

Verkündet
am 11. Mai 1959
Woitscheck, Justizobersekretär
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 Bauindustrie Paul B. [REDACTED] in H. [REDACTED],
N. [REDACTED] R. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Gemeinde Au [REDACTED], vertreten durch ihre Gemeindever-
waltung in Au [REDACTED] Bezirk H. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das den Parteien
am 25. April 1958 an Verkündungs Statt zugestellte
Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war von Herbst 1949 bis Sommer 1951 an dem Bau von Wohnhäusern beteiligt, die im Gebiet der beklagten Gemeinde auf deren Grundstücken im Rahmen des sozialen Wohnungsbauprogramms errichtet wurden. Für die Durchführung der Bauten war der - inzwischen in Konkurs geratene - Bund Bau- und Eigenheimhilfe e. V., ein nichtwirtschaftlicher Verein (im folgenden kurz: Verein), eingeschaltet. Dieser erteilte der Klägerin nach einigen vorbereitenden Besprechungen, die zum Teil auch bei der Beklagten stattfanden, am 17. Oktober 1949 einen schriftlichen Auftrag über die Ausführung der Erd-, Beton-, Maurer- und Eisenarbeiten für drei Einzelhäuser. In dem Auftragschreiben war vermerkt, daß die Arbeiten "im Auftrag und für Rechnung unseres Bauherrn, Gemeindeverwaltung Au" übertragen worden seien. Das Schreiben war unterzeichnet "Der Auftraggeber: Bund Bau- u. Eigenheimhilfe e. V.". Zwei weitere ähnliche Bauaufträge mit im wesentlichen gleichem Inhalt erhielt die Klägerin am 30. März und 23. Oktober 1950. In diesen Schreiben fehlten die Worte "der Auftraggeber" in der Unterschrift. Die Arbeiten der Klägerin sollten auf die von ihr einzureichenden Zwischenrechnungen in 14-tägigen Abschnitten jeweils zu 90 % bezahlt werden. Der Rest von 10 % (Garantiesumme) war jeweils 6 Monate nach der Abnahme durch die Baubehörde fällig. Die Zahlungen an die Klägerin leistete die Beklagte nach Prüfung durch die Bauleitung auf Anweisung des Vereins aus einem eigens dafür errichteten Konto.

Unter dem 6. Januar 1950 schloß die Beklagte mit dem Verein einen schriftlichen Vertrag, der neben der Unterschrift des Bürgermeisters die des Gemeindedirektors trägt. Darin wird es als Aufgabe der Beklagten bezeichnet, "Eigenheime und Mietwohnungen zu errichten, deren Lasten bezw. Mie-

... 3 .

ten möglichst niedrig sind" (I Abs. 1 des Vertrages). Die Beklagte "als Träger und Bauherr gemeinnützigen Wohnungsbaus" beauftragte den Verein als "Generalübernehmer mit allen entsprechenden Rechten und Pflichten bis zur schlüsselfertigen Übergabe und endlichen Auskehrung der Garantiesumme" mit der Durchführung des Bauvorhabens (I Abs. 2 des Vertrages).

Die Klägerin führte die ihr übertragenen Arbeiten aus. Sie erteilte darüber nach den drei Aufträgen getrennte Schlußrechnungen von insgesamt 84.864,75 DM. Auf Anweisung des Vereins leistete die Beklagte Barzahlungen in Höhe von 63.980 DM an die Klägerin. Von dem verbleibenden Rest hat die Klägerin einen Teilbetrag von 6.200 DM nebst 2 % Zinsen über dem Diskontsatz der Bank deutscher Länder gegen die Beklagte eingeklagt. Sie macht in erster Linie die rückständigen Forderungen aus den Aufträgen vom 17. Oktober 1949 und 30. März 1950, hilfsweise die Restforderung aus dem Auftrag vom 23. Oktober 1950 nebst der inzwischen fällig gewordenen 10 %igen Sicherheit geltend.

Die Klage hat sie in erster Linie darauf gestützt, daß der Verein von der Beklagten mindestens stillschweigend zur Erteilung der Bauaufträge bevollmächtigt worden sei, in zweiter darauf, daß die Beklagte für die Bezahlung des Werklohns aus dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht und des Garantievertrages hafte.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat in Abrede gestellt, zu der Klägerin in vertragliche Beziehungen getreten zu sein. Hierzu hat sie vorgebracht, die gesamten Bauarbeiten seien an den Verein als Generalübernehmer vergeben worden. Bei einer der Auftragserteilung vorangegangenen Besprechung sei den Unternehmern dargelegt worden, daß der Verein als Generalunternehmer auftrete und die mit



den einzelnen Arbeiten beauftragten Handwerker seine Subunternehmer seien. Die Rechnungen der Unternehmer seien stets auf den Verein ausgestellt worden. Dieser habe die Rechnungen der örtlichen Bauleitung übergeben. Von dort seien sie mit einem entsprechenden Vermerk an den Architekten gegangen, der sie seinerseits an den Verein zwecks Zahlungsausweisung zurückgegeben habe. Die Zahlungen seien durch die Beklagte als Zahlstelle des Vereins geleistet worden.

Auch die Ausschreibungen seien von dem Verein im eigenen Namen vorgenommen worden. Die Beklagte habe die Ausschreibungen nur zu ihrer Unterrichtung übersandt erhalten. Die Klägerin habe die Materialien vom Verein angefordert und geliefert erhalten. Die Beklagte habe sich bei der Durchführung der Bauvorhaben darauf beschränkt, die zu deren Finanzierung erforderlichen Mittel zu beschaffen und bereit zu stellen. Mit der Durchführung der Bauten habe sie, abgesehen davon, daß sie sich bemüht habe, ihre ortsansässigen Handwerker bei der Vergebung der Aufträge zu beteiligen, nichts zu tun gehabt.

Die Klägerin hat erwidert, sie sei während der ganzen Bauzeit der Meinung gewesen, ihre Auftraggeberin sei die Beklagte. Die Bauarbeiten seien ihr "im Auftrag und für Rechnung" der Beklagten übertragen worden. Die Beklagte habe die Fassung der Auftragschreiben gekannt und alle Zahlungen geleistet. Bei der Vorbesprechung mit den Unternehmern sei nie die Rede davon gewesen, daß der Verein als Generalunternehmer der Beklagten auftreten werde. Der Vertrag vom 6. Januar 1950 sei nach Vergebung des ersten Auftrags geschlossen worden. Von ihm habe die Klägerin erst im August 1951 nach Beendigung aller Arbeiten erfahren. Der Verein habe sich ihr gegenüber erstmals mit Schreiben vom 29. Oktober 1951 als Generalübernehmer bezeichnet. Hierzu habe sie mit ihren Schreiben vom 25. August 1951 an die Beklagte und vom 5. November 1951 an den

Verein ablehnend Stellung genommen. In dem mit dem Verein geführten Schriftwechsel und im Leistungsverzeichnis erscheine die Beklagte stets als Bauherr und der Verein als Betreuungsstelle. Diesem sei es schon nach seiner Satzung als Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei, verwehrt, Bauverträge im eigenen Namen als Generalunternehmer abzuschließen. Der Verein habe keine Umsatzsteuer gezahlt und sei auch auf dem vorgeschriebenen Bauschild nicht als Generalunternehmer angegeben gewesen.

Das Landgericht hat nach einer Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen. Dieser hat die Berufung nach umfangreichen Beweiserhebungen erneut zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die wiederholte Revision der Klägerin. Sie verfolgt damit ihren Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 6.200,— DM nebst Zinsen weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin stützt die Klageforderung in erster Linie darauf, daß sie die Verträge, die ihre Werklohnansprüche begründeten, mit der beklagten Gemeinde abgeschlossen habe.

Da die ihr erteilten schriftlichen Aufträge von dem Verein unterzeichnet sind und dieser sich in dem ersten Schreiben vom 17. Oktober 1949 selbst als Auftraggeber bezeichnet hat, könnte sich die Klägerin auf einen mit der Beklagten zustande gekommenen Vertrag berufen, wenn der Verein von der Beklagten zur Erteilung der Aufträge bevollmächtigt gewesen wäre.

In dem Urteil vom 13. Oktober 1953 hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts das Vorliegen einer solchen Vollmacht verneint. Er war der Ansicht, der für die Rechtsbeziehungen der beklagten Gemeinde zum Verein maßgebende Vertrag vom 6. Januar 1950 enthalte keine Ermächtigung des Vereins, die Werkverträge mit den Unternehmern namens der Beklagten abzuschließen. Der Vertrag biete auch sonst keinen Anhalt für die Annahme, daß die Beklagte sich unmittelbar gegenüber den bauausführenden Handwerkern habe verpflichten wollen. Ein solcher Vertrag hätte auch der Form des § 37 Abs. 2 der zur Zeit der Auftragserteilung geltenden revidierten Deutschen Gemeindeordnung bedurft.

Diese Auslegung der Vereinbarung vom 6. Januar 1950 hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs als rechtsfehlerhaft bezeichnet. Er hat es beanstandet, daß der erste Berufungsrichter den in dem Vertrag mit Bezug auf den Verein gebrauchten Ausdruck "Generalübernehmer" ohne nähere Prüfung mit dem in der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A § 4 Ziff. 5, namentlich aber mit dem in einem Merkblatt des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes e. V. mit Wirkung vom 1. Oktober 1951 begrifflich umschriebenen "Generalunternehmer" gleichbedeutend behandelt habe. Der II. Zivilsenat hielt es für möglich, daß der Verein sich im Verträge vom 6. Januar 1950 in bewußter Abweichung von der sonst typischen Bezeichnung "Generalunternehmer" deshalb "Generalübernehmer" genannt habe, weil er im Gegensatz zu einem "Generalunternehmer" keine eigenen Bauleistungen erbracht habe. Bei der Würdigung

des dem Worte "Generalübernehmer" beizumessenden Inhalts habe das Berufungsgericht eine Reihe von Umständen nicht oder nicht vollständig berücksichtigt, die zu einem anderen Auslegungsergebnis hätten führen können. Sein auf dieser Auslegung beruhendes Urteil sei daher aufzuheben.

Der nunmehr mit der Entscheidung des Rechtsstreits befaßte 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts hat nach eingehenden Beweiserhebungen erneut verneint, daß der Verein bevollmächtigt gewesen sei, die Aufträge an die Klägerin im Namen der Beklagten zu erteilen. Auch er ist der Ansicht, daß Vertragspartner der Klägerin allein der Verein und daß der Ausdruck "Generalübernehmer" im Verträge vom 6. Januar 1950 mit dem des Generalunternehmers im Sinne der VOB und des Merkblatts gleichbedeutend gebraucht worden sei. Diese Ausführungen werden von der Revision zu Unrecht beanstandet.

1.) Die Revision wendet sich mit einer Reihe von Klagen gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Verein habe von Anfang an die ihm in dem Verträge vom 6. Januar 1950 zugedachte Stellung gehabt. Weitergehende Vollmachten seien ihm von der Beklagten nicht erteilt worden (BU S. 23).

a) Sie beanstandet es, daß der Bürgermeister Al[REDACTED] der Beklagten als Zeuge vernommen und daß seine Erklärungen als Zeugenaussagen bewertet worden seien.

Es ist richtig, daß Al[REDACTED] als gesetzlicher Vertreter der beklagten Gemeinde nicht als Zeuge hätte vernommen werden dürfen. Indessen begründet dieses Versehen keinen die Aufhebung des angefochtenen Urteils rechtfertigenden Prozeßverstoß. Denn das Berufungsgericht hat, wie aus einer anderen Stelle seiner Entscheidung (S. 28 f) hervorgeht, nicht verkannt, daß Al[REDACTED] Bürgermeister der Beklagten ist. Es bezeichnet ihn deshalb als nicht ganz unparteiisch. Al[REDACTED] hätte als Par-

16
tei vernommen werden dürfen (§§ 445, 448 ZPO). Nach § 453 Abs. 1 ZPO hätte das Gericht seine Aussagen nach § 286 ZPO frei würdigen können. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Berufsrichters die Aussage Al[REDACTED] höher bewertet hat als eine Parteierklärung.

b) Die Feststellung, daß der Vertrag schon seit August 1949 inhaltlich abgeschlossen vorgelegen habe, hält die Revision auch deshalb für angreifbar (§ 286 ZPO), weil das Berufungsgericht sie nur auf das Zeugnis des Dr. He[REDACTED] gestützt, die Protokolle der Gemeinde, die nichts dergleichen ergäben, aber unberücksichtigt gelassen habe.

Abgesehen davon, daß die beanstandete Feststellung nicht nur auf der Bekundung des Zeugen He[REDACTED], sondern ersichtlich auch auf den Aussagen des Zeugen K[REDACTED] und des Bürgermeisters Al[REDACTED] beruht, hat sich das Berufungsgericht mit den fehlenden Hinweisen auf den Vertrag in den Gemeindeprotokollen (S. 40) auseinandergesetzt. Seine Auffassung, die Bemerkung in dem Gemeinderatsprotokoll vom 30. Juni 1949, der Gemeinderat habe beschlossen, die Durchführung der Siedlung dem Verein zu übertragen, spreche eher für als gegen die Annahme, daß der Verein zum Generalunternehmer habe bestellt werden sollen, läßt sich vom Rechtsstandpunkt aus nicht beanstanden.

Zu einer Prüfung, ob nach § 444 ZPO zu verfahren sei, weil zwei Protokolle über Ausschusssitzungen bei der Beklagten zugegebenermaßen nicht auffindbar gewesen sind, fehlte es an jeder Voraussetzung.

2.) Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Ausdruck "Generalübernehmer" im Vertrage vom 6. Januar 1950 bedeute dasselbe wie der Begriff "Generalunternehmer", bezeich-

net die Revision als nicht frei von irrtümlichen Erwägungen.

a) Sie vermißt es, daß der Berufungsrichter sich bei der Prüfung der Frage, ob der Verein die Stellung eines typischen Generalunternehmers gehabt habe, nicht mit der Bedeutung der abweichenden Bezeichnung im Vertrage vom 6. Januar 1950, insbesondere mit der Stellungnahme des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e. V. vom 20. März 1953, auseinandergesetzt habe.

Wie sich aus dem angefochtenen Urteil (S. 23-31) ergibt, hat das Berufungsgericht sehr eingehend erörtert, ob der Verein ungeachtet seiner Bezeichnung als Generalübernehmer im Verhältnis zur Klägerin die einem Generalunternehmer zugeschriebene Stellung gehabt hat. Wenn es hierbei nicht ausdrücklich auf die gutachtliche Äußerung des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie eingegangen ist, so läßt sich dies im Rahmen des § 286 ZPO nicht beanstanden, weil es sich bei dem in Bezug genommenen Schreiben um eine rechtliche Stellungnahme zu dem hier zu entscheidenden Problem handelt. Im übrigen hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände den Vertrag vom 6. Januar 1950 dahin ausgelegt, daß der Verein im Verhältnis zur Beklagten einerseits und zu den einzelnen an den Bauten beteiligten Unternehmern andererseits selbständig aufzutreten berechtigt war. Da es hierbei allgemeine Auslegungsregeln nicht verletzt, gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze nicht verstoßen, auch für die Auslegung wesentliche Umstände nicht übersehen hat, ist die Würdigung des Vertrages für das Revisionsgericht bindend, weil das Abkommen lediglich individuelle Parteiabreden enthält.

Sollte die Revision jedoch der Meinung sein, daß un-

mittelbare Vertragsbeziehungen zwischen der Beklagten und den einzelnen Bauhandwerkern nur dann nicht zustande gekommen wären, wenn der Verein die rechtliche Stellung eines Generalunternehmers, wie sie im Merkblatt umrissen wird, gehabt hätte, so könnte ihr darin nicht gefolgt werden. Aus dem Merkblatt ist nur zu entnehmen, daß die Bestellung eines Generalunternehmers ein Vertragsverhältnis zwischen dem Bauherrn und den Nachunternehmern ausschließt (IV 2 des Merkblatts). Das bedeutet aber nicht, daß jede andere Art der Verpflichtung, ein Bauwerk schlüsselfertig für den Bauherrn herzustellen, die Entstehung unmittelbarer Vertragsbeziehungen zwischen dem Bauherrn und den Einzelunternehmern zur Folge hat. Dazu sind die Gestaltungsmöglichkeiten, zwischen dem Bauherrn und den ausführenden Unternehmern Mittelspersonen mit mehr oder weniger selbständigen Befugnissen einzuschalten, nach dem geltenden Vertragsrecht viel zu mannigfaltig. Die Entscheidung darüber, in welcher Weise sich ein Bauherr an den zur vollständigen Herstellung des von ihm bestellten Bauwerks erforderlichen Verträgen beteiligen will, ist ihm freigestellt. Hat er den Wunsch, mit den einzelnen Handwerkern in kein Vertragsverhältnis zu treten - etwa weil er die hierzu erforderlichen technischen Kenntnisse nicht zu besitzen glaubt -, so muß dieser Wille auch dann geachtet werden, wenn der Bauherr sich eines Dritten in einer anderen als der in der VOB vorgesehenen Rechtsform als Mittelsperson bedient.

Es wäre daher rechtsirrtümlich, anzunehmen, daß nur die Bestellung eines Generalunternehmers im Sinne des Merkblattes des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes die Entstehung vertraglicher Beziehungen zwischen den Prozeßparteien auszuschließen geeignet gewesen wäre. Ob das der Fall ist, läßt sich vielmehr nur nach dem Sinn und Zweck der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen beurteilen. Entscheidend sind weniger die dabei gebrachten Ausdrücke und

Bezeichnungen, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sogar unter den Bauhandwerkern schwanken, auch nicht die besonderen sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die auszuübende Tätigkeit, ja selbst nicht einmal der Umfang der Beteiligung an dem herzustellenden Werk, sondern in erster Linie der bei den Vereinbarungen erklärte Wille der Beteiligten.

b) Deshalb kann es im Gegensatz zur Auffassung der Revision nicht als Verletzung des § 286 BGB angesehen werden, daß der Berufsrichter den von der Klägerin benannten Zeugen Dr. St. nicht vernommen hat. Denn was sich Dr. St. bei dem Gebrauch des Wortes "Generalübernehmer" bei einem Vertrage des Vereins mit einem anderen Bauherrn gedacht und was er dem Verein darüber zum Ausdruck gebracht hat, könnte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, für den vorliegenden Rechtsstreit nur von Bedeutung sein, wenn die Beklagte von dieser Ansicht Dr. St. erfahren hätte. Das aber ist nicht einmal behauptet worden.

c) Die Klägerin hat mehrfach zum Ausdruck gebracht, der Bund Bau- und Eigenheimhilfe sei als ideeller Verein nach seiner Satzung zur Übernahme der Tätigkeit eines Generalunternehmers außerstande gewesen. Das Berufungsgericht bezeichnet es als unerheblich, ob der Verein nach seiner Satzung berechtigt gewesen sei, als Generalunternehmer aufzutreten. Es stellt fest (S. 40), daß der Verein sich in dem Vertrage vom 6. Januar 1950 als Generalübernehmer mit allen Rechten und Pflichten bezeichnet habe, obwohl er, falls darin ein Verstoß gegen seine Satzung gelegen hätte, die Möglichkeit gehabt habe, Einschränkungen in die Vereinbarungen mit der Beklagten aufzunehmen.

Die Revision rügt gemäß § 286 ZPO, das Berufungsgericht hätte einen bewußten Satzungsverstoß feststellen müs-

sen; denn wenn der Verein satzungsgemäß nicht befugt gewesen wäre, derartige Verträge abzuschließen, könne seinen Vorstandmitgliedern nicht unterstellt werden, daß sie sich eine ihnen nicht zustehende Kompetenz anmaßen. Auch könne es nicht als Wille der Beklagten angenommen werden, daß sie ein satzungswidriges Geschäft mit dem Verein abschließen.

Diese Beanstandungen wenden sich im wesentlichen gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Im übrigen ist es eine Tatfrage, ob sich der Verein von der Eingehung des Vertrages vom 6. Januar 1950 hätte abhalten lassen, falls gewisse Bestimmungen darin, insbesondere die Ausführung der Bauten als Generalübernehmer der Beklagten, gegen seine Satzung verstießen. Jedenfalls kann das in diesem Rechtszuge nicht nachgeprüft werden. Wie noch näher auszuführen sein wird, ist diese Frage für die Beurteilung der rechtlichen Stellung des Vereins gegenüber den Einzelunternehmern nicht einmal entscheidend.

d) Die Revision bezeichnet es als einen Verstoß gegen § 286 ZPO, daß in dem angefochtenen Urteil zu dem Verhalten des Vereins während der Abwicklung der Bauverträge nicht Stellung genommen worden sei. Der Verein habe bis zu seinem Schreiben vom 29. Oktober 1951 weder gegenüber der Klägerin noch im Verkehr mit anderen die Bezeichnung "Generalübernehmer" gebraucht. Er habe in diesem Rechtsstreit (Schriftsatz vom 26. Januar 1956) behauptet, er sei als Betreuer der beklagten Gemeinde in Erscheinung getreten. Auch der Zeuge Krappe als Vertreter des Vereins habe zwischen den beiden Begriffen unterschieden.

Wie oft und wem gegenüber sich der Verein bei der Durchführung des Bauvorhabens als Generalüber- oder -unternehmer bezeichnet hat, ist für seine rechtliche Stellung im

Verhältnis zu den an den Bauten Beteiligten nicht wesentlich. Die Beanstandung der Revision ist auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil das Berufungsgericht (S. 23, 25) die Ausdrücke für gleichbedeutend erachtet.

Die von seinen früheren Aussagen abweichende Bekundung des Zeugen Krappe im Termin am 12. Juni 1957 hat das Berufungsgericht gewürdigt (S. 33).

— e) Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt nicht darin, daß dem Antrage der Klägerin (vgl. deren Schriftsatz vom 4. März 1958), über die Abweichungen des Begriffs des Generalübernehmers im Vertrage vom 6. Januar 1950 von dem des Generalunternehmers im üblichen Sinne einen Sachverständigen zu hören, nicht stattgegeben worden ist. Für die Frage, ob der Verein im Verhältnis zu der Beklagten die Stellung eines Betreuers oder die selbständigere eines für die Fertigstellung der Bauten allein Verantwortlichen hatte, ist, worauf auch die Revisionsbeantwortung zutreffend hinweist, nicht so sehr die Wahl der Bezeichnung im Vertrage, auch nicht die Art und das Maß der eigenen Mitwirkung am Zustandekommen der Bauten maßgebend, sondern in erster Linie der erklärte Wille der Beteiligten. Diesen aus dem vorgetragenen Sachverhalt zu ermitteln, ist Aufgabe des Gerichts, nicht eines Sachverständigen, der dem Gericht hierfür nur Fingerzeige geben kann.

Im übrigen liegt in den Ausführungen des Berufungsgerichts (S. 26 oben), die Beweisaufnahme habe keine Anhaltspunkte für die Vermutung des Bundesgerichtshofs ergeben, der Ausdruck "Generalübernehmer" sei gebraucht worden, weil der Verein keine eigenen Bauleistungen zu erbringen gedachte, keine Verletzung des § 565 Abs. 2 ZPO. Das Berufungsgericht wollte insofern nicht einer Rechtsansicht des Bundesgerichtshofs, an die es gebunden war, entgegentreten, sondern lediglich zum Ausdruck bringen, daß sich jene im Revisionsurteil ange-

deutete Möglichkeit durch die nunmehr erhobenen Beweise nicht bestätigt habe.

f) Die Revision erblickt eine Verletzung des § 286 ZPO darin, daß der Berufungsrichter Schlüsse auf das Verhalten und die Absichten der Beteiligten aus späteren Vorgängen herleite.

Auch diese Beanstandung ist nicht begründet. In der Ermittlung des Vertragswillens der Parteien ist der Tatrichter grundsätzlich frei. Er kann hierbei auch Umstände und Erklärungen berücksichtigen, die zeitlich nach den streitigen Ereignissen liegen. Auch die Revision bedient sich in ihrer Begründung gelegentlich ebensolcher Vorgänge (vgl. z. B. S. 9).

3.) Als entscheidend für die Frage, ob der Verein die Stellung eines bevollmächtigten Betreuers der Beklagten gehabt oder ob er die Aufträge an die Einzelunternehmer selbstständig vergeben hatte, bezeichnet die Revision die Auslegung des Vertrages der Beklagten mit dem Verein vom 6. Januar 1950. Diese aber hänge maßgeblich davon ab, in welchem Umfange der Verein mit Rücksicht auf seine Beteiligung an den Bauvorhaben umsatzsteuerpflichtig gewesen sei. Da das Berufungsgericht festgestellt habe, der Verein habe keine Umsatzsteuer bezahlt, hätte es folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen müssen, Auftraggeber der Einzelunternehmer sei die beklagte Gemeinde und nicht der Verein gewesen. Der Verein habe nach dem Vertrage vom 6. Januar 1950 keine eigenen Bauleistungen erbringen sollen. Von der ihm zugebilligten Vergütung (V des Vertrages) habe er die Umsatzsteuer für die gesamte Bausumme nicht entrichten können. Auch in dem Finanzierungsplan der Beklagten sei ein die volle Umsatzsteuerpflicht des Vereins berücksichtigender Betrag nicht vorgesehen ge-

wesen. Hierüber sei sich das Berufungsgericht nicht klar geworden, obwohl dieser Umstand für die Auslegung der Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten ausschlaggebend sei. Es habe dadurch die §§ 133, 157 BGB, 286 ZPO verletzt.

Diese Ausführungen können eine Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht rechtfertigen.

a) Entgegen der Annahme der Revision hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß der Verein nicht umsatzsteuerpflichtig war, wohl aber, daß er keine Umsatzsteuer gezahlt hat. Diesen Umstand hat das Berufungsgericht bei seiner Auslegung des Verhältnisses zwischen dem Verein und der Beklagten in Betracht gezogen. Es ist der Ansicht, man könne "daraus nicht folgern, daß das Vertragsverhältnis zwischen dem Verein und der Beklagten von vornherein auf eine Vergebung der Aufträge im Namen der Beklagten gerichtet gewesen sei" (BU S. 28); daß der Verein - entgegen den mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen - Bauaufträge in deren Namen vergeben habe, habe nur bezweckt, nicht zur Umsatzsteuer herangezogen zu werden (BU S. 31).

In dieser tatrichterlichen Beurteilung tritt kein Rechtsverstoß zutage.

b) Zu der Frage, ob der Verein bei der ihm vom Berufungsgericht zugeschriebenen Stellung aus der ganzen Bau- summe umsatzsteuerpflichtig war und ob er diese Steuer aus der ihm vertraglich zugedachten Vergütung hätte aufbringen können, hat das Berufungsgericht bei seiner Auslegung nicht Stellung genommen. Nach Lage des Falles kann das Revisionsgericht dies aber nicht beanstanden. Keine der Parteien hat auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen, obwohl es ihre Sache gewesen wäre, die nach ihrer Ansicht für die Auslegung wesentlichen Tatumstände vorzutragen. Es ist keineswegs sicher, daß

die Gelder, die die Beklagte auf Anweisung des Vereins an die Bauhandwerker auszuzahlen hatte und auszahlte, im Sinne der § 1 Nr. 1, § 5 des Umsatzsteuergesetzes vom Verein verein-
nahmes Entgelt darstellten. Selbst wenn dem aber so wäre und wenn die dem Verein nach Ziffer V seines Vertrages mit der Beklagten zustehende Vergütung für die Zahlung der ent-
sprechenden Umsatzsteuer nicht ausgereicht hätte, kann die Aus-
legung des Berufungsgerichts dennoch Bestand haben. Von an-
deren Möglichkeiten abgesehen, wäre es vor allem denkbar, daß
die Vertragsteile eine solche Umsatzsteuerpflicht überhaupt
nicht in den Kreis ihrer Vorstellungen einbezogen haben.

Bei dieser Sachlage kann daraus, daß der Berufungs-
richter den erstmals von der Revision hervorgehobenen Ge-
sichtspunkt nicht behandelt hat, kein die Aufhebung des an-
gefochtenen Urteils rechtfertigender Rechtsverstoß herge-
leitet werden.

II. Entsprechend der Auflage des Bundesgerichtshofs
im Urteil vom 21. April 1955 hat das Berufungsgericht ge-
prüft, ob der Verein bei der Bestellung der Bauarbeiten im
Rahmen einer sog. Duldungsvollmacht für die Beklagte gehandelt
hat. Daß eine solche Vollmacht auch gegenüber einer Körper-
schaft des öffentlichen Rechts wirksam sein kann, hat der II.
Zivilsenat im Einklang mit der herrschenden Lehre (vgl. BGB
RGRK 11. Aufl. Anm. 5 zu § 167) ausdrücklich bejaht. Das Be-
rufungsgericht geht in Übereinstimmung mit dem Bundesgerichts-
hof davon aus, daß die äußeren Voraussetzungen für eine Haf-
tung der Beklagten aus dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht,
nämlich deren Wissen um das Handeln des hierzu nicht ermäch-
tigten Vereins für sie und das Dulden dieses Verhaltens, ge-
geben seien. Auf Grund der von ihm getroffenen Feststellungen,
insbesondere der Tatsache, daß die Klägerin Rechnungen an den
Verein und nicht an die Beklagte gerichtet und daß sie die Be-
zeichnung des Vereins als Generalübernehmer auf dem Bauschild

nicht beanstandet hat, verneint das Berufungsgericht jedoch, daß die Klägerin den Verein als Bevollmächtigten der Beklagten angesehen hat (BU S. 43). Hilfsweise zieht es aus einer Reihe von Umständen den Schluß, daß die Klägerin einen bei ihr etwa entstandenen Irrtum, die Beklagte und nicht der Verein sei ihr Auftraggeber, durch einen Mangel an Sorgfalt selbst verschuldet habe.

1.) Gegenüber der Ansicht des Berufungsgerichts, die Übersendung von Rechnungen an den Verein und nicht, wie es im Baugewerbe üblich sei, an die Beklagte über den Verein, spreche dafür, daß die Klägerin den Verein nicht als bloße Empfangs- und Prüfungsstelle der Beklagten, sondern als ihren Schuldner angesehen habe, rügt die Revision die Übergehung eines Beweisantrags. Sie meint, die Klägerin habe durch Bezugnahme auf eine Auskunft des Bundes Deutscher Architekten Beweis dafür angetreten, daß eine Rechnungserteilung, wie sie die Klägerin vorgenommen habe, auch dann üblich sei, wenn ein Dritter lediglich zu Rechnungszwecken dazwischengeschaltet sei.

Die Beanstandung ist nicht begründet. Ein Beweisantritt der von der Revision angegebenen Art ist in der Berufungsbegründung nicht zu finden. Auch das Schreiben des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie vom 20. März 1953 enthält keine Stellungnahme zu der Form der Rechnungserteilung. Es verhält sich nur zu dem umstrittenen Begriff des Generalunternehmers. Das Berufungsgericht konnte die Frage, an wen Rechnungen üblicherweise zu richten sind, wenn ein Vertrag mit dem Bauherrn besteht und eine Mittelsperson zur Prüfung der Rechnungen eingeschaltet ist, auch auf Grund seiner eigenen Sachkunde entscheiden.

2.) Von der Feststellung, daß die Klägerin Rechnungen über Arbeiten für die Bauvorhaben der Beklagten an den Verein

gerichtet hat, und der vom Berufungsgericht als unstreitig bezeichneten Tatsache, daß die Klägerin die Bezeichnung des Vereins als Generalübernehmer auf dem - nach den getroffenen Feststellungen gerade vor ihren Bauten - errichteten Bau-schild nicht beanstandet hat, wird die Überzeugung des Berufsgerichts, die Klägerin habe den Verein als ihren Vertragsgegner angesehen, getragen. Auf die Hilferwägungen des Berufsgerichts, die dartun sollen, daß die Klägerin, falls sie der Meinung gewesen wäre, sie habe die Bauaufträge von der Beklagten erhalten, einen solchen Irrtum selbst verschuldet habe, kommt es hiernach nicht mehr an. Deshalb bedürfen auch die Angriffe der Revision, die sich gegen diesen Teil des angefochtenen Urteils (S. 44 ff) richten, keines besonderen Bescheides.

Inwiefern die allgemeinen Ausführungen des Berufsgerichts zur Duldungsvollmacht sich mit der im Urteil vom 21. April 1955 zum Ausdruck gekommenen Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs in Widerspruch setzen (§ 565 Abs. 2 ZPO), hat die Revision nicht näher angegeben. Sollte sich die Beanstandung auf die Ansicht des Berufsgerichts beziehen, daß nicht nur die volle Kenntnis des Vertragsgegners von dem Mangel der Vollmacht, sondern auch die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis die Berufung auf die Duldungsvollmacht ausschließe, so braucht zu ihr nicht Stellung genommen zu werden. Sie wäre ebenfalls gegen die Hilfsbegründung im angefochtenen Urteil gerichtet. Abgesehen davon steht die angegriffene Stellungnahme des Berufsgerichts mit der des Bundesgerichtshofs im Einklang. Denn wenn es zur inneren Voraussetzung einer Duldungsvollmacht gehört, daß der Vertragsgegner die Duldung der Vertretung nach Treu und Glauben so auffassen durfte, als ob der Handelnde bevollmächtigt sei (BGH IM § 167 BGB Nr. 4), so wird die Berufung auf die Vollmacht auch dann ausgeschlossen, wenn das Vertrauen des Vertragsgeg-

ners auf das Bestehen der Vollmacht auf Fahrlässigkeit beruht.

3.) Aus der vom Berufungsgericht (BU S. 30 f) erörterten Bekundung des Zeugen K■■■■, die Aufträge an die Einzelunternehmer seien nur deshalb "im Namen und für Rechnung der Beklagten" vergeben worden, um die Umsatzsteuer zu sparen, will die Revision schließen, jeder unbeteiligte Dritte habe die Beklagte als Auftraggeberin ansehen müssen. Die Beklagte müsse demgegenüber angeben, was sie getan habe, um diesen Rechtsschein einer Vollmacht zu zerstören, wenn sie den Verein tatsächlich nicht zum Abschluß von Verträgen in ihrem Namen ermächtigt habe.

Die Revision geht irrtümlich davon aus, das Berufungsgericht habe sich die Bekundung des Zeugen K■■■■ zu eigen gemacht. In Wirklichkeit lassen die Ausführungen im angefochtenen Urteil (S. 44) hinreichend deutlich erkennen, daß der Tatrichter der Auffassung ist, die Klägerin hätte aus der Lösung des Auftragschreibens vom 17. Oktober 1949, insbesondere aus der Unterschrift des Vereins mit dem Zusatz "der Auftraggeber" erkennen müssen, die Bestellung stamme von dem Verein und nicht von der Beklagten. Daß die Aufträge "im Namen" der Beklagten erteilt seien, steht nicht in den Schreiben und wird vom Berufungsgericht nur im Zusammenhang mit der anders lautenden Bekundung des Zeugen K■■■■ erörtert. Aus der Tatsache, daß die schriftlichen Aufträge "im Auftrage und für Rechnung" der Beklagten erteilt worden sind, konnte die Klägerin, wie das Berufungsgericht (S. 44) ohne Rechtsirrtum ausgeführt hat, keine Schlüsse auf das Bestehen einer Vollmacht der Beklagten an den Verein ziehen.

III. In der mündlichen Verhandlung hat die Revision die Ansicht geäußert, die von dem Verein erteilten Bestel-

lungen seien dadurch, daß die Beklagte Abschriften der Auftragschreiben erhalten und ihnen nicht widersprochen, auch die von dem Verein angewiesenen Beträge an die Handwerker ausgezahlt habe, nachträglich genehmigt worden. Ob aus diesem Verhalten der Beklagten angesichts ihres im Vertrage vom 6. Januar 1950 zum Ausdruck gekommenen Willens, nur mit dem Verein, nicht aber mit den Einzelhandwerkern in vertragliche Beziehungen zu treten, auf eine Genehmigung der den Einzelunternehmern gegebenen Aufträge geschlossen werden kann, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls hätte, wie auch das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeführt hat (BÜ S. 47 f), eine solche Genehmigung eine die Beklagte verpflichtende Erklärung bedeutet. Diese aber hätte anders als ein Verhalten der Beklagten, aus dem nach Treu und Glauben das Bestehen einer Duldungsvollmacht hätte hergeleitet werden können, der Form des § 37 Abs. 2 der revidierten Deutschen Gemeindeordnung bedurft. Das Vorliegen einer diesen Erfordernissen entsprechenden schriftlichen Genehmigung aber hat die Klägerin nicht behauptet.

IV. In ihrem Schriftsatz vom 7. Juni 1957 (S. 2) hatte die Klägerin behauptet, nach den Mitteilungen des Vereins sei die Beklagte angewiesen worden, insgesamt 68.932,32 DM an sie abzuführen. Die Beklagte habe aber nur 63.980 DM gezahlt, so daß der Klägerin jedenfalls noch ein Betrag von 4.952,32 DM zustehe.

Die Revision will anscheinend beanstanden, daß der Berufungsrichter dieser Behauptung nicht nachgegangen sei, zumal da die Beklagte ausweislich ihres Schriftsatzes vom 15. Mai 1953 (S. 5) eingeräumt habe, daß die Klägerin einen unmittelbaren Anspruch gegen sie habe, wenn der Betrag durch den Verein anerkannt und angewiesen worden sei.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Die Beklagte hat sich das Vorbringen ihres damaligen Streitgehilfen, des Vereins, im Schriftsatz vom 4. Januar 1952 (S. 3 f; vgl. auch Schriftsatz des Vereins vom 24. März 1952) zu eigen gemacht. Dessen Behauptungen gingen dahin, daß die Klägerin allenfalls noch 3.755,65 LM zu fordern habe, daß dieser Anspruch aber, falls er bestehe, noch nicht fällig sei und daß die Klägerin Mängel an ihren Arbeiten, die ihr mit Schreiben vom 29. Oktober 1951 mitgeteilt worden seien, nicht beseitigt habe.

Aus dieser Stellungnahme des Vereins geht hervor, daß der Verein weitere Zahlungen als die nach seiner Behauptung durch Zahlung und Verrechnung geleisteten 68.249,58 DM nicht angewiesen hat.

Es wäre hiernach Sache der Klägerin gewesen, näher darzulegen, weshalb sie die von dem Verein als gezahlt bezeichneten 68.249,58 DM nur in Höhe von 63.980 LM als Erfüllung gelten lassen will und aus welchen Mitteilungen des Vereins sie entnimmt, daß dieser die Beklagte zu Zahlungen in Höhe von 68.932,32 DM angewiesen hat. Das ist nicht geschehen. Die Klägerin hat auch keinen Beweis für das Bestehen des behaupteten Restanspruchs angetreten. Das Schreiben des Architekten Eickmann vom 24. September 1951, das auch nur von einem Restguthaben der Klägerin von 3.755,65 DM spricht, ergibt ebenfalls nichts für eine Anweisung des Vereins in dieser Höhe.

Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, daß der Berufungsrichter auf die Behauptung der Klägerin, ihr stände noch eine Forderung von 4.952,32 DM gegen die Beklagte zu, nicht weiter eingegangen ist.

V. Die gegen das angefochtene Urteil erhobenen Angriffe der Revision sind hiernach insgesamt nicht gerechtfertigt. Die Revision der Klägerin muß daher als unbegründet zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Dr. Vogt