

VI ZR 28/55
VI ZR 169/55

2352 086

13.

5

Verkündet
am 13. April 1956
Klett, Justizassistent,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Ingenieurs Ewald H [REDACTED]
2. der E. H. [REDACTED] & Jo KG Stahlsaitenbetonwerke
beide in H. [REDACTED] W. [REDACTED]-S. [REDACTED]-Strasse [REDACTED].

Beklagten, Berufungskläger, Revi-
sionskläger und Revisionsbeklagten,

.. Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] ..

g e g e n

1. die Firma Johannes K [REDACTED] in B. [REDACTED]
2. die Firma Johann K [REDACTED] in D. [REDACTED],
Arbeitsgemeinschaft für Hoch-, Beton- und Tiefbau Schleswig-
Holstein,

Kläger, Berufungsbeklagte, Revi-
sionsbeklagte und Revisionskläger,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] ..

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. April 1956 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Engels, Dr. Meyer,
Dr. Bode und Dr. Hauss

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 5. Oktober 1954 aufgehoben.
- II. Auf die Revision der Kläger wird das den Parteien am 1. und 2. Februar 1955 an Verkündungs Statt zugestellte Schlussurteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Abänderung des Urteils der 8. Zivilkammer des Landgerichts in Hamburg vom 28. April 1954 in Höhe von 9 002,88 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.
- III. Auf die Anschlussrevision der Beklagten wird das bezeichnete Schlussurteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten unter Zurückweisung ihrer Berufung gegen das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts in Hamburg vom 28. April 1954 verurteilt worden sind, an die Kläger 1 708,59 DM nebst Zinsen zu zahlen.
- IV. Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den 1. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen. Diesem wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges übertragen.

Von Rechts wegen

5

Tatbestand:

Das Finanzneubauamt A [REDACTED] hatte den Beklagten einen Auftrag zur Errichtung von Fahrzeughallen für die Panzerkasernen in D [REDACTED] und die T [REDACTED]-Kaserne in A [REDACTED] erteilt. Die Beklagten übertrugen die erforderlichen Fundierungsarbeiten mit Zustimmung des Finanzneubauamtes an die Kläger als Subunternehmer. Der Umfang der in D [REDACTED] zu leistenden Arbeiten wurde in einem Auftragsschreiben der Beklagten vom 20. Oktober 1952 niedergelegt, dessen Annahme die Kläger bestätigten. Das Auftragsschreiben legte die einzelnen Leistungen nach Positionen unter genauer Preisanzeige fest. Für die A [REDACTED] Arbeiten wurde kein schriftlicher Auftrag erteilt. Sowohl in D [REDACTED] wie in A [REDACTED] sind Nachtragsarbeiten geleistet worden.

Die Kläger berechnen als Entgelt

für die Arbeiten in D [REDACTED]	33 034,31 DM
und für die Arbeiten in A [REDACTED]	54 364,16 DM
	87 398,47 DM

Da die Beklagten an die Kläger unstreitig 160 000.- DM gezahlt haben, steht den Klägern nach ihrer Ansicht noch ein Betrag von 27 398,47 DM zu, den sie nebst 8 % Zinsen seit dem 15. Juni 1953 mit der Klage fordern. Sie haben vier Rechnungen vom 30. April und vom 4. Mai 1953 vorgelegt, die eine spezifizierte Aufstellung der im einzelnen erbrachten Leistungen enthalten.

Die Beklagten haben die Richtigkeit der Abrechnung bestritten und vorgetragen, die Kläger hätten sich nicht an die Begrenzung des Auftrages gehalten. Die Beklagten halten sich nicht für verpflichtet, Mehrleistungen zu bezahlen, die ohne Auftrag erbracht seien und für die sie selbst vom Finanzneubauamt keine Vergütung erhalten hätten. Die Kläger hätten auch, so tragen sie vor, für die A [REDACTED] Leistungen eigenmächtig höhere Einheitspreise eingesetzt.



Auf Grund der erhaltenen Aufträge können die Kläger nach dem Standpunkt der Beklagten nur die Bezahlung folgender Arbeiten verlangen:

Arbeiten in D. [REDACTED] gemäss Auftragschreiben vom 20. März 1952	99 393,00 DM
genehmigte Nachtragsarbeiten in D. [REDACTED]	22 351,50 DM
Arbeiten in A. [REDACTED]	42 533,25 DM

	164 277,75 DM

Die Beklagten halten sich für berechtigt, 5 % der Auftragssumme innerhalb einer zweijährigen Garantiefrist als Sicherheit einzubehalten, indem sie darauf hinweisen, dass die gleiche Regelung gemäss der Verdingungsordnung für Bauleistungen zwischen dem Finanzneubauamt und dem Hauptunternehmer gelte, was den Klägern bekannt gewesen sei. Ziehe man 5 % = 8213,88 DM von 164 277,75 DM ab, so ergebe sich, dass die Kläger bereits mehr erhalten hätten, als sie zur Zeit beanspruchen könnten.

Die Kläger haben entgegnet, sämtliche in Rechnung gestellten Leistungen seien vom Finanzneubauamt anerkannt worden. Das gelte auch von den Nachtragsarbeiten, deren Notwendigkeit sich erst bei der Durchführung des Bauprogramms ergeben habe. Der Bauführer der Beklagten K. [REDACTED] habe die Arbeiten in D. [REDACTED] nachgeprüft und abgenommen und sowohl die Zwischenrechnungen wie die Schlussrechnung unerkannt. Auf die Zwischenrechnungen seien auch jeweils Abschlagszahlungen erfolgt. Die im Verhältnis zum D. [REDACTED] Bauprogramm höheren Preise für die A. [REDACTED] Arbeiten seien mit den Beklagten vereinbart worden. Die Kläger haben bestritten, dass die Einbehaltung einer Garantiesumme vereinbart sei, und vorgetragen, die Beklagten hätten die Bezahlung der von Finanzneubauamt anerkannten Leistungen auch vorbehaltlos zugesichert. Überdies gelte allenfalls nur eine einjährige Garantiefrist, die verstrichen sei.

Die Beklagten haben das Vorbringen der Kläger bestritten und insbesondere vorgetragen, K. [REDACTED] sei nicht befugt gewesen, Auftragsüberschreitungen zu genehmigen oder die Richtigkeit

von Rechnungen anzuerkennen. Die Kläger seien auch in einem Schreiben vom 5. Januar 1953 darauf hingewiesen worden, dass keine Arbeiten ausgeführt werden dürften, die nicht durch Auftrag genehmigt seien. Das Aufmass der fertiggestellten Arbeiten habe nur dazu dienen sollen, einen Anhaltspunkt für den Umfang der Rechnungsbevorschussung zu gewinnen, wie sie in Auftragschreiben vorgesehen sei. Die Vorschusszahlungen stimmten ziffernmässig mit den Beträgen der Zwischenrechnungen nicht überein, so dass auch deshalb von einer Anerkennung dieser Rechnungen keine Rede sein könne.

Das Landgericht hat die Beklagten gemäss dem Klageantrag verurteilt. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil zunächst die Berufung der Beklagten insoweit als unbegründet zurückgewiesen, als diese verurteilt sind, an die Kläger 9 346,10 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Das Oberlandesgericht tritt in diesem Urteil bezüglich der Rechnungen für die D[REDACTED] Arbeiten dem Standpunkt der Kläger grundsätzlich bei und zieht nur einen Betrag von 984,80 DM als unbegründet ab, so dass sich die Forderung der Kläger für diese Arbeiten auf

	133 034,31 DM.
-	984,80 DM
=	132 049,51 DM

bemisst.

Wegen der Aachener Arbeiten wird in dem Urteil offen gelassen, ob für diese die D[REDACTED] Einheitspreise (Behauptung der Beklagten) oder die von den Klägern eingesetzten höheren Preise gelten. Der Unterschied beträgt nach Auffassung des Oberlandesgerichts höchstens 15 %, so dass die Forderung der Kläger von

	54 364,16 DM
zunächst um 15 %	= 8 154,62 DM gekürzt wird.
Sie stellt sich alsdann auf mindestens	46 209,54 DM

Von dem Gesamtbetrag von 78 259,05 DM
setzt das Oberlandesgericht, dem Rechts-
standpunkt der Beklagten folgend, 5 % 8 912,95 DM
ab, so dass sich eine Forderung der Klä-
ger in Höhe von 169 346,10 DM
ergibt. Zieht man hiervon die unstreitig gezahlten 160 000--
ab, so ergibt sich der vom Oberlandesgericht durch Teilurteil
zugesprochene Betrag.

In dem Schlussurteil hat das Oberlandesgericht den Standpunkt
eingenommen, es sei nicht bewiesen, dass für die A[REDACTED] Arbei-
ten höhere Preise vereinbart seien. Da der Unterschiedsbetrag
zwischen den von den Klägern in Rechnung gestellten Preisen und
den nach D[REDACTED] Sätzen geltenden Preisen 6 356,10 DM beträgt,
ist die Rechnung der Kläger für die A[REDACTED] Arbeiten in
Höhe von 54 364,16 DM
um diesen Betrag gekürzt. 6 356,10 DM
= 48 008,06 DM

Danach ergibt sich für das Oberlandesgericht folgende Gesamt-
rechnung:

Den Klägern stehen zu:

für die D[REDACTED] Arbeiten 132 049,51 DM
für die A[REDACTED] Arbeiten 48 008,06 DM
= 180 057,57 DM

Von dieser Summe sind 5 % Garantiebeträg
abzuziehen

davon abzuziehen gezahlte

verbleiben:

Bereits durch das Teilurteil den Klägern
zugesprochen

Rest:

9 002,88 DM
171 054,69 DM
160 000,00 DM
11 054,69 DM
9 346,10 DM
708,59 DM

Dieser Betrag ist den Klägern durch das Schlussurteil unter Abweisung der weitergehenden Klage in Höhe von 16 343,78 DM zugesprochen worden. Die Kosten des Rechtsstreits sind zu fünf Neunteln den Klägern, zu vier Neunteln den Beklagten aufzulegen.

Die Kläger haben gegen das Schlussurteil insoweit Revision eingelegt, als die Klage in Höhe von 9 002,88 DM nebst Zinsen abgewiesen ist und um Zubilligung dieses Betrages gebeten. Sie wenden sich nur gegen den Abzug einer 5%-igen Sicherheitssumme, nicht gegen die Klageabweisung im übrigen.

Die Beklagten haben gegen das Teilurteil Revision und gegen das Schlussurteil Anschlussrevision eingelegt und um völlige Klageabweisung gebeten.

Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit der Revision

1. Das Schlussurteil des Oberlandesgerichts ist nach der Zustellungsurkunde der Post dem Bürovorsteher des Prozessbevollmächtigten der Kläger am 14. Mai 1955 im Wege der Ersatzzustellung übergeben worden. Wenn es der Postbeamte entgegen der Vorschrift des § 195 Abs 2 Satz 2 ZPO unterlassen hat, den Tag der Zustellung auf dem übergebenen Schriftstück zu vermerken, so wird hierdurch die Wirksamkeit der Zustellung nicht in Frage gestellt (vgl. RGZ 133, 365 368 für den Fall fehlender Übergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde). Nun meinen die Kläger, es könne sein, dass der Postbeamte das zuzustellende Schriftstück nur auf den Arbeitsplatz des bereits weggegangenen Bürovorstehers gelegt habe. Die Kläger räumen aber auch die Möglichkeit ein, dass der Bürovorsteher das Schriftstück noch am Mittag des 14. Mai 1955 - es war ein Sonnabend - vor Büroschluss erhalten habe. Geht man von der zweiten Alternative aus - und das ist angesichts des Inhalts der Zustellungsurkunde

und des Vorbringens der Kläger geboten -, so ist die am 13. Juni 1955 beim Revisionsgericht eingegangene Revision der Kläger verspätet eingelegt. Den Klägern war jedoch auf ihren Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren; denn sie haben glaubhaft gemacht, dass der Bürovorsteher ihres Berufungsanwalts das Urteil nicht mit dem Eingangsstempel des Eingangstages versehen hat, sondern es erst am Tage der Bearbeitung, dem 16. Mai 1955, quittierte und dem Anwalt vorlegte. Dieser konnte daher zumal ein Vermerk des Postbeamten über den Tag der Zustellung auf dem Briefumschlag fehlte, davon ausgehen, dass das Urteil am 16. Mai 1955 eingegangen war. Da weiter glaubhaft gemacht worden ist, dass in dem Büro des Anwalts genaue Anweisungen über die Behandlung von Zustellungssachen bestanden und dass es sich bei dem Bürovorsteher um eine längjährig bewährte Kraft handelte, lag für den Anwalt ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 ZPO vor. Ein Verschulden des Bürovorstehers steht der Wiedereinsetzung nicht im Wege, da dieser nicht Vertreter im Sinne des § 232 Abs 2 ZPO war. Wenn er eine Ersatzzustellung für seinen Anwalt entgegennahm, handelte er nicht als dessen Vertreter, sondern als dessen Gehilfe (§ 183 Abs 2 ZPO).

Der Wiedereinsetzungsantrag ist fristgemäss (§ 234 ZPO) gestellt worden, nachdem der Prozessbevollmächtigte der Kläger für die Revisionsinstanz davon Kenntnis erhalten hat, dass seine bisherige Annahme, das Berufungsurteil sei am 14. Mai 1955 zugestellt, mit dem Inhalt der in Händen des Prozessgegners befindlichen Zustellungsurkunde nicht übereinstimmte. Infolge der gewährten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gilt die Revision als rechtzeitig eingelegt. Sie ist daher, da sie ordnungsmässig begründet ist und da der Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 6 000.- DM übersteigt, zulässig.

2. Die Revision der Beklagten gegen das Schlussurteil wird gemäss ihrer Erklärung als Anschlussrevision zu behandeln, dass es für die Zulässigkeit auf die Höhe der Beschwer nicht ankommt.

II. Zur Revision und Anschlussrevision der Beklagten

1. Das Oberlandesgericht hat - von einer Preisdifferenz abgesehen - den Klägern den Werklohn für alle in Rechnung gestellten Leistungen in D. zugebilligt, weil es der Ansicht ist, die Kläger hätten K. für bevollmächtigt halten können, die Aufmasse zu prüfen und zu bestätigen und damit die Rechnungen anzuerkennen. Das ergebe sich aus der Art der Stellung des K. und seiner Tätigkeit als Bauingenieur der Beklagten. Ein anderer für die Nachprüfung der Aufmasse und die Anerkennung der Rechnungen zuständiger Beauftragter der Beklagten sei nicht benannt worden bzw. nicht erreichbar gewesen. K. habe sich auch selbst für befugt angesehen und das zum Ausdruck gebracht. Erst nach Beendigung der Arbeiten habe er auf Weisung des Erstbeklagten erklärt; ihm habe eine Vollmacht für eine Anerkennung der Rechnungen nicht zugestanden. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kommt es nicht darauf an, wie weit die Befugnisse des K. tatsächlich gereicht haben. Jedenfalls, so meint das Berufungsgericht, hätten die Kläger nach den Umständen des Falles und nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, die Beklagten duldeten das Verhalten des K. und würden es verhindern, wenn sie nicht damit einverstanden seien.

Mit Recht führt die Revision aus, dass diese Ausführungen weder den Verhandlungsstoff erschöpfen noch der Rechtslage gerecht werden. Geht man davon aus, dass ein die zu erbringenden Leistungen im einzelnen bestimmender Werkvertrag vorlag - das war zum mindesten bei den Hauptarbeiten in D. der Fall -, so bedurfte jede gegenständliche Auftragserweiterung einer vertraglichen Vereinbarung. Da der Hauptvertrag von dem Erstbeklagten unterzeichnet war, lag es zunächst nahe, dass auch eine Vertragserweiterung mit dem Erstbeklagten oder der Geschäftsführung der Zweitbeklagten wenigstens dann vereinbart werden musste, wenn es sich nicht um unbedeutende Ergänzungen oder Änderungen handelte. Wenn das Berufungsgericht aus dem Verhalten des Bauingenieurs K. eine Genehmigung der Rechnungen und damit auch

der Erweiterung des Werkvertrages herleitete, so ist darauf hinzuweisen, dass die Vermerke, die K. unter die Massenberechnungen der Schlussrechnungen gesetzt hat, nur ergeben, dass die Massenberechnungen technisch überprüft und anerkannt sind. Auch die vom Berufungsgericht angezogene Zeugenaussage des K. besagt wohl nur, dass K. die Arbeiten technisch überprüft und sich insoweit als zuständig angesehen hat. Auf die Überprüfung und Anerkennung der Massenberechnungen hatten auch die Kläger bei der Begründung ihrer Klageforderung entscheidendes Gewicht gelegt. Es hätte nun zum mindesten einer näheren Begründung der Ansicht bedurft, mit dieser technischen Überprüfung habe K. auch die Berechtigung der Rechnungen selbst anerkannt. Die technische Überprüfung und Anerkennung der Arbeiten durch einen die Bauaufsicht führenden Ingenieur der Beklagten könnte nämlich auch, was das Berufungsgericht nicht gesehen hat, die eingeschränkte Bedeutung haben, dass lediglich der tatsächliche Umfang der geleisteten Arbeiten und ihre technische Ordnungsmässigkeit bescheinigt wurde. Eine solche Bescheinigung war, soweit sie auf den Zwischenrechnungen erteilt wurde, schon für die im Vertrag vorgesehene Bevorschussung der Schlussrechnung wesentlich, die ein Aufmass der geleisteten Arbeiten voraussetzte. Das Berufungsgericht hätte ferner nicht unterlassen dürfen, bei seiner Würdigung auf das Schreiben der Beklagten vom 5. Januar 1953 einzugehen, in dem diese die Kläger darauf hinwiesen, sie hätten schon wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass keine Arbeiten ausgeführt werden dürfen, die nicht vom Finanzneubauamt durch Auftrag genehmigt seien. Nach dem Inhalt dieses Schreibens musste es zum mindesten zweifelhaft sein, ob die Kläger den Bauingenieur K. als befugt ansehen konnten, die erst später ausgestellten Schlussrechnungen anzuerkennen und damit eine Genehmigung der Auftragsüberschreitungen auszusprechen.

Wollte das Berufungsgericht aus dem Verhalten des K. bei der Arbeits- und Rechnungskontrolle eine die Beklagten bindende Auftragsenerweiterung oder Rechnungsgenehmigung erblicken, so

hätte es auch prüfen müssen, wie weit die Befugnisse eines die Bauaufsicht führenden Ingenieurs des Hauptunternehmers im allgemeinen im Baugewerbe reichen und welche Bedeutung in der Baupraxis solchen Prüfungsvermerken beigelegt wird, wie sie hier erteilt sind. Vor allem aber hätte der Grund der Auftragsüberschreitungen aufgeklärt werden müssen, zu dem die Kläger auch nähere Angaben gemacht hatten. War das Finanzneubauamt mit Planänderungen und -erweiterungen einverstanden und übernahm es die Bezahlung der Mehrkosten, so war es natürlich weit eher zu verstehen, dass sich die Kläger mit dem Einverständnis des Bauingenieurs begnügten, da alsdann ein finanzielles Risiko für die Beklagten nicht entstand. Bedeutete die Arbeitserweiterung aber erkennbar eine wesentliche Überschreitung der Vertragssumme und war die Möglichkeit einer Abwälzung auf das Finanzneubauamt noch ungewiss, so lässt es sich gerade nach den vom Berufungsgericht angezogenen Grundsätzen von Treu und Glauben schwerlich rechtfertigen, dass die Kläger nicht vorher das Einverständnis der Beklagten selbst einholten. Zu der Bemerkung des Berufungsgerichts, die leitenden Herren der Beklagten seien nicht erreichbar gewesen, rügt die Revision mit Recht die Übergehung des Beweisantritts des Schriftsatzes vom 15. Juli 1954. Im übrigen hatte der Zeuge D. bekundet, er habe für die Kläger wiederholt mit Herrn H. telefonisch gesprochen. Indem das Berufungsgericht die technischen Prüfungen und Anerkennungen ohne zureichende Begründung im Sinne einer Forderungsanerkennung wertet, ist schon die Auslegung der von K. abgegebenen Erklärungen von Rechtsirrtum beeinflusst. Auch sind mangels ausreichender Klärung und Würdigung der Einzelumstände eben diejenigen Voraussetzungen nicht dargetan, die den Standpunkt rechtfertigen könnten, die Beklagten verstießen mit der Berufung auf eine mangelnde Vollmacht des Bauingenieurs K. gegen Treu und Glauben (Anscheinsvollmacht).

2. Lässt sich also eine Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung der Restbeträge der D. Rechnungen mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht halten, kann auch die Verurteilung zur Bezahlung der A. Rechnungen keinen

Bestand haben, da auch diese Entscheidung möglicherweise durch Rechtsirrtum beeinflusst ist. Denn auch bei den A[]Arbeiten ist das Berufungsgericht nach Abzug einer streitigen Preisspanne nur von den Rechnungen der Kläger ausgegangen. Die Berechnungen beruhten aber ebenfalls auf dem - angeblich von einem Angestellten des Finanzneubauamts nachgeprüften - Aufma[] der tatsächlich erbrachten Leistungen. Demgegenüber hatten die Beklagten bereits in der Klagebeantwortung den Standpunkt vertreten, sie brauchten nur die in Auftrag gegebenen Leistungen zu zahlen, deren geringerer Rechnungsbetrag von ihnen unter Spezifizierung angegeben war. Die Beklagten bestritten damit den Klagegrund, nämlich den die Vergütung rechtfertigenden Werkvertrag, so dass die Kläger dargetun mussten, dass die Beklagten in Rechnung gestellten Arbeiten in Auftrag gegeben oder ihre Durchführung nachträglich genehmigt hatten. Solange diese Voraussetzungen nicht feststanden, war die Sache nicht zur Entscheidung im Sinne einer Verurteilung reif. Wenn das Berufungsgericht den Beklagten vorwirft, sie hätten es an einer rechtzeitigen Spezifizierung ihrer Beanstandungen fehlen lassen, so ist verkannt, dass den Klägern die Behauptungs- und Beweislast zufiel, soweit bestritten war, ob die einzelnen berechneten Leistungen auch in Auftrag gegeben waren. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, angesichts der verschiedenen Berechnungsarten der Parteien gemäss § 13921 Veranlassung nehmen müssen, die Unstimmigkeiten durch Auflagen aufzuklären.

Da eine erneute tatrichterliche Würdigung erforderlich ist, musste die Verurteilung der Beklagten gemäss den Anträgen der Revision und der Anschlussrevision aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Sollte sich ergeben, dass eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten ganz oder teilweise nicht besteht, wird darauf einzugehen sein, ob Ansprüche auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung in Frage kommen können.

III. Zur Revision der Kläger

Auch die Revision der Kläger ist begründet.

Sie betrifft nur die vom Berufungsgericht gebilligte Einbehaltung einer 5 %-igen Garantiesumme, die sich in einer Klageabweisung in Höhe von 9 002,88 DM auswirkt. Das Berufungsgericht begründet seinen Standpunkt bei der Errechnung des in dem Teilurteil zugesprochenen Betrages mit der Erwägung, die Einbehaltung, wie sie im Verhältnis der Beklagten zum Finanzneubauamt vereinbart sei, müsse auch im Verhältnis der Beklagten zu den Klägern als Subunternehmer gelten, weil das der allgemeinen Auffassung im Baugewerbe entspreche. Es sei nämlich bekannt, dass Bauaufträge der öffentlichen Hand allgemein nur unter Zugrundelegung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) erteilt würden. Das wüssten auch die Kläger. Im Schlussurteil, das dann die Kürzung an der errechneten Werklohnforderung vornimmt, wird zu der Frage keine Stellung mehr genommen, obwohl die Kläger in ihrem Schriftsatz vom 4. November 1954 eingehende Darlegungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu der Einbehaltung gemacht hatten. Da das Schlussurteil das Teilurteil in Bezug nimmt, liegt zwar entgegen der Ansicht der Revision nicht der unbedingte Revisionsgrund der fehlenden Entscheidungsgründe (§ 551 Abs 7 ZPO) vor. Wohl aber ist der Revision zuzugeben, dass die Begründung unzulänglich und rechtlich fehlerhaft ist.

Zunächst ist es bedenklich, wenn aus der Geltung der VOB im Verhältnis zwischen öffentlichem Bauherrn und Bauunternehmer entnommen wird, dass sich auch das Vertragsverhältnis zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer nach der VOB richte. Wäre das richtig, hätte auch im übrigen die Vertragsabwicklung nach der VOB vorgenommen werden müssen (vgl Teil B § 2 Nr 5 und Nr 7). Keine der Parteien hat sich aber darauf berufen, dass für ihre Vertragsbeziehungen sonst ein vom Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches abweichendes Recht gelte. In den

schriftlichen Vertragsbestimmungen ist nichts über die Geltung der VOB enthalten, und eine mündliche Vereinbarung ihrer Geltung ist nicht behauptet worden. Eine stillschweigende Einigung über die Abwicklung des Vertrages nach den Bestimmungen der VOB, die die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in mannigfaltiger Hinsicht abändert, könnte nur bei ganz besonderen Voraussetzungen angenommen werden. Was die Sicherheitsleistung insbesondere angeht, so ergibt sich aus Teil A § 14 VOB, dass diese nicht ausnahmslos durchgeführt wird.

Vom Standpunkt des Berufungsgerichts wäre insbesondere darauf einzugehen gewesen, welche Handhabung im Verhältnis zwischen den Beklagten und dem Finanzneubauamt bestand. Mass Nr 13 der von den Beklagten überreichten Allgemeinen Ausschreibungs- und Vertragsbedingungen betrug die vom Hauptunternehmer zu zahlende Sicherheit 5 % der Abrechnungssumme von denjenigen Leistungen und Lieferungen, bei denen gewährleistungspflichtige Schäden auftreten konnten. Eine Einbehaltung der Sicherheitsleistung war nur für die Dauer eines Jahres vorgesehen. Da das Finanzneubauamt - wenigstens nach der Behauptung der Kläger - die Leistungen unbeanstandet abgenommen hatte und seitdem ein Jahr längst verstrichen war ist eine Rechtfertigung für den Standpunkt des Berufungsgerichts nicht ersichtlich.

Mit Rücksicht darauf, dass die Berechtigung der Forderung selbst noch einer näheren Nachprüfung bedarf, musste die Sache auch im Umfang der Revision der Kläger zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Es erschien zweckmässig, einen anderen Senat des Berufungsgerichts mit der erneuten Verhandlung zu beauftragen (§ 565 Abs 1 Satz 2 ZPO) und diesem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu überlassen.

Dr. Kleinewefers

Dr. K. E. Meyer

Dr. Bode

Dr. Hauss

Dr. Engels