

VII ZR 156/59

Verkündet

am 29. September 1960

Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2219 020

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

der S[REDACTED]-Sch[REDACTED]-Werke Aktiengesellschaft, vertreten
durch ihren Vorstand, die Direktoren Carl K[REDACTED] und Adolf
I[REDACTED], B[REDACTED]-Si[REDACTED], N[REDACTED]allee [REDACTED]-[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagter und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Heinrich T[REDACTED] KG, vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter, den Architekten Hans Th[REDACTED], B[REDACTED]-
Te[REDACTED], G[REDACTED]-D[REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. September 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 7. Juli 1959
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage
in Höhe von 5.815,79 DM nebst Zinsen abgewiesen wor-
den ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund eines Titels über 9.950 DM gegen die Firma W[REDACTED] & Co. in F[REDACTED]/M[REDACTED] hat die Klägerin eine Werklohnforderung dieser Firma gegen die Beklagte pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Hiervon hat sie einen Teilbetrag von 6.100 DM eingeklagt.

Die gepfändete Werklohnforderung der Firma W[REDACTED] & Co. rührt aus Elektroinstallationsarbeiten her, die ihr die Beklagte als von den amerikanischen Streitkräften mit der Errichtung von Wohnblocks beauftragte Generalunternehmerin übertragen hatte. Die noch offenstehende restliche Werklohnforderung beträgt unstreitig 15.535,79 DM.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt, weil sie mit einem Anspruch gegen W[REDACTED] & Co. auf Vertragsstrafe über 28.080 DM aufgerechnet habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht sie abgewiesen. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klägerin hat die nach dem Kontoauszug vom 28. September 1955 noch 15.535,79 DM ausmachende Werklohnforderung der Firma W[REDACTED] & Co. gegen die Beklagte pfänden und sich

in Höhe ihrer Forderung von 9.950 DM nebst Zinsen und Kosten zur Einziehung überweisen lassen. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß vom 28. März 1956 ist der Beklagten als Drittschuldnerin am 4. April 1956 zugestellt worden. Bereits mit Schreiben vom 28. September 1955 und ebenso durch einen Vermerk auf dem erwähnten Kontoauszug vom selben Tage hatte die Beklagte gegenüber der Firma W. & Co. mit einem von ihr auf 28.080 DM bezifferten Anspruch auf Vertragsstrafe wegen Terminüberschreitung aufgerechnet.

1) Der Zusatz der Beklagten in ihrem Schreiben, es handele sich um eine vorläufige Verrechnung, die sie zurücknehmen werde, sofern der amerikanische Auftraggeber von ihr keine Vertragsstrafe verlange, besagt nicht, daß die Aufrechnungserklärung unter einer Bedingung abgegeben sein sollte und deshalb nach § 388 Satz 2 BGB unwirksam gewesen wäre. Die Beklagte hatte damit, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang (EU S. 17) feststellt, lediglich zum Ausdruck gebracht, daß sie von der Firma W. & Co. keine Vertragsstrafe beanspruchen werde, falls ihre Vorstellungen gegen die ihr selbst von den Amerikanern einbehaltene Vertragsstrafe Erfolg haben sollten. Zudem enthält auch das von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 1. Februar 1957 angeführte Schreiben der Beklagten vom 19. Juni 1956 eine uneingeschränkte Aufrechnungserklärung, die nach § 392 BGB wirksam war.

2) Die Aufrechnungserklärung der Beklagten bewirkte, daß die Forderung der Firma W. & Co. insoweit erlosch, als der zur Aufrechnung gestellte Vertragsstrafenanspruch der Beklagten bestand (§ 389 BGB). Die Zahlungsklage der Klägerin ist somit nur dann in vollem Umfange abzuweisen, wenn die Beklagte eine Vertragsstrafe zu beanspruchen hatte, die der Werklohnforderung der Firma W. & Co. von 15.535,79 DM



mindestens gleichkam. War der Vertragsstrafenanspruch geringer, so blieb eine Restforderung der Firma W. & Co. gegen die Beklagte bestehen, die die Klägerin infolge der Pfändung und Überweisung einklagen kann.

Das Berufungsgericht hält einen Vertragsstrafenanspruch der Beklagten gegen die Firma W. & Co. jedenfalls in Höhe von 9.720 DM für begründet. Seine Ansicht, daß die eingeklagte Teilforderung von 6.100 DM infolgedessen erloschen sei, ist also unrichtig. Das träfe nur zu, wenn die Beklagte die Aufrechnung erst im Prozeß erklärt hätte (vgl. hierzu BGH in LM Nr. 25 zu § 18 Abs. 1 Ziffer 3 UmstG). Da die Aufrechnung aber vorher erfolgt war, ist die Werklohnforderung der Firma W. & Co., falls die Vertragsstrafe nur 9.270 DM beträgt, in Höhe von $(15.535,79 \text{ ./. } 9.720 =) 5.815,79 \text{ DM}$ bestehen geblieben; auf Grund des Einziehungsrechts der Klägerin wäre der Klage dann in dieser Höhe stattzugeben.

Das Berufungsgericht durfte somit die Begründetheit des weitergehenden Vertragsstrafanspruchs der Beklagten nicht dahingestellt lassen. Das angefochtene Urteil ist deshalb in Höhe von 5.815,79 DM nebst Zinsen sowie im Kostenpunkt aufzuheben. Die Sache ist an den Berufsrichters zurückzuweisen, damit geprüft werden kann, ob der zur Aufrechnung gestellte weitere Vertragsstrafanspruch besteht.

II.

Soweit das Berufungsgericht einen Vertragsstrafanspruch der Beklagten in Höhe von 9.720 DM bejaht, erweisen sich die Revisionsrügen durchweg als unbegründet.

1) Zu Unrecht greift die Revision die Auslegung des Vertrags der Beklagten mit der Firma W[REDACTED] & Co. durch das Berufungsgericht an.

a) Als Voraussetzung für einen Anspruch der Beklagten gegen die Firma W[REDACTED] & Co. auf Vertragsstrafe entnimmt das Berufungsgericht der nach dem Willen beider anzuwendenden Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), Teil B § 11 sowie der Ziffer 5 der vereinbarten "Besonderen Vertragsbedingungen", daß sich die Firma W[REDACTED] & Co. in Verzug befand und daß deren verschuldete Fristüberschreitung mindestens mitursächlich dafür war, daß die Beklagte ihrerseits an ihren amerikanischen Auftraggeber eine Vertragsstrafe entrichten mußte.

Diese Auslegung der Ziffer 5 läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Nichts zwingt zu der Ansicht der Revision, die Fristüberschreitung der Firma W[REDACTED] & Co. habe die alleinige Ursache dafür sein müssen, daß die Amerikaner von der Beklagten eine Vertragsstrafe verlangten. Auch die Revision führt keinen Gesichtspunkt an, der zu einer solchen Auslegung Anlaß geben könnte. Jeder der von der Beklagten beauftragten Subunternehmer konnte durch Fristüberschreitungen dazu beitragen, daß die amerikanische Behörde von der Beklagten eine Vertragsstrafe verlangte. Folgte man der Revision, so könnte ~~absdann die Beklagte~~ von keinem ihrer Subunternehmer eine Vertragsstrafe beanspruchen. Dieses Ergebnis spricht für die Auslegung des Berufungsgerichts.

b) Das Berufungsgericht schließt aus Ziffer 5 aaO, daß die Beklagte nur dann einen Vertragsstrafanspruch gegen die Firma W[REDACTED] & Co. haben sollte, wenn sie ihrerseits ihrem Auftraggeber Vertragsstrafe zahlen mußte. Die Revision

will der Ziffer 5 weiter entnehmen, daß die Beklagte von der Firma W. & Co. nur in demselben Verhältnis Vertragsstrafe verlangen könne, wie auch die Beklagte den Amerikanern Vertragsstrafe zu zahlen habe. Die Beklagte dürfe von ihren Subunternehmern zusammen nicht mehr an Vertragsstrafe beanspruchen, als sie selbst entrichten müsse.

Die Auslegung des Berufungsgerichts begegnet auch in dieser Hinsicht keinen rechtlichen Bedenken. Der Beklagten ist in Ziffer 5 das Recht zugestanden, bei Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe von 20 DM je Tag und je Wohnung von der Firma W. & Co. zu verlangen. Damit ist die Höhe der Vertragsstrafe festgelegt. Eine Begrenzung dieser Höhe ist nicht vorgesehen und brauchte vom Berufungsgericht auch nicht im Wege der Auslegung im Vertrag gefunden zu werden.

Der Vertragsstrafenanspruch der Beklagten ist nur dem Grunde nach, nicht jedoch in seiner Höhe, von der Verpflichtung der Beklagten, an die Amerikaner eine Vertragsstrafe zu entrichten, abhängig gemacht. Er ist kein Schadensersatzanspruch, mittels dessen die Beklagte einen ihr durch die Verwirkung einer Vertragsstrafe entstandenen Schaden soll ausgleichen können. Ob nach Treu und Glauben schon eine von der Beklagten an ihren Auftraggeber zu entrichtende geringfügige Vertragsstrafe den vollen Vertragsstrafenanspruch der Beklagten gegen die Firma W. & Co. hätte auslösen können, ist nicht zu entscheiden, da eine solche Unverhältnismäßigkeit der Vertragsstrafen hier nicht vorliegt.

c) Den Ziffern 10 und 20 der "Besonderen Vertragsbedingungen" entnimmt das Berufungsgericht, es sei Sache der Klägerin, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich ergebe, daß die Firma S. als Subunternehmerin der Firma W. & Co.

und ebenso diese selbst die verspätete Fertigstellung der Bauten nicht mitverursacht haben. Die Firma W. & Co. habe entgegen Ziffer 10 und 20 hinsichtlich der Arbeiten in den Wohnblocks 11 und 12 keine schriftliche Anzeige über Behinderungen in der Durchführung der übernommenen Arbeiten erstattet und damit der Beklagten die Möglichkeit genommen zu prüfen, ob einer zügigen Weiterarbeit Hindernisse entgegenstanden, und diese gegebenenfalls zu beseitigen. Die bestehende Unklarheit, wer im einzelnen die verspätete Übergabe der Bauten an den amerikanischen Auftraggeber verursacht und verschuldet habe, gehe daher zu Lasten der Firma W. & Co. und damit zu Lasten der Klägerin.

Daß das Berufungsgericht damit die von der Beklagten entworfenen vereinbarten Vertragsbedingungen zu deren Gunsten rechtsfehlerhaft zu weit ausgelegt habe, kann der Revision nicht zugestanden werden. Selbst wenn die Subunternehmer sich gegenseitig nicht kannten, worauf die Revision hinweist, war keiner von ihnen gehindert, seiner eigenen Arbeit entgegenstehende Erschwernisse der Beklagten anzuzeigen. Es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, daß die Vertragsparteien die Beweislast vertraglich geregelt haben.

d) Das Berufungsgericht hat die Vertragsstrafe nach Kalendertagen und nicht, wie es in § 11 VOB (B) vorgesehen ist, nach Werktagen berechnet.

Das beanstandet die Revision zu Unrecht. Nach Ziffer 5 der "Besonderen Vertragsbedingungen", auf die sich das Berufungsgericht stützt, soll sich die Vertragsstrafe nach dem "Zeitraum" richten, um den die betreffende Wohnung später übergeben wird. Ein Zeitraum wird aber nach Kalendertagen berechnet; danach war das Berufungsgericht zu seiner Auslegung berechtigt.

e) In Ziffer 5 der "Besonderen Vertragsbedingungen" heißt es: "Die Vertragsstrafe gilt im Eventualfalle gestellt, auch wenn der Auftraggeber dies nicht ausdrücklich zur Kenntnis geben sollte." Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß hierdurch die Vorschriften des § 341 Abs. 3 BGB und des § 11 VOB (B), wonach der Auftraggeber eine Vertragsstrafe nur verlangen kann, wenn er dies bei der Abnahme vorbehalten hat, abgeändert worden sind, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Sie wird gestützt durch den letzten Satz der Ziff. 5, wonach die Vertragsstrafe vom Rechnungsbetrag einbehalten werden soll. Die vertragliche Abänderung findet ihren Sinn und ihre Erklärung darin, daß die Beklagte bei Abnahme der Arbeiten ihrer Subunternehmer noch nicht wissen konnte, ob ihr amerikanischer Auftraggeber sie, die Beklagte, wegen Fristüberschreitungen mit einer Vertragsstrafe belasten würde.

2) Auch die Verfahrensrügen der Revision greifen nicht durch.

a) Zu dem nach § 11 VOB (B) erforderlichen Verzug der Firma W. & Co. als Voraussetzung für einen Vertragsstrafanspruch der Beklagten stellt das Berufungsgericht fest, daß die Firma W. & Co. die für die Ausführung der Arbeiten in jedem der 4 Wohnblocks vereinbarte Frist von 21 Tagen erheblich überschritten und die Beklagte sie dieserhalb wiederholt gemahnt hat. Letzteres entnimmt es den von der Beklagten in Abschrift oder Durchschrift vorgelegten Mahnschreiben der Beklagten. Die Originale dieser Schreiben liegen nicht vor. Der Versuch der Klägerin, sie gemäß § 836 Abs. 3 ZPO von der Firma W. & Co. herauszuholen, ist gescheitert. Das Berufungsgericht hat die vorgelegten Durchschriften und Abschriften als ausreichende Beweismittel angesehen. Daß die Beklagte sie "gefälscht" habe, ist nach seiner Meinung nicht anzunehmen.

Im Schriftsatz der Klägerin vom 9. April 1959 (S. 2/3) heißt es, die Schreiben, die die Beklagte an die Firma W[REDACTED] & Co. gerichtet haben wolle, hätten lediglich die Bedeutung einseitigen Parteivorbringens, "dessen inhaltliche Richtigkeit ebenso bestritten wird wie der Zugang der behaupteten Briefe". Zum Beweise dafür, "daß der Inhalt der von der Klägerin vorgelegten Schreiben unrichtig ist, und daß, sofern überhaupt derartige Schreiben bei der Firma W[REDACTED] & Co. eingegangen sind, dem Inhalt dieser Schreiben mündlich und schriftlich widersprochen worden ist", berief sich die Klägerin u.a. auf das Zeugnis des Inhabers der von der Firma W[REDACTED] & Co. mit den Installationsarbeiten beauftragten Firma SÄ[REDACTED].

Auf diesen in sich widerspruchsvollen und keine ernsthafte Prozeßbehauptung enthaltenden Beweisantrag brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen.

b) Die Klägerin hatte sich im Schriftsatz vom 9. Juni 1959 (S. 4) zum Beweis dafür, daß die Fristüberschreitungen nicht durch die Firma W[REDACTED] & Co. oder deren Subunternehmerin, die Firma SÄ[REDACTED], mitverursacht worden sind, auf das Zeugnis mehrerer Personen berufen. Von diesen hat das Landgericht nur die Zeugen A[REDACTED] und SÄ[REDACTED] vernommen. Die Revision behauptet, das Berufungsgericht habe "sich mit den übrigen Beweisantritten nicht auseinandergesetzt".

Das ist unrichtig. Der Beweisantritt ist auf Seite 14 bis 16 des Urteils ausführlich beschrieben. Den Darlegungen des Berufungsgerichts ist nichts beizufügen.

c) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Zahlungszusagen der Beklagten, u.a. in ihrem Schreiben vom 1. Juli 1955 an die Firma W[REDACTED] & Co., als Indiz dafür berücksichtigen müssen, daß die Firma W[REDACTED] & Co. die Fristen eingehalten habe.

Das Berufungsgericht ist hierauf eingegangen (BU S. 17). Es stellt hierzu u.a. fest, die Beklagte habe Zahlung nur zugesagt unter der Voraussetzung, daß ihr amerikanischer Auftraggeber von ihr keine Vertragsstrafe verlangen werde.

d) Dem Antrag der Klägerin, der Beklagten aufzugeben, ihren gesamten Schriftwechsel mit der Firma W. & Co. vorzulegen, hat das Berufungsgericht, entgegen der Behauptung der Revision, entsprochen (prozeßleitende Verfügung vom 12.6.1959; vgl. auch BU S. 14). Daß Schriftstücke fehlen und welchen Inhalt sie haben sollen, hat die Klägerin weder im Berufungs- noch in diesem Rechtszug vorgetragen.

III.

Soweit das angefochtene Urteil aufgehoben werden mußte (vgl. oben I), war die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dagegen war die weitergehende Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Glanzmann Rietschel Erbel Meyer Dr. Vogt