

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 65/69

URTEIL

Verkündet am
25. Oktober 1971
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik D e u t s c h l a n d ,
vertreten durch das Hessische Landesamt für Straßenbau
in Wiesbaden, F [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr.h.c. [REDACTED] -

gegen

Rechtsanwalt Dr. Engelhard H [REDACTED], K [REDACTED],
O [REDACTED] K [REDACTED] Straße [REDACTED], als Konkursverwalter über das
Vermögen der Firma Adolf M [REDACTED] KG in K [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagter und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

LN

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 16. Januar 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1960 betraute die Beklagte die Fa. Adolf M. KG in K. (spätere Gemeinschuldnerin) mit der Herstellung der Fahrbahndecke der Bundesstraße 27 zwischen Bebra und Sontra. In dem Bauvertrag war die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) vereinbart.

Während der Ausführung der Arbeiten wurde am 23. Januar 1961 auf Antrag der Firma über ihr Vermögen das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet. Darauf kündigte die Beklagte am 29. März 1961 den Vertrag gemäß § 8 Nr. 2 Satz 1 VOB (B). Am 10. April 1961 wurde der Anschlußkonkurs eröffnet.

- 3 -

Mit der Klage hat der Kläger als Konkursverwalter von der Beklagten Bezahlung eines Teilbetrages von 15.100 DM nebst Zinsen des aus diesem Bauauftrag vor der Kündigung unstreitig entstandenen Werklohnanspruchs von insgesamt 146.287,62 DM gefordert.

Die Beklagte hat eingewandt, die Klageforderung sei durch die von ihr am 4. Mai 1961 erklärte Aufrechnung mit einer Schadensersatzgegenforderung aus § 8 Nr. 2 Satz 3 VOB (B) erloschen, die sie zuletzt mit insgesamt 250.566,01 DM beziffert hat. Um diesen Betrag seien nämlich die von der Gemeinschuldnerin nicht mehr ausgeführten restlichen Arbeiten später durch die Firma M [REDACTED] teurer ausgeführt worden.

Der Kläger hat erwidert, eine Schadensersatzforderung der Beklagten bestehe nicht, da die Beklagte ihre Schadensabwendungs Pflicht verletzt habe (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB). Hätte nämlich die Beklagte, wie die Firma Peter M [REDACTED] KG in T [REDACTED] ihr angeboten habe, die Arbeiten zum alten Preis von dieser Firma zu Ende führen lassen, so würden Mehrkosten nicht entstanden sein.

Demgegenüber hat die Beklagte geltend gemacht, die Firma Peter M [REDACTED] KG sei nicht genügend leistungsfähig und zuverlässig gewesen, um eine Vergabe der restlichen Arbeiten an sie zu rechtfertigen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.



Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, am 19. April 1961, als die Beklagte die restlichen Arbeiten erneut ausschrieb, habe die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der neuen Firma Peter M. KG "noch sehr in Frage" gestanden, und es sei daher der Beklagten kein Vorwurf daraus zu machen, daß sie diese Firma an der beschränkten Ausschreibung gemäß § 3 Nr. 1 b, 3 a VOB (A) nicht beteiligt habe.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Wenn, wie es hier der Fall ist, der persönlich haftende Gesellschafter einer unmittelbar vor dem Konkurs stehenden Firma durch seinen Sohn eine "Auffangfirma" gründen läßt, in der er selbst maßgeblich tätig ist, so ist bis zum Beweis des Gegenteils Mißtrauen gegen die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit einer solchen Firma gerechtfertigt, insbesondere wegen der erfahrungsgemäß meist zu geringen Eigenkapitaldecke. Es besteht in solchen Fällen vielfach die berechtigte Befürchtung, auch die "Auffanggesellschaft" werde über kurz oder lang wirtschaftlich zusammenbrechen.

II.

Das Berufungsgericht meint, Anfang Mai 1961 - also weniger als 2 Wochen später - habe die Firma Peter M. KG gegenüber der Beklagten den Nachweis für ihre Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit erbracht gehabt, so daß die Beklagte von da ab gehalten gewesen

sei, zum Zwecke der Schadensabwendung die restlichen Arbeiten zum alten Preis an diese Firma zu vergeben und nicht, wie sie es am 29. Mai 1961 getan hat, zu einem höheren Preis an die Firma M[REDACTED]. Das Berufungsgericht stützt sich für seine Auffassung auf die Urkunden Bl. 160, 162, 163, 182-184 der Bauakten und auf das Gutachten des Sachverständigen S[REDACTED].

Das ist nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision mit Recht rügt. Die vom Berufungsgericht angeführten Beweismittel können den von ihm gezogenen Schluß nicht rechtfertigen.

1. Blatt 160 der Bauakten ist folgendes Schreiben der Städtischen Sparkasse T[REDACTED] an das Hessische Landesamt für Straßenbau in Wiesbaden vom 24. März 1961:

"Auf Wunsch der Firma Peter M[REDACTED] KG, T[REDACTED], bestätigen wir Ihnen hiermit die mit dieser mündlich getroffene Absprache über die Abwicklung bzw. Fertigstellung der Baustelle bei Reichen-sachsen:

Unter der Voraussetzung, daß uns die Abtretung sämtlicher Ansprüche aus dem genannten Bauvorhaben - für die bisher durch die Firma A. M[REDACTED] KG ausgeführten und durch die Firma Peter M[REDACTED] KG noch auszuführenden Bauleistungen - durch das Hessische Landesamt für Straßenbau, Wiesbaden, bestätigt wird mit der Verpflichtung, daß Zahlungen ausschließlich an uns erfolgen, befürworten wir die Übertragung der Baustelle an die Firma Peter M[REDACTED] KG.

Wir sind in diesem Falle bereit, entsprechend dem Baufortschritt und den damit verbundenen Abschlagszahlungen des Hessischen Straßenbauamtes E[REDACTED] die Finanzierung der hierfür erforderlichen Materiallieferungen und anfallenden Löhne zu garantieren.

Um eine reibungslose Fertigstellung des Bauvorhabens zu gewährleisten, würden wir es für zweckmäßig halten, daß das Straßenbauamt E. den restlichen Materialbedarf feststellt und die Materiallieferungen unmittelbar von uns gegen Nachweis der Anlieferungen bezahlt werden."

a) Das Berufungsgericht meint, damit habe die Sparkasse "eine Garantieerklärung für die Finanzierung der Materiallieferungen und der Arbeitslöhne zugunsten der Firma Peter M. KG abgegeben".

Das trifft schon nicht zu. Das Schreiben enthält nur die Erklärung der Bereitschaft, unter gewissen Voraussetzungen eine Garantieerklärung abzugeben, aber nicht die Garantieerklärung selbst.

b) Abgesehen davon wäre aber auch mit der angekündigten Garantieerklärung die finanzielle Leistungsfähigkeit der Firma noch keineswegs voll gesichert gewesen.

Mit der Bereitstellung der für die Materialbeschaffung und Lohnzahlung für dieses Bauvorhaben erforderlichen Mittel allein war es nicht getan, wie die Revision zutreffend ausführt. Es fehlte z.B. die Finanzierung der betrieblichen Gemeinkosten, der Gerätemieten und jede Sicherheit für etwaige Schadensersatzansprüche der Beteiligten bei Schlechtleistung oder Verzug der Firma.

Daß die Firma über nennenswertes Eigenkapital verfügt hätte, hat der Kläger nicht behauptet. Nach den Umständen bei der Gründung der Firma brauchte die Beklagte damit nicht zu rechnen.

c) Aber selbst wenn die Finanzierung des hier streitigen Auftrags durch eine Sparkassen-Garantie voll gesichert gewesen wäre, so könnte es der Beklagten auch dann noch nicht als Verschulden angelastet werden, daß sie Zweifel in die wirtschaftliche Standfestigkeit der Firma hatte und ihr deswegen den Auftrag nicht erteilt hat.

Die Firma konnte nicht nur von diesem einen Auftrag leben, sondern mußte auch weitere Aufträge übernehmen. Über die Finanzierung solcher weiteren Aufträge war der Beklagten nichts bekannt. Selbst wenn die Finanzierung des hier streitigen Auftrags für sich allein gesehen voll gedeckt gewesen wäre, so konnten doch der Firma aus ihrer sonstigen Geschäftstätigkeit Verluste entstehen, die infolge des Fehlens jeder Eigenkapitaldecke zu ihrem Ruin noch vor Abschluß der restlichen Arbeiten für die Beklagte führen konnten.

d) Nach alledem brauchte die Beklagte auf Grund der von der Sparkasse angebotenen "Garantie" ihr Mißtrauen gegen die finanzielle Leistungsfähigkeit der Firma nicht als ausgeräumt anzusehen.

2. a) Blatt 162, 163 der Bauakten sind zwei Schreiben der Firma Peter M. [REDACTED] KG an das Landesamt für Straßenbau in Wiesbaden vom 28. März 1961 mit Bestätigungsvermerken der Firma Adolf M. [REDACTED] KG, wonach diese bereit sei, der erstgenannten Firma die in den Briefen aufgezählten Geräte mietweise zur Verfügung zu stellen.

Diese Briefe liegen zeitlich vor der Konkursöffnung und sind durch diese überholt. Als Beweismittel dafür, welche Geräte der Firma Peter M. [REDACTED] KG Anfang Mai 1961 zur Verfügung standen, sind sie nicht geeignet.

b) Am 27. April 1961 (Bl. 185 Bauakten) übersandte die Firma Peter M. [REDACTED] KG dem Landesamt für Straßenbau in Wiesbaden einen Handelsregisterauszug (Bl. 184 Bauakten), aus dem sich ergab, daß die Firma am 10. April 1961 im Handelsregister des Amtsgerichts T. [REDACTED] eingetragen worden war, sowie zwei Listen (Bl. 183, 184 Bauakten) "der uns zur Verfügung stehenden Geräte".

Einen "Nachweis" des Vorhandenseins der in den Listen aufgezählten Geräte brauchte die Beklagte und durfte das Berufungsgericht darin nicht erblicken. Es handelt sich vielmehr um nicht mehr als eine Behauptung der Firma Peter M. [REDACTED] KG.

c) Der Sachverständige S. [REDACTED] stützt sich für seine Annahme, es "dürfte an der Leistungsfähigkeit (der Firma) in Bezug auf den Geräteeinsatz nicht zu zweifeln sein", ebenfalls nur auf die Urkunden Blatt 162, 163 der Bauakten. Daß das nicht zutreffen kann, ist bereits oben zu 2 a) ausgeführt.

3. Das Berufungsgericht entnimmt dem Gutachten S. [REDACTED], das bei der Firma Peter M. [REDACTED] KG vorhandene Fachpersonal habe für die Erledigung der Restarbeiten genügt.

Auch das rügt die Revision mit Recht. Der Sachverständige stützt sich lediglich auf die vom Kläger mit Schriftsatz vom 14. Februar 1966 überreichte undatierte

Liste der Firma über die angeblich im April/Mai 1961 bei ihr Beschäftigten.

Auch das ist nicht mehr als eine Behauptung. Ob die dort Aufgezählten damals der Firma wirklich zur Verfügung standen, konnten der Sachverständige und das Berufungsgericht aus dieser Liste nicht ohne weiteres ersehen, und brauchte jedenfalls die Beklagte ihr nicht zu entnehmen. Außerdem ergibt das Berufungsurteil nicht, daß der Beklagten die Liste überhaupt bekannt war.

4. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe Zweifel an der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Firma Peter M. KG nicht daraus herleiten dürfen, daß auch in dieser Firma der persönlich haftende Gesellschafter der Gemeinschuldnerin Adolf M. tätig gewesen sei, da er dort "keine kaufmännische Aufgabe" gehabt habe.

Welche Stellung Adolf M. in der neuen Firma wirklich hatte, sagt das Berufungsgericht nicht. Ohne diese Feststellung läßt sich aber nicht beurteilen, ob die Beklagte nach den Umständen des Falles den Eindruck haben konnte, Peter M. sei in der neuen Firma nur "Strohmann" für Adolf M. und welche weiteren Schlüsse die Beklagte etwa für die Vertrauenswürdigkeit der Firma daraus ziehen durfte.

III.

Nach alldem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Die Sache bedarf weiterer tatrichterlicher

Aufklärung und Würdigung und ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen.

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke

Girisch