

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES****URTEIL**VII ZR 134/64**Verkündet am****8. Dezember 1966
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle****in dem Rechtsstreit****des Schmiedemeisters Wilhelm R [REDACTED],
H [REDACTED], V [REDACTED] Straße [REDACTED],****Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,****- Prozeßbevollmächtigter: Dr. [REDACTED] ..****gegen****die Firma Hans Z [REDACTED], Bauunternehmung, H [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED]****Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,****- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ..**

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Beklagten werden die Urteile des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 3. April 1964 und der 6. Zivilkammer des Landgerichts in Hannover vom 25. März 1963 teilweise aufgehoben und abgeändert. Der Urteilsspruch wird wie folgt gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, 6.800 DM auf das von der Klägerin bei dem Bankhaus N[REDACTED] & Co. in H[REDACTED] eingerichtete Abwicklungskonto Fe[REDACTED]straße [REDACTED] Nr. 20032/3 einzuzahlen und zwar Zug um Zug gegen Vorlage der Gesamtabrechnung der Klägerin über den Neubau des Mehrfamilienwohnhauses auf dem Grundstück Fe[REDACTED]str. [REDACTED] in H[REDACTED]-Ha[REDACTED].

Er wird weiter verurteilt, 3.643,91 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. April 1962 an die Klägerin zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

II. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Beklagte 3/4 und die Klägerin 1/4 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 23. März 1960 einen Vertrag, nach dessen § 1 die Klägerin die in den §§ 2 und 3 im einzelnen umschriebene technische und finanzielle Betreuung eines vom Beklagten beabsichtigten Neubaus übernahm. Zu den Baukosten, die zum überwiegenden Teil durch Fremdmittel beschafft wurden, hatte der Beklagte nach dem aufgestellten Finanzierungsplan, der "Gegenstand des Vertrages" war (§ 4 Abs. 1), 6.800 DM Eigenkapital beizutragen. Nach § 8 des Vertrages war er verpflichtet, das Eigenkapital auf Anforderung der Klägerin zur Verfügung zu stellen. Gemäß § 2 Nr. 5 wurde für die Zahlungen an die Bauhandwerker, deren Beauftragung Sache der Klägerin war, ein Sonderkonto bei dem Bankhaus M. & Co. in H. eingerichtet, über das die Klägerin Verfügungsberechtigt war. Jedoch war die Bank angewiesen, die Verfügung nur nach Vorlage der Unterlagen oder Rechnungen, die durch den Beklagten gegengezeichnet waren, anzuerkennen. Nach § 10 war von der Klägerin eine Gesamtabrechnung aufzustellen. § 4 Abs. 4 bestimmte, daß vom Beklagten gewünschte Änderungen in der Art der Ausführung oder Ausstattung in der angefallenen Höhe nach vorheriger Angebotsabgabe an ihn besonders abgerechnet werden sollten.

Der Neubau wurde 1960/61 errichtet und war am 8. März 1961 bezugsfertig. Der Beklagte hat das Eigenkapital von 6.800 DM bisher nicht eingezahlt. Die Klägerin hat eine Gesamtabrechnung bisher nicht erteilt.

Auf Grund besonderer Aufträge erbrachte die Klägerin für den Beklagten weitere Arbeiten; u.a. errichtete sie 4 Garagen. Über diese Arbeiten erteilte sie 4 Rechnungen, aus denen noch 3.643,91 DM offen stehen.

Diesen Betrag und das Eigenkapital von 6.800 DM hat die Klägerin mit der Klage beansprucht und beantragt, den Beklagten



zur Zahlung von 10.443,91 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte trägt vor, er könne erst aus der Gesamtabrechnung ersehen, ob die Klägerin noch Ansprüche gegen ihn habe. Er brauche deshalb nicht zu zahlen, bevor diese erteilt sei. Der Neubau habe verschiedene Mängel; auch eine der als Sonderleistung gebauten Garagen sei mangelhaft; aus diesen Gründen habe er ein Zurückbehaltungs- und Minderungsrecht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten im wesentlichen zurückgewiesen, jedoch entsprechend dem in der Berufungsinstanz gestellten Antrag der Klägerin entschieden, daß der Betrag von 6.800 DM auf das bei dem Bankhaus N [REDACTED] & Co. eingerichtete Konto zu zahlen ist, und hat den Anspruch auf Zinsen von diesem Betrag aberkannt.

Der Beklagte beantragt mit seiner Revision, die Klage ganz abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die nach dem Vertrag vom 23. März 1960 geschuldete Einzahlung des Eigenkapitals könne der Beklagte nicht zurückhalten, bis die Gesamtabrechnung erteilt sei. Er sei vorleistungspflichtig. Denn er habe nach § 8 des Vertrages "auf Anforderung" der Klägerin zu leisten; diese aber schulde die Gesamtabrechnung erst nach der Gebrauchsabnahme. Es komme nicht darauf an, ob die Klägerin

die Gesamtabrechnung verzögere und ob ihre Forderungen durch die bisherigen Zahlungen bereits gedeckt seien. Der Beklagte sei genügend dadurch geschützt, daß die Klägerin über die auf das Sonderkonto einzuzahlenden 6.800 DM nur bei Vorlage von Unterlagen, die der Beklagte gegengezeichnet habe, verfügen könne.

II.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind zum Teil berechtigt.

1.) Ohne Erfolg macht sie allerdings geltend, es handele sich bei dem Anspruch auf die 6.800 DM um eine nicht klagbare Forderung auf Vorschuß.

Für den gesetzlichen Anspruch aus § 669 BGB wird allerdings die Auffassung vertreten, er sei nicht einklagbar (z.B. Palandt, BGB, § 669 Anm. 2). Zur Begründung wird angeführt, der Beauftragte habe kein Recht auf Ausführung des Auftrags, da der Auftraggeber den Auftrag jederzeit nach § 671 Abs. 1 BGB widerrufen könne.

Dieser Gesichtspunkt trifft auf den vorliegenden Fall nicht zu. Es handelt sich nicht um einen gesetzlichen Anspruch aus unentgeltlichem Auftrag. Vielmehr hat der Beklagte vertraglich eine besondere Verpflichtung zur Zahlung der 6.800 DM Eigenkapital übernommen; und auf den Vertrag der Parteien, der auch nach der Ansicht der Revision ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist, findet, wie sich aus § 675 BGB ergibt, § 671 Abs. 1 BGB keine Anwendung.

2.) Was jedoch das Berufungsgericht über die Pflicht des Beklagten zur Vorleistung ausführt, rechtfertigt nicht die Verurteilung zur Zahlung der 6.800 DM ohne Rücksicht auf die Gesamtabrechnung.

Dass der Beklagte nach dem Inhalt des Vertrags in jedem Fall die 6.800,- DM vor der Gesamtabrechnung zahlen müßte, stellte das Berufungsgericht nicht fest. Die Pflicht zur Vorleistung entnimmt es lediglich dem Umstand, daß der Beklagte schon "auf Anforderung" zu zahlen hatte, die Klägerin aber die Gesamtabrechnung erst nach der Gebrauchsabnahme erstellen mußte. Das bedeutet nicht mehr, als daß die Fälligkeit der beiderseitigen Ansprüche von unterschiedlichen Voraussetzungen abhing und zu verschiedenen Zeitpunkten eintreten konnte. In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht aber, wie die Revision mit Recht rügt, nicht beachtet, daß auch die Verpflichtung zur Gesamtabrechnung inzwischen längst fällig geworden ist. Das Haus ist seit dem 8. März 1961 bezugsfertig. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, daß die Gebrauchsabnahme schon etwa 3 Jahre vor der letzten mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtszug stattgefunden hatte. Darüber bestand auch in der Revisionsverhandlung kein Streit.

Selbst wenn also der Beklagte ursprünglich deshalb vorleistungspflichtig gewesen sein sollte, weil die Klägerin die 6.800 DM vor der Gebrauchsabnahme angefordert hat (was nicht einmal festgestellt ist), so besteht eine solche Vorleistungspflicht nicht mehr, weil inzwischen auch die von der Klägerin geschuldete Leistung fällig geworden ist.

Da die Ansprüche beider Parteien fällig sind, da sie ferner auf demselben Vertrag beruhen und der Beklagte deshalb ein Zurückbehaltungsrecht hat, sind die Leistungen Zug um Zug zu erfüllen.

3.) Die Klägerin hat in der Revisionsverhandlung geltend gemacht, es müsse gleichwohl bei der uneingeschränkten Verurteilung des Beklagten bleiben; denn ihr sei die Gesamtabrechnung noch nicht möglich, weil das Wohnwirtschaftsamt in Hannover ihr die dort eingereichten Unterlagen noch nicht zurückgegeben habe.

1 Damit kann sie nicht gehört werden. Sie hätte in der langen Zeit, dieseit der Vollendung des Baus vergangen ist, sicher wenigstens Ablichtungen oder Abschriften der Unterlagen beschaffen und eine Gesamtabrechnung erstellen und vorlegen können.

4.) Andererseits kann der Beklagte nicht mit seiner Ansicht durchdringen, er brauche die 6.800 DM nur und erst zu zahlen, wenn sich nach Vorlage der Gesamtabrechnung ergebe, daß noch nicht alle Baukosten gedeckt seien.

in/ -st. Nach der insoweit nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts sollte die Pflicht zur Einzahlung des Eigenkapitals nur von der Anforderung durch die Klägerin und nicht von weiteren Nachweisen abhängig sein. Das Eigenkapital sollte zusammen mit den Fremdmitteln auf dem Sonderkonto zur Verfügung stehen, um die Bauforderungen zu begleichen, die laufend entstanden. Die Einzahlung des Eigenkapitals auf bloße Anforderung der Klägerin hat auch nach Beendigung des Baues noch ihren Sinn, solange nicht feststeht, was der Bau gekostet hat und ob die Eigen- und Fremdmittel ausgereicht haben.

Diese Einzahlungspflicht würde allerdings entfallen, wenn sicher wäre, daß die Baukosten schon gedeckt sind. Das behauptet selbst der Beklagte nicht; er hält es nur für möglich, daß eine Überzahlung vorliege. Geklärt werden kann diese Frage erst durch die Gesamtabrechnung. Daß die Klägerin diese vorweg leisten müßte, trifft nicht zu. Das gilt auch für den Fall, daß die Klägerin die Abrechnung verzögert. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, aus diesem Umstand nun herzuleiten, daß umgekehrt die Klägerin vorleisten müsse; hierfür findet sich auch im Vertrag kein Anhalt. Der Verzögerung wird vielmehr genügend Gewicht beigemessen, wenn der Klägerin nunmehr verwehrt wird, den Beklagten ohne gleichzeitige Vor-

lage der Gesamtabrechnung zur Zahlung heranzuziehen.

5.) Nach allem ist die Verurteilung zur Zahlung der 6.800 DM mit der Einschränkung zu bestätigen, daß der Beklagte Zug um Zug gegen Vorlage der Gesamtabrechnung zu zahlen hat.

III.

1.) Die Verurteilung zur Zahlung der Vergütung von 3.643,91 DM für Sonderleistungen begründet das Berufungsgericht wie folgt:

Die Klägerin habe die in Rechnung gestellten Sonderleistungen erbracht. Soweit der Beklagte behaupte, gewisse ursprünglich vorgesehene Arbeiten seien durch das Einmauern von Badewannen erspart worden, sei sein Vorbringen unsubstantiiert.

Für seine Behauptung, er habe die Sonderleistungen bezahlt, habe er keinen Beweis angetreten.

Die Vergütung für diese Sonderleistungen könne er nicht bis zur Erteilung der Gesamtabrechnung zurückbehalten. Das sei vertraglich ausgeschlossen. Aus dem Vertrag ergebe sich, daß die Sonderleistungen besonders abzurechnen und ohne Rücksicht auf die im Vertrag vom 23. März 1960 erfaßten Leistungen zu begleichen seien. Diese Regelung sei auch sinnvoll. Denn die Kosten für die Arbeiten nach dem Vertrage vom 23. März 1960 seien im Finanzierungsplan berücksichtigt und ihre Bezahlung sei durch die auf dem Sonderkonto bereitgestellten Mittel gesichert gewesen. Für die Sonderleistungen treffe das nicht zu.

Ein Zurückbehaltungsrecht sei auch ausgeschlossen, soweit der Beklagte Mängel behauptete, die an dem Wohnhaus selbst bestünden und nicht die Sonderleistungen beträfen.

2.) Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen greifen nicht durch.

a) Der Beklagte meint, seinen Einwand, die Sonderleistungen seien bezahlt, habe das Berufungsgericht nicht mit der Begründung zurückweisen dürfen, daß er hierfür keinen Beweis angetreten habe. Für diese Auffassung führt die Revision an, die gesamte Finanzierung, auch die ihrer eigenen Bauleistungen, habe in den Händen der Klägerin gelegen. Deshalb müsse sie beweisen, daß sie die ihr zur Verfügung gestellten Mittel nicht zur Begleichung ihrer Forderungen für die Sonderleistungen verwandt habe und diese Mittel nicht zur Begleichung ihrer Forderungen ausreichten. Die Klägerin könne sich jedenfalls nicht auf eine Beweislast des Beklagten berufen, solange sie ihrer Auskunftspflicht nicht nachgekommen sei.

Die Revision will demnach die Sonderleistungen in die Gesamtabrechnung mit einbeziehen. Das ist mit der rechtlich haltbaren und das Revisionsgericht bindenden Auslegung, daß die Sonderleistungen getrennt zu vergüten waren, nicht zu vereinbaren und deshalb unbeachtlich.

b) Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß er in der Berufungsbegründung (S. 10) mit den Ansprüchen aufgerechnet habe, die er wegen der Mängel am Neubau habe. Er macht geltend, er habe einen aufrechenbaren Anspruch wegen Unebenheit der Fußböden im Wohnhaus. Er meint, das Berufungsurteil verstoße gegen § 551 Nr. 7 ZPO, weil es hierauf - wie auf die anderen Mängel am Haus - nicht eingehe.

Ob die von der Revision angeführte Stelle der Berufungs-

begründung überhaupt eine genügend bestimmte Aufrechnungserklärung enthält, mag dahinstehen. Jedenfalls ist das dortige Vorbringen vom Berufungsgericht beschieden worden. Es führt aus, daß der Beklagte wegen Mängel, die an dem Wohnhaus selbst bestehen und nicht die Sonderleistungen betreffen, kein Zurückbehaltungsrecht habe. Damit meint es, daß überhaupt irgendwelche Rechte aus Mängeln des Neubaus nicht dem Anspruch auf Vergütung der Sonderleistungen entgegengehalten werden können. Dementsprechend geht es auf solche Mängel gar nicht ein, sondern befaßt sich nur mit dem Mangel an den Garagen, die Gegenstand einer Sonderleistung waren.

Die Sonderleistungen sollten nach der Auslegung des Berufungsgerichts mit den nach dem Vertrag vom 23. März 1960 geschuldeten und im zugehörigen Finanzierungsplan berücksichtigten Leistungen überhaupt nichts zu tun haben, und von Einwendungen, die diese Leistungen betrafen, sollte der Anspruch auf Vergütung der Sonderleistungen nicht beeinträchtigt werden. Auch insoweit handelt es sich um eine rechtlich vertretbare und das Revisionsgericht bindende Auslegung.

Danach kommt es auf die Ausführungen der Revision über die Unebenheiten der Fußböden nicht an.

c) Angesichts der vorstehend erörterten Auslegung durch das Berufungsgericht ist auch das Vorbringen unerheblich, es seien dadurch Malerarbeiten (nicht auch Fliesenarbeiten, wie das Berufungsgericht infolge eines Mißverständnisses angenommen hat, vgl. S. 4 EU und Bl. 61 d.A.) erspart worden, daß abweichend von der ursprünglichen Planung in den Badezimmern Badewannen eingebaut und Fliesen verlegt worden seien. Die angeblich ersparten Malerarbeiten waren nicht Gegenstand der Sonderleistungen. Ein Weniger an Malerarbeiten kann sich vielmehr nur in der Gesamtabrechnung über die vom Vertrag vom 23. März 1960 erfaßten Arbeiten auswirken. Das beeinflusst, wie

ausgeführt, den Anspruch auf Vergütung für die Sonderleistungen nicht.

d) Einwendungen gegen diesen Anspruch könnten wohl aus Mängeln der Sonderleistungen hergeleitet werden. Insoweit hat sich der Beklagte auf Mängel an einer Garage berufen. Das Berufungsgericht hat ihm auch hierfür weder ein Zurückbehaltungs- noch ein Minderungsrecht zugestanden, letzteres deshalb nicht, weil er keine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt habe und die Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung entbehrlich sei, nicht gegeben seien.

Die Revision bezeichnet demgegenüber die Fristsetzung als entbehrlich, weil die Beseitigung des Mangels unmöglich sei; er beruhe nämlich auf falscher Planung; nach Durchführung des Bauplans könne der Planungsfehler nicht mehr behoben werden.

Das Vorbringen hat keinen Erfolg. Die Klägerin hat die Garage nicht nur geplant, sondern auch errichtet. Dem Beklagten steht deshalb insoweit ein Anspruch auf Beseitigung eines Mangels des Bauwerks selbst zu. Die Unmöglichkeit dieser Leistung kann nicht schon damit dargelegt werden, daß der Mangel des Bauwerks auf eine unrichtige Planung zurückgehe; es ist durchaus denkbar, daß die Auswirkungen eines Planungsfehlers durch Nachbesserung am Bauwerk völlig behoben werden. Eine Unmöglichkeit der Nachbesserung hat der Beklagte auch in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet. In der Klageantwort ist er vielmehr davon ausgegangen, daß sie möglich sei. Nach dem Berufungsgericht hat die Klägerin auch eine bestimmte Art der Nachbesserung angeboten; die Revision legt nicht dar, daß diese undurchführbar sei.

IV.

Die Revision hat danach lediglich den Erfolg, daß der

Beklagte die 6.800 DM nur Zug um Zug gegen Vorlage der Gesamtabrechnung zu leisten hat. Insoweit ist seine Verurteilung abzuändern. Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 97 ZPO; bei ihr ist auch die von der Revision hervorgehobene Tatsache berücksichtigt, daß die Klägerin im zweiten Rechtszug ihren Antrag eingeschränkt hat.

Heimann-Trosien;

Rietschel-

Meyer

Vogt

Finke