

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 59/66

URTEIL

Verkündet am

10. Oktober 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Andreas und Emma L [REDACTED], K [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungs-
kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hans H [REDACTED] KG, K [REDACTED], P [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts München, 14. Zivilsenat in Augsburg, vom 16. Dezember 1965 im Kostenpunkt und soweit die Beklagten zu mehr als 26.600,31 DM nebst Zinsen verurteilt worden sind, aufgehoben.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 24. März 1960 übertrugen die Beklagten in einem "Betreuungsvertrag" der Bau- und Siedlungsgenossenschaft K [REDACTED] und Umgebung eGmbH die Betreuung eines 5 Wohnhäuser umfassenden Bauvorhabens. Die Genossenschaft schloß als Vertreterin der Beklagten mit der Klägerin den Bauvertrag vom 4. April 1960 über die Ausführung der Erd-, Beton- und Maurerarbeiten für diese Wohnhäuser.

Die Klägerin hat diese Arbeiten ausgeführt. Sie hat eine restliche Werklohnforderung von 54.768,85 DM nebst Zinsen gegen die Beklagten als Gesamtschuldner eingeklagt. Die Beklagten haben die Restforderung bestritten, hilfsweise mit Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage unter Abweisung eines Teils des Zinsanspruchs stattgegeben. Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Beklagten bestreiten mit der Revision die Klageforderung in Höhe von (1.260,83 + 8.374,20 + 1.761,09 + 10.772,42 =) 22.168,54 DM. Das Berufungsgericht hat ihre Einwendungen insoweit nicht geprüft. Es hält sie schon deshalb für unbegründet, weil der Architekt A. [REDACTED] der Genossenschaft die Rechnungen der Klägerin technisch, rechnerisch sowie auf ihre Vertragsmäßigkeit geprüft und für die Beklagten anerkannt habe. Der Architekt habe diese Vertretungsmacht von der Genossenschaft übertragen erhalten. Die Genossenschaft ihrerseits sei von den Beklagten bevollmächtigt gewesen, mit Wirkung für sie Rechnungsbeträge anzuerkennen.

Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten die Genossenschaft bevollmächtigt, mit Wirkung für sie Rechnungsbeträge anzuerkennen, wendet sich die Revision mit Recht. Diese Auslegung ist mit



dem Wortlaut des Betreuungsvertrags nicht zu vereinbaren.

1.) Unter I. des Betreuungsvertrags ist der Umfang der Rechte und Pflichten der Genossenschaft im einzelnen genau festgelegt. Soweit dort über die in § 19 (1) und (4) GOA aufgestellten Architektenleistungen hinaus weitere Leistungen übernommen worden sind, betreffen sie nicht die Prüfung der Baurechnungen. Diesbezüglich ist vielmehr unter d) die "technische und rechnerische Überprüfung aller Baurechnungen" genannt. Das entspricht dem mit der technischen und geschäftlichen Oberleitung (§ 19 (1) g GOA) und der Bauführung (§ 19 (4)) ohnehin verbundenen Auftrag zur "Prüfung aller Baurechnungen auf Richtigkeit und Vertragsmäßigkeit". Ein solcher Auftrag gibt aber nach der ständigen Rechtsprechung des Senats dem Architekten nicht das Recht, namens des Bauherrn Rechnungen der Bauhandwerker diesen gegenüber anzuerkennen (NJW 1960, 859 und 1805). Daraus, daß die Genossenschaft im vorliegenden Fall in dem Betreuungsvertrag einige über den üblichen Aufgabenkreis eines Architekten hinausgehende Aufgaben übernommen hat, ergibt sich also noch nicht deren Recht, die Baurechnungen auch den Bauhandwerkern gegenüber namens der Beklagten anzuerkennen. Das Berufungsgericht sagt auch nicht, aus welchen der im Betreuungsvertrag aufgeführten Aufgaben eine so weitgehende Befugnis der Genossenschaft folgen soll. Daß die Parteien den Vertrag nicht Architektenvertrag, sondern Betreuungsvertrag genannt haben, rechtfertigt in Anbetracht seines genau umrissenen Inhalts nicht die Auslegung des Berufungsgerichts.

2.) Die Beklagten haben der Genossenschaft unter III des Betreuungsvertrags, entgegen der nicht näher begründeten Ansicht des Berufungsgerichts, keine uneinge-

schränkte Vollmacht erteilt. In dieser - intern erteilten - Vollmacht ist die Genossenschaft ermächtigt worden, "alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben...", die im Rahmen der Betreuung zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlich sind". Ob die Anerkennung der Schlußrechnung noch der "Durchführung" des Bauvorhabens dient, kann dahinstehen. Jedenfalls ist die Bevollmächtigung beschränkt auf "im Rahmen der Betreuung" abzugebende Erklärungen. Dieser Rahmen erfaßt aber, wie sich aus dem unter I umrissenen "Umfang der Betreuung" ergibt, zwar die technische und rechnerische Überprüfung aller Baurechnungen, nicht aber deren Anerkennung gegenüber den Bauhandwerkern.

3.) Der von der Genossenschaft namens der Beklagten mit der Klägerin abgeschlossene Bauvertrag läßt auch nicht erkennen, daß sich die Genossenschaft für ermächtigt gehalten habe, die Schlußrechnung der Klägerin mit Wirkung für die Beklagte anzuerkennen. Unter Ziff. 8 des dafür verwendeten Mustervertrags ist u.a. die Möglichkeit vorgesehen, hinsichtlich der "Vertretungsbefugnis des Architekten als Beauftragter des Auftraggebers" besondere Bestimmungen zu treffen. Davon ist jedoch kein Gebrauch gemacht worden.

4.) Mit der Prüfung der Rechnungen der Klägerin hat der Architekt A [REDACTED] somit nur eine der Genossenschaft gegenüber den Beklagten obliegende Verpflichtung erfüllt. Das Berufungsgericht hat überdies auch nicht festgestellt und die Klägerin nicht behauptet, daß die Genossenschaft oder ihr Architekt der Klägerin gegenüber eine Anerkennungserklärung abgegeben hätten. Die Bekundungen der Zeugen A [REDACTED] und R [REDACTED] sprechen sogar dagegen. Ohne eine

solche Erklärung konnte ohnehin kein rechtsgeschäftliches Anerkenntnis zustande kommen (§ 130 Abs. 1 BGB).

II.

Des weiteren wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht von der Klageforderung nicht die 5.000 DM abgesetzt hat, die die Beklagten selbst, wie sie behaupten, für Planierarbeiten aufgewendet haben.

Diese Entscheidung begründet das Berufungsgericht zwar ebenfalls mit dem Anerkenntnis des Architekten. Es stellt aber außerdem fest, daß diese Arbeiten nicht im Leistungsverzeichnis der Klägerin aufgeführt waren und daß die Beklagten sie ausdrücklich auf eigene Rechnung übernommen haben. Diese von der Revision nicht angegriffene Begründung trägt die Entscheidung zu diesem Posten. Eine aufrechenbare Gegenforderung steht den Beklagten demnach insofern nicht zu.

III.

Die von den Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche auf Zahlung einer Vertragsstrafe und eines Ersatzes von Mietausfall wegen Verzugs der Klägerin, hält das Berufungsgericht ebenfalls für unbegründet.

1.) Einen Anspruch auf Vertragsstrafe wegen Überschreitung der vereinbarten Fristen verneint es u.a. deshalb, weil der Architekt A. [REDACTED] bei der Bauabnahme einen solchen Anspruch nicht für die Beklagten vorbehalten habe.

Die Revision meint demgegenüber, der Architekt sei durch die der Genossenschaft im Betreuungsvertrag erteilte Vollmacht nicht ermächtigt gewesen, den Vorbehalt auszusprechen; sein Schweigen könne allenfalls als die Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters angesehen werden.

Damit verkennt die Revision, daß nach § 11 Abs. 2 der den Vertragsbeziehungen der Parteien zugrunde gelegten Bestimmungen der VOB (B) ein ausdrücklicher Vorbehalt bei der Abnahme erforderlich ist, um den Vertragsstrafenanspruch zu erhalten. Auf den Umfang seiner Vollmacht könnte es deshalb nur ankommen, wenn der Architekt bei der Abnahme einen Vorbehalt erklärt hätte.

Da die Beklagten die Wohnungen seit langem vermietet haben, steht die Abnahme der Bauten außer Zweifel. Der nach § 11 Abs. 2 VOB (B) erforderliche Vorbehalt bei der Abnahme ist nicht dargetan. Den Anspruch auf Vertragsstrafe hat das Berufungsgericht somit zu Recht verneint.

2.) Nicht zugestimmt werden kann jedoch der Ansicht des Berufungsgerichts, mit der Verwirkung des Vertragsstrafenanspruchs entfalle auch ein Anspruch auf Ersatz von Mietausfall, der nach der Behauptung der Beklagten 6.000 DM ausmacht.

Das Berufungsgericht meint, die Geltendmachung dieses Schadens sei gemäß §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Mietausfall und Vertragsstrafe würden wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung des Bauvertrags, also auf Grund desselben Sachverhalts geltend gemacht.

Da der Mietausfall unter dem Betrag der Vertragsstrafe liege, könne er schon gemäß § 340 Abs. 2 BGB nicht neben der Vertragsstrafe beansprucht werden. Auch wegen ihrer gleichen Zielsetzung, einen Ausgleich für die Folgen einer verspäteten Fertigstellung des Baues zu schaffen, könne das rechtliche Schicksal beider Ansprüche nicht verschieden sein.

Diese Rechtsansicht ist unrichtig; sie verkennt das Verhältnis des Strafanspruchs zum Schadensersatzanspruch. Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu (§ 11 Abs. 1 VOB (B) i.V. mit § 341 BGB), so kann er wählen und entweder Schadensersatz oder Vertragsstrafe fordern. Die verwirkte Strafe kann er als Mindestbetrag des Schadens verlangen, womit aber die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist (§ 341 Abs. 2 i.V. § 340 Abs. 2 BGB). Soweit er Strafe verlangen kann, braucht er einen Schaden nicht nachzuweisen. Erweist sich jedoch der Anspruch auf Strafe als unbegründet, so wird dadurch die Schadensersatzforderung nicht berührt (RG JW 1912, 74; vgl. LM Nr. 2/B1. 3 zu § 17 UWG). Das Berufungsgericht war deshalb dadurch, daß es den Strafanspruch mit Recht verneinte, nicht der sachlichen Entscheidung über den Schadensersatzanspruch enthoben.

Die Beklagten haben den Vertragsstrafenanspruch und - für den Fall, daß dieser aus formellen Gründen unbegründet sein sollte - den Verzugsschaden zur Aufrechnung gestellt. Die Revision wendet sich zwar ausdrücklich nur dagegen, daß das Berufungsgericht den Vertragsstrafenanspruch verneint hat. Sie rügt jedoch

ferner, das Berufungsgericht habe nicht erörtert, ob die Klägerin die Überschreitung der vertraglich festgelegten Vollendungsfristen zu vertreten habe. Damit kann auch die auf einem sachlich-rechtlichen Fehler beruhende Verneinung des die Mietausfälle umfassenden Verzugsschadens als angegriffen angesehen werden, denn die hierauf gerichtete Forderung hat dieselbe Tatsachengrundlage wie der Vertragsstrafenanspruch, und die Vertragsstrafe stellt nur den der Höhe nach nicht beweisbedürftigen Mindestbetrag des wirklichen Schadens dar.

Die Rüge der Revision im Schriftsatz vom 22. April 1968, das Berufungsgericht habe auch den weiteren Schadensersatzanspruch der Beklagten zu Unrecht verneint, der sich daraus ergeben soll, daß die Häuser infolge von Mängeln nur schwer zu verkaufen seien, ist erst nach Ablauf der Begründungsfrist erhoben. Da sie einen selbständigen auf § 13 Ziff. 7 VOB (B) gestützten Schadensersatzanspruch betrifft, kann nach § 554 Abs. 2 ZPO auf sie mangels rechtzeitiger Rüge nicht eingegangen werden (RG in HRR 1928, 1049).

IV.

Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht die Einwände der Beklagten gegen Rechnungsbeträge von (1.260,83 + 8.374,20 + 1.761,09 + 10.772,42) 22.168,54 DM nicht auf ihre sachliche Berechtigung geprüft und die Gegenforderung auf Ersatz von 6.000 DM Mietausfall verneint hat. Es ist deshalb, soweit die Beklagten zur Zahlung von mehr als (54.768,85 - 28.168,64 =) 26.600,31 DM verurteilt worden sind, sowie

im Kostenpunkt aufzuheben; im übrigen erweist sich die Revision als unbegründet.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Vogt

Finke