festgestellten Betrag kam.

Eine Schadensersatzpflicht der Beklagten käme daher nur dann in Betracht, wenn ihre Berechnung objektiv unrichtig war und sie diese Unrichtigkeit erkannt hat oder hätte erkennen müssen.

Hierzu hat das Berufungsgericht, abgesehen von der vagen Vermutung einer sittenwidrigen Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und der Landesbauabteilung, keinerlei Feststellungen getroffen. Es hat zudem selbst ausgeführt, daß die Ermittlung eines neuen Einheitspreises (also auch der Berechtigung der von der Klägerin verlangten Mehrforderung) "äußerst schwierig" sei und sich "über die Berechnungsmethoden streiten" lasse (BU S. 20/21). Es hat weder die Aufstellung der Beklagten auf ihre Richtigkeit geprüft noch hat es sich mit dem Vorwurf der Klägerin auseinandergesetzt, die Beklagte habe sich bei ihrer Berechnung vom 30. November 1959 nicht an die von den Beteiligten am 7. November 1958 vereinbarte Berechnungsmethode gehalten.

Im übrigen hat die Beklagte unstreitig der Landesbauabteilung in Mainz die Berechnungen der Klägerin vorgelegt und dieser damit die Möglichkeit gegeben, sich auch mit den Forderungen auseinanderzusetzen. Die Klägerin hatte auch un-

streitig Gelegenheit gehabt, der Landesbauabteilung ihren Standpunkt vorzutragen.

Unter diesen Umständen fehlt es an den erforderlichen Feststellungen, die eine Verurteilung der Beklagten auch nur dem Grunde nach rechtfertigen könnten.

3.) Die Zurückbehaltung der Abschlagszahlung von 90.000 DM:

Das Berufungsgericht hat der Klägerin den hier noch streitigen Teil der ihr vorenthaltenen Abschlagszahlung des Finanzbauamts T [REDACTED] in Höhe von 66.233,21 DM zugesprochen mit der Begründung, daß die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, an die Klägerin die ganze Abschlagszahlung abzuführen.

Dieser Anspruch entfällt aber, wenn und soweit die Klägerin das ihr Gebührende erhalten hat. Abschlagszahlungen sind nichts Endgültiges; sie stehen stets unter dem Vorbehalt der Schlußrechnung.

Ob die Beklagte vor Erteilung der Schlußrechnung durch die Landesbauabteilung verpflichtet gewesen wäre, die ganze Abschlagszahlung an die Klägerin abzuführen, kann deshalb dahingestellt bleiben; im jetzigen Zeitpunkt hängt die Zahlungspflicht der Beklagten ausschließlich davon ab, ob der Klägerin noch eine Forderung gegen die Beklagte zusteht.

4.) Über den Hilfsantrag der Klägerin auf Abtretung der Erfüllungsansprüche der Beklagten gegen die Bundesrepublik kann noch nicht befunden werden, solange nicht über den Hauptantrag entschieden worden ist.

IV.

Das angefochtene Urteil ist deshalb in vollem Umfang aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hält es dabei für angebracht, von der Möglichkeit der Verweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts Gebrauch zu machen. (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Meyer

Finke