

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 164, 242 Cd

Zum Mißbrauch der Vertretungsmacht eines mit der Durchführung eines Bauvorhabens umfassend bevollmächtigten Vertreters des Bauherrn bei der Vergabe von Zusatzaufträgen.

VOB/B § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2

Eine wirksame Anzeige der Leistung gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B liegt nicht vor, wenn der zur Entgegennahme der Anzeige ermächtigte Vertreter des Bauherrn die Ermächtigung mißbraucht und der Auftragnehmer den Mißbrauch kannte oder sich dieser nach den Umständen aufdrängte.

AGBG § 9 Bf; VOB/B § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1

Wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden ist, verstößt § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B gegen § 9 AGB-Gesetz und ist deshalb unwirksam.

BGH, Urt. v. 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 291/88

URTEIL

Verkündet am
31. Januar 1991
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Rudolf Sch[REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma Rudolf Sch[REDACTED] GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Rudolf Sch[REDACTED], F[REDACTED] Weg [REDACTED], K[REDACTED]
2. der Firma Rudolf Sch[REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Rudolf Sch[REDACTED], F[REDACTED] Weg [REDACTED], K[REDACTED]

Beklagten, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, dieser wiederum vertreten durch die Bundesbaudirektion, F[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED]

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2. die D[REDACTED] B[REDACTED] und G[REDACTED]-Aktiengesellschaft
- B[REDACTED] -, vertreten durch den Vorstand, C[REDACTED]
platz [REDACTED], B[REDACTED]

Streithelferin der Klägerin,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED] und Kollegen,
[REDACTED] [REDACTED] -

WI

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Teilurteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 28. September 1988 aufgehoben, soweit die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von mehr als 464.106,18 DM nebst Zinsen verurteilt worden sind und die Klage auf Zahlung von 4 % Zinsen vom 15. Dezember 1982 bis zum 10. Juli 1985 aus einem Betrag von 960.440,22 DM abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die D[REDACTED] W[REDACTED] errichtete gemeinsam mit dem De[REDACTED] in K[REDACTED] ein neues Rundfunkgebäude. Sie bediente sich dabei der D[REDACTED] Bau- und G[REDACTED]-Aktiengesellschaft - Baugrund - als umfassend bevollmächtigter Vertreterin. Diese hat die Firma I[REDACTED]-Ingenieur und Ba[REDACTED] GmbH mit der örtlichen Bauführung beauftragt. Die Beklagte zu 1) (zukünftig nur Beklagte), deren Komplementärin die Beklagte zu 2) ist, hat Putz- und Trockenbauarbeiten ausgeführt. Auf ihre Schlußrechnung hat die Deutsche Welle 4.172.880,02 DM gezahlt.

Die Klägerin hat aus abgetretenem Recht der D[REDACTED] W[REDACTED] Rückzahlung von 1.723.167,18 DM abzüglich am 4. Oktober 1985 gezahlter 117.295,35 DM nebst Zinsen verlangt. Sie stützt die Klage auf die Feststellung der Rechnungsprüfung, daß Leistungen der Beklagten teilweise doppelt und dreifach berechnet worden seien. Außerdem sei die vereinbarte Lohngleitklausel rechtsunwirksam, weil nicht genehmigungsfähig.

Die Beklagten verteidigen sich gegen die Klageforderung im wesentlichen wie folgt: Den Mehrfachberechnungen würden Zusatzarbeiten und Erschwernisse bei der Ausführung der Leistungen zugrundeliegen, für die nach einer von der Firma B[REDACTED] hingenommenen Abrede mit der Firma I[REDACTED] keine Nachtragsangebote hätten eingereicht werden sollen. Stattdessen sei vereinbart worden, die Mehraufwendungen durch das Vervielfältigen von Massen bei anderen bereits vorhandenen Positionen des Leistungsverzeichnisses abzurechnen. Das zur

Abrechnung benutzte Datenverarbeitungssystem habe nämlich keine Positionen für unerwartete Mehrarbeit, Zulagen, Arbeitsbehinderungen und -erschwerisse vorgesehen. Eine Anpassung des Programms an die aktuellen Bedürfnisse sei aus Zeit- und Kostengründen unterblieben.

Hilfsweise haben die Beklagten mit angeblichen Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit der erheblichen Bauzeitverlängerung in Höhe von 1.398.900,38 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 1.605.861,07 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht durch Teilurteil zurückgewiesen, soweit die Beklagten zur Zahlung von 1.411.151,09 DM nebst Zinsen seit dem 11. Juli 1985 verurteilt worden sind. Wegen des weitergehenden Anspruchs auf Zinszahlung seit dem 15. Dezember 1982 hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Revision eingelegt, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgen. Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision und hat Anschlußrevision eingelegt, mit der sie den weitergehenden Zinsanspruch durchsetzen will.

Der Senat hat die Revision der Beklagten angenommen, soweit sie wegen unberechtigter Mehrfachberechnungen zur Zahlung von 849.947,10 DM zuzüglich 97.547,81 DM Mehrwertsteuer nebst Zinsen verurteilt worden sind.

Die Anschlußrevision hat der Senat angenommen, soweit die Klage wegen des Zinsanspruchs von 4 % aus dem Betrag der

Mehrfachberechnungen zuzüglich Mehrwertsteuer seit dem Tage der Schlußzahlung, dem 15. Dezember 1982 abgewiesen worden ist.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, in der Schlußrechnung seien Leistungen in Höhe von 849.947,10 DM zuzüglich Mehrwertsteuer mehrfach berechnet worden. Die Vergütung sei also für Leistungen gezahlt worden, die in der beschriebenen Form nicht erbracht worden seien.

Es meint, der Zahlungsanspruch der Klägerin sei in dieser Höhe aus im wesentlichen folgenden Erwägungen gerechtfertigt: Soweit Mehrfachberechnungen vorlägen, stehe fest, daß die Rechtsvorgängerin der Klägerin ohne Rechtsgrund gezahlt habe. Die Beklagten hätten keinen anderen Rechtsgrund dargelegt, aus dem die Beklagte die erhaltenen Zahlungen als Vergütung für die behaupteten Zusatzleistungen und Erschwernisse behalten dürfe. Die behauptete Vergütungsvereinbarung mit der Firma I. [REDACTED] sei unwirksam, weil diese, bzw. die Firma B. [REDACTED], die Vollmacht der Bauherrin erkennbar mißbräuchlich ausgenutzt hätten. Die Bauherrin sei offenbar nicht mit einer beträchtlichen Ausdehnung des Auftragsvolumens auf der Grundlage des praktizierten Abrechnungssystems einverstanden gewesen, weil damit jeder Kontrolle der Boden

entzogen und Unregelmäßigkeiten geradezu Tür und Tor geöffnet worden sei. Ein Anspruch der Beklagten ergebe sich für notwendige Zusatzarbeiten nicht aus § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B, weil keine wirksame Ankündigung der eventuellen Zusatzleistungen vorliege. Die Ankündigung gegenüber der Firma Integral genüge nicht. Für nicht notwendige Arbeiten sei ein Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B ausgeschlossen. Ein Schadensersatzanspruch wegen der angeblichen Erschwerisse scheitere schon daran, daß ein konkreter Schaden nicht dargelegt sei.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, die Beklagten müßten darlegen, daß für die Zahlung der 849.947,10 DM zuzüglich Mehrwertsteuer ein anderweitiger Rechtsgrund besteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muß der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs darlegen und beweisen, daß ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung nicht vorlag. Dabei kann er sich darauf beschränken, die vom Bereicherungsempfänger behaupteten Rechtsgründe auszuräumen (BGH, Urteil vom 7. Oktober 1974 - II ZR 119/73 = WM 1975, 10, 11 = NJW 1975, 214, 215; Senatsurteil vom 21. Oktober 1982 - VII ZR 369/80 = WM 1983, 14, 15 = NJW 1983, 626, 627; Urteil vom 9. Mai 1989 - XI ZR 174/88, nicht veröffentlicht, von JURIS dokumentiert). Gelingt ihm dies, ist der Bereicherungsempfänger für einen

anderen Rechtsgrund der Leistung darlegungspflichtig. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Bauherrin die Zahlungen zur Begleichung der in der Schlußrechnung aufgeführten Leistungen erbracht. Diese Leistungen sind in Höhe von 849.947,10 DM mehrfach berechnet worden. In Höhe der Mehrfachberechnungen sind die ausgewiesenen Leistungen nicht erbracht worden. Das alles greift die Revision nicht an. Damit steht fest, daß die Zahlungen ohne den ihnen zugrunde gelegten Rechtsgrund geleistet wurden. Rechtsgrund für die Zahlungen war die vertragliche Verpflichtung, in Auftrag gegebene, tatsächlich erbrachte und entsprechend abgerechnete Leistungen vereinbarungsgemäß zu vergüten. Andere, nicht ausgewiesene und berechnete Leistungen sollten dagegen erkennbar nicht vergütet werden. Es ist deshalb nunmehr Sache der Beklagten vorzutragen, aus welchem Grund ihr die Vergütung gleichwohl zusteht.

2. Ein Rechtsgrund, die erhaltene Vergütung fordern und deshalb behalten zu dürfen, ist nicht die nach der Behauptung der Beklagten mit der Firma **I. [REDACTED]** getroffene Abrede über die Vergütung der angeblichen Zusatzleistungen.

a) Das Berufungsgericht läßt es dahinstehen, ob die Beklagten über den Ursprungsauftrag hinausgehende zusätzliche, für die Vertragserfüllung notwendige Leistungen ausreichend substantiiert vorgebracht haben. In der Revision ist deshalb davon auszugehen, daß derartige Leistungen erbracht worden sind.

b) Ein vertraglicher Vergütungsanspruch steht der Beklagten dafür nicht zu.

Inwieweit die Firma I. [REDACTED] als mit der örtlichen Bau-
führung beauftragte Firma überhaupt befugt war, Zusatzauf-
träge zu vergeben, kann dahinstehen. Denn jedenfalls kann
ihre Befugnis nicht weitergehen als diejenige der Firma B. [REDACTED]
[REDACTED] von der die Firma I. [REDACTED] ihre Vertretungsmacht ab-
leitete. Die Firma B. [REDACTED] konnte die Bauherrin mit der be-
haupteten Abrede nicht rechtsgeschäftlich verpflichten. Da-
mit hätte sie ihre Vertretungsmacht, die nach der Unterstel-
lung des Berufungsgerichts umfassend erteilt worden war, er-
kennbar mißbraucht. Das hat das Berufungsgericht zutreffend
angenommen.

aa) Nach dem Inhalt der Vereinbarung sollte die Beklag-
te vom Auftrag angeblich nicht erfaßte Zusatzleistungen er-
bringen, diese aber in der Schlußrechnung nicht offen aus-
weisen, sondern als Mehrleistungen unter im Leistungsver-
zeichnis bereits vorhandenen anderen Positionen abrechnen.
Diese Art der Beauftragung konnte keine Billigung der Bau-
herrin finden, weil eine nachträgliche Überprüfung der nicht
bezeichneten, aber angeblich erbrachten Zusatzleistungen da-
mit wesentlich erschwert wurde. Daß die Bauherrin auf eine
Überprüfbarkeit der Schlußrechnung Wert legen mußte, war
schon deshalb deutlich, weil sie als öffentliche Auftragge-
berin der Rechnungsprüfung unterlag.

bb) Zu Unrecht meint die Revision, der Mißbrauch der
Vertretungsmacht erfasse nur die Vereinbarung über die Art
und Weise der Verrechnung. Mißbräuchlich ist nicht nur die
Vereinbarung über die Verrechnung der Zusatzleistungen, son-
dern vielmehr die Begründung von Zahlungspflichten für die
Bauherrin, die diese nachträglich nicht mehr zuverlässig

nachvollziehen kann. Die Umstände der Beauftragung schließen, verbunden mit der Art der Verrechnung, eine wirk-
same Kontrolle des Verpflichteten weitgehend aus, so daß
nicht nur eine Überwachung des Auftragnehmers, sondern auch
des Bevollmächtigten erschwert ist. Wie das Berufungsgericht
zurecht hervorhebt, wird dadurch ein kollusives Zusammenwir-
ken zwischen dem Auftragnehmer und den Bevollmächtigten der
Bauherrin zu dem Zweck ermöglicht, in der Schlußrechnung
überhöhte Massen abzurechnen, möglicherweise in der Hoff-
nung, daß dies in der Rechnungsprüfung unentdeckt bleibt.

Entscheidend ist, daß die Bauherrin unter den Bedingun-
gen einer nur ihren Bevollmächtigten und der Beklagten ver-
ständlichen Schlußrechnung Zusatzaufträge nicht erteilt
hätte.

cc) Das alles konnte und durfte der Beklagten nicht
verborgen bleiben.

Die angeblich erteilten Zusatzaufträge verpflichteten
deshalb die Bauherrin nicht. Ein Geschäftsgegner, der den
Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannte oder dem sich auf-
grund der Umstände aufdrängen mußte, daß der Vertreter die
ihm eingeräumte Vertretungsmacht mißbraucht, ist in seinem
Vertrauen auf den Bestand der Vertretungsmacht nicht schutz-
würdig (BGH, Urteile vom 18. Mai 1988 - IVa ZR 59/87 =
WM 1988, 1199, 1201 = NJW 1988, 3012; vom 8. März 1989
- IVa ZR 353/87 = WM 1989, 1068, 1069 = NJW-RR 1989, 642 und
vom 3. Oktober 1989 - XI ZR 154/88 = WM 1989, 1673, 1675 =
NJW 1990, 384, 385 jeweils m.w.N.).

3. Die Beklagte kann für eventuelle Zusatzleistungen auch keine besondere Vergütung nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B fordern. Es kann dahinstehen, ob § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B der hier gebotenen Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhält, wie das Berufungsgericht meint. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht vor.

a) Nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B kann der Auftragnehmer eine besondere Vergütung verlangen, wenn der Auftraggeber oder sein bevollmächtigter Vertreter eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert hat. Er muß den Anspruch vor Ausführung der Leistung ankündigen. Macht der Bevollmächtigte des Auftraggebers erkennbar mißbräuchlich von seiner Vertretungsmacht Gebrauch, gilt nichts anderes wie bei einer Vereinbarung mit dem Auftragnehmer. Die Forderung einer nicht vorgesehenen Leistung löst in diesem Fall keinen Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B aus. Denn es ist ohne Belang, ob der Vergütungsanspruch vertraglich vereinbart wird, oder sich aus § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B ergibt.

b) Die Beklagte kann die besondere Vergütung auch dann nicht nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B fordern, wenn die Zusatzleistungen zur Erreichung einer ordnungsgemäßen Vertragsleistung notwendig gewesen sein sollten. Nach einer älteren Entscheidung des Senats kann in Ausnahmefällen eine Leistung, die zur Erreichung einer ordnungsgemäßen Vertragsleistung notwendig war, als geforderte Leistung im Sinne des § 2 Nr. 6 VOB/B angesehen werden (Senatsurteil vom 15. Mai 1975 - VII ZR 43/73 = Schäfer/Finnern Z 2.310 Bl. 40). Das ist allerdings, wie der Senat ausgeführt hat, dann nicht der Fall, wenn die Leistung vertragswidrig erbracht worden ist.

Vertragswidrig ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausgeführte Leistungen können nicht nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B, sondern allenfalls nach § 2 Nr. 7 bzw. 8 VOB/B berechnet werden (Senat aaO). Das gleiche gilt auch für ausgeführte Leistungen, die, wie hier, unter einem Mißbrauch der Vertretungsmacht in Auftrag gegeben wurden.

Auf die weitere Frage, ob die Firma I. [REDACTED] zur Entgegennahme der Ankündigung gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B befugt war, kommt es deshalb in diesem Zusammenhang nicht an.

4. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Beklagten aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B nicht geprüft, weil es ersichtlich allein § 2 Nr. 6 VOB/B für anwendbar gehalten hat. Das ist jedoch - wie ausgeführt - nicht der Fall.

Unter den Voraussetzungen des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B hat der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch, der entsprechend § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B zu ermitteln ist (vgl. Senatsurteil vom 4. April 1974 - VII ZR 222/72 = WM 1974, 600 = NJW 1974, 1241 = BauR 1974, 273; Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., B § 2 Rdn. 392, 378; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 5. Aufl., B § 2 Rdn. 101). Es kann dahinstehen, ob die Regelung des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B hier wirksam vereinbart worden ist, denn der Anspruch besteht schon deshalb nicht, weil die Beklagte der Bauherrin die Leistungen nicht unverzüglich angezeigt hat.

Nach der Rechtsprechung des Senats reicht eine Anzeige des Auftragnehmers gegenüber dem Vertreter des Auftraggebers

grundsätzlich aus, wenn der Vertreter zur Entgegennahme der Anzeige ermächtigt ist (Senatsurteil vom 12. Juni 1975 - VII ZR 195/73 = WM 1975, 779, 780 = BauR 1975, 358, 359). Eine wirksame Anzeige liegt allerdings dann nicht vor, wenn der Vertreter diese Ermächtigung bei der Entgegennahme der Anzeige mißbraucht und der Auftragnehmer den Mißbrauch kannte oder sich dieser nach den Umständen aufdrängte. So lagen die Dinge nach der Darstellung der Beklagten hier. Die Beklagte hat die einzelnen angeblichen Zusatzleistungen lediglich mit der Firma I. [REDACTED] abgesprochen, wobei von vornherein klar war, daß sie der Bauherrin nicht offen gelegt werden sollten und auch nicht offen gelegt wurden. Unter diesen Umständen hat die Firma I. [REDACTED], für die Beklagte ohne weiteres erkennbar, ihre Ermächtigung zur Entgegennahme der Anzeige mißbraucht.

5. Das Berufungsgericht hat gesetzliche Ansprüche der Beklagten nicht geprüft. Es ist der Auffassung, eine Vergütung aufgrund gesetzlicher Ansprüche für nicht notwendige Leistungen sei gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B ausgeschlossen. Diese Klausel verstoße nicht gegen § 9 AGB-Gesetz. Es fehle insbesondere eine Abweichung von den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, wonach niemand für etwas bezahlen müsse, das er nicht haben wolle.

Das greift die Revision zurecht an. § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B schließt gesetzliche Ansprüche auch für notwendige Leistungen aus. Schon aus diesem Grunde hält die Klausel der hier gebotenen Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz nicht stand.

a) Zurecht geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Parteien die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart haben und deshalb die Regelung des § 2 Nr. 8 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterzogen werden muß.

Die von der Bauherrin verwendeten Besonderen Vertragsbedingungen EVM (B) BVB (1975) und Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (Ausgabe 1975) EVM (B) ZVB (1975) enthalten für den Auftragnehmer nachteilige Bestimmungen, die in den Kernbereich der VOB/B eingreifen und deren Ausgewogenheit empfindlich stören.

So sieht Nr. 22.5 der EVM (B) ZVB (1975) für angelieferte, aber noch nicht eingebaute Stoffe und Bauteile, sowie für Bauteile, die für die geforderte Leistung eigens angefertigt und bereitgestellt sind, eine Abschlagszahlung von lediglich 70 Prozent des nach den Kosten des Auftragnehmers berechneten Wertes vor. Das verändert den Kerngehalt der VOB/B, weil nach deren § 16 Nr. 1 erbrachte Leistungen vollständig zu vergüten sind (Senatsurteil, BGHZ 101, 357, 361).

b) § 2 Nr. 8 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B regeln den Anspruch des Auftragnehmers, wenn Leistungen ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausgeführt worden sind. Diese Regelung ist abschließend. Demnach hat der Auftragnehmer selbst bei notwendigen Leistungen keinen Zahlungsanspruch, wenn er diese nicht unverzüglich angezeigt hat (OLG Hamburg, BauR 1982, 69, 70; Ingenstau/Korbion aaO Rdn. 391; Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab aaO Rdn. 92; Hundertmark DB 1987, 32, 35).

Soweit dadurch gesetzliche Ansprüche ausgeschlossen werden, ist das mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren. § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B benachteiligt deshalb den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam.

aa) Nach der gesetzlichen Regelung kann der Auftragnehmer bei auftragslos erbrachten Leistungen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. dazu Senatsurteil vom 2. März 1972 - VII ZR 143/70 = NJW 1972, 940 - insoweit dort nicht abgedruckt; Grimme, Die Vergütung beim Werkvertrag, S. 236) und ungerechtfertigter Bereicherung haben (Senatsurteil vom 23. März 1972 - VII ZR 184/70 = Schäfer/Finnern Z 2.301 - Bl. 46; vgl. auch OLG Hamm, MDR 1975, 488 Nr. 40; OLG Stuttgart, BauR 1977, 291; von Craushaar BauR 1982, 427 f.; Koller DB 1974, 2385 ff., 2458 f.). Solche Ansprüche bestehen jedenfalls in aller Regel dann, wenn die Leistungen zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages notwendig waren. Von einer Anzeige der Leistung hängen sie nicht ab. Nach § 681 Satz 1 BGB hat der Geschäftsführer die Übernahme der Geschäftsführung zwar auch anzuzeigen, sobald es tunlich ist. Geschieht dies nicht, entfällt sein Anspruch auf Aufwendungsersatz jedoch nicht. Er kann sich allerdings Schadensersatzpflichtig machen (Senat, BGHZ 65, 354, 357).

bb) Der demgegenüber in § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B geregelte Ausschluß jeglichen Vergütungsanspruches ist eine schwerwiegende (Ingenstau/Korbion aaO Rdn. 391), den Auftragnehmer hart treffende Folge (von Craushaar BauR 1984,

311, 321), die durch die Interessen des Auftraggebers an der Anzeige nicht gerechtfertigt wird.

Die Anzeigepflicht schützt einerseits die Dispositionsfreiheit, andererseits die Erwartung des Bauherrn, alle für die Vertragserfüllung notwendigen Arbeiten in Auftrag gegeben zu haben, deshalb nur die vereinbarte Vergütung zu schulden und nicht nach Abschluß des Bauvorhabens mit weiteren Forderungen überrascht zu werden (vgl. Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB, ErlZ B 2.162; von Craushaar aaO 322, Hundertmark aaO 36). Dieses Interesse an frühzeitiger Aufklärung rechtfertigt zwar eine Anzeigepflicht, nicht jedoch die Versagung gesetzlicher Ansprüche. Das hat der Senat schon in der Entscheidung zu § 681 Satz 1 BGB zum Ausdruck gebracht (aaO, 357). Auch unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage beim Bauvertrag reicht es aus, die Verletzung der Aufklärungspflicht mit Schadensersatzansprüchen zu sanktionieren.

Nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B besteht ein Anspruch ohnehin nur, wenn die Arbeiten notwendig waren. Im Regelfall wird der Auftraggeber deshalb mit der Geschäftsführung einverstanden sein. Es ist unangemessen, dem Auftragnehmer im Hinblick auf die Fälle, in denen der Bauherr die Ausführung der Leistung in Wahrheit nicht billigt, weil er etwa einen anderen Unternehmer mit der Ausführung des Geschäfts beauftragen oder zeitlich anders disponieren wollte, den gesetzlichen Anspruch stets und insbesondere auch dann zu versagen, wenn er die Ankündigung aus Unachtsamkeit vergessen hat. Die Unbilligkeit der Regelung wird in den Fällen offenkundig, in denen der Unternehmer sich irrtümlich zur Leistung verpflichtet gehalten hat. In diesen Fällen hat der Unternehmer zu einer Anzeige keine Veranlassung.

III.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob die Beklagte eine Vergütung für zusätzliche Leistungen nach den gesetzlichen Vorschriften beanspruchen kann.

Eine abschließende Entscheidung des Senats über diese Frage ist nicht möglich, weil die Sache insoweit nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entscheidungsreif ist.

1. a) Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag scheitert allerdings daran, daß die Leistung ohne entsprechende Dokumentation sowohl im Zeitpunkt ihrer Ausführung als auch bei der Abrechnung nicht dem Interesse oder dem mutmaßlichen Willen der Bauherrin entsprach.

b) Ein Bereicherungsanspruch der Beklagten ist hingegen möglich. Sie hat vorgetragen, die angeblich erbrachten zusätzlichen Leistungen seien für die ordnungsgemäße Errichtung des Bauwerkes notwendig gewesen. Soweit dies der Fall ist, kann ihr ein Ausgleich für eine etwaige Ersparnisbereicherung der Bauherrin nicht versagt bleiben (Senatsurteil vom 23. März 1972, aaO). Der Bereicherungsanspruch ist nach den bisherigen Feststellungen nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Das Berufungsgericht hat der Beklagten in Bezug auf ihre Unkenntnis von der fehlenden Anspruchsberechtigung lediglich Fahrlässigkeit zur Last gelegt. Der Ausschluß der Kondiktion nach § 814 BGB greift hingegen nur bei positiver Kenntnis vom Fehlen der Leistungsverpflichtung ein (BGH, Beschluß vom 26. Juni 1986 - III ZR 232/85 = WM 1986, 1160).

c) Ein Anspruch ist auch für die von der Revision gesondert gerügte Position 128 nicht auszuschließen. Unter dieser Position hat die Beklagte nach ihrer Behauptung Kosten für die Erneuerung von Mineralwolle abgerechnet, ohne dies jedoch in der Rechnung kenntlich gemacht zu haben. Die Erneuerung soll notwendig gewesen sein, weil infolge fehlerhafter Dachdeckerarbeiten die Mineralwolle durch Regen feucht geworden sein soll.

Das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen dazu, ob die zunächst gelieferte Mineralwolle vor oder nach Abnahme der Bauleistungen beschädigt worden ist. Auf diese Frage kommt es an.

aa) Ein gesetzlicher Anspruch der Beklagten auf zusätzliche Vergütung der erneut eingebauten Mineralwolle kommt nicht in Betracht, wenn die ursprünglich gelieferte Mineralwolle vor Abnahme der Leistungen der Beklagten beschädigt worden ist, weil die Beklagte bis zur Abnahme gemäß § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB die Gefahr des Untergangs und der Beschädigung trägt (Senat, BGHZ 78, 352, 354).

Zu Unrecht will die Revision aus der Entscheidung des Senats vom 12. Juli 1973 - VII ZR 196/72 = NJW 1973, 1698 = BauR 1973, 317 etwas anderes herleiten. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall war die Bauleistung vor Abnahme durch unabwendbare Umstände beschädigt worden, so daß § 7 Nr. 1 VOB/B Anwendung fand. Ein unabwendbares Ereignis liegt aber nicht schon allein deshalb vor, weil ein Dritter die Bauleistung vor Abnahme beschädigt hat (Senat,

BGHZ 78, 352, 358). Unabwendbar ist ein Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung in dem Sinne unvorhersehbar ist, daß es oder seine Auswirkungen trotz Anwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel durch die äußerste nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder in seinen Wirkungen bis auf ein erträgliches Maß unschädlich gemacht werden kann. Daß die Bauleistung durch ein solches Ereignis beschädigt oder zerstört worden ist, hat der Auftragnehmer darzulegen (Senat, Urteil vom 23. November 1961 - VII ZR 141/60 = Schäfer/Finnern Z 2.413 Bl. 18; Urteil vom 24. Juni 1968 - VII ZR 43/66 = Schäfer/Finnern Z 2.413 Bl. 34 = WM 1968, 1017; BGHZ 61, 144, 145). Das ist hier nicht geschehen. Ist das schädigende Ereignis nicht unabwendbar, kann der Bauunternehmer nach Wiederherstellung seines Werkes nur die vertraglich vereinbarte Vergütung verlangen.

bb) Ist die Mineralwolle dagegen nach Abnahme des Werkes beschädigt worden, trägt die Bauherrin die Vergütungsgefahr. In diesem Fall kann zusätzlich zum vertraglichen Vergütungsanspruch für die zunächst eingebaute Mineralwolle ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben sein.

2. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob und in welchem Umfang Zusatzarbeiten erledigt worden sind. Der Senat kann auch nicht feststellen, in welchem Umfang die Mehrfachberechnungen die angeblichen Zusatzleistungen überhaupt abgelten sollten. Das Urteil muß deshalb in vollem Umfang der Mehrfachberechnung aufgehoben werden.

a) Allerdings sollten nach dem Vortrag der Beklagten die Mehrfachberechnungen nicht nur den Vergütungsanspruch

für zusätzliche Leistungen, sondern auch für behauptete Arbeitsbehinderungen und -erschwernisse abdecken. Zutreffend hat das Berufungsgericht entschieden, daß die Beklagte für Arbeitsbehinderungen und -erschwernisse keine Vergütung verlangen kann. Ein vertraglicher Vergütungsanspruch besteht nicht, weil die behauptete Vergütungsvereinbarung die Bauherrin nicht bindet (oben II 3. c). Einen danach allein in Betracht kommenden Schadensersatzanspruch der Beklagten verneint das Berufungsgericht, weil die Beklagten einen konkreten Schaden nicht substantiiert dargetan hätten. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Das Urteil enthält jedoch keine Feststellungen zur Höhe der vom Berufungsgericht zurückgewiesenen Ansprüche für Arbeitsbehinderungen und -erschwernisse. Der Senat ist deshalb nicht in der Lage, den darauf entfallenden Anteil der Mehrfachberechnungen zu ermitteln und das Urteil in diesem Umfang aufrechtzuerhalten.

b) Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben, soweit die Beklagten zur Zahlung von 849.947,10 DM nebst Mehrwertsteuer und Zinsen verurteilt worden sind. Die Mehrwertsteuer ist nicht in ihrem Gesamtbetrag von 110.493,12 DM, sondern lediglich in Höhe von 96.997,81 DM ausgeurteilt worden. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich, daß die zwischenzeitliche Zahlung der Beklagten in Höhe von 13.495,31 DM von dem Gesamtbetrag der Mehrwertsteuer abgezogen worden ist, die auf den Betrag der Mehrfachberechnungen entfällt.

Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird darüber zu entscheiden haben, inwieweit

sich der Vortrag der Beklagten auf Zusatzleistungen bezieht und inwieweit es diesen Vortrag im Hinblick auf einen Bereicherungsanspruch für schlüssig hält. Jedenfalls teilweise dürften die Beklagten diese Leistungen nach Art, Gegenstand, Menge und Einheitspreis so ausreichend beschrieben haben, daß ihre Identifizierung im Bauobjekt und Überprüfung durch einen Sachverständigen möglich ist.

Inwieweit ein Bereicherungsanspruch aus den im Schriftsatz der Klägerin vom 23. Januar 1987 genannten Gründen ausscheidet, wird das Berufungsgericht nach weiterer Aufklärung des Sachverhalts zu entscheiden haben.

Sollte es noch auf die Hilfsaufrechnung ankommen, weist der Senat darauf hin, daß der Vortrag zu den zur Aufrechnung gestellten Ansprüchen wegen der verlängerten Bauzeit aus § 6 Nr. 6 VOB/B nach der zutreffenden Beurteilung des Berufungsgerichts unschlüssig ist. Die Hilfsaufrechnung hatte deshalb auch keinen Erfolg, soweit das Berufungsgericht die Beklagten zur Rückzahlung der Löhne verurteilt hat.

B. Die Anschlußrevision

I.

Der Senat hat die Anschlußrevision der Klägerin angenommen, soweit die Klage auf Zahlung von 4 % Zinsen vom 15. Dezember 1982 bis zum 10. Juli 1985 aus 960.440,22 DM (849.947,10 DM zuzüglich des Gesamtbetrages der Mehrwertsteuer von 110.493,12 DM) abgewiesen worden ist. Da die

Zahlung auf die Mehrwertsteuer in Höhe von 13.495,31 DM erst nach dem 11. Juli 1985 erfolgt ist, hat sie auf den hier relevanten Verzinsungszeitraum keinen Einfluß. Anders als bei der Revision der Beklagten ist sie nicht abzuziehen.

II.

Im Umfang der Annahme hat das Urteil keinen Bestand. Denn das Berufungsgericht hat entscheidungserheblichen Parteivortrag verfahrensfehlerhaft übergangen oder falsch ausgelegt.

1. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin aus § 819 BGB auf Zahlung der Zinsen seit dem 15. Dezember 1982, dem Tage, an dem die Schlußrechnung bezahlt worden ist. Die Voraussetzungen dieser Norm seien nicht dargetan, da die Klägerin gegen die Beklagte nur den Vorwurf der Fahrlässigkeit in Bezug auf ihre Unkenntnis von der fehlenden Anspruchsberechtigung erhoben habe.

2. Diese Auslegung des Parteivortrages rügt die Revision zurecht. Die Frage, ob der Tatrichter das gesamte Parteivorbringen bei seiner Beurteilung berücksichtigt hat, unterliegt uneingeschränkt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht (Senatsurteil vom 29. Juni 1989 - VII ZR 330/87 = NJW-RR 1989, 1248 = WM 1989, 1732 = ZfBR 1989, 248). Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich, daß sie der Beklagten nicht nur fahrlässige Unkenntnis vorwirft.

Die Klägerin hat die angeblichen Mehrleistungen und Vereinbarungen bestritten. Das ergibt sich aus dem Tatbestand des Berufungsurteils. Schon dadurch tritt sie der gesamten Darstellung der Beklagten entgegen. Sie will also ersichtlich die Möglichkeit eines betrügerischen Verhaltens in ihren Vortrag einbeziehen, mag sie insoweit auch eher zurückhaltend formuliert haben. Auch die von der Revision angegebenen Aktenstellen bringen diese Absicht der Klägerin hinreichend deutlich zum Ausdruck; dort ist an mehreren Stellen von einem "betrügerischen" Verhalten der Beklagten die Rede.

3. Dieser Verfahrensverstoß führt zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht in dem genannten Umfang. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Urteil auf ihm beruht. Die Parteien haben ihren Vortrag zu den bestrittenen Vereinbarungen und Zusatzleistungen schon erstinstanzlich unter Beweis gestellt. Sollte nach der Beweisaufnahme davon auszugehen sein, daß die angeblichen

Zusatzleistungen nicht erbracht wurden, dürfte auch anzunehmen sein, daß die Beklagte den Mangel des rechtlichen Grundes für den Empfang der streitigen Vergütung kannte. In diesem Fall schulden die Beklagten als Gesamtschuldner 4 % Zinsen seit dem Empfang des Geldes gemäß §§ 819, 291, 288, 246 BGB.

Lang

Quack

Thode

Hausmann

Wiebel