

VII ZR 114/62

Verkündet  
am 12. November 1964  
Jodas,  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

2232 078

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

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Theo C [REDACTED], Fr [REDACTED] - H [REDACTED],  
Kö [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hans R [REDACTED] KG., Bauunternehmen, F [REDACTED]/B [REDACTED],  
Hu [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 14. November 1961 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 6.001 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.
2. Die Beklagte wird verurteilt, 1.122,86 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August 1957 an Dr. Ernst Me [REDACTED], Fr [REDACTED] a.M., U [REDACTED] d [REDACTED] E [REDACTED] [REDACTED], zu bezahlen. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 3. Juli 1958 wird insoweit abgeändert.
3. Im übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte übernahm im Jahre 1955 von der damaligen amerikanischen Besatzungsmacht den Auftrag, in Fr[REDACTED] 14 Wohngebäude zu errichten. Die Maurer- und Betonarbeiten für eines dieser Gebäude übertrug sie dem Kläger. Die Vergabe der Arbeiten erfolgte zu einem Pauschalbetrag von 179.480,82 DM. Dieser verminderte sich in der Folgezeit durch vertragsmäßige Absetzung verschiedener Auftragsposten und erhöhte sich auf der anderen Seite durch Mehrleistungen des Klägers. Der sich hieraus endgültig ergebende Betrag ist zwischen den Parteien streitig.

Mit Wirkung vom 4. August 1955 entzog die Beklagte dem Kläger den zu diesem Zeitpunkt noch nicht voll ausgeführten Auftrag, weil er seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Der Kläger hat gegen die Entziehung keine Einwendungen erhoben. Die noch ausstehenden Arbeiten erledigte die Beklagte in eigener Regie; hierfür macht sie dem Kläger entsprechende Abzüge. Diese beanstandet der Kläger teilweise nach Grund und Höhe. Der Kläger beziffert nach Abzug unstreitig geleisteter Zahlungen der Beklagten in Höhe von 97.449,93 DM die ihm noch zustehende Werklohnforderung mit 24.993,55 DM. Außerdem beansprucht er Schadensersatz, weil die Beklagte mit ihren Zahlungen im Verzug gewesen sei. Das habe zur Folge gehabt, daß er seinen eigenen Verpflichtungen gegenüber Dritten nicht mehr habe nachkommen können und deshalb mehrfach verklagt und gepfändet worden sei. Seinen Schaden beziffert er auf etwa 16.000 DM.

Mit der Klage hat er die Zahlung von 36.000 DM verlangt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat vorgetragen, die Berechnung des Klägers stimme nicht; er habe

- 3 -

alles erhalten, was er zu beanspruchen habe. Der Kläger habe auch keine Schadensersatzansprüche, da die Zahlungen an ihn immer rechtzeitig erfolgt seien. Schließlich sei der Kläger auch nicht befugt, Zahlung an sich selbst zu verlangen, da seine Forderung mehrfach gepfändet und an die Gläubiger überwiesen worden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die auf einen Betrag von 20.000 DM beschränkte Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag in Höhe von 6.001,-- DM nebst 12 % Zinsen seit dem 11. Mai 1955 weiter. Hilfsweise beantragt er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung an seine Pfändungsgläubiger Dr. Me [REDACTED] und M [REDACTED] nach Maßgabe des Revisionsantrags vom 20. Dezember 1962. Dazu erklärt er allerdings, daß er die Pfändungsgläubiger im Laufe des Revisionsverfahrens befriedigt habe. Den Betrag von 6.001,-- DM verlangt der Kläger in erster Linie als vertraglichen Werklohn, in zweiter Linie als Verzugsschaden.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. Sie erklärt, sie wisse nicht, ob die Pfändungsgläubiger befriedigt seien.

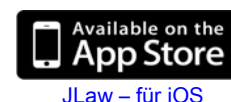
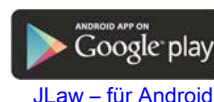
### Entscheidungsgründe:

#### I.

Das Berufungsurteil ist auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 1961 erst am 14. November 1961 verkündet worden.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Der Kläger rügt die Verletzung des § 310 Abs. 1 ZPO, wonach ein Urteil spätestens eine Woche nach dem letzten mündlichen Verhandlungstermin verkündet werden soll.

Diese Rüge ist nicht begründet. § 310 Abs. 1 ZPO enthält nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung für sich allein nicht zur Aufhebung des Urteils führen kann (BGHZ 10, 346; RG in JW 1938, 692).

## II.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung die im Streit stehende Forderung des Klägers in Höhe von etwa 3.600 DM für Dr. Me[REDACTED] in Fr[REDACTED] a.M. und in Höhe von etwa 3.000 DM für die Firma M[REDACTED] in Fr[REDACTED] a.M. gepfändet und diesen Gläubigern überwiesen worden war. Bis zur Höhe dieses Betrages sei der Kläger nicht sachlich befugt, Zahlung an sich selbst zu verlangen. Da er keinesfalls mehr als 6.600 DM zu beanspruchen habe, müsse die Klage in vollem Umfang abgewiesen werden.

Der Kläger rügt die Verletzung des § 139 ZPO, weil das Berufungsgericht seiner Verpflichtung, eine Umstellung des Antrags auf Zahlung an die Gläubiger anzuregen, nicht nachgekommen sei.

Auf diese - nach Ansicht des Senats übrigens unbegründete - Rüge kommt es nicht mehr an, da der Kläger in der Revisionsinstanz seinen Antrag hilfsweise auf Zahlung an die beiden Pfändungsgläubiger umgestellt hat.

Das war zulässig. Der II. Zivilsenat hat in BGHZ 26, 31, 37 entschieden, daß, wenn die streitige Forderung während des Rechtsstreits abgetreten worden ist, der Klageantrag auch noch in der Revisionsinstanz auf Zahlung an den Zessionar umgestellt

werden darf, sofern nur die Tatsache der Abtretung schon im Berufungsurteil festgestellt ist. Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn auch die Forderung selbst noch im Streit steht. Für den Fall einer Pfändung und Überweisung kann nichts anderes gelten als für den dort entschiedenen Fall der Abtretung.

Dagegen kann der Kläger mit seinem weiteren Vortrag, die Pfändungsgläubiger seien inzwischen voll befriedigt worden, nicht mehr gehört werden. Insoweit handelt es sich um eine erst in der Revisionsinstanz neu aufgestellte Behauptung, die jedenfalls dann nicht mehr beachtet werden kann, wenn sich, wie hier, die Gegenpartei in zulässiger Weise mit Nichtwissen erklärt hat.

Der Hinweis der Beklagten, daß die "Aktivlegitimation" des Klägers auch deshalb nicht gegeben sei, weil außer den beiden Pfändungen noch eine von ihr genehmigte Abtretung der Forderung an die Volksbank H. vorliege, geht fehl. Die Beklagte hat überschen, daß nach einer Auskunft der Volksbank H. vom 4. November 1959 (Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 23. November 1959) diese Abtretung nicht mehr besteht.

Es ist somit über den Hilfsantrag des Klägers sachlich zu entscheiden.

### III.

1.) Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung über die von der Beklagten geltendgemachten Abrechnungsposten die von dieser in einem Leitzordner vorgelegten Aufstellungen und Rechnungsbelege zugrundegelegt.

Der Kläger meint, daß dies nicht hätte geschehen dürfen, weil die Beklagte den Ordner dem Gericht nur mit dem Vorbehalt vorgelegt habe, daß er nicht an den Kläger oder seinen Vertreter "hinausgegeben" werden dürfe (Schriftsatz der Beklagten vom 27. August 1959).

Die Rüge des Klägers ist nicht begründet, denn jener Vorbehalt schloß nicht aus, daß der Kläger oder sein Prozeßbevollmächtigter in die Unterlagen an Gerichtsstelle Einsicht nehmen konnten. Dazu bedurfte es weder einer besonderen Anfrage bei der Beklagten noch einer ausdrücklichen Belchrung des Klägers (§ 299 Abs. 1 ZPO). Zu Unrecht rügt letzterer insoweit die Verletzung des § 139 ZPO. Er war durch einen Anwalt vertreten, und zumindest dieser mußte wissen, daß er befugt war, die Unterlagen einzusehen, ohne daß es noch eines besonderen Hinweises bedurfte. Die Urkunden waren auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung, ohne daß der Kläger dem widersprochen hat (vgl. § 420 ZPO).

Im übrigen hat der Kläger nicht, auch nicht in der Revisionsinstanz, behauptet, die Rechnungen nicht erhalten zu haben, deren Durchschriften sich in dem Leitzordner befinden.

2.) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Kläger könne, was die Richtigkeit der Gegenansprüche der Beklagten betreffe, nicht mehr mit seinen Einwendungen gehört werden, weil er die Rechnungen der Beklagten widerspruchslös entgegengenommen habe. Wenn der Kläger auch, soweit ersichtlich, kein Kaufmann sei, so sei es doch rechtsmißbräuchlich, wenn er, obwohl er zu einer alsbaldigen Beanstandung in der Lage gewesen wäre, dies nicht getan, sondern diese erst nach Jahren vorgebracht habe.

a) Hieran ist zunächst soviel richtig, daß die Grundsätze über das Schweigen im Handelsverkehr nicht nur für Kaufleute gelten, sondern auch auf Nichtkaufleute anzuwenden sind, wenn

sie einen kaufmännischen Betrieb führen oder jedenfalls in größerem Umfang am Verkehrsleben teilnehmen (BGHZ 11, 1, 3). Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht bei dem Kläger ohne Rechtsirrtum festgestellt.

b) Die über das Schweigen im Geschäftsverkehr in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze können zwar nicht ohne weiteres auf die Fälle der widerspruchlosen Entgegennahme von Rechnungen ausgedehnt werden. Es bestehen aber, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, keine Bedenken, sie in solchen Fällen anzuwenden, wenn die Rechnungen im Rahmen eines ständigen Abrechnungsverhältnisses übersandt werden und von dem Vertragsgegner nach Treu und Glauben erwartet werden kann, daß er, falls er die ihm aufgegebenen Belastungen für nicht gerechtfertigt hält, sich hierzu in angemessener Zeit äußert (vgl. hierzu OGHZ 3, 226, 237; BGHZ 1, 353; BGH III Nr. 1 zu Art. 7 WG). Voraussetzung ist dabei, daß die Rechnungen nach Art und Höhe Geschäftsvorfälle betreffen, wie sie sich zwischen den Parteien immer wieder ereignen.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall unbedenklich insoweit gegeben, als es sich um die Vielzahl der Rechnungen handelt, die dem Kläger von der Beklagten für die Lieferung von Baustoffen und Gestellung von Arbeitskräften laufend und vielfach auch noch mit der ausdrücklichen Bitte um Gegenbuchung übersandt wurden und bei denen es sich - im Vergleich zur Gesamtbaukostensumme - um verhältnismäßig geringe Beträge handelte. Es ist unstrittig, daß die Beklagte dem Kläger während der Bauzeit ständig mit Material und Arbeitskräften auszuhelpen hatte. Hier konnte von dem Kläger in der Tat erwartet werden, daß er diese Rechnungen alsbald prüfte und etwaige Beanstandungen der Beklagten mitteilte, während es auf der anderen Seite der Beklagten nicht zugemutet werden kann, noch nach Jahren die Begründetheit ihrer Rechnungen zu beweisen oder sich auch nur auf ein streitiges Vorbringen des

Klägers einzulassen. Die Sicherheit im Geschäftsverkehr erfordert es hier nach Treu und Glauben, daß bei einem solchen ständigen Abrechnungsverkehr nach angemessener Zeit ein für allemal ein Schlußstrich gezogen wird.

Das trifft im vorliegenden Fall für die Mehrzahl der streitigen Positionen der Abrechnung der Beklagten zu (vgl. die Aufstellung des Klägers im Schriftsatz vom 10. Mai 1960).

c) Dagegen muß verneint werden, daß der Kläger bei den Positionen 8, 11, 15, 27 und 28 allein wegen seines Schweigens auf die Rechnungen der Beklagten mit seinen Einwendungen jetzt nicht mehr gehört werden kann. Diese Belastungen fallen teils wegen ihrer ungewöhnlich hohen Beträge, teils wegen ihres Gegenstands aus dem Rahmen des zwischen den Parteien Üblichen.

aa) Hinsichtlich der Posten 8, 27 und 28 ist dies im Ergebnis allerdings ohne Belang. Denn das Berufungsgericht hat in einer Hilfsbegründung diese Posten noch besonders geprüft und auf Grund der Aussage des Zeugen K. ihre Berechtigung nach Grund und Höhe bejaht. Insoweit hat der Kläger keine Revisionsrügen erhoben; es ist auch kein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts ersichtlich.

bb) Zu dem der Beklagten - auf Grund des Schweigens des Klägers - zugbilligten Posten 11 mit 1.530,01 DM (Soziallasten) sagt das Berufungsgericht in der Hilfsbegründung, der Betrag stehe der Beklagten an und für sich nicht zu. Dasselbe nimmt es für einen Teilbetrag von 215,23 DM aus der Position 15 an. Insoweit muß das Oberlandesgericht nochmals entscheiden. Seine bisherige Begründung ist allzu knapp und rechtfertigt es nicht, dem Kläger diese Beträge jetzt schon zuzusprechen. Das Oberlandesgericht wird dabei auch prüfen können, ob es bei dem Posten 15 anstatt 215,23 DM nicht 512,93 DM heißen muß.

d) Den Abstrich der Posten 23 über 153,60 DM und 29 über 16,74 DM hat die Beklagte ausdrücklich anerkannt, da insoweit ein Irrtum vorgelegen habe. Das Berufungsgericht hat diese Beträge dem Kläger nur im Hinblick auf die Pfändung der Klageforderung nicht zugesprochen. Sie können ihm daher auf Grund seines jetzigen Hilfsantrags ohne weiteres zuerkannt werden.

e) Die über das Schweigen im Geschäftsverkehr entwickelten Grundsätze können ferner grundsätzlich nicht angewandt werden, soweit die Beklagte in ihren Rechnungen entgegen der Vorschrift des § 10 UStG Umsatzsteuer auf den Kläger übergewälzt hat. Insoweit kann die Beklagte aus der widerspruchsfreien Entgegennahme der Rechnungen durch den Kläger keine Rechte für sich herleiten. § 10 Abs. 1 UStG ist zwingendes Recht; entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig (§ 10 Abs. 2 UStG). Der Sonderfall einer gesetzlich bemessenen Gebühr (§ 10 Abs. 1 UStG i.V. mit § 63 UStDB) liegt nicht vor.

Der Kläger bemißt die zu Unrecht auf ihn übergewälzte Umsatzsteuer auf insgesamt 952,52 DM. An Hand der von der Beklagten vorgelegten Belege ergibt sich, daß dies richtig ist.

Die Rechnung vom 16. Juli 1955 über 4.711,42 DM Arbeitslöhne (Pos. 8 der Aufstellung) enthält zwar den Vermerk "+ 4,16 % USt 3 197,55 belastet". Doch ist weder der Rechnung noch der Aufstellung zu entnehmen, daß diese Belastung auch stattgefunden hat. Dieser Betrag kann daher nicht zu Gunsten des Klägers abgesetzt werden.

### 3.) Mehrkosten für Kalksandsteine 1.500 DM

Die Beklagte hatte auf Wunsch der Bauherrin verlangt, daß der Keller nicht, wie ursprünglich vorgesehen, mit Ziegeln, sondern mit Kalksandsteinen ausgemauert werden sollte. Der Kläger verlangt hierfür einen Mehrpreis von 1.500 DM.

Das Berufungsgericht hat zu diesem Anspruch nicht Stellung genommen. Den in Rede stehenden Vorgang hat es, entsprechend dem Vortrag der Parteien im Berufungsrechtszug nur in anderem Zusammenhang (Vertragsstrafe) erörtert.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen sind nicht begründet. Der Kläger hatte den Anspruch auf Zahlung von 1.500 DM lediglich in seiner Klagebegründung geltendgemacht und ist in seiner Berufungsbegründung sowie im weiteren Verlauf der Berufungsinstanz nicht mehr darauf zurückgekommen. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht ihn ohne Rechtsfehler unberücksichtigt lassen.

4.) Die Beklagte belastet den Kläger wegen Leistungsverzugs mit einer Vertragsstrafe von 1.000 DM. Ursprünglich hatte sie eine Vertragsstrafe von insgesamt 6.000 DM einbehalten (Schreiben vom 27. Juli 1955); 5.000 DM wurden dann aber am 9. August 1955 an den Kläger ausbezahlt, so daß jetzt nur noch eine Vertragsstrafe von 1.000 DM im Streit steht.

Das Berufungsgericht hat der Beklagten diese Vertragsstrafe zugebilligt.

Der Kläger hatte hierzu vorgetragen, daß er nicht in Verzug geraten sei. Die Verzögerung sei allein dadurch verursacht worden, daß die im Keller auf Wunsch der Beklagten an Stelle der Ziegel zu verwendenden Kalksandsteine nicht rechtzeitig hätten beschafft werden können.

Mit Recht rügt der Kläger, daß das Berufungsgericht das nicht beachtet habe. Die Forderung einer Vertragsstrafe würde voraussetzen, daß der Kläger die Verzögerung zu vertreten hatte (vgl. § 285 BGB). Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß er schon deshalb, weil die Lieferung der Kalksteine Vertragsinhalt geworden ist, sein subjektives Unvermögen zu vertreten habe, kann nicht geteilt werden (vgl. § 275 Abs. 2 BGB).

Das Berufungsgericht wird daher nochmals zu prüfen haben, ob und in welchem Umfang der Kläger gegenüber der Beklagten in Verzug geraten ist. Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht auch die Bestimmung des § 341 Abs. 3 BGB zu beachten haben.

5.) Verzugsschaden

Durch die vorstehenden Ausführungen ist auch der Entscheidung des Berufungsgerichts über den von dem Kläger geltendgemachten Verzugsschaden der Boden entzogen. Hierbei kann auch von Bedeutung sein, daß der oben erwähnte Betrag von 5.000 DM möglicherweise zu spät bezahlt worden ist.

Das Berufungsgericht geht überdies selbst davon aus, daß die Beklagte vorübergehend mit etwa 3.100 DM in Verzug gewesen sei, meint aber, dem Kläger könne deshalb kein Schadensersatz zugesprochen werden, weil der dafür in Betracht kommende Betrag von seinen Gläubigern gepfändet sei. Diese Begründung ist durch den Hilfsantrag der Revisionsinstanz überholt.

IV.

Das angefochtene Urteil ist daher zunächst in Höhe folgender Posten aufzuheben:

|          |                                                                      |
|----------|----------------------------------------------------------------------|
| 1.530,01 | DM                                                                   |
| 215,23   | DM Soziallasten (2 c, bb)                                            |
| 16,74    | DM                                                                   |
| 153,60   | DM von der Beklagten anerkannte Abstriche<br>an ihrer Rechnung (2 d) |
| 952,52   | DM zu Unrecht überwälzte Umsatzsteuer (2 e)                          |
| 1.000,-- | DM Vertragsstrafe (4)                                                |
| <hr/>    |                                                                      |
| 3.868,10 | DM.                                                                  |

Hinzu kommt möglicherweise ein noch nicht feststehender Betrag für Verzugsschaden. Das Urteil ist daher im vollen Umfang der Anfechtung aufzuheben.

Die Posten von 153,60 und 16,74 DM (anerkannte Abstriche) sowie von 952,52 DM (Umsatzsteuer) - zusammen 1.122,86 DM - können dem Kläger jetzt schon durch das Revisionsgericht zuerkannt werden, und zwar gemäß dem Hilfsantrag zur Zahlung an den Pfändungsgläubiger Dr. Messing.

Was die geforderten Zinsen anlangt, hat sich das Revisionsgericht darauf beschränkt, diejenigen Zinsen aus der Urteils-  
summe zuzusprechen, die in dem zugunsten des Gläubigers  
Dr. Me [REDACTED] ergangenen Pfändungs- und Überweisungsbeschuß  
aufgeführt sind. Sie liegen im Rahmen des Klagebegehrens.

Im übrigen - auch hinsichtlich der weiter geforderten Zinsen -  
wird der Tatrichter neu zu entscheiden haben. Dieser wird auch  
über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer