

Verkündet
am 11. Februar 1957
Jodas, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Firma W [REDACTED] & Co. OHG, H [REDACTED], K [REDACTED]
2. des Herrn Hans K [REDACTED], H [REDACTED], K [REDACTED]
3. der Frau Hildegard W [REDACTED] Wwe., H [REDACTED],
E [REDACTED],
zu 2) und 3) als persönlich haftende Gesellschafter
der Beklagten zu 1)

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. die Frau Marie S [REDACTED],
2. des Fräulein Petra S [REDACTED],
beide H [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerinnen, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1957 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Scheffler, Rietschel, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg vom 5. Januar 1956 wird zurück-
gewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte offene Handelsgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafter die Beklagten Hans K. [REDACTED] und Witwe W. [REDACTED] sind, hatte dem Erblasser der Klägerinnen am 13. Januar 1954 den Auftrag erteilt, für ein von ihr ausgeführtes, 91 Einzelhäuser umfassendes Bauvorhaben des Bundes B. [REDACTED] e.V. in H. [REDACTED] 121 Geschosstreppen zu liefern. 90 % des Werklohnes sollten nach dem Einbau und der Abnahme der Treppen durch den Bauherrn, die letzten 10 % als Garantiesumme drei Monate nach der Abnahme durch die Baubehörde ausgezahlt werden. Von der Bauleitung wurde ein Lieferpreis von 41.879,20 DM anerkannt. Hiervon sind 32.076,80 DM gezahlt.

Mit der Klage haben die Klägerinnen einen restlichen Werklohn im Betrage von 9.843,60 DM nebst 8,7 % Zinsen seit dem 25. November 1954 gegen die drei Beklagten als Gesamtschuldner geltend gemacht.

Die Beklagten haben eingewandt, die Treppen seien mangelhaft und verspätet geliefert worden. Der Bund B. [REDACTED] e.V. habe wegen der Mängel die Treppen nicht abgenommen und der Erstbeklagten die Zahlung verweigert. 10 % des Rechnungsbetrages seien als Garantiesumme noch nicht fällig, da die Baubehörde noch nicht das ganze Bauwerk abgenommen habe. Hilfsweise haben die Beklagten aufgerechnet mit einem Anspruch auf Ersatz des ihnen angeblich durch die verspätete Lieferung der Treppen entstandenen Schadens.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, Zinsen jedoch nur in Höhe von 4 % des eingeklagten Betrages zuerkannt. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten den zugesprochenen Betrag auf - rechnerisch richtig

- 3 -

(41.879,20 - 32.076,80 DM =) 9.802,40 DM herabgesetzt. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerinnen bitten, erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

1.) Die Mängelrüge:

Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die gelieferten Treppen einwandfrei waren. Die Mängelrüge der Beklagten hat es demnach mit Recht für unbegründet erachtet. Insoweit greift die Revision das Urteil auch nicht an.

2.) Die Fälligkeit der Garantiesumme:

Nach der von den Beklagten mit dem Erblasser der Klägerinnen getroffenen, im Auftragsschreiben vom 13. Januar 1954 bestätigten Vereinbarung sollten 10 % des Werklohnes als Garantiesumme erst drei Monate nach der Abnahme durch die Baubehörde auszuzahlen sein. Diese Vereinbarung hat das Berufungsgericht so ausgelegt, dass die Fälligkeit dieses Teiles des Werklohnes nicht von der Freigabe des ganzen Bauwerks, sondern von der - am 8. Dezember 1954 erfolgten - Abnahme der eingebauten Treppen durch die Baubehörde abhängen sollte. Der Ansicht der Beklagten, der Erblasser der Klägerinnen habe sich durch diese Vereinbarung mit 10 % seines Werklohnes an der Zwischenfinanzierung des Bauvorhabens beteiligen sollen, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Die Auslegung des Berufungsgerichts lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie wird ebenfalls von der Revision nicht angegriffen.

3.) Die von den Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzforderungen:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Erb-



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



lasser der Klägerinnen mit der Lieferung der Treppen etwa zwei Monate lang in Verzug gewesen sei. Darauf, dass die Treppen schon mehrere Monate vor dem in Aussicht genommenen Einbautermin fertig in der Werkstatt gelegen, aber nicht hätten eingebaut werden können, weil der Bau nicht weit genug fortgeschritten gewesen sei, könnten sich die Klägerinnen nicht berufen. Am 16. September 1954, als der Einbau möglich geworden sei, habe sich der Erblasser verpflichtet, die Treppen bis zum 25. September 1954 restlos einzubauen. Sie seien aber ausweislich der Empfangsbestätigung vom 26. November 1954 erst etwa zwei Monate später eingebaut und die fehlenden Geländerstützen erst Anfang Dezember 1954 nachgeliefert worden. Da der Erblasser den nach dem Kalender bestimmten Liefertermin nicht eingehalten habe, sei er ohne besondere Mahnung in Verzug geraten (§ 284 Abs 2 BGB).

Das Berufungsgericht hält indessen nicht für dargetan, dass den Beklagten infolge der verspäteten Lieferung ein den Klägern zur Last fallender Schaden erwachsen ist:

a) Dafür, dass sie selbst den Bauherren für einen Mietausfall eintreten müssten, hätten die Beklagten nichts vorgetragen. Sie hätten weder die Zahl der verspätet eingezogenen Mieter noch den Zeitraum oder die Höhe eines Mietausfalls angegeben.

Die Rüge der Revision, es habe auf der Hand gelegen, dass die Klägerinnen neben anderen Bauhandwerkern für zwei Monate Mietausfall in den 91 Häusern einzustehen hätten und dass der Mietausfall die eingeklagte Restforderung übersteige, greift nicht durch. Weder den Schriftsätzen der Beklagten noch den Tatbeständen des Landgerichts- und Berufungsurteils noch den Sitzungsniederschriften ist zu entnehmen, dass die Beklagten überhaupt die zur Aufrech-

nung gestellte Schadensersatzforderung damit begründet haben, dass sie den Grundstückseigentümern für einen Mietausfall eintreten müssten. Das Berufungsgericht hat insoweit anscheinend eine Erwägung angestellt, zu der der Sachvortrag der Beklagten in den Vorinstanzen keinen Anlass geboten hat. In der Berufungsbegründungsschrift (§ 4/6) haben die Beklagten ihre Gegenforderung von 9.800 DM ausschliesslich mit Zinsen für die Zwischenfinanzierung (8.000 DM) und Auslagen für provisorische Treppengeländer (1.800 DM) begründet.

b) Die Aufrechnung der Beklagten mit einer Ersatzforderung über 1.800 DM für provisorische Treppengeländer, die sie angeblich bis zur Lieferung der bestellten Treppengeländer angebracht haben, hat das Berufungsgericht gemäss § 529 ZPO zurückgewiesen, weil die Beklagten diese Schadensbegründung erst im Berufungsverfahren geltend gemacht und, ohne nachprüfbare Einzelheiten anzugeben, sich lediglich auf die Erklärung beschränkt hätten, dass eine Spezifikation nachgeliefert werden könne.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht dargelegt, dass die Voraussetzungen des § 529 ZPO vorgelegen hätten. Es habe auch, bevor es die Beklagten gemäss § 529 ZPO mit ihrem Vorbringen ausschloss, nach § 139 ZPO aufklären müssen, warum die Beklagten erst in der Berufungsinstanz die Ersatzforderung wegen der provisorischen Treppengeländer zur Aufrechnung gestellt hätten. Diese würden dann vorgetragen haben, dass die Staatsanwaltschaft die gesamten Bauakten aus Anlass eines Strafverfahrens gegen den verstorbenen Ehemann der Beklagten Witwe W. [REDACTED] beschlagnahmt hatte und sie an den Konkursverwalter über das Vermögen des Bundes B. [REDACTED] e.V. ausgeliefert habe, wo sie sich noch befänden.

Auch diese Rüge der Revision greift nicht durch. Zwar hat das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich gesagt, auf Grund welcher der im § 529 ZPO zusammengefaßten Vorschriften es die Aufrechnung mit dieser Forderung ausgeschlossen hat. Offenbar hat es sich aber dabei auf die die Anwendung des Absatz 2 ausschließende (RGZ 119, 64 69; BGHZ 17, 124 125) Sondervorschrift des Absatz 5 über die Aufrechnung mit Gegenforderungen im Berufungsverfahren gestützt. Hiernach kommt es nicht, wie im Falle des § 529 Abs 2 ZPO, darauf an, ob der Beklagte, worauf die Revision abstellt, dartut, warum er die Aufrechnung nicht schon im ersten Rechtszug erklärt hat. Vielmehr ist die auf die Aufrechnung gegründete Einwendung des Beklagten nur zuzulassen, wenn der Kläger einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Die Klägerinnen haben nicht ausdrücklich in die Geltendmachung der Aufrechnung eingewilligt. Da sie in ihrer Berufsantwortung auf die Aufrechnungserklärung der Beklagten nicht sachlich eingegangen sind, sondern den Beklagten ganz allgemein Verschleppungsabsicht vorgeworfen und erklärt haben, daß ein derartiges Prozeßgebarren nicht zugelassen werden könne, ist auch nicht ihre Einwilligung nach § 269 ZPO zu vermuten. Das Berufungsgericht hat auch die Geltendmachung des Aufrechnungseinwands nicht für sachdienlich gehalten, was daraus folgt, daß es den sich hierauf beziehenden Sachvortrag der Beklagten - zutreffend - als völlig unzureichend bezeichnet hat. Die ungenügende Substantiierung einer Aufrechnungsforderung kann ohne weiteres dazu führen, die Sachdienlichkeit ihrer Zulassung zu verneinen. Zu einer Aufklärung nach § 139 ZPO ist das Gericht in diesem Falle nicht ver-

pflichtet (BGHZ 17, 124 /1267). Der Angriff der Revision gegen die Anwendung des § 529 ZPO erweist sich somit als ungerechtfertigt.

c) Die auf Mehraufwendungen an Zinsen für die Zwischenfinanzierung gestützte, zur Aufrechnung gestellte Verzugsschadenforderung über 8 000 DM hat das Berufungsgericht ebenfalls als nicht ausreichend dargestellt erachtet. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht habe den sich hierauf beziehenden Sachvortrag der Beklagten nicht genügend berücksichtigt. Nach den von der Revision insoweit angeführten Schriftsätzen haben die Beklagten vorgetragen, die Deutsche Bau- und Bodenbank in H [REDACTED] habe die Zwischenfinanzierung der 91 Einzelhäuser übernommen gehabt. Die gesamten Baukosten seien bei ihr hinterlegt worden. Als Zwischenfinanzierungsbank habe sie die hinterlegten Gelder nur soweit freigeben dürfen, als die Arbeiten einen gewissen Grad erreicht hatten und von einem technischen Treuhänder abgenommen waren. Infolge des Verzugs des Erblassers der Klägerinnen und anderer Handwerker seien die Gelder gesperrt geblieben und erhebliche Kosten entstanden. Letztere hätten die bauleitenden Architekten auf die einzelnen mit ihren Leistungen in Verzug geratenen Bauhandwerker, zu denen auch der Erblasser der Klägerinnen gehörte, verteilt. Der beklagten Gesellschaft würden die auf die Klägerinnen entfallenden Beträge erst freigegeben, wenn sie abgerechnet habe. Dann erst könne festgestellt werden, welche Zahlungen die Klägerinnen noch zu erwarten hätten (Schriftsatz der Beklagten vom 18. Mai 1955 S 2/3). Laut ihrer Berufungsbegründung vom 15. November 1955 (S 4/5) haben die Beklagten weiter vortragen lassen,

sämtliche Handwerker, einschließlich des Erblassers der Klägerinnen, hätten die Bautermine erheblich überschritten. Infolge der verspäteten Fertigstellung der Häuser habe die Bauleitung 40 000 DM Zwischenfinanzierungszinsen aufwenden müssen (Beweis: Auskunft der Deutschen Bau- und Bodenbank in H[REDACTED]). Der der Bauleitung entstandene Schaden müsse von den Handwerkern gemeinsam getragen werden. Die Bauleitung habe errechnet, daß hiervon auf die Klägerinnen etwa 20 %, also 8 000 DM entfielen.

Mit Recht hat das Berufungsgericht diese Behauptungen nicht für ausreichen erachtet. Es fehlen nicht nur, wie das Berufungsgericht meint, Angaben über die Dauer der infolge des Verzugs des Erblassers bedingten längeren Inanspruchnahme des Finanzierungskredits, über den Zinssatz und über die Aufteilung des Schadens auf die einzelnen Verzugsschuldner. Der Sachvortrag ermangelt schon insofern der Schlüssigkeit, als daraus nicht hervorgeht, daß die Beklagten selbst für höhere Zwischenfinanzierungszinsen in Anspruch genommen werden, wieviel und welche sonstigen Bauhandwerker ihre Leistungen zu spät erbracht haben, wie sich deren Leistungsverzug auf die Fertigstellung der Häuser ausgewirkt hat, und ob sich in Anbetracht der verspäteten Leistungen der anderen Bauhandwerker der etwa zwei Monate später als zugesagt erfolgte Einbau von Treppen auf die Dauer der Zwischenfinanzierung überhaupt ausgewirkt hat. Die Beklagten haben auch nicht vorgetragen, für wieviel der 91 Häuser infolge verspäteten Einbaus der Treppen ein längerer Zwischenfinanzierungskredit in Anspruch genommen werden mußte.

Daß das Berufungsgericht seine Aufklärungspflicht hinsichtlich des Sachverhalts verletzt habe, der der

Gegenforderung wegen höherer Zwischenfinanzierungszinsen zugrunde liegt (§ 139 ZPO), hat die Revision nicht gerügt. Sie hat auch nicht, wie es zur Begründung einer solchen Rüge nach § 554 Abs 3 Ziff 2 b ZPO gehören würde (RG JW 1931, 1795 und ständ. Rspr.), angegeben, welchen schlüssigen Sachverhalt die Beklagten auf Befragen vorgetragen hätten, sondern nur abermals darauf hingewiesen, daß die Errechnung des durch den Verzug des Erblassers der Klägerinnen angeblich entstandenen Schadens ungewöhnlichen Schwierigkeiten begegne.

Die sich somit in vollem Umfange als unbegründet erweisende Revision der Beklagten war gemäß § 97 ZPO auf Kosten der Beklagten zurückzuweisen.

Glanzmann Scheffler Rietschel Dr. Winkelmann Erbel