

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

2345 077

5 43

Gesetz: BGB § 325
Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)

Rechtssatz: Die vertraglich vereinbarte Anwendung der VOB
schliesst jedenfalls für die Fälle der Unmöglich-
keit der Leistung die Anwendung der allgemeinen
Vorschriften des BGB nicht aus.

Aktenzeichen: VII ZR 47/57

LG Osnabrück

Urteil des BGH vom 18. November 1957

OLG Oldenburg

VII ZR 47/57

Verkündet am 18. November 1957
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

des Tiefbauunternehmers Wilhelm J. [REDACTED] in H. [REDACTED] (Westf.),
E. [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wasser- und Bodenverband B. [REDACTED] in S. [REDACTED], Kreis A. [REDACTED]-
Hü. [REDACTED], vertreten durch den Verbandsvorsteher Ha. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 1957 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 28. Juni 1956 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

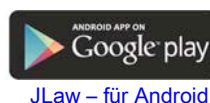
Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 12. September 1950 übertrug der Beklagte dem Kläger den Ausbau von Entwässerungsgräben und die Herstellung von Wirtschaftswegen in seinem Gebiet für eine Vergütung von insgesamt 231 204 DM. Die Arbeiten sollten als Notstandsarbeiten durchgeführt werden, sofort aufgenommen werden und bis zum 31. März 1951 beendet sein (§ 3 des Vertrages). Der Präsident des Landesarbeitsamtes in Hannover hatte zugesagt, dass für jeden bei diesem Vorhaben beschäftigten Arbeitslosen je Tag 4 DM, insgesamt bis zum 31. Dezember 1950 etwa 20 000 DM an Förderungsbeiträgen bezahlt werden sollten. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B (DIN 1961) sollten Grundlage des Vertrages sein (§ 4 des Vertrages).

Auf Grund eines in der Ausschusssitzung des Beklagten vom 1. September 1950 gefassten Beschlusses hatte der Beklagte dem Kläger den Zuschlag unter der Bedingung erteilt, dass er die zur Einrichtung der Baustelle erforderliche Arbeitsgerätschaft nachweise und in der Lage sei, die Arbeiten bis zur ersten Abschlagszahlung vorzufinanzieren. Der Kläger hatte sich daraufhin wegen eines Kredits an den Staatsbeauftragten für die Erschliessung des Emslandes in Meppen gewandt. Dieser hatte am 6. September 1950 ein Schreiben an den Oberkreisdirektor Dr. Fischer in Aschendorf gerichtet, von dem der Kläger eine Abschrift erhielt. Darin hatte sich der Staatsbeauftragte damit einverstanden erklärt, dass der Kreis den von ihm für die Baumaßnahme "B [REDACTED]" angeforderten 1. Kreditbetrag von 25 000 DM um weitere 25 000 DM auf 50 000 DM erhöhe und in dieser Höhe dem Kläger einen Kredit eröffne, der durch die Kreissparkasse abgerechnet und durch Abschlagszahlungen gemäss den Rechnun-



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

gen des Klägers abgedeckt werden sollte.

Am 31. Oktober 1950 wurden dem Kläger 25 000 DM von der Kreissparkasse, die schon seit dem 12. September 1950 mit Zahlungen und Überweisungen zu seinen Lasten begonnen hatte, gutgeschrieben. Weiter leistete der Beklagte im Oktober und Anfang November insgesamt 10 000 DM Abschlagszahlungen an den Kläger. Die 2. Rate des Kredits in Höhe von 25 000 DM wurde dem Kläger aber nicht ausbezahlt, vielmehr hatte der Staatsbeauftragte schon am 4. Oktober 1950 ein Schreiben an den Landkreis gerichtet, in dem er auf einen Vortrag des Kreisbaumeisters Wiegelmann Bezug nimmt. Darin stellt der Staatsbeauftragte fest, dass er nicht dem Kläger, sondern dem Beklagten einen Vorschuss von 25 000 DM zur Verfügung gestellt habe, der unter der Kontrolle des Kreisbauamts stehe und den Zweck verfolge, dem Kläger die Leutelöhne für einen Zeitabschnitt von jeweils 14 Tagen vorzuhalten. In dem Brief heisst es weiter, er, der Staatsbeauftragte, ... halte es für recht bedenklich, dass der Kläger bereits 20 000 DM erhalten habe und der Bedarf an sächlichen Betriebskosten ebenfalls aus dem Vorschuss gedeckt werden solle. Weiter empfehle er, in der Kreditbewilligung nur soweit zu gehen, dass der Kredit stets durch den auf etwa 16 000 DM geschätzten Unternehmergeinn des Klägers gedeckt bleibe.

Im November 1950 war der Kläger nicht in der Lage, die von ihm beschäftigten Arbeiter, insbesondere die Notstandsarbeiter, zu entlohnen. Mit Schreiben vom 18. November 1950 forderte das Arbeitsamt den Kläger auf, die Notstandsarbeiter sofort zu entlassen, und teilte ihm mit, dass er auch dann keine Notstandsarbeiter mehr erhalten werde, wenn er seine finanziellen Schwierigkeiten beheben

sollte. Am gleichen Tage gab das Arbeitsamt dem Kreis die Nachricht, dass vom 21. November 1950 an keine Förderungsbeträge für die Notstandsarbeiter mehr bezahlt würden, auch wenn der Kläger seine Geldschwierigkeiten beheben könnte. Bis zu diesem Tage war der Kläger mit Löhnen in Höhe von 7 414,76 DM und mit Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von etwa 3 500 DM in Rückstand.

Schon vorher hatte der Kläger mit der Bank für Gemeinwirtschaft in D [REDACTED] Kreditverhandlungen aufgenommen. Auf Grund einer Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kreisbaumeister W [REDACTED] sollte am 21. November 1950 eine Verhandlung im Kreisamt in A [REDACTED] über diese Angelegenheit stattfinden. Bevor der Beauftragte der Bank am frühen Nachmittag dort eintraf, hatte der Beklagte jedoch auf Anweisung des Oberkreisdirektors F [REDACTED] ein Schreiben an den Kläger gerichtet. Darin heisst es, dass das Arbeitsamt die weitere Beschäftigung von Notstandsarbeitern verweigere und der Beklagte den Vertrag kündige, weil der Kläger seine Zahlungen eingestellt habe. Er trete auch deshalb vom Vertrage zurück, weil der Kläger seine vertragliche Verpflichtung, die Arbeiten fortlaufend ohne Stockungen durchzuführen, nicht eingehalten habe.

Der Kläger beansprucht von dem Beklagten die vertraglich vereinbarte Vergütung abzüglich der durch die vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses ersparten Auslagen und errechnet zuletzt eine Gesamtforderung von 69 703,64 DM (vgl. Schriftsatz vom 28. Dezember 1955 Seite 2). Hiervon macht er mit der Klage einen Teilbetrag von 6 100 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1951 geltend.

Er hat vorgebracht, der Beklagte sei zur Lösung des Vertrages nicht berechtigt gewesen. Die Zahlungsschwierigkeiten des Klägers seien nur darauf zurückzuführen, dass er die 2. Rate des ihm zugesicherten Staatskredites nicht erhalten habe, weil der Kreisbaumeister W. und der Bauinspektor Sch. statt ihm zu unterstützen, gegen ihn gearbeitet hätten. Das müsse sich der Beklagte anrechnen lassen, da diese Beamten für ihn tätig gewesen seien. Der Beklagte habe auch selbst sich nicht für die Auszahlung der ihm zustehenden 2. Kreditrate eingesetzt, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre. Überdies habe der Beklagte durch seine überraschende Kündigung die Auszahlung des von der Bank für Gemeinwirtschaft zugesicherten Kredites verhindert. Mit Hilfe dieses Kredites hätte der Kläger die rückständigen Verbindlichkeiten sofort begleichen und die Arbeit durchführen können.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Behauptungen des Klägers bestritten. Mit der Auszahlung der 2. Rate des Staatskredites habe er nichts zu tun gehabt. Die Sperre dieser Rate habe der Kläger selbst herbeigeführt, weil er nicht den erforderlichen Verwendungsnachweis für die 1. Rate eingereicht habe. Nach Zurückziehung der Notstandsarbeiter sei der Kläger nicht mehr in der Lage gewesen, das Bauvorhaben durchzuführen. Den Kredit der Bank für Gemeinwirtschaft habe der Kläger schon deshalb nicht bekommen können, weil diese Bank die Beteiligung eines zweiten Unternehmers verlangt habe und der Beklagte die nach § 4 Nr. 10. VOB Teil B (Ausgabe von 1935) hierfür erforderliche Zustimmung keinesfalls erteilt haben würde. Auch die Berechnung des Klägers werde beanstandet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlan-

desgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass der Beklagte berechtigt gewesen sei, nach § 325 BGB von dem Vertrag zurückzutreten, weil dem Kläger die Ausführung der von ihm übernommenen Arbeiten mit Notstandsarbeitern dadurch nachträglich unmöglich geworden sei, dass er seit November 1950 nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Löhne zu zahlen; der Rücktritt liege in dem Kündigungsschreiben vom 21. November 1950. Ausserdem hält das Berufungsgericht die Kündigung nach § 8 Nr. 2 VOB Teil B für zulässig, weil der Kläger seine Zahlungen eingestellt habe.

2.) Auf die zweite Erwägung des Berufungsgerichts braucht nicht eingegangen zu werden. Dem ersten der angeführten Gründe ist beizutreten.

a) Die Revision ist allerdings der Meinung, dass das Berufungsgericht zu Unrecht die Bestimmung des § 325 BGB angewandt habe. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen sei von den Parteien zur Vertragsgrundlage gemacht worden. Damit sei die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 325 BGB, die kein zwingendes Recht sei, ausgeschlossen worden. Sie könne, wenn überhaupt, höchstens in "atypischen" Fällen, die in der VOB nicht hätten berücksichtigt werden können, angewandt werden. Schwierigkeiten in der Fertigstellung der übernommenen Arbeiten, die ihre Ursache in Zahlungsschwie-

rigkeiten des Unternehmers haben, könnten aber nicht als atypische Fälle angesprochen werden, da sie bei der Durchführung von Bauaufträgen nichts Ungewöhnliches seien.

Diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Die vertraglich vereinbarte Anwendung der VOB schliesst jedenfalls für die Fälle der Unmöglichkeit der Leistung entgegen der Auffassung der Revision die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB nicht aus. In dem § 8 VOB Teil B sind keineswegs alle praktisch vorkommenden Kündigungs- und Rücktrittsgründe geregelt; die allgemeinen Bestimmungen des BGB über Leistungsstörungen können daher, soweit die VOB keine Regelung enthält, daneben noch herangezogen werden. Dies gilt insbesondere in dem Fall, dass dem Unternehmer die ihm obliegende Leistung unmöglich wird. In diesem Falle sind daher die §§ 275 ff, 325 BGB anwendbar. Das entspricht der in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Meinung (RG in DR 1941, 77; Hereth/Ludwig/Nascholtz. Komm. z. VOB 1952 Bd. II S. 223 Nr. 103 und S. 261 Nr. 6).

b) Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass die Zahlungsschwierigkeiten des Klägers im November 1950 und die dadurch verursachte Zurückziehung der Notstandsarbeiter durch das Arbeitsamt dem Kläger die Durchführung des Bauvorhabens unmöglich gemacht haben. Denn die Beschäftigung von Notstandsarbeitern und die damit verbundene geldliche Förderung des Unternehmens durch Mittel der Arbeitslosenversicherung war ein wesentliches Stück des zwischen den Streitteilen geschlossenen Werkvertrags (siehe § 3 daselbst). Deshalb liegt hier nicht nur ein Leistungsverzug des Klägers vor, ein Fall, für den die VOB Teil B in § 8 Abs. 3 (Fassung von 1935) Vorschriften enthält; vielmehr war spätestens durch die Er-

klärung des Arbeitsamtes, es werde dem Kläger selbst bei Besserung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse keine Notstandsarbeiter mehr zuweisen, ein dauerndes Unvermögen des Klägers, die geschuldete Leistung zu erbringen, eingetreten (vgl. § 275 Abs. 2 BGB). Dieses hat der Kläger, da es auf Geldmangel beruht, nach § 279 BGB zu vertreten, gleichviel, ob er es verschuldet hat oder nicht. Insoweit wird das Urteil von der Revision auch nicht angegriffen.

Die Revision meint jedoch, der Beklagte könne sich auf diese Unmöglichkeit deshalb nicht berufen, weil er in vertragswidriger Weise die Zahlungsschwierigkeiten des Klägers herbeigeführt oder ihren Eintritt nicht verhindert habe. Dazu ist folgendes zu bemerken:

aa) Die Zahlungsschwierigkeiten des Klägers sind dadurch entstanden, dass dem Kläger die 2. Rate des ihm zugesicherten Staatskredites nicht ausbezahlt worden ist. Dieser Kredit ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Voraussetzung für die Übertragung der Arbeiten an den Kläger gewesen.

Der Kläger glaubt, die Sperre des Kredits sei unberechtigt gewesen und der Beklagte sei dafür verantwortlich zu machen, weil der Kreisbaumeister W. [REDACTED] und der Bauinspektor Sch. [REDACTED], statt ihn zu unterstützen, gegen ihn gearbeitet hätten. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Es ist der Auffassung, dass selbst dann, wenn dies richtig wäre, der Beklagte hierfür nicht verantwortlich gemacht werden könne, weil diese Beamten nicht als seine Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB angesehen werden könnten.

Die hiergegen gerichtete Rüge der Revision ist nicht begründet. W. war Beamter des Kreises, Sch. Staatsbeamter. Beide Beamte waren zwar verpflichtet, die Arbeiten zu überwachen und den Beklagten zu unterstützen. Damit sind sie aber noch nicht Erfüllungsgehilfen des Beklagten geworden. Sie waren weiterhin den Weisungen ihrer vorgesetzten Behörden, und nur diesen, unterworfen, der Beklagte hatte ihnen gegenüber kein Weisungsrecht. Fehlt aber dieses entscheidende Merkmal, so ist auch die Anwendung des § 278 BGB ausgeschlossen. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Beamten dazu bestellt gewesen wären, Pflichten wahrzunehmen, die dem Beklagten gegenüber dem Kläger oblagen.

Der Kläger sieht weiterhin ein Verschulden des Beklagten auch darin, dass er sich nicht für die Auszahlung der zweiten Kreditrate eingesetzt habe. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Gewährung des Kredits sei Sache des Staatsbeauftragten und des Kreises gewesen, der Beklagte habe damit nichts zu tun gehabt; deshalb sei er auch nicht verpflichtet gewesen, sich für die Auszahlung des Kredits einzusetzen.

Das wird von der Revision zu Unrecht angegriffen. Die Gewährung des Kredits ist nicht Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags gewesen. Sie war ausschliesslich Sache des Staatsbeauftragten und des Kreises. Es ist von dem Kläger nichts dafür vorgetragen worden, dass der Beklagte irgendeinen Einfluss auf die Gewährung des Staatskredits gehabt habe. Unter diesen Umständen geht es nicht an, eine vertragliche Verpflichtung des Beklagten anzunehmen, dem Kläger den Kredit zu verschaffen oder sich um dessen Auszahlung zu bemühen.

Ist dem aber so, so entfällt auch eine Verpflichtung des Beklagten, den Kläger davon in Kenntnis zu setzen, dass für die Auszahlung der zweiten Kreditrate die Vorlage eines Nachweises über die Verwendung der ersten Rate verlangt werde. Eine solche Verpflichtung könnte nur dann bejaht werden, wenn der Beklagte ausdrücklich damit beauftragt gewesen wäre, den Kläger hiervon zu benachrichtigen. Das hat der Kläger aber selbst nicht behauptet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht einmal ersichtlich, dass der Beklagte von dem Schreiben des Staatsbeauftragten an den Kreis, in dem dieser Verwendungsnachweis verlangt wurde, überhaupt Kenntnis erhalten hat.

bb) Der Kläger will den Rücktritt des Beklagten auch deshalb nicht gelten lassen, weil der Beklagte die Gewährung eines dem Kläger von der Bank für Gemeinwirtschaft in Aussicht gestellten Kredits von 30 000 DM dadurch vereitelt habe, dass er sich von dem Vertrag losgesagt habe, obwohl er gewusst habe, dass die Bank grundsätzlich zur Gewährung dieses Kredits bereit und ihr Beauftragter schon zu entsprechenden Verhandlungen unterwegs gewesen sei.

Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Bewilligung des Bankkredits habe schon deshalb nicht zustande kommen können, weil die Bank verlangt habe, dass ein weiterer Unternehmer mit 50 % an dem Vorhaben beteiligt werde, und weil der Beklagte die hierzu nach § 4 Nr. 10 VOB Teil B erforderliche Zustimmung keinesfalls erteilt haben würde.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind im Ergebnis nicht begründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich - wie die Revision meint - bei der von der Bank geforderten Beteiligung möglicherweise um eine solche gehandelt hätte, die einer Genehmigung durch den Beklagten

nicht bedurft hätte, oder ob der Beklagte gegebenenfalls nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, die Genehmigung zu erteilen. Selbst wenn dies zugunsten des Klägers unterstellt würde, kann der von dem Beklagten erklärte Rücktritt nicht als eine unzulässige Rechtsausübung bezeichnet werden. Der Kläger war mit den Löhnen der Arbeiter und der Bezahlung der Sozialabgaben in Höhe von mehr als 10 000 DM im Rückstand, die Arbeiter waren infolgedessen von der Arbeit fortgeblieben, das Arbeitsamt hatte erklärt, keine Notstandsarbeiter mehr zu stellen, selbst wenn der Kläger wieder zu Geld komme. Den Versuch, das Arbeitsamt umzustimmen oder eine dem Kläger günstigere Entscheidung des Landesarbeitsamts herbeizuführen, brauchte der Beklagte unter diesen Umständen nicht abzuwarten. Vielmehr kann es ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich von dem Kläger endgültig lösen und mit ihm geschäftlich nichts mehr zu tun haben wollte.

Auch aus der Tatsache, dass Beamte des Kreises sich bereit erklärt hatten, mit dem Vertreter der Bank zu unterhandeln, kann keine Rechtspflicht des Beklagten hergeleitet werden, mit der Rücktrittserklärung noch zuzuwarten. Dabei ist noch zu berücksichtigen, dass der Beklagte nicht freier Herr seiner Entschlüsse war. Vielmehr hat er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Rücktritt auf Weisung des Kreises, dessen Dienstaufsicht er unterstand, ausgesprochen. Für das Verhalten des Kreises kann der Beklagte nicht verantwortlich gemacht werden, ebensowenig für Handlungen staatlicher Stellen.

3.) Ist somit der Rücktritt des Beklagten als berechtigt anzusehen, so ergeben sich die Ansprüche des Klägers aus den §§ 327, 346 BGB.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger nach § 346 Satz 2 BGB lediglich einen Anspruch auf ein Entgelt für seine tatsächlich geleisteten Arbeiten zugebilligt. Dagegen könnten rechtliche Bedenken bestehen, denn die Bestimmung des § 346 Satz 2 BGB gilt nach ihrem Wortlaut nur für geleistete Dienste, also beim Rücktritt von einem Dienstvertrag, sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache, nicht aber bei einem Werkvertrag, wie er hier vorliegt. Für die Rückgewähr der Leistungen nach Rücktritt von einem Werkvertrag fehlt eine besondere Vorschrift. Es gilt daher grundsätzlich § 346 Satz 1 BGB. Danach hat der Besteller die empfangene Leistung, d.h. das von dem Unternehmer hergestellte Werk, zurückzugewähren. Im vorliegenden Fall besteht das vom Kläger hergestellte Werk in Erdarbeiten, die ihrer Natur nach nicht zurückgegeben werden können. Für solche Fälle nimmt das Reichsgericht (JW 1911, 756¹) an, dass der Wert der empfangenen Leistung zu vergüten sei. Dieser kann unter Umständen über den Betrag hinausgehen, der sich bei der Berechnung einer Teilvergütung nach den für die Gesamtvergütung vereinbarten Maßstäben ergibt.

Diese Rechtsfrage braucht hier aber letztlich nicht entschieden zu werden. Auch wenn der Auffassung des Reichsgerichts gefolgt würde, müsste das angefochtene Urteil im Ergebnis aufrecht erhalten werden, denn der Vortrag des Klägers lässt jede substantiierte Behauptung dazu vermischen, ob und in welchem Umfang das von ihm hergestellte Werk einen Wert besitzt, der über den von dem Beklagten errechneten Betrag hinausgeht. Dass das Berufungsgericht unterlassen habe, den Kläger zu entsprechenden Erklärungen zu veranlassen, hat die Revision nicht gerügt.

4.) Die Revision ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glönnzmann

Scheffler

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel