



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 144/03

Verkündet am:
23. Juni 2005
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Grund- und Teilurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 25. März 2003 insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten über den Hilfsantrag der Klägerin auf Zahlung von 651.881,55 € und zum Nachteil der Klägerin über ihr Schadensersatzbegehren in Höhe von 332,13 € entschieden worden ist. Die weitergehende Anschlußrevision wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn sowie Schadensersatz wegen der Kosten eines gescheiterten Abnahmetermins. Die Parteien streiten insbesondere über die Passivlegitimation der Beklagten.

Die Klägerin bot im Sommer 1998 der Rechtsvorgängerin der K-GmbH (im folgenden nur: K-GmbH) Leistungen betreffend die Gewerke Heizung/Kälte, Lüftung und Sanitär für ein Gebäude eines größeren Bauvorhabens an. Die K-GmbH verhandelte mit der Klägerin zunächst im eigenen Namen. Mit Schreiben vom 7. August 1998 beauftragte sie die Klägerin "namens und im Auftrag" der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im folgenden nur: Beklagte) mit den angebotenen Leistungen. Die Rechnungen sollten an die Beklagte unter der Anschrift der K-GmbH ("c/o") gestellt werden. Zugleich teilte die K-GmbH der Klägerin mit, daß das Objekt an ein Mitglied der Unternehmensgruppe der Beklagten veräußert werden solle; es sei vorgesehen, künftig Verträge direkt zwischen der Beklagten und den ausführenden Firmen abzuschließen. Die Beklagte hatte der K-GmbH bis zu diesem Zeitpunkt keine Vollmacht erteilt.

Anfang Oktober 1998 erwarb die zu der Unternehmensgruppe der Beklagten gehörende K.G.-KG das Grundstück, auf dem die Klägerin bereits zu arbeiten begonnen hatte. Am 12. Oktober 1998 schlossen die K-GmbH und die Beklagte einen Projektsteuerungsvertrag. Darin übernahm die K-GmbH für die Beklagte u. a. die Beauftragung, Koordination und Abwicklung der erforderlichen Einzelgewerke für das Gebäude. Die Beklagte bevollmächtigte die K-GmbH, in ihrem Namen und für ihre Rechnung Einzelaufträge für sämtliche zur bezugs- und schlüsselfertigen Herstellung und Errichtung des Gebäudes erforderlichen Bauleistungen zu erteilen, soweit die Beklagte bei Abschluß des Projektsteuerungsvertrages nicht bereits entsprechende Aufträge erteilt habe.

Am selben Tag schlossen die K.G.-KG und die K-GmbH einen Fertigstellungs- und Höchstkostengarantievertrag, der das gesamte Bauvorhaben betraf.

Die Klägerin führte den Hauptauftrag sowie zahlreiche, nach ihrer Behauptung ihr erteilte Nachträge und Zusatzaufträge aus. Die Beklagte zahlte auf

die von der K-GmbH geprüften Abschlagsrechnungen insgesamt rund 2,7 Mio. DM unmittelbar an die Klägerin. Am 19. Juli 1999 nahm die K-GmbH die Arbeiten der Klägerin ab.

Die Klägerin übersandte Mitte Dezember 1999 nach einem Gespräch mit der K-GmbH ihre Schlußrechnung über restliche 1.097.461,77 DM an das von der K-GmbH eingeschaltete Ingenieurbüro, das die Rechnung korrigierte und im Februar 2000 an die Klägerin zurücksandte. Die Klägerin mahnte die Beklagte mehrfach vergeblich. Am 24. Januar 2001 übersandte sie ihr eine Gewährleistungsbürgschaft der Z. AG über 191.028,80 DM. In der Bürgschaftserklärung ist auf den Vertrag vom 7. August 1998, der zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossen worden sein soll, Bezug genommen. Die Beklagte hält diese Bürgschaft bislang in Besitz.

Die Klägerin macht, soweit dies für das Revisionsverfahren von Interesse ist, in erster Linie restlichen Werklohn mit der Behauptung geltend, die Parteien hätten sich Anfang Dezember 1999 auf einen pauschalen Werklohn von 3,35 Mio. DM abzüglich 1,8 % für Umlagen und zuzüglich 16 % Umsatzsteuer geeinigt; die Beklagte sei in diesem Gespräch von einem Mitarbeiter der K-GmbH vertreten worden. Die Schlußrechnung sei im Hinblick auf den vereinbarten Pauschalbetrag erstellt worden. Hilfsweise begehrt sie Restwerklohn, den sie auf der Grundlage des Vertrages vom 7. August 1998 und behaupteter zahlreicher Nachtragsaufträge mit 1.273.981,11 DM errechnet. Außerdem verlangt sie für Leistungen aus zwei Zusatzaufträgen, die ihr das von der K-GmbH eingeschaltete Ingenieurbüro im Juni 1999 erteilt habe, insgesamt 2.065,52 DM. Schließlich begehrt sie Ersatz von Sachverständigenkosten in Höhe von 649,60 DM (= 332,13 €), die ihr anlässlich eines erfolglos durchgeführten Abnahmetermins entstanden seien.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag im wesentlichen stattgegeben; die weitergehenden Ansprüche hat es abgewiesen. Gegen das Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, der sich die Klägerin angeschlossen hat. Das Berufungsgericht hat den Hauptantrag abgewiesen und die Klage nach dem Hilfsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs hat es die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision beantragt die Beklagte vollständige Klageabweisung. Die Klägerin verfolgt mit ihrer Anschlußrevision ihren Hauptantrag und ihr Schadensersatzbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg, während die Anschlußrevision nur hinsichtlich des Schadensersatzbegehrens der Klägerin Erfolg hat, im übrigen jedoch unbegründet ist. Die Rechtsmittel führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils bis auf die Abweisung des Hauptantrages der Klägerin. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die K-GmbH habe den Vertrag am 7. August 1998 als Vertreterin der Beklagten ohne Vertretungsmacht geschlossen. Diesen Vertrag habe die Beklagte durch den später mit der K-GmbH geschlossenen Projektsteuerungsvertrag nicht genehmigt. Die darin enthaltene Bevollmächtigung der K-GmbH habe solche Verträge nicht umfaßt, die zum

Zeitpunkt des Abschlusses des Projektsteuerungsvertrages bereits geschlossen gewesen seien. Die Beklagte habe den Vertrag jedoch durch die Entgegennahme und das Behalten der Gewährleistungsbürgschaft der Z. AG genehmigt. Es sei davon auszugehen, daß die Beklagte die Bürgschaftsurkunde genau geprüft habe. Sie habe dem Rubrum der Bürgschaftsurkunde entnehmen müssen, daß eine Sicherheit für Gewährleistungsansprüche aus einem zwischen den Parteien bestehenden Vertrag geleistet werde. Ihr sei bekannt gewesen, daß die Klägerin an dem Objekt gearbeitet habe. Bei der Überprüfung der Gewährleistungsbürgschaft habe sich der Beklagten daher der Eindruck aufdrängen müssen, daß die K-GmbH den in der Bürgschaftsurkunde genannten Vertrag in ihrem, der Beklagten, Namen als vollmachtlose Vertreterin geschlossen habe. Die Beklagte habe mit ihrem Verhalten den Willen zum Ausdruck gebracht, den Vertrag genehmigen zu wollen.

Die Genehmigung umfasse nicht nur den Hauptauftrag, sondern auch Nachtrags- und Zusatzaufträge, da der Betrag der Bürgschaft über den Betrag hinausgehe, für den nach dem Vertrag vom 7. August 1998 eine Bürgschaft zu stellen gewesen sei.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hätten die Parteien allerdings Anfang Dezember 1999 keinen Pauschalpreis vereinbart. Es könne dahinstehen, ob die K-GmbH die Beklagte in dem Gespräch Anfang Dezember 1999 vertreten habe und ob dabei eine Einigung erzielt worden sei. Jedenfalls habe der Zeuge S., der für die K-GmbH an diesem Gespräch teilgenommen habe, keine Vollmacht der K-GmbH gehabt. Die Restwerklohnklage könne daher nur nach dem Hilfsantrag Erfolg haben, hinsichtlich dessen Höhe die Klage noch nicht entscheidungsreif sei. Anspruch auf Schadensersatz wegen zusätzlicher Sachverständigenkosten stehe der Klägerin nicht zu.

II.

Das Berufungsgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage zugelassen, unter welchen Voraussetzungen ein konkludentes Verhalten die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Vertrages im Sinne von § 177 Abs. 1 BGB darstellt.

Diese Frage rechtfertigt keine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist seit langem geklärt, daß in einem konkludenten Verhalten die Genehmigung eines Vertrages liegen kann. Diese Prüfung ist typischerweise einzelfallbezogen vorzunehmen und nicht verallgemeinerungsfähig. Der Senat ist jedoch gemäß § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO an die Zulassung gebunden.

III.

A. Zur Revision

Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Nachprüfung schon im Ansatz nicht stand.

1. Die Frage, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts zutreffen, die Beklagte habe den von der K-GmbH in ihrem Namen vollmachtlos geschlossenen Vertrag vom 7. August 1998 genehmigt, kann offenbleiben. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen die Verurteilung der Beklagten nicht, sie schulde dem Grunde nach Vergütung sowohl nach den Einheitspreisen des Hauptvertrages vom 7. August 1998 als auch für Nachtrags- und Zusatzaufträge. Die Revision rügt zu Recht, nur die Erteilung des Hauptauftrages durch die K-GmbH sei unstreitig, nicht aber die Erteilung von Nachtrags- und Zusatzauf-

trägen. Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Beklagten übergangen, die K-GmbH habe Nachtrags- und Zusatzaufträge, soweit sie Gegenstand des Berufungsverfahrens waren, nicht erteilt. Trifft das zu, kann sich die vom Berufungsgericht bejahte Genehmigung des Vertrages nur auf den Hauptvertrag beziehen. Damit fehlen die materiell-rechtlich notwendigen Feststellungen für eine uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten dem Grunde nach. Mangels Feststellungen dazu, in welchem Verhältnis die von den behaupteten Nachtrags- und Zusatzaufträgen erfaßten Leistungen zu dem Gegenstand des Hauptvertrags stehen, kann auch eine auf die Zahlungsverpflichtung aus dem Hauptvertrag beschränkte Verurteilung dem Grunde nach nicht aufrecht erhalten werden.

2. Das Berufungsurteil kann im Umfang der Anfechtung durch die Revision nicht bestehen bleiben; es ist insoweit aufzuheben. Nach Zurückverweisung der Sache wird das Berufungsgericht im Rahmen der neuen Verhandlung den Auftragsumfang zu ermitteln und alsdann folgendes zu erwägen haben:

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Vertrag vom 7. August 1998 konkludent dadurch genehmigt, daß sie die Gewährleistungsbürgschaft der Z.-AG behalten habe, begegnet durchgreifenden Bedenken. Jedoch legen die getroffenen Feststellungen die Annahme nahe, daß die Beklagte, würdigt man ihr gesamtes Verhalten im Rahmen der Bauabwicklung, gegenüber der Klägerin zum Ausdruck gebracht hat, daß sie für die vertragliche Verpflichtung einstehen und die Vergütung entrichten will.

Die Beklagte hat der K-GmbH in dem Projektsteuerungsvertrag weitreichende Vollmachten erteilt. Die K-GmbH war für die Klägerin stets der Ansprechpartner im Rahmen der Abwicklung des Hauptvertrages. Sie hat unstreitig mehr als ein halbes Jahr für die Beklagte die Abschlagsrechnungen der Klä-

gerin geprüft und diese an die Beklagte weitergeleitet. Nachdem das Grundstück, auf dem die Klägerin arbeitete, an die K.G.-KG als Mitglied der Unternehmensgruppe der Beklagten verkauft worden war, bestand für die Klägerin erst recht kein Zweifel, ihre Leistungen für die Beklagte zu erbringen. Die Beklagte, die die Ausführung der Leistungen über Monate hinweg bemerken mußte, beanstandete den vertragslosen Zustand nicht. Vielmehr zahlte sie auf die von der K-GmbH geprüften Abschlagsrechnungen nach ihrem eigenen Vortrag an die Klägerin insgesamt etwa 2,7 Mio. DM. Im folgenden führte die K-GmbH nach Abschluß der Arbeiten die Abnahme durch und verhandelte mit der Klägerin Anfang Dezember 1999 über die Höhe der restlichen Vergütung. Im Anschluß daran ließ die Beklagte mehrere Mahnungen der Klägerin unbeantwortet, obwohl es aus ihrer Sicht nahegelegen hätte, diese an die Klägerin mit dem Bemerkens zurückzusenden, daß sie nicht Vertragspartnerin der Klägerin sei. Die Beklagte wurde spätestens aufgrund des Textes der ihr von der Klägerin Anfang 2001 übersandten Gewährleistungsbürgschaft konkret über den Bauvertrag vom 7. August 1998 unterrichtet, ohne darauf zu reagieren.

B. Zur Anschlußrevision

1. Die Anschlußrevision hat Erfolg, soweit die Klägerin ihr Schadensersatzbegehren verfolgt.

Die Klägerin beansprucht Ersatz der Kosten für einen von ihr zu einem Abnahmetermin geladenen Sachverständigen. Nach ihrem Vortrag soll ein von der K-GmbH beauftragter Ingenieur diesen Termin mit ihr, der Klägerin, abgesprochen haben. Der Ingenieur soll eine für die Abnahme notwendige Schaltung nicht rechtzeitig in Funktion gesetzt haben, so daß der Sachverständige vergeblich erschienen sei.

Das Berufungsgericht hat, soweit von einer Verpflichtung der Beklagten aus dem durch die K-GmbH erteilten Auftrag auszugehen ist, zu Unrecht eine Rechtsgrundlage für dieses Schadensersatzbegehren der Klägerin verneint. Die Klägerin hat die Anspruchsvoraussetzungen für eine positive Vertragsverletzung schlüssig vorgetragen, da die K-GmbH bei der Abnahme als Erfüllungsgehilfin der Beklagten gehandelt hat und der Ingenieur als Erfüllungsgehilfe der K-GmbH tätig geworden ist.

2. Die Anschlußrevision hat keinen Erfolg, soweit die Klägerin eine Vergütung aufgrund einer nachträglichen Pauschalierung fordert. Eine nachträgliche Pauschalierung ihrer Vergütung ist nicht vereinbart worden. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß eine Vollmacht des Zeugen S., eine solche Vereinbarung mit Wirkung für die Beklagte zu schließen, nicht ersichtlich ist. Der Zeuge, der im Namen der K-GmbH aufgetreten sein soll, war nicht bevollmächtigt, Erklärungen hinsichtlich des am 7. August 1998 geschlossenen Vertrages abzugeben. Aus den Indiztatsachen, die die erstinstanzlich vernommenen Zeugen bekundet haben, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise den Nachweis einer Vollmacht des S.

nicht entnehmen können. Die dagegen erhobenen Rügen der Klägerin erachtet der Senat nicht für durchgreifend; von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

IV.

Das Berufungsgericht wird nach Zurückverweisung der Sache die noch erforderlichen Feststellungen zu treffen haben. Es wird insbesondere zu erwägen haben, die Sache im Hinblick auf den bislang eingetretenen Zeitablauf nicht nur dem Grunde nach, sondern gegebenenfalls auch zur Höhe selbst zu entscheiden (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 270/03, BauR 2005, 590 = ZfBR 2005, 358 = NZBau 2005, 224).

Dressler

Haß

Hausmann

Wiebel

Kniffka