

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 304/75

URTEIL

Verkündet am
19. Januar 1978
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bauunternehmung Bernhard W [REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED],
W[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Theodor H [REDACTED] Nachf. Alfred F [REDACTED] KG,
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin
Frau Frieda F [REDACTED], U [REDACTED] Straße [REDACTED], W [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Girisch, Meise, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 19. September 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 24. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin führte im Jahre 1966 als Subunternehmer der Beklagten auftragsgemäß Erd- und Abbrucharbeiten beim Neubau des Schauspielhauses in W [REDACTED] aus. Auftraggeber der Beklagten war die St [REDACTED] AG (im weiteren: St [REDACTED]). An Abschlagszahlungen erhielt die Klägerin im April und Mai 1966 von der Beklagten insgesamt 47.000 DM. Erst unter dem 5. Dezember 1973 erteilte sie der Beklagten über diese Arbeiten eine auf 80.194,12 DM lautende abschließende Rechnung. Weitere 546 DM verlangte sie mit dieser Rechnung für in Erweiterung des Auftrages zusätzlich erbrachte Fuhrleistungen.

- 3 -

Am 18. Dezember 1973 hat die Klägerin den Erlaß eines Zahlungsbefehles über die noch offenen 33.740,12 DM nebst Zinsen gegen die Beklagte beantragt. Nach Verweisung der Sache an das Landgericht hat dieses die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

I. Zur Klageforderung

1. Das Berufungsgericht ist mit dem Landgericht der Auffassung, die Klägerin habe in der ersten Instanz die Klageforderung nicht schlüssig dargetan. Ihr insoweit ergänzendes Vorbringen zweiter Instanz hat das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 2 ZPO a.F. nicht zugelassen.

2. Die Verfahrensrügen der Revision hierzu greifen durch:

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin in zweiter Instanz Grund und Höhe der Klageforderung ausreichend dargelegt hat. Die Zurückweisung dieses zweitinstanzlichen Vorbringens als verspätet ist jedoch verfahrensfehlerhaft, weil seine Zulassung die gebotene Entscheidung des Berufungsgerichts hierzu nicht verzögert hätte. Denn im Verlaufe des Berufungsverfahrens sind, was das Berufungsgericht verkannt hat, Grund und Höhe

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



der Klageforderung unstreitig geworden. Streitig geblieben sind allein die Tatsachen, aus denen die Klägerin Einwendungen gegen die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede herleitet:

Mit Schriftsatz vom 1. Juli 1975 hat die Beklagte u.a. eine Durchschrift ihrer Rechnung an die St. [REDACTED] vom 29. September 1966 vorgelegt. Danach hat sie die gleichen, ihr von der Klägerin mit insgesamt 80.194,12 DM berechneten Erd- und Abbrucharbeiten ihrerseits der Strabag mit 118.360,96 DM in Rechnung gesetzt und von dieser auch bezahlt erhalten. Die Beklagte hat mit diesem Schriftsatz insbesondere eingeräumt, daß die ihr von der Klägerin und die von ihr der St. [REDACTED] berechneten Massen übereinstimmen. Sie hat nicht substantiiert dargelegt, daß sie etwa mit der Klägerin eine andere Art des Aufmaßes vereinbart habe als das Aufmaß, das ihrer Abrechnung mit der St. [REDACTED] zugrunde liegt. Die Behauptung der Klägerin, das St. [REDACTED]-Aufmaß sei vereinbarungsgemäß auch der Abrechnung der Parteien zugrunde zu legen, hat daher als unbestritten zu gelten. Ebensowenig ist die Beklagte dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Klägerin spezifiziert entgegengetreten, außer ihr habe kein anderer Unternehmer an den der Beklagten von der Klägerin berechneten Erd- und Abbrucharbeiten mitgewirkt. Sie hätte insoweit vortragen müssen, welche anderen Unternehmer bei welchen der hier in Betracht kommenden Erd- und Abbrucharbeiten außer der Klägerin eingesetzt gewesen seien.

Auf die von der Klägerin mit Schriftsatz vom 13. Juni 1975 vorgenommene Spezifizierung der mit 546 DM in Rechnung gestellten zusätzlichen Fuhrleistungen ist die Beklagte überhaupt nicht eingegangen.

Nach alledem durfte und mußte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß die Klägerin die der Beklagten in Rechnung gestellten und bezüglich der Einheitspreise nicht beanstandeten Werkleistungen auch erbracht hat. Zum Umfang der erbrachten Werkleistungen und zur Höhe der Restwerklohnforderung hätte es somit einer etwa zu einer Verzögerung der Entscheidung führenden Beweisaufnahme nicht mehr bedurft.

II. Zur Verjährungseinrede

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Werklohnforderung der Klägerin sei noch im Jahre 1966 entstanden und fällig geworden. Denn die Beklagte habe die Werkleistungen in diesem Jahr abgenommen und auch der Strabag nach Ermittlung der Aufmaße in Rechnung gestellt. Jedenfalls seit Ende 1966 habe daher auch die Klägerin die Bezahlung ihres Restwerklohns verlangen können mit der Folge, daß die hier geltende 4-jährige Verjährungsfrist mit dem Jahresende 1966 zu laufen begonnen habe.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden:

Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung der Parteien über die Abrechnung der Werkleistungen der Klägerin nach St[REDACTED]-Aufmaß überzeugend dahin aus, daß trotz dieser Abrede Werklohnansprüche der Klägerin spätestens mit der Ermittlung der der Rechnung der Beklagten an die Strabag zugrunde liegenden Aufmaße fällig geworden sind. Denn daß die Klägerin gewillt gewesen wäre, der Beklagten so lange Kredit einzuräumen, wie es dieser gefiel,

diese Aufmaße zurückzuhalten, kann nicht angenommen werden.

Das Berufungsgericht nimmt danach zutreffend an, daß die Klageforderung noch im Jahre 1966 entstanden und fällig geworden ist. Der Hinweis der Revision auf RG JW 1912, 29 und BGHZ 55, 340, 341, 342 geht fehl. Jene Entscheidungen befassen sich damit, daß die dortigen Parteien, anders als hier, eine vom gesetzlichen Regelfall abweichende Fälligkeit vereinbart hatten.

Daß die Klägerin vor Erhalt der Aufmaße nicht zu einer abschließenden Berechnung ihrer Ansprüche in der Lage war, führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Verjährungsfrist des § 198 BGB beginnt mit der Entstehung des Anspruches, und zwar unabhängig davon, ob er bereits bezifferbar ist und mit einer Leistungsklage geltend gemacht werden kann. Um die Verjährung in Lauf zu setzen, genügt die Möglichkeit, eine die Verjährung unterbrechende Feststellungsklage zu erheben. Denn die Feststellungsklage ist die Form, in der ein Anspruch mit derselben, die Verjährung unterbrechenden Wirkung einer Leistungsklage zur Geltung gebracht werden muß, wenn der Berechtigte die Leistungsklage (noch) nicht erheben kann (vgl. RGZ 83, 354, 358; RG JW 1907, 302 Nr. 5; Staudinger/Coing, BGB, 11. Aufl., Anm. 2 zu § 198; Erman-Hefermehl, BGB, 6. Aufl., Anm. 1 zu § 198; Palandt-Heinrichs, BGB, 37. Aufl., Anm. 1 zu § 198; Soergel/Augustin, BGB, 10. Aufl., § 198 Anm. 3; Johannsen in RGRK BGB, 12. Aufl., § 198 Rn. 2). Die Klägerin, die sich seit der Abnahme ihrer Werkleistungen einer Restwerklohnforderung berührt,

war nicht gehindert, die Beklagte z.B. auf Bekanntgabe der Aufmaße und auf die Feststellung zu verklagen, daß sie die sich aus den Aufmaßen ergebende Restwerklohnforderung schulde.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, in erster Instanz habe die Klägerin nur behauptet, die Beklagte habe sie auf Aufforderungen zur Bekanntgabe der der Strabag mitgeteilten Aufmaße stets nur vertröstet. Daraus könnten weder die Unterbrechung der Verjährung noch Umstände gefolgert werden, die der Beklagten die Geltendmachung der Verjährungseinrede verböten. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Erst in zweiter Instanz, so fährt das Berufungsgericht fort, habe die Klägerin vorgebracht, der Prokurist K. der Beklagten habe ihr während des Laufes der Verjährungsfrist mehrfach die Hergabe der Aufmaße zugesagt.

Das Berufungsgericht meint, wenn die Parteien die Vereinbarung zur Abrechnung der Werkleistungen der Klägerin nach den von der Beklagten ermittelten Aufmaßen getroffen hätten, würden derartige Zusagen der Beklagten nach Treu und Glauben die Berufung auf den Ablauf der Verjährungsfrist verbieten.

Das ist richtig. Denn ein solches Verhalten würde grob treuwidrig sein und dürfte der Beklagten keine Vorteile bringen.

3. Das Berufungsgericht hat das unter Beweis gestellte zweitinstanzliche Vorbringen der Klägerin hinsichtlich dieser Zusagen jedoch gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als

die Entscheidung verzögernd nicht zugelassen, zumal auch durch prozeßleitende Maßnahmen eine Verzögerung nicht hätte vermieden werden können.

Das hält den Revisionsangriffen nicht stand.

Zwar geht die Revision fehl, wenn sie meint, das Berufungsgericht hätte dieses Vorbringen als unstreitig behandeln müssen. Unstreitig ist lediglich geworden, daß die Klägerin nach Ablauf der Verjährungsfrist schriftlich auf Hergabe der Aufmaße gedrungen hat (Schriftsatz der Beklagten vom 1. Juli 1975). Damit ist die Beklagte jedoch nicht insgesamt von ihrem Vortrag im Schriftsatz vom 12. Mai 1975 abgerückt, wonach sie bestritten hat, von der Klägerin seit Beendigung der Arbeiten ständig an das Aufmaß erinnert worden zu sein.

Die Revision beanstandet jedoch zutreffend, daß das Berufungsgericht diesen Vortrag der Klägerin nicht zugelassen hat.

Das Berufungsgericht hat unter Verstoß gegen §§ 529 Abs. 2, 523, 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO zu Unrecht angenommen, die Zulassung dieses Vorbringens würde die Entscheidung des Rechtsstreits verzögern.

Diese Frage ist der Beurteilung des Revisionsgerichtes nicht entzogen (BGH LM Nr. 3 zu § 272 b ZPO).

Keineswegs wäre, wie das Berufungsgericht ausführt, eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich gewesen. Es würde ausgereicht haben, gemäß §§ 523, 272 b Nr. 4 ZPO

das persönliche Erscheinen der Inhaber der Parteien und die Ladung der von der Klägerin benannten Zeugen K[REDACTED] und J[REDACTED], evtl. noch die der Zeuginnen Wo[REDACTED] und M[REDACTED] zur Berufungsverhandlung vom 8. Juli 1975 anzuordnen. Dazu wäre seit dem Eingang (2. Juli 1975) des Schriftsatzes der Beklagten vom 1. Juli 1975, dessen Inhalt das Unstreitigwerden der Klageforderung angekündigt hatte, gerade noch ausreichend Gelegenheit gewesen, unter den besonderen hier gegebenen Umständen, daß alle Zeugen in W[REDACTED], also in der Nähe des Berufungsgerichtes ansässig waren, und daß die Beweisaufnahme sich allein auf die einfache Frage zu erstrecken gehabt hätte, ob Köhler vor Ablauf der Verjährungsfrist die Hergabe der Aufmaße mehrfach zugesagt habe. Das hätte mit verhältnismäßig wenig Zeitaufwand während des Verhandlungstermines geklärt werden können, ohne daß dadurch eine untragbare Belastung der Sitzung eingetreten wäre.

Die gebotene Beweisaufnahme ist danach verfahrensfehlerhaft unterblieben. Das zwingt zur Aufhebung des Urteils. Denn es ist nicht auszuschließen, daß die Beweisaufnahme zu der Feststellung geführt hätte, die Beklagte dürfe sich auf die Einrede der Verjährung nicht berufen.

III. Zum Schuldanerkenntnis

Das Berufungsgericht führt aus, ein wirksames Schuldanerkenntnis (§§ 781 BGB, 350 HGB) habe in der Besprechung am 23. November 1973 zwischen dem Inhaber der Klägerin und dem früheren Prokuristen K[REDACTED] der Beklagten nicht vereinbart werden können, weil die Prokura K[REDACTED] zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bestanden habe.

Mit dieser Entscheidung hat das Berufungsgericht, was die Revision mit Erfolg rügt, den in beiden Tatsacheninstanzen unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin verfahrensfehlerhaft übergangen (§ 286 ZPO), Köhler sei am 23. November 1973 zwar nicht mehr Prokurist gewesen, habe aber als noch nicht ausgeschiedener Kommanditist die Geschäfte der Beklagten mit Wissen und Dulden der persönlich haftenden Gesellschafterin in den Jahren zuvor geführt.

Soweit das Berufungsgericht hierzu weiter und hilfsweise ausführt, K. [REDACTED] habe allenfalls ein deklaratorisches Anerkenntnis abgegeben, das die für den zugrundeliegenden Werklohnanspruch geltende Verjährung nicht berühre, hat es nicht dargetan, und es wird auch sonst nicht ersichtlich, auf welche Weise es ohne Anhörung des Zeugen K. [REDACTED] die zu dieser Beurteilung führenden Tatsachen festgestellt haben könnte. Bei Unterstellung des entsprechenden Vortrages der Klägerin als richtig käme die Möglichkeit in Betracht, daß K. [REDACTED] die Beklagte - wegen ihres von der Klägerin beanstandeten Verhaltens und wegen der langjährigen Geschäftsbeziehungen der Parteien - ohne Rücksicht auf eine etwa eingetretene Verjährung zur Begleichung der als berechtigt angesehenen Restwerklohnforderung habe verpflichten wollen.

Auch zu diesem Punkt kann das angefochtene Urteil deshalb keinen Bestand haben.

IV.

Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Be-

rufungsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Befugnis nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht.

Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht Beweis darüber zu erheben haben, ob die Beklagte der Klägerin während des Laufes der Verjährungsfrist mehrfach die Hergabe der Aufmaße zugesagt hat. Gegebenenfalls wird auch erneut zu prüfen sein, ob Köhler bei der Besprechung vom 23. November 1973 die Beklagte etwa zur Bezahlung auch einer verjährten Restwerklohnforderung hat verpflichten wollen, und ob die Beklagte derartige Erklärungen aufgrund von Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gegen sich gelten lassen müßte.

Vogt

Bliesener

Girisch

Oberhaus

Meise