

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

57

----- 2277084

Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B
§ 16 Nr. 4 Abs. 2

Für das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs aus
Verzug genügt nicht eine gewöhnliche Mahnung; Voraus-
setzung hierfür ist vielmehr das Setzen einer Nach-
frist und deren fruchtloser Ablauf.

BGH, Urt. v. 29. Juni 1961 - VII ZR 167/60 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

VII ZR 167/60

Verkündet

am 29. Juni 1961

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 Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundes-
minister der Finanzen, dieser vertreten durch den Ober-
finanzpräsidenten der Oberfinanzdirektion F [REDACTED]
[REDACTED], A [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin, Anschluß-
revisionsbeklagten und Revisionsklägerin,
— Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] —

gegen

die Firma Friedrich K [REDACTED] GmbH., gesetzlich vertreten
durch ihren Geschäftsführer Friedrich K [REDACTED], D [REDACTED]
[REDACTED], H [REDACTED]allee [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschluß-
revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt/Main vom 5. Mai 1960 im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung
von 7.860 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Die Anschlußrevision der Klägerin wird zurück-
gewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die
Klägerin 3/5 zu tragen. Die Entscheidung über die
weiteren 2/5 bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Requisitionsverfügung vom 7. März 1955 hatten die amerikanischen Streitkräfte von der Oberfinanzdirektion Frankfurt/Main die Erstellung von Munitionsbunkern in Lorsch verlangt. Die hierzu erforderlichen Bauarbeiten wurden daraufhin von der Selbständigen örtlichen Bauleitung in Darmstadt ausgeschrieben. Von mehreren eingereichten Angeboten wurde das der Klägerin angenommen. Das an sie am 24. März 1955 gerichtete Auftragschreiben, das als Auftraggeber (Bauherrn) die "Selbständige örtliche Bauleitung Darmstadt" bezeichnete, nahm Bezug auf die "Besonderen und zusätzlichen Vertragsbedingungen" zum Leistungsverzeichnis für die Bauarbeiten in Lorsch, das die Klägerin bei Abgabe ihres Angebots durch Unterschrift anerkannt hatte. Nach Ziffer 1 a der zusätzlichen Bedingungen war die VOB Teil B Bestandteil des Vertrags. In dem Auftragschreiben befand sich u.a. folgende zusätzliche Klausel:

"Dieser Auftrag ist eine Requisitionsleistung und wird von der Selbständigen örtlichen Bauleitung Darmstadt im Auftrage von NAC-Frankfurt/M.- gemäss 6 GA vom 7.3.1955, NA-COM-ENG-18377-55 erteilt.

Ansprüche gegen den Bund oder gegen die selbständige örtliche Bauleitung Darmstadt als Dienststelle des Landes Hessen können daraus nicht hergeleitet werden."

Die Klägerin führte in der Folgezeit die ihr übertragenen Arbeiten aus und erhielt dafür auch eine Bezahlung. Am 27. März 1956 reichte sie bei der staatlichen Bauleitung in Darmstadt eine aufgeschlüsselte Nachtragsforderung von 116.522,19 DM ein, mit der sie u.a. Zahlung für höhere Kosten verlangte. Die staatliche Bauleitung ließ die Nachforderung durch einen Sachverständigen prüfen,



der sie in Höhe von 66.331,71 DM für gerechtfertigt hielt. Die staatliche Bauleitung in Darmstadt kürzte diesen Betrag noch um weitere 2.669,57 DM und bezifferte in einem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 9. Juli 1957 "die vorgeschlagene Entschädigungssumme" auf 63.662,14 DM; gleichzeitig forderte sie die Klägerin auf, hierzu ihr Einverständnis zu erklären. Mit Schreiben vom 16. Juli 1957 erteilte die Klägerin dieses Einverständnis.

Die amerikanische Dienststelle bewilligte aber mit Schreiben vom 10. Februar 1958 eine Nachzahlung von nur 55.802,14 DM; die Mehrforderung von 7.860 DM lehnte sie ab. Daraufhin lehnte auch die Oberfinanzdirektion Frankfurt/Main die Zahlung dieses Betrages an die Klägerin ab. Die bewilligten 55.802,14 DM wurden der Klägerin am 1. Mai 1958 ausbezahlt.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 20.115,54 DM nebst 10,5 % Zinsen aus 7.860 DM seit dem 27. März 1956 und aus 12.255,54 DM seit dem 1. Mai 1958 zu verurteilen. Sie macht einmal den ihr nicht ausbezahlten Unterschiedsbetrag von 7.860 DM geltend, des weiteren 12.255,54 DM als Verzugsschaden. Den letzteren begründet sie damit, daß die Beklagte mit der Auszahlung der 55.802,14 DM seit dem 27. März 1956 in Verzug geraten sei, so daß die Klägerin bis zum 1. Mai 1958 zusätzlich Bankkredit habe in Anspruch nehmen müssen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie macht die Unzulässigkeit des Rechtswegs geltend, da es sich gegenüber der Klägerin um eine Requisitions-

forderung der damaligen Besatzungsmächte gehandelt habe, über die die ordentlichen Gerichte nicht befinden könnten. Ferner hat sie vorgetragen, daß die Forderung von 7.860 DM auch nicht begründet sei. Verzugsschaden könne die Klägerin schon deshalb nicht verlangen, weil sie nicht die nach § 16 Nr. 4 Abs. 2 VOB Teil B erforderliche Nachfrist gesetzt habe.

Hilfsweise rechnet die Beklagte noch mit einem Gegenanspruch von 8.616,88 DM auf; dazu hat sie vorgetragen, die Klägerin habe in Arbeitsgemeinschaft mit einer Firma B [REDACTED] für sie in W [REDACTED] Bauarbeiten ausgeführt und hierfür 8.616,88 DM zuviel erhalten. Diesen Betrag könne die Beklagte als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 7.860 DM nebst 10,5 % Zinsen seit dem 21. Juni 1958 verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagte Berufung und die Klägerin Anschlußberufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat beide Berufungen zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die völlige Abweisung der Klage. Die Klägerin hat Anschlußrevision eingelegt mit dem Antrag, ihrem Klageantrag auch insoweit zu entsprechen, als er abgewiesen worden ist. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung der Revision der Gegenpartei.

Entscheidungsgründe:

I. Die Zulässigkeit des Rechtswegs:

1) Das Berufungsgericht hat die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs bejaht, da eine Requisitionsanforderung lediglich an die Beklagte ergangen sei. Diese habe daraufhin, so führt das Berufungsgericht aus, auf Grund der eingeholten Angebote in freier EntschlieÙung mit der Klägerin einen Werkvertrag abgeschlossen. Sie habe die Requisitionsanforderung auch nicht als "verlängerter Arm" der damaligen Besatzungsmacht an die Klägerin weitergeleitet. Dagegen spreche schon der Wortlaut des Auftragschreibens und die Bezugnahme auf die besonderen und zusätzlichen Vertragsbedingungen, in welchen wiederholt von Vertrag und Vertragserfüllung die Rede sei, wie auch für den Fall verspäteter oder mangelhafter Vertragserfüllung nicht etwa hoheitliche Zwangsmaßnahmen, sondern lediglich die bei bürgerlichrechtlichen Verträgen zulässigen und üblichen Folgen vorgesehen seien. Es liege daher zwischen den Parteien ein bürgerlichrechtlicher Vertrag (Werkvertrag) vor; für Streitigkeiten hieraus sei der ordentliche Rechtsweg gegeben. Auch aus der Klausel in dem Auftragschreiben vom 24. März 1955, daß es sich um eine Requisitionsleistung handele, aus der Ansprüche gegen das Land Hessen oder die Bundesrepublik nicht hergeleitet werden könnten, ergebe sich nichts Entscheidendes für einen Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs; denn diese Klausel stehe in unvereinbarem Widerspruch zu dem sonstigen Vertragsinhalt und stelle deshalb nur eine unrichtige Rechtsauffassung dar, die nicht beachtet werden könne.

2) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind im Ergebnis nicht begründet.

Vorweg ist zu bemerken, daß das Revisionsgericht ohne Bindung an die Würdigung des Berufungsgerichts selbständig zu beurteilen hat, ob der "Auftrag" der Baubehörde vom 24. März 1956 ein Verwaltungsakt oder aber Bestandteil eines bürgerlichrechtlichen Vertrages ist (BGHZ 28, 34, 39; BGH III ZR 6/60 vom 27. 3. 1961, NJW 1961, 1355).

Das genannte Schreiben trägt die Überschrift "Auftrag nach öffentlicher oder beschränkter Ausschreibung", als Auftraggeber zeichnet die "Selbständige örtliche Bauleitung Darmstadt". Er nimmt auf die "Besonderen und zusätzlichen Vertragsbedingungen" Bezug, die ihrem Inhalt nach das Rechtsverhältnis auf die Grundlage der nach dem bürgerlichen Recht, insbesondere nach der VOB Teil B geltenden Bestimmungen stellen, wie in dem angefochtenen Urteil näher dargelegt ist.

Andererseits befindet sich in dem Auftragsschreiben die Klausel, daß es sich um eine Requisition auf Grund "6 GA-Scheins" vom 7. März 1955 handele und Ansprüche gegen den Bund usw. daraus nicht hergeleitet werden könnten.

Das Auftragsschreiben weist somit einen offenbaren Widerspruch in sich auf, und es fragt sich, wie dieser zu lösen ist.

An sich ist es nicht undenkbar, daß auch ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis, wie es durch eine Requisitionsanforderung geschaffen wird, vertragrechtliche

Züge aufweist und daß insoweit auch eine Regelung nach entsprechenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts stattfindet, selbst nach Bestimmungen der VOB. Auf diese Weise hat der Senat in seinen Urteilen vom 23. Mai 1957 - VII ZR 253/56 - und vom 10. Juli 1958 - VII ZR 123/57 - einen ähnlichen Widerspruch gelöst.

Dennoch ist im vorliegenden Fall dem Berufungsgericht im Ergebnis zuzustimmen. Den genannten Entscheidungen des Senats lagen Aufträge aus den Jahren 1947 und 1951 zugrunde. Dem Kläger wurde aber der hier in Rede stehende Auftrag auf Grund einer Requisitionsanforderung vom 7. März 1955 am 24. März 1955 erteilt. Inzwischen waren die damalige US-Besatzungsmacht und die Bundesrepublik übereingekommen, daß mit Wirkung vom 1. Februar 1954 für die Durchführung von Besatzungsbauten die "Auftragsbauten-Grundsätze von 1954" (ABG 1954) gelten sollten. Die Beklagte hat diese Grundsätze im Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen von 1954, Seite 190 ff öffentlich bekanntgemacht.

Nach Ziff. 27 AGB 1954 hat die Bundesrepublik in solchen Fällen ihrer Leistungspflicht gegenüber der Besatzungsmacht durch Abschluß von Werkverträgen mit den Unternehmern nachzukommen, und nach Ziff. 29 aaO in Verbindung mit Ziff. 26 der Ausführungsbestimmungen hierzu sollen für Streitigkeiten aus den mit den Auftragnehmern geschlossenen Verträgen die ordentlichen Gerichte zuständig sein.

Diese veröffentlichten Grundsätze, mit denen ersichtlich rechtsstaatliche Forderungen erfüllt werden sollten, geben den entscheidenden Anhalt für die Lösung des in dem Auftragsschreiben der Baubehörde vom 24. März 1955 enthaltenen Widerspruchs. Es ist hiernach im Zweifel bei

derartigen Aufträgen davon auszugehen, daß sie auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts erteilt sind. Dann aber sind für Streitigkeiten daraus die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 13 GVG).

Dafür, daß im vorliegenden Fall ausnahmsweise etwas anderes gelten sollte, ist dem Vortrag der Beklagten nichts zu entnehmen. Im Gegenteil: Sie hat sich in dem Schreiben der Oberfinanzdirektion Frankfurt/Main vom 25. November 1958 selbst auf den Standpunkt gestellt, daß das vorliegende Rechtsverhältnis nach den Auftragsbauteigungsgrundsätzen durch die Gerichte zu beurteilen sei.

Dem Oberlandesgericht ist daher darin beizutreten, daß der in dem Auftragsschreiben enthaltene Satz, der Auftrag stelle eine Requisition dar und es könnten daraus keine Ansprüche gegen den Bund hergeleitet werden, nur als die Bekundung einer unrichtigen Rechtsansicht anzusehen ist.

II. Die Forderung von 7.860 DM

1) Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob in dem Schreiben der staatlichen Bauleitung in Darmstadt vom 9. Juli 1957 bereits das Anerkenntnis einer Forderung der Klägerin in Höhe von 63.662,14 DM zu erblicken sei; jedenfalls habe die Beklagte damit wie auch schon in der vorangegangenen Besprechung vom 4. Juli 1957 zu erkennen gegeben, daß sie die Forderung der Klägerin in dieser Höhe für begründet halte. Es sei auch kein Anhaltspunkt ersichtlich, der Anlaß dazu geben könnte, die Richtigkeit der eigenen Berechnung der Beklagten nachträglich in Zweifel zu ziehen.

2) Mit Recht wird das von der Beklagten angegriffen.

Ein Schuldanerkenntnis - gleich welcher Art - kann in dem Schreiben der staatlichen Bauleitung vom 9. Juli 1957 keinesfalls gesehen werden. Die Bauleitung spricht in diesem Schreiben nur von einer "vorgeschlagenen Entschädigungssumme"; damit hat sie eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie die Bewilligung dieser Summe lediglich bei der amerikanischen Dienststelle befürworten wolle, also - wenn auch möglicherweise rechtsirrig - davon ausgegangen ist, daß über das Bestehen der Forderung endgültig nur die amerikanische Besatzungsmacht entscheiden könne.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe in jedem Falle die Forderung der Klägerin erkennbar "für begründet" gehalten und es bestünden keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, die Richtigkeit der damaligen Feststellung der Forderung durch die Beklagte anzuzweifeln, ist nicht bedenkenfrei. Mit Recht weist die Beklagte hierzu in ihrer Revisionsbegründung auf ihre Schriftsätze vom 9. März 1959 (S. 4 ff) und vom 29. September 1959 (S. 5) hin, in denen sie die Forderung der Klägerin substantiiert bestritten hat. Damit hätte sich das Berufungsgericht auseinandersetzen müssen (§ 286 ZPO).

Das angefochtene Urteil kann deshalb, soweit die Beklagte zur Zahlung von 7.860 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten werden. Es wird vielmehr bei der gegebenen Sachlage noch zu prüfen sein, ob die Forderung der Klägerin unbeschadet der Feststellung durch die Beklagte in dem Schreiben vom 29. Juli 1957 sachlich begründet ist.

III. Die Aufrechnungsansprüche der Beklagten

1) Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob das Landgericht die Aufrechnungserklärung zu Recht zurückgewiesen hat, denn die Beklagte könne mit der von ihr behaupteten Gegenforderung schon deshalb nicht aufrechnen, weil es an der erforderlichen Gegenseitigkeit fehle (§ 387 BGB). Denn nach dem Vortrag der Beklagten stehe ihr diese Forderung nur gegen die bei einem anderen Bauvorhaben zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossenen Firma B [REDACTED] und die Klägerin gemeinsam, nicht aber gegen die Klägerin allein zu.

2) Die hiergegen gerichtete Revisionsrüge ist begründet.

Das Berufungsgericht hat verkannt, daß die von der Beklagten behauptete Gegenforderung sich gegen eine Arbeitsgemeinschaft, also eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, richtet und daß die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch - und zwar im Zweifel als Gesamtschuldner - persönlich haften. Es fehlt also nicht an der für die Aufrechnung erforderlichen Gegenseitigkeit.

Auch aus diesem Grunde kann die Verurteilung der Beklagten nicht aufrecht erhalten werden.

IV. Die Schadensersatzforderung der Klägerin (Anschlußrevision).

1) Die Klägerin stützt ihre Schadensersatzforderung von 12.255,54 DM darauf, daß die Beklagte bis zum 1. Mai 1958, dem Tag der Zahlung der geschuldeten 55.802,14 DM

in Verzug gewesen sei. Das Berufungsgericht hat diese Forderung ebenso wie die Zinsforderung aus den eingeklagten 7.860 DM für die Zeit vom 27. März 1956 bis 31. Mai 1958 als unbegründet abgelehnt, weil die Klägerin der Beklagten nicht vorher nach § 16 Abs. 4 VOB Teil B eine Nachfrist gesetzt habe. Damit sei die Geltendmachung des Verzugschadens ausgeschlossen.

2) Die mit der Anschlußrevision hiergegen gerichteten Rügen der Klägerin sind nicht begründet.

Das Berufungsgericht legt die Vorschrift des § 16 Nr. 4 Abs. 2 VOB Teil B dahin aus, daß das Setzen einer Nachfrist und deren fruchtloser Ablauf die Voraussetzung für das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs aus Verzug sei (so auch Hereth-Ludwig-Naschold, VOB Teil B § 16 Anm. 75). Dem ist - entgegen der Meinung der Klägerin - zuzustimmen. Die im ersten Satz festgelegte Befugnis des Auftragnehmers, dem Auftraggeber eine Nachfrist zur Leistung einer fälligen Zahlung zu setzen, steht im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen, die im folgenden Satz an den fruchtlosen Ablauf der Frist geknüpft werden. Das sind im wesentlichen die Verzugsfolgen des bürgerlichen Rechts. Der Schluß ist daher berechtigt, daß vor dem Ablauf der Frist keine dieser Verzugsfolgen eintreten soll.

Die Klägerin kann sich demgegenüber auch nicht auf § 242 BGB berufen. Sie hat nicht dargetan, daß im vorliegenden Fall die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Die Zahlungsweigerung der Beklagten beruhte auf ihrer - wenn auch möglicherweise irrigen - Ansicht, daß sie nicht zu zahlen verpflichtet sei, bevor die amerikanischen Dienststellen die Nachtragsforderung bewilligt hätten. Die

Zahlungsweigerung beruhte keinesfalls auf bösem Willen. Der Klägerin war andererseits bekannt, daß die VOB Bestandteil des Vertrages war, und ebenso mußten ihr deren Bestimmungen bekannt sein. Sie hätte also leicht die Möglichkeit gehabt, die nach § 16 Ziffer 4 Abs. 2 VOB Teil B erforderliche Nachfrist schon früher zu setzen. Hat sie das unterlassen und sich mit einer einfachen Mahnung begnügt, so muß das zu ihren Lasten gehen.

Der Hinweis der Klägerin auf die Entscheidung des Senats in NJW 1958, 217 geht fehl; der Senat greift dort auf die Vorschriften des BGB deshalb zurück, weil die VOB insoweit keine abschließende und erschöpfende Regelung enthält. Im § 16 Ziff. 4 Abs. 2 VOB Teil B ist aber, anders als in dem damals entschiedenen Fall, eine abschließende Regelung zu finden.

V.

Auf die Revision der Beklagten ist somit das angefochtene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Zahlung von 7.860 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Anschlußrevision der Klägerin ist als unbegründet zurückzuweisen.

Soweit die Klägerin mit ihrer Anschlußrevision unterlegen ist, können ihr auch schon die Kosten des Revisionsverfahrens in Höhe von 3/5 auferlegt werden (§§ 92, 97 ZPO). Über die weiteren 2/5 der Kosten wird das Berufungsgericht zu befinden haben.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Bundesrichter Dr. Vogt
ist beurlaubt und orts-
abwesend.

Glanzmann