

**BUNDESGERICHTSHOF****IM NAMEN DES VOLKES**

VII ZR 107/65

**URTEIL**

Verkündet am  
18. Januar 1968  
Horn,  
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der Kauffrau Wwe. Hedwig T [REDACTED], B [REDACTED],  
H [REDACTED] str. [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagten, Berufungs-  
beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] und M [REDACTED] AG in D [REDACTED],  
G [REDACTED] str. [REDACTED],  
vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Dr.-Ing. Heinz  
S [REDACTED], Hans W [REDACTED] und Eduard W [REDACTED]

Beklagte, Widerklägerin, Berufungs-  
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Teilurteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 4. Juni 1965 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 28. September 1953 beauftragte die Klägerin die Beklagte mit der Ausführung der Maurer-, Beton-, Stahlbeton-, Estrich- und Putzarbeiten an dem auf ihrem Grundstück in B [REDACTED] zu errichtenden Gebäude. Der erste Bauabschnitt sollte bis zum 20. Januar 1954, der zweite bis zum 10. April 1954 fertiggestellt werden. In den Vorbemerkungen zu dem Angebot der Beklagten war vorgesehen, daß bestimmte Abschlagszahlungen nach Fertigstellung der Kellerdecke und der einzelnen Geschosse zu leisten seien. Im Anschluß hieran heißt es:

- 3 -

"Falls die Valutierung der Hypotheken noch nicht bei Fälligkeit der Abschlagszahlungen ausgezahlt werden kann, werden uns nach Erfüllung der Leistungen die Rechnungsbeträge mit Bankzinsen verzinst, bis die Auszahlung der Hypothekengelder erfolgt ist, soweit uns nicht schon Zahlungen aus den Mietvorauszahlungen geleistet worden sind."

Weiter wird in diesen Vorbemerkungen gesagt, daß die Ingebrauchnahme keine Abnahme bedeute. Für jeden Tag verspäteter Fertigstellung sollte die Beklagte eine Vertragsstrafe von 400 DM zahlen. Das Vertragsverhältnis sollte sich nach den Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen richten.

Bis zum 28. Dezember 1953 hatte die Beklagte Abschlagsrechnungen über 134.094,88 DM eingereicht. Da die Klägerin außerstande war, sie zu bezahlen, kündigte ihr die Beklagte die Einstellung der Arbeiten an. Darauf vereinbarten die Parteien am 26. Februar 1954, daß die Klägerin für alle fälligen Forderungen Wechsel geben sollte; die Beklagte wollte diese Wechsel selbst einlösen, soweit auf dem Sonderkonto der Beklagten noch keine Deckung vorhanden war; die Klägerin verpflichtete sich, alle Wechsel bis zum 15. Januar 1955 auszugleichen. Sie hatte ferner unter dem 15. Oktober 1953 die Abtretung zweier Grundschulden an die Beklagte zu deren Sicherstellung erklärt und ihre Unterschrift beglaubigen lassen.

Die Beklagte gab in ihrer Schlußrechnung die Gesamtforderung mit 737.033,69 DM an. Hierüber fanden mehrere Besprechungen zwischen den Parteien statt, in denen die Beklagte verschiedene Zugeständnisse machte. Am 31. März 1955 einigte man sich dahin, daß die vom Architekten der Klägerin, O. [REDACTED], errechnete Summe von 703.254,20 DM

Hinweis: Auch Texturkopien sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



auf 690.654,20 DM herabgesetzt werde; über zwei weitere Posten waren noch Verhandlungen vorgesehen; zum Schluß heißt es:

"Die von O [REDACTED] errechnete Endsumme von 703.254,20 DM bedarf noch einer rechnerischen Nachprüfung, bevor der neu errechnete Endbetrag endgültig anerkannt wird."

Die von der Klägerin gegebenen Wechsel wurden vielfach prolongiert; die letzten wurden im Jahre 1959 von ihr eingelöst. Die Beklagte errechnet danach eine Restforderung von 4.018,48 DM; von deren Begleichung machte sie die Rückabtretung der Grundschuld in Höhe dieses Betrags abhängig.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß die Forderung von 4.018,48 DM nicht zu Recht bestehe. Mit der Klage hat sie beantragt, dies festzustellen. Ferner hat sie die Feststellung erbeten, daß ihr die Beklagte allen Schaden zu ersetzen habe, der ihr aus der Vorenthaltung der Grundschuld entstehe.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben, mit der sie die Zahlung des Betrags von 4.018,48 DM verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 5. Mai 1960 die negative Feststellungsklage der Klägerin als unzulässig abgewiesen; dem Feststellungsantrag wegen Vorenthaltung der Grundschuld hat es stattgegeben.

Hiergegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Im zweiten Rechtszug haben die Parteien einen Zwischenvergleich geschlossen, auf Grund dessen zunächst das Verfahren im ersten Rechtszug fortgesetzt werden sollte.

Im erstinstanzlichen Verfahren hat die Klägerin nunmehr ihre Klage dahin "erweitert", daß sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 35.000 DM nebst Zinsen beantragte. Den Anspruch hat sie u.a. darauf gestützt, daß sie Diskont- und Bankspesen zu Unrecht bezahlt habe, daß die Baukostenrechnung übersetzt sei und daß ihr Ansprüche wegen verspäteter Fertigstellung des Werkes zustünden.

Durch "Teilurteil" vom 28. November 1963 hat das Landgericht die Klage auf Zahlung von 35.000 DM abgewiesen und der Widerklage im wesentlichen stattgegeben. Die Kostenentscheidung hat es dem "Schlußurteil" vorbehalten.

Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die beiden bei ihm anhängigen Verfahren verbunden. Es hat durch Teilurteil die Berufung der Klägerin gegen das Urteil vom 28. November 1963 zurückgewiesen, soweit sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 35.000 DM begehrt.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter, soweit ihn das Oberlandesgericht abgewiesen hat. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Das Landgericht hat mit der Entscheidung vom 28. November 1963 alle bei ihm anhängigen Ansprüche zur Klage und zur Widerklage erledigt. Trotzdem hat es ein "Teilurteil" erlassen und nicht über die Kosten befunden, weil die Berufung über das Teilurteil vom 5. Mai 1960 noch in der Berufungsinstanz anhängig sei.

Dieses Vorgehen war fehlerhaft. Für ein Teilurteil ist gemäß § 301 Abs. 1 ZPO nur Raum, wenn über den Anspruch oder die Widerklage wenigstens teilweise noch zu befinden ist. Das war hier nicht der Fall, soweit es sich um das erstinstanzliche Verfahren handelte. Das Landgericht hätte deswegen ein Schlußurteil erlassen und über die Kosten entscheiden müssen.

Für die Entscheidung des Revisionsgerichts spielt dieser Mangel aber keine Rolle, weil ein Teil des Prozesses noch bei dem Oberlandesgericht anhängig ist. Dieses kann den Fehler, gegebenenfalls nach Erweiterung der Berufungen, beheben.

2. Eine Erweiterung der Klage setzt voraus, daß letztere bei dem betreffenden Gericht noch anhängig ist. Das war nicht der Fall, als die Klägerin bei dem Landgericht die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 35.000 DM verlangte; denn damals hatte dieses über die Klage durch Urteil vom 5. Mai 1960 bereits in vollem Umfange entschieden.

Trotzdem bestehen gegen jene "Erweiterung" keine Bedenken. Einmal kann in ihr die Erhebung einer neuen Klage erblickt werden, die im laufenden Prozeß infolge der Zustimmung des Gerichts und der Beklagten behandelt werden konnte. Abgesehen hiervon war die "Erweiterung" als zulässige Widerklage gegen die damals noch beim Landgericht anhängige Widerklage anzusehen (vgl. BGH LM § 164 BGB Nr. 15).

## II. Zur Sache

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß der Klägerin durch die Vereinbarung vom 31. März 1955 alle Einwendungen gegen die Berechtigung und die Höhe der einzelnen Rechnungsposten - von Willensmängeln und Arglist abgesehen - abgeschnitten seien. Man habe nur eine rein rechnerische Nachprüfung und die Einigung über 2 weitere Posten vorbehalten.

Das ist eine tatrichterliche Würdigung, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt.

a) Es kann dahinstehen, ob das Abkommen vom 31. März 1955 alle Merkmale des § 779 BGB enthält. Denn maßgebend ist allein der Inhalt des Vertrags, den die Parteien damals geschlossen haben.

Das Berufungsgericht hat seine Auffassung hierüber mit dem Hinweis auf den Wortlaut des Abkommens und den Verlauf der Vorverhandlungen hinreichend begründet. Seine Überzeugung schöpft es vor allem daraus, daß in der Niederschrift über die Besprechung vom 14. Januar 1955 von einer Aufmaßprüfung und einer rechnerischen Prüfung die Rede sei, während man in der Verhandlung vom 31. März 1955 nur noch die rechnerische Prüfung vorbehalten habe.

Das sind Erwägungen, die im Rahmen der dem Tatrichter zustehenden Würdigung liegen und gegen die keine rechtlichen Bedenken bestehen. Die Annahme der Revision, das Oberlandesgericht habe sich damit auch über das Vorbringen der Beklagten hinweggesetzt, ist unrichtig; diese hatte S. 3/4 ihres Schriftsatzes vom 5. Januar 1962 bereits die gleiche Auffassung vertreten, wie später das Berufungsgericht.

b) Es ist nicht zu erkennen, warum die Offenhaltung zweier Einzelposten einer Einigung im übrigen entgegenstehen soll.

c) Auf die Frage, ob die Zeugen H [REDACTED] und G [REDACTED] das Abkommen als Vergleich aufgefaßt haben, kommt es nicht an. Maßgebend ist nur der Inhalt des Vertrags, nicht seine rechtliche Einordnung durch die Angestellten der Beklagten.

Im übrigen hat Hasselmann auf weiteres Befragen ausdrücklich erklärt, daß beide Teile Entgegenkommen gezeigt hätten.

d) Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe die Behauptungen der Klägerin darüber nicht beachtet, daß eine unnötige Verteuerung durch die Anbringung einer zu dicken Putzschicht und durch eine zu große Stärke der Betondecke eingetreten sei.

Hierauf kam es nicht an. Denn es handelte sich dabei nicht um Rechenfehler, die nach der rechtsfehlerfreien Annahme des Oberlandesgerichts allein geeignet gewesen wären, eine Herabsetzung der Summe von 690.654,20 DM zu rechtfertigen.

2. Das Oberlandesgericht billigt der Klägerin weder die verlangte Vertragsstrafe noch einen Verzugsschaden zu. Es führt aus:

Ob die Beklagte mit ihrer Leistung im Verzuge gewesen sei, könne dahinstehen. Die Klägerin könne die Vertragsstrafe schon deswegen nicht verlangen, weil sie bei der Abnahme keinen Vorbehalt erklärt habe. Zum anderen ergebe sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 9. Dezember 1955 und dem weiteren Verhalten der Parteien, daß die Klägerin auf die Geltendmachung etwaiger Verzugsschäden verzichtet habe.

Die Revision wendet sich vergeblich gegen diese Beurteilung.

Das angefochtene Urteil wird insoweit bereits durch die Feststellung getragen, daß die Klägerin auf die Geltendmachung aller Ansprüche verzichtet hat, die sich aus einer etwa verspäteten Fertigstellung ergeben konnten.

In dem von dem Oberlandesgericht angeführten Schreiben vom 9. Dezember 1955 weist die Klägerin zunächst darauf hin, daß die abgesprochenen Termine für die Beendigung der Arbeiten nicht eingehalten worden seien und daß sie dadurch einen Gewinnverlust von mindestens 50.000 DM gehabt habe. Sie sagt dann weiter, daß sie diese Punkte nicht mehr berührt habe, weil die Beklagte mit ihrer Restforderung bisher immer entgegengekommen sei. Diese Tatsache wolle sie in Erinnerung bringen und hoffe, daß ihr eine weitere Frist für einen fällig werdenden Prolongationswechsel eingeräumt werde.

Wenn das Berufungsgericht aus diesem Schreiben in Verbindung mit der Tatsache, daß die Beklagte die Wechsel weiter prolongiert hat, einen Verzicht der Klägerin auf alle Ansprüche wegen der verspäteten Fertigstellung entnimmt, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden.

3. Die Klägerin hält die Abmachung vom 26. April 1954, in der sie die Hingabe von Wechseln zugesagt hat, für nichtig; sie begründet das damit, daß die Beklagte gemäß den Vorbemerkungen zum Angebot kein Anrecht auf solche Wechsel gehabt und sie nur durch die widerrechtliche Drohung mit einer Stilllegung der Arbeiten zur Annahme der Vereinbarung gezwungen habe. Diese Vereinbarung sei daher gemäß § 138 BGB nichtig und die Beklagte müsse deswegen die Wechselkosten in Höhe von mehr als 93.000 DM zurückzahlen.

Das Berufungsgericht hält eine solche Forderung der Klägerin für unbegründet. Die Klägerin habe, so führt es aus, am 26. Februar 1954 auf die damals bereits erteilten Abschlagsrechnungen von rd. 134.000 DM noch nichts gezahlt gehabt; sie sei auch in der nächsten Zeit nicht dazu in der Lage gewesen. Unter diesen Umständen sei das Verlangen der Beklagten auf Hergabe von Wechseln nicht unangemessen gewesen. Die Bestimmung in den Vorbemerkungen, daß der Abrechnungsbetrag bis zur Auszahlung der Hypothekengelder zu verzinsen sei, bedeute nicht, daß die Beklagte auf ungewisse und unbegrenzte Zeit ohne jede Sicherung hätte zuwarten müssen.

Die Revision meint, die Beklagte sei nach jener Bestimmung in den Vorbemerkungen auf einen Zinsanspruch hinsichtlich der ausstehenden Beträge beschränkt gewesen und habe sonst keine weiteren Rechte beim Ausbleiben der Zahlungen gehabt.

Damit greift sie in unzulässiger Weise die Auslegung des Berufungsgerichts an. Diese läßt keinen Fehler erkennen. Die Vorbemerkungen sehen an der betreffenden Stelle zwar vor, daß bei Nichtbegleichung der fälligen Abschlagszahlungen gewisse Zinssätze zu entrichten seien. Es wird dort aber nicht gesagt, daß die Beklagte keine weiteren Folgerungen aus der unterbliebenen Zahlung ziehen durfte. Eine solche Vereinbarung hätte, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, einer ausdrücklichen Hervorhebung bedurft; denn es wäre ganz ungewöhnlich und wirtschaftlich kaum verständlich gewesen, wenn die Beklagte die Arbeiten im Werte von rund 700.000 DM hätte ausführen müssen und beim Ausbleiben der fälligen Gegenleistungen nichts anderes fordern dürfen, als einen den gesetzlichen Satz übersteigenden Zinsfuß.

4. Die Revision ist somit, da das Urteil auch sonst keinen die Klägerin beschwerenden Rechtsirrtum erkennen läßt, mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke