

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 134/70

URTEIL

Verkündet am
10. Januar 1972

■, ■,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma H■■-Bau GmbH, U■■, Kreis F■■-Land,
vertreten durch die jeweils allein vertretungsberechtig-
ten Geschäftsführer Heinrich H■■, T■■ über
F■■ und Harry H■■, B■■/S■■ Post H■■ ■, ■,
Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■ -

gegen

1) den Zahnarzt Dr. Fritz P ■■■, M■■,
2) den Reeder Christoph B ■■■, L■■,
Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte ■■■ und ■■■ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1972 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Schmidt und Meise

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 6. Mai 1970 aufgehoben, soweit die Klage auf Zahlung wegen eines Betrags von 53.013,66 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird teils als unzulässig verworfen, teils als unbegründet zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

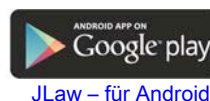
Die Beklagten ließen in den Jahren 1962 bis 1964 drei Mehrfamilienhäuser in F██████, F██████straße, errichten. Mit dem Schreiben des mit der Planung und Oberleitung beauftragten Architekten W██████ vom 9. Mai 1963 erteilten sie der Klägerin den Auftrag, die Stahlbeton- und Maurerarbeiten zu einem Pauschalpreis von 553.500 DM zuzüglich eines Betrages für gesondert nachzuweisende Arbeiten, die in zwei Aufstellungen mit 39.772,64 DM berechnet worden waren, sowie eines Betrages von 861 DM für ein Bauschild auszuführen. Die Parteien machten die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B sowie das Leistungsverzeichnis vom 16. April 1962 zum Bestandteil des Vertrages. Das Leistungsverzeichnis (LV) enthält u.a. folgende Bestimmungen:

"4. Mehrleistungen

Nach DIN 1961, § 2, hat der BU (d.h. Bauunternehmer), für Mehrleistungen über das Leistungsverzeichnis hinaus, unaufgefordert ein Angebot nachzureichen. Ein Vergütungsanspruch erwächst erst nach schriftlicher Auftragserteilung."

"12. Vertretung des Auftraggebers

Der vom BH (d.h. Bauherrn) mit der Oberleitung beauftragte Architekt, der beauftragte Ingenieur für Statik und Heizungstechnik ist dazu berechtigt, alle notwendigen Anordnungen zu treffen, auch solche, die den Umfang der Vertragsleistung ändern ..."



Die Klägerin erbrachte über den Auftrag vom 9. Mai 1963 hinausgehende Mehrleistungen. Hierzu gehörten u.a. die Arbeiten zur Aufstockung des Hauses III. Für diese Arbeiten vereinbarten die Parteien auf Grund des Nachtragsangebotes der Klägerin vom 4. Dezember 1963 einen Pauschalpreis von 37.545 DM. Die hiernach vereinbarten Preise belaufen sich auf 631.678,64 DM.

Die Klägerin erteilte Schlußrechnungen am 18. März 1964 für ihre Leistungen zur Errichtung der Häuser I und II und am 8. Dezember 1964 für ihre Leistungen am Hause III a und b. Außerdem legte sie eine Rechnung vom 7. Dezember 1964 ("Zusammenstellung für die Mehrleistungen für Haus I, II, III a + b") vor. Unter dem 28. Januar 1965 fertigte der Architekt Wahala eine Zusammenstellung der zuvor geprüften und berichtigten Rechnungen an. Er kam zu einer "Gesamtabrechnungssumme" vom 699.088,66 DM. Die Beklagten hatten insgesamt 646.075 DM gezahlt.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Zahlung des Differenzbetrages von 53.013,66 DM nebst Zinsen.

Sie hat vorgetragen, erst während der Bauarbeiten hätten sich die Beklagten entschlossen, die Fassaden der drei Häuser mit Fertigbauelementen zu verkleiden und das Haus III um zwei Stockwerke zu erhöhen. Sie hätten ihr, der Klägerin, hierfür sowie für den Ausbau der Dachgeschosse in den Häusern I und II Zusatzaufträge erteilt, die sie auch ausgeführt und am 18. März 1964 sowie am 7. und 8. Dezember 1964 in Rechnung gestellt habe. Bei der Erteilung der Zusatz-

aufträge seien die Beklagten von dem Architekten W■■■■ vertreten worden. Dessen Vertretungsmacht ergebe sich aus Nr. 12 LV. Die Beklagten hätten auch den Maßnahmen ihres Architekten zu keiner Zeit widersprochen. Sie hätten sich vielmehr alle Leistungen der Klägerin gewähren lassen. Wesentliche Teile der Zusatzleistungen habe der Architekt Wahala schriftlich durch die von ihm angefertigten und ihr zugesandten Aktenvermerke über mündliche Verhandlungen und Absprachen bestellt. Aus dem Verhalten der Parteien müsse auch entnommen werden, daß sie die Schriftlichkeitsklausel für die Vereinbarung von Mehrleistungen nicht mehr hätten gelten lassen wollen. Die Beklagten hätten alles so geschehen lassen, wie es der bevollmächtigte Architekt W■■■■ geregelt habe. Bei Unwirksamkeit der Zusatzaufträge sei der Anspruch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung begründet.

Ferner verlangt die Klägerin Zahlung von 2.850 DM für anteilige Fernsprech-, Strom- und Wasserkosten auf Grund einer angeblichen Absprache mit dem Architekten W■■■■, 152,20 DM für die am 13. Januar 1966 in Rechnung gestellten Bauleistungen und schließlich 1.047,74 DM für die von ihr gezahlten Prämien für Bürgschaften (Baugarantien) als Verzugsschaden.

Die Klägerin hat neben dem Antrag auf Zahlung von insgesamt 57.063,60 DM nebst Zinsen noch Hilfsanträge gestellt.

Die Beklagten haben unter Bezugnahme auf die von ihnen vorgelegten Gutachten des Architekten We■■■ vorgetragen, daß die Klägerin 53.488,59 DM zuviel erhalten habe. Aufträge ihres Architekten W■■■■ über Mehrleistun-

gen seien mangels Vollmacht und Schriftform unwirksam. Der Nutzungswert der Gebäude sei nicht erhöht, so daß keine ungerechtfertigte Bereicherung vorliege. Auch die sonst noch geltend gemachten Zahlungsansprüche seien nicht gerechtfertigt. Die Beklagten haben im übrigen die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klage mit Ausnahme der Hilfsanträge weiter. Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat zu dem Anspruch auf Zahlung von 53.013,66 DM festgestellt, daß die Gesamtabrechnung des Architekten W. vom 28. Januar 1965 über 699.088,68 DM Positionen mit einem Gesamtbetrag von 84.425,25 DM enthält, die nicht Gegenstand des Auftrages vom 9. Mai 1963 und der Vereinbarung über die Aufstockung des Hauses III sind. Es ist der Auffassung, die Klägerin habe nicht dargetan, daß sie über diese von ihr angegebenen Mehrleistungen wirksame Vereinbarungen mit der Beklagten getroffen habe. Zusätzliche Aufträge in der nach Nr. 4 LV vereinbarten Form lägen nicht vor; der Architekt W. sei auch nicht zur Erteilung von Zusatzaufträgen befugt gewesen.

Die Klägerin habe zwar nach der letzten mündlichen Verhandlung in ihrem Schriftsatz vom 15. April 1970 unter Beweisantritt behauptet, daß die Beklagten mit sämtlichen Zusatzarbeiten, die der Architekt W. in ihrem Namen aufgegeben habe, sich einverstanden erklärt hätten. Dies habe keinen Anlaß gegeben, die Verhandlung nach § 156 ZPO wiederzueröffnen. Das Vorbringen sei nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO nicht zuzulassen. Die Klägerin habe weder im ersten Rechtszug noch in der Berufungsbegründung etwas derartiges vorgetragen. Vielmehr habe sie im Widerspruch zu dieser Behauptung in der Berufungsbegründung angegeben, daß die Beklagten alles so hätten geschehen lassen, wie ihr bevollmächtigter Architekt es geregelt habe. Sie habe es zumindest aus grober Nachlässigkeit unterlassen, die nachträglichen Behauptungen im ersten Rechtszug oder in der Berufungsbegründungsschrift aufzustellen.

Durch Beschluß vom 28. Oktober 1970 hat das Berufungsgericht den Tatbestand seines Urteils u.a. dahin berichtigt, daß die Klägerin bereits in der Schlußverhandlung vom 15. April 1970 unter Beweisantritt behauptet hat, der Architekt W. habe keinen Auftrag ohne Wissen und Willen der Bauherren erteilt.

Die Auffassungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Zu Recht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht die Behauptungen über das Einverständnis der Beklagten mit sämtlichen in Auftrag gegebenen Zusatzarbeiten der Klägerin nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO nicht zugelassen hat.

a) Das Berufungsgericht hat sich ausdrücklich zwar nur mit dieser in dem nachgereichten Schriftsatz vom 15. April 1970 angeführten Behauptung befaßt. Indessen erstreckt sich die Nichtzulassung auf die inhaltsgleiche Behauptung der Klägerin in der Verhandlung vom 15. April 1970, daß W. keinen Auftrag ohne Wissen und Willen der Beklagten erteilt habe. Daraus folgt, daß das Urteil nicht auf der von der Revision ebenfalls als fehlerhaft gerügten Ablehnung beruht, das Verfahren wieder zu eröffnen.

b) Dagegen war die Nichtzulassung der unter Beweis gestellten Behauptung nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO nicht gerechtfertigt. Denn die Klägerin hat diese Angriffs- und Beweismittel zwar nicht im ersten Rechtszug geltend gemacht, aber doch in der Berufungsbegründung mitgeteilt, so daß die Berücksichtigung des neuen Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits im vorliegenden Falle nicht verzögert haben würde.

Die Klägerin hat in ihrem Schriftsatz vom 6. Juni 1968 (S. 2, 3, GA 135, 136) ausgeführt, sie habe keinen Zweifel daran, daß W. den Beklagten bzw. ihren Vertretern bestätigt habe, die Aufträge erteilt zu haben, über welche die Klägerin ihre Rechnungen ausgestellt habe, und sie berufe sich auf das Zeugnis des Architekten W. für ihre Behauptung, daß die Aufträge im Rahmen der von den Beklagten gegebenen Vollmachten erteilt worden seien. Diesen Schriftsatz hat die Klägerin allerdings erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug eingereicht, das Vorbringen aber in der Berufungsbegründung wieder aufge-

nommen (S. 2, GA 181). Das Berufungsgericht hat dies übersehen und dem weiteren Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung, die Beklagten hätten alles so geschehen lassen, wie es ihr bevollmächtigter Architekt Wahala geregelt habe, durch unzulängliche Auslegung und einen nicht zutreffenden, zu ihren sonstigen Ausführungen im Widerspruch stehenden Sinn entnommen. An dieser unzulänglichen Auslegung von Prozeßerklärungen ist das Revisionsgericht nicht gebunden (vgl. RGZ 86, 377, 380; 107, 339, 344; 136, 206, 210). Der klar erkennbare gleichbleibende objektive Sinn dieser gesamten Prozeßerklärungen geht dahin, daß die Beklagten die von dem Architekten W. erteilten Zusatzaufträge kannten und billigten, und daß der Architekt Wahala dies bezeugen kann.

Hat das Berufungsgericht hiernach zu Unrecht angenommen, daß die Klägerin das neue Vorbringen nicht in der Berufungsbegründung mitgeteilt habe (§ 529 Abs. 3 ZPO), so ist auch nicht zu erkennen, daß die Berücksichtigung dieses Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte (§ 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine solche Verzögerung in aller Regel dann nicht vor, wenn der in der Berufungsbegründung benannte Zeuge durch Anordnung nach § 272 b ZPO rechtzeitig zur mündlichen Verhandlung hätte geladen werden können (vgl. u.a. BGH LM Nr. 2, 3, 9 zu § 272 b ZPO). Eine solche hier mögliche Ladung hat besonders nahegelegen, weil ohnehin das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet war und der als Zeuge benannte Architekt W. nach dem Vortrag beider Parteien im Mittelpunkt des streitigen Geschehens stand, soweit es um die Billigung

seines Verhaltens durch die Beklagten ("Einverständnis", "Gewährenlassen", "Vollmachten", "Bestätigungen") geht, und nach Lage der Dinge am ehesten in der Lage sein mußte, als Zeuge zur Aufklärung dieses Streitpunktes zu verhelfen.

Das Berufungsgericht hat daher zu Unrecht dieses Vorbringen der Klägerin nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO nicht zugelassen und über die zutreffend für erheblich gehaltenen Behauptungen der Klägerin keinen Beweis erhoben.

c) Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß die Behauptung über das Einverständnis der Beklagten mit den von W. erteilten Zusatzaufträgen sich auch auf das Absehen von der in Nr. 4 LV dafür vereinbarten Schriftform beziehe (Rev.Begr. S. 7, BU 15). Damit aber geht der Einwand der Beklagten fehl, daß selbst bei Annahme des behaupteten Einverständnisses nicht über die Vereinbarung der Schriftform hinweggegangen werden könne. Daß die Parteien selbst oder durch auch insoweit bevollmächtigte Vertreter die Vereinbarung über die Schriftform durch übereinstimmendes Verhalten ändern können, stellen die Beklagten nicht in Abrede. Mit ihrem Hinweis, daß eine Schriftlichkeitsklausel außer Kraft gesetzt werden könne, wenn die Vertragsschließenden deutlich den Willen zum Ausdruck bringen, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet dieser Klausel gelten (BGH LM Nr. 5 zu § 127 BGB) übersehen sie zunächst, daß dies nach der Behauptung der Klägerin über das Einverständnis der Beklagten hier zutrifft. Im übrigen kann ihnen jedenfalls nicht darin zugestimmt werden, daß die Parteien "nur" auf

diese Weise trotz Schriftlichkeitsklausel mündliche vertragsändernde oder -ergänzende Vereinbarungen treffen können. Eine solche Ausschließlichkeit hat der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung nicht zum Ausdruck gebracht. Vielmehr hat er nur zu dem Fall Stellung genommen, in dem bei Abschluß eines Kaufvertrages mit Schriftlichkeitsklausel für Nebenabreden noch am selben Tage eine Vertragsergänzung mündlich vereinbart sein soll. Darin kann entgegen der Ansicht der Beklagten keine Einschränkung der von dem erkennenden Senat in der Entscheidung vom 26. November 1964 - VII ZR 111/63 - (BGH LM Nr. 20 zu § 125 BGB) vertretenen Auffassung gesehen werden, daß die Parteien einen Vertrag durch mündliche Vereinbarungen selbst dann wirksam ändern oder ergänzen können, wenn sie dabei an die im Vertrag aufgenommene Schriftlichkeitsklausel nicht denken. Denn diese Entscheidung befaßt sich mit dem wesentlich anders liegenden, aber insoweit dem hier in Rede stehenden ähnlichen Fall, daß mündliche vertragsändernde oder -ergänzende Vereinbarungen während der Ausführung eines längere Zeit vorher abgeschlossenen Vertrages, der eine Schriftformklausel enthält, getroffen werden.

2. Rechtsirrtümlich ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß sich aus Nr. 12 LV keine Vollmacht des Architekten W. ergebe, Zusatzaufträge zu erteilen.

Das Berufungsgericht bezieht sich auf den Wortlaut der Nr. 12 LV und auf die zwischen den Beklagten und Wahala getroffene Vereinbarung vom 20. Juli 1962, die folgenden Wortlaut hat:

"Die Vergebung aller Arbeiten erfolgte gemäß VOB in Einzellosen zu Pauschal festpreisen. Somit ergibt sich als Gesamtherstellungssumme auf Grund der Verpflichtungserklärungen der Handwerker für das obige Bauvorhaben der Pauschal festpreis von 358.892,04 DM.

Mehrwünsche des Bauherrn und Änderungen in der Bauanordnung und -durchführung dürfen von mir nur berücksichtigt werden, wenn diese vom Bauherrn vor Auftragserteilung schriftlich genehmigt sind und deren Finanzierung gesichert ist."

Es führt hierzu aus, nach Nr. 12 LV sei W. [REDACTED] als der mit der Oberleitung beauftragte Architekt nur dazu berechtigt gewesen, alle notwendigen Anordnungen zu treffen, auch solche, die den Umfang der Vertragsleistung ändern. Zu solchen notwendigen Anordnungen gehöre nicht, Aufträge für Mehrleistungen über den ursprünglichen Auftrag hinaus zu erteilen. Dem entspreche die Vereinbarung vom 20. Juli 1962, aus der hervorgehe, daß die Einholung einer schriftlichen Genehmigung der Beklagten für die Erteilung von Aufträgen für Mehrleistungen erforderlich sei.

a) Nach dem Sachverhalt läßt sich zwar die - von den Parteien und vom Berufungsgericht unerörtert gelassene - Frage nicht beantworten, ob die Bestimmung über die "Vertretung des Auftraggebers" in Nr. 12 LV eine typische Vertragsklausel mit Geltung in mehr als einem Oberlandesgerichtsbezirk ist und deswegen der freien Auslegung durch das Revisionsgericht unterliegt. Sie kann indessen offen bleiben. Denn die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung verstößt gegen allgemeine Auslegungsgrundsätze, deren Beachtung das Revisionsgericht in jedem Falle, also auch bei der Auslegung individualvertraglicher Bestimmungen, nachzuprüfen hat (vgl. u.a. BGHZ 9, 281; BAG NJW 56, 1732).

b) Bei der Auslegung einer Willenserklärung kommt es nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung darauf an, welcher Wille für den Empfänger erkennbar zum Ausdruck gekommen ist (vgl. u.a. BGHZ 47, 75, 78).

Das Berufungsgericht gibt mit seiner Auffassung, daß dem bauleitenden Architekten W. nach der Erklärung in Nr. 12 LV nicht das Recht eingeräumt worden sei, Aufträge für Mehrleistungen zu erteilen, dieser Vertragsbedingung einen negativen Teilinhalt, der mit dem umfassenden Wortlaut und mit dem sich daraus ergebenden Sinn in Widerspruch steht. Das Recht zur "Vertretung des Auftraggebers" ist dem bauleitenden Architekten nach dieser Bestimmung umfassend eingeräumt worden. Zwei Arten von Anordnungen werden erwähnt. Die erste Art betrifft die "notwendigen Anordnungen". Der Beziehungspunkt für die Notwendigkeit wird zwar nicht ausdrücklich angegeben. Die Anführung im Rahmen des Bauvertrages läßt indessen keinen Zweifel daran, daß hier Anordnungen gemeint sind, die der bauleitende Architekt zur Ausführung der Vertragsleistungen für notwendig hält. Als zweite Art der Anordnungen werden "solche" genannt, "die den Umfang der Vertragsleistung ändern". Unter Umfangsänderungen können aber nur Vergrößerungen oder Verringerungen der Vertragsleistung verstanden werden. Der Vertreter des Auftraggebers kann dies wiederum nur durch solche Anordnungen erreichen, durch die der Bauvertrag geändert wird. In dem Falle, in dem der Umfang der Vertragsleistung erweitert werden soll, bedarf es folglich eines Auftrages für zusätzliche Leistungen. Der Wortlaut der Bestimmung in Nr. 12 LV umfaßt also auch das Recht zur Vertretung bei der Erteilung von Aufträgen für Mehrleistungen.

c) Diese Vollmacht zur Erteilung von Zusatzaufträgen ist allerdings nicht unbeschränkt. Ihre Grenze in dem Umfang der Vertragsleistung sehen zu wollen, wäre allerdings widersinnig. Den Rahmen bildet vielmehr das gesamte Bauvorhaben, für das der Architekt als Oberbauleiter bestellt worden ist, einschließlich der Änderungen, die bei Durchführung derartiger Bauvorhaben erfahrungsgemäß vorkommen können. Die hierzu erforderlichen Bauleistungen sind also auch Gegenstand "notwendiger Anordnungen", die den Umfang der Vertragsleistungen ändern.

Eine formale Grenze findet die Vollmacht in der von dem Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum gewürdigten Schriftlichkeitsvereinbarung nach Nr. 4 LV.

d) Das Berufungsgericht hat aber nicht nur diesen sich aus den Erklärungen selbst ergebenden objektiven Sinn verkannt. Rechtsirrtümlich ist auch sein Hinweis auf die Vereinbarung zwischen den Beklagten und dem Architekten W■■■■. Die Vollmacht wurde hier in Nr. 12 LV "durch Erklärung gegenüber dem Dritten" erteilt (§ 167 Abs. 1 BGB). Durch die Vereinbarung zwischen den Beklagten und W■■■■ wurde dagegen nur die von der Vollmacht zu unterscheidende, das Innenverhältnis bestimmende Geschäftsführungsbefugnis des Architekten beschränkt. Sie hätte möglicherweise dann zur Auslegung der in Nr. 12 LV enthaltenen Vollmachtserklärung herangezogen werden können, wenn sie der Klägerin spätestens bei der von ihr behaupteten Erteilung der Nachtragsaufträge bekanntgegeben worden wäre. Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht nicht getroffen; die Beklagten haben eine derartige Bekanntgabe auch nicht behauptet.

e) Im übrigen hat das Berufungsgericht die für die Auslegung bedeutsamen Feststellungen auch nicht ausgeschöpft. Es hat übersehen, daß es der Architekt W. [REDACTED] war, der den Auftrag durch sein Schreiben vom 9. Mai 1963 "Im Auftrag und für Rechnung der Bauherren Dr. F. P. [REDACTED] ... und R. [REDACTED] Chr. B. [REDACTED] ... vertreten durch die Norddeutsche T. [REDACTED] - und R. [REDACTED] - Gesellschaft m.b.H." "bestätigte". Er trat also bereits bei der Erteilung des schriftlichen Auftrages allein als der für die Beklagten handelnde Vertreter gegenüber der Klägerin auf. Seine Vollmacht hierzu haben die Beklagten nicht in Abrede gestellt.

f) Da die übrigen Bedingungen des zum Bestandteil des Bauvertrages gemachten Leistungsverzeichnisses keine Einschränkung der in Nr. 12, 4 LV erklärten Vollmacht erkennen lassen, ist davon auszugehen, daß W. [REDACTED] bevollmächtigt war, schriftliche Nachtragsaufträge innerhalb des dargelegten Rahmens für die Beklagten zu erteilen.

3. Dem Berufungsgericht kann auch nicht in der Auffassung gefolgt werden, daß die Klägerin nach den von ihr vorgelegten Schriftstücken keinen Zusatzauftrag erhalten habe, der der vereinbarten Schriftform genüge.

Die Klägerin hat sich wegen des von ihr behaupteten Nachtragsauftrages für die Anbringung der Fassadenelemente für die Häuser I und II auf den Aktenvermerk vom 28. Januar 1964 (über Verhandlungen vom 17. Januar 1964) berufen. Dieser von dem Architekten W. [REDACTED] und von der Klägerin abgezeichnete Aktenvermerk, den die

Klägerin übrigens nicht - wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint - erst in der letzten mündlichen Verhandlung vom 15. April 1970, sondern bereits im ersten Rechtszug als Anlage zum Schriftsatz vom 7. März 1968 und im Berufungsrechtszug mit der Berufungsbegründung (S. 10) vorgelegt hat, enthält neben der Aufschlüsselung der Kosten für die Baustelleneinrichtung und neben der Vereinbarung über den - später herabgesetzten - Pauschalpreis für die Aufstockungsarbeiten am Haus III folgende Erklärung über die Arbeiten mit den Fassadenelementen und über die Schlußrechnungen:

"Die Gesamtkosten für das Abladen und Aufsetzen der Fassadenelemente wurde mit

DM 33.564,68

(Schreiben vom 16.1.1964, geprüft von Herrn Architekt S. [REDACTED] und Herrn Architekt M. [REDACTED]) ermittelt. Die Kosten sind auf Haus I und Haus II entsprechend der anfallenden Flächen nach folgendem Schlüssel zu verteilen:

Haus I 49 % = DM 16.446,69

Haus II 51 % = DM 17.117,99

Es wurde vereinbart, daß von der Firma Haase-Bau die Schlußrechnungen für Haus I und Haus II umgehend aufzustellen sind. Hierzu ist allerdings die Prüfung der Nachweispositionen erforderlich; sie soll in den nächsten Tagen erfolgen."

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, dem Vermerk sei zwar zu entnehmen, daß wegen der Fassadenelemente für die Häuser I und II Kosten in Höhe von 16.446,69 DM und 17.117,99 DM ermittelt worden seien. Diese Beträge seien auch in der Rechnung vom 18. März 1964 enthalten. Nach dem Aktenvermerk sei aber nicht ersichtlich, daß ein Auftrag in Höhe dieser Beträge an die Klägerin erteilt worden sei.

a) Diese rechtliche Würdigung des Aktenvermerks ist unzutreffend. Der Vermerk hat nicht nur die übereinstimmende Erklärung über die Ermittlung der Gesamtkosten für das Abladen und Aufsetzen der Fassadenelemente in Höhe von 33.564,68 DM zum Gegenstand. Vielmehr enthält er auch eine Vereinbarung darüber, daß diese Kosten mit bestimmten Einzelbeträgen für Haus I und für Haus II zu verteilen sind. Diese Erklärungen sind im Zusammenhang mit der vorausgehenden gemeinsamen Aufschlüsselung der Kosten der Baustelleneinrichtung auf die einzelnen Häuser sowie mit der nachfolgenden Vereinbarung, daß die Klägerin die Schlußrechnung für Haus I und Haus II umgehend aufstellen soll, zu sehen. Sie lassen keinen Zweifel an der zum Ausdruck gebrachten Vereinbarung, daß diese bestimmten Kosten für die Arbeiten an den Fassadenelementen der Häuser I und II ebenso wie die bestimmten Kosten für die Baustelleneinrichtung in die alsbald zu erteilenden Schlußrechnungen für die Häuser I und II aufgenommen werden sollen. Mit dieser Vereinbarung über den Preis für die genannten Mehrleistungen wird auch zugleich der zuvor mündlich erteilte Auftrag über diese Mehrleistungen schriftlich bestätigt.

b) Hiernach bleibt für die Wirksamkeit des Nachtragsauftrages über das Abladen und Aufsetzen der Fassadenelemente bei den Häusern I und II noch die Frage zu beantworten, ob sich diese Bauleistungen in den oben dargelegten Rahmen des gesamten Bauvorhabens einfügen. Dafür sprechen zwar die Umstände, daß sich die Fassadenelemente an der Baustelle auf Lieferwagen befanden und, worauf das Vorbringen der Beklagten unter Bezugnahme auf das von ihnen vorgelegte Gutachten des Architekten We vom 20. April 1966 (S. 2, GA 36, 61: "Ver-

gabeprotokoll vom 21.7.1962 - Pauschalpreise zwischen Herrn W[REDACTED] und der Bauherrschaft ... Titel 18 Fassadenelemente Davidsen") hindeutet, von W[REDACTED] im Rahmen des Bauvorhabens bei der Lieferfirma D[REDACTED] bestellt worden zu sein scheinen. Sie machen jedoch die für die Entscheidung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen, die das Berufungsgericht noch zu treffen hat, nicht entbehrlich.

4. Unter Berücksichtigung der dargelegten Auffassung des Senats bedarf die Klage, soweit sie auf Zahlung des Restbetrages aus der Zusammenstellung vom 28. Januar 1965 geht, weiterer Aufklärung durch das Berufungsgericht. Hierbei werden auch Inhalt und Bedeutung des von beiden Parteien vorgelegten Aktenvermerks vom 2. (1.) September 1964 (GA 238 Anl. C, 283 Anl. 1 a, 1 b), den das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang bei dem Vortrag der Beklagten erwähnt hat (BU 18, 19) und den nach dem Verteilerschlüssel die Norddeutsche T[REDACTED]- und R[REDACTED]gesellschaft m.b.H. als Vertreter der Beklagten und Dipl. Kaufmann Dr[REDACTED] als Baubetreuer erhalten sollten, im Hinblick auf die darin aufgenommenen Erklärungen über die Fassadenelemente für das Haus III a und b. Dasselbe gilt für die letzte Zahlung "der Beklagten" auf die Schlußrechnung vom 18. März 1964, in der wegen der Fassadenelemente auf den Aktenvermerk vom 17. Januar 1964 hingewiesen worden ist

Ferner wird das Berufungsgericht, soweit es einen vertraglichen Anspruch nicht als begründet ansehen sollte, nach etwaiger Ergänzung des Vorbringens durch die Parteien erneut über den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Wertersatz wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu entscheiden haben.

Falls es auf die Beantwortung der von dem Berufungsgericht ausdrücklich offengelassenen Frage ankommt, ob die Einrede der Verjährung berechtigt ist, werden noch weitere Feststellungen zu treffen sein. Dies gilt insbesondere für den Beginn der Verjährung, der von dem nach Nr. 9 LV, § 16 Nr. 2 VOB/B zu bestimmende Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderungen abhängt. Ebenso bedarf der Vortrag der Klägerin über die Hemmung der Verjährung durch Stundung oder durch einen befristeten Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs (pactum de non petendo, vgl. u.a. BGH LM Nr. 3, 5 zu § 202 BGB, RGZ 142, 263) der Aufklärung. Dies betrifft sowohl das Vorbringen über ein möglicherweise einverständliches Abwarten bis zur endgültigen Prüfung der Rechnungen durch Wahala und später durch Wehle als auch das über das Bemühen um die Zuziehung eines Schiedsgutachters (und Vermittlers) nach der in Nr. 13 LV enthaltenen Vereinbarung.

II.

Die weitergehende Revision hat dagegen keinen Erfolg.

1. Der Anspruch auf Zahlung von 2.850 DM für anteilige Fernsprech-, Strom- und Wasserkosten ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil es sich nicht um Bauleistungen für die Beklagten, sondern um Leistungen der Klägerin für andere Bauunternehmer handelt. Die Parteien trafen, wie sich aus den von der Klägerin vorgelegten zum Vertragsgegenstand gemachten Vorbemerkungen des Architekten (Anlagenhefter S. 7) ergibt, eine ausdrückliche Vereinbarung dahin, daß der "Unternehmer der Maurerarbeiten" den anteiligen Verbrauch von Bauwasser und Strom

"direkt mit den übrigen Unternehmern abzurechnen" habe,
Die Vereinbarung nachträglich zu ändern und die Beklag-
ten mit den anteiligen Kosten für Leistungen der Kläge-
rin an andere Bauunternehmer zu belasten, war der Archi-
tekt Wahala nach dem oben Ausgeführten nicht bevollmäch-
tigt. Die Klägerin hat auch nicht dargetan, daß die Be-
klagten eine solche Übernahme durch den Architekten bil-
ligten oder ihn hierfür besonders bevollmächtigt hatten.

2. Im übrigen, nämlich wegen der Ansprüche auf Zah-
lung von 152,20 DM und von 1.047,74 DM, ist die Revi-
sion mangels Begründung unzulässig (§ 554 Abs. 1 ZPO).

Glanzmann

Erbel

Vogt

Schmidt

Meise