

119

BUNDESGERICHTSHOF

2074 005

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 51/65

URTEIL

Verkündet am

15. Februar 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der H [REDACTED], Gesellschaft zur F [REDACTED] W [REDACTED] mbH,
vertreten durch ihren alleinigen Gesellschafter und Geschäftsfüh-
rer, den Architekten Dipl.-Ing. Paul G [REDACTED], H [REDACTED], V [REDACTED]-
L [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Wilhelm K [REDACTED],
H [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED]

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 21. Januar 1965 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat in den Jahren 1954/55 in H [REDACTED], F [REDACTED] Weg, für die Beklagte in zwei Bauabschnitten (A und B) 10 Reihenhäuser gebaut. Für Maurerarbeiten hat er 193.566,15 DM und für Tischlerarbeiten 8.137,15 DM berechnet. Außerdem hat er die von ihm aufgewendeten Diskontspesen für die von der Beklagten hingeebenen Wechsel im Betrage von 1.598,05 DM ersetzt verlangt. Auf seine insgesamt 203.301,35 DM ausmachenden Forderungen hat er Teilzahlungen der Beklagten im Gesamtbetrag von 128.640,-- DM verrechnet. Von der verbleibenden Restforderung hat er einen Teilbetrag von 40.000,-- DM nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagte hat aus verschiedenen Gründen bestritten, daß der

Kläger aus dem Bau dieser Häuser noch eine Forderung gegen sie habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht durch Teilurteil die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, soweit sie zur Zahlung von 25.773,30 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit dieser stattgegeben worden ist. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger hatte zunächst den Bauauftrag zum Pauschalpreis von 14.000,-- DM für jedes der 10 Reihenhäuser übernommen. Während der Bauzeit erhöhten die Parteien den Pauschalpreis auf 15.000,-- DM je Haus. Der Kläger hat behauptet, das sei geschehen, um die eingetretenen Lohn- und Materialpreiserhöhungen auszugleichen; Mehr- oder Minderleistungen gegenüber dem Kostenanschlag hätten dagegen gesondert nach Aufmaß und Einheitspreis berechnet werden sollen. Nach der Behauptung der Beklagten sollten durch die Erhöhung des Pauschalpreises um 1.000,-- DM je Haus auch die vom Kläger über den Kostenanschlag hinaus geleisteten Mehrarbeiten abgegolten werden.

Das Oberlandesgericht hat im angefochtenen Teilurteil offengelassen, aus welchem Grund die Parteien



den ursprünglich vereinbarten Pauschalpreis von 14.000,-- DM auf 15.000,-- DM je Haus erhöht haben. Da sie ihn unstreitig auf 15.000,-- DM erhöht hätten, ständen dem Kläger jedenfalls grundsätzlich 150.000,-- DM zu. Die Entscheidung, ob er außerdem für die von ihm behaupteten Mehrleistungen eine Vergütung verlangen könne, hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Nach der in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung greift die Revision insoweit das Berufungsurteil nicht mehr an; es läßt hierzu auch keinen Rechtsirrtum erkennen.

II.

Nach den Buchungen des Klägers hat die Beklagte für die 10 Reihenhäuser 128.640,-- DM an den Kläger gezahlt. Ihre Behauptung, weit mehr bezahlt zu haben, hält das Berufungsgericht für nicht substantiiert. Das gelte auch für die von ihr vorgelegte Aufstellung über Zahlungen von insgesamt 230.108,50 DM für die 10 Reihenhäuser am F██████ Weg und für die ebenfalls vom Kläger für sie in der B██████████ Straße erbauten Häuser. Mit der Bezugnahme auf ihre Geschäftsbücher und die des Klägers habe sie ihrer Darlegungspflicht nicht genügt.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Daß nicht der ganze Betrag von 230.108,50 DM für die 10 Reihenhäuser am F██████ Weg gezahlt worden ist, ergibt sich, was die Revision nicht beachtet, ohne weiteres aus der eigenen Aufstellung der Beklagten. Darin sind mindestens die 9 ersten Beträge mit zusammen

73.500,-- DM als Abschlagszahlungen auf "Dü Str." und "Br. Str." bezeichnet.

2. Lediglich 5 Zahlungen über zusammen 22.748,50 DM sind als "Abschl.Zahlg Fo. Weg A" aufgeführt. Bei allen übrigen Zahlungen ist nicht angegeben, worauf sie sich beziehen.

3. Das Berufungsgericht hebt zutreffend hervor, die Beklagte habe in den Vorinstanzen nicht substantiiert dargelegt, daß sie 128.640,-- DM übersteigende Zahlungen für das Bauvorhaben F [REDACTED] Weg geleistet habe. Schon deshalb konnte es die sich auf die Bücher der Beklagten und des Klägers beziehenden Beweisanträge unberücksichtigt lassen.

Darüber hinaus stellt aber auch die Bezugnahme der Beklagten im Schriftsatz vom 7. Oktober 1957 (Bl. 4) auf die eigenen Geschäftsbücher keinen zulässigen Beweisantritt dar. Nach § 420 ZPO hätte sie den Beweis durch Vorlage ihrer Bücher antreten müssen und, da es sich, wie die Revision vorträgt, um umfangreiche Geschäftsbücher handelt, auch die Eintragungen, auf die sie sich beziehen wollte, bezeichnen müssen. Die Voraussetzungen des § 434 ZPO hatte sie nicht behauptet.

Soweit sich die Beklagte auf die Geschäftsbücher des Klägers als Beweis für ihre Zahlungen bezogen hatte, konnte zwar darin ein Antrag nach § 421 ZPO gesehen werden, dem Kläger deren Vorlegung aufzugeben. Jedoch hätte sie auch insoweit näher darlegen müssen, auf welche Eintragungen sie sich beziehen wollte.

Schließlich hat die Beklagte ihre erstinstanzliche Bezugnahme auf ihre eigenen und die Geschäftsbücher des Klägers, soweit ersichtlich, im Berufungsverfahren nicht wiederholt; jedenfalls legt das die Revision nicht dar. Schon deshalb ist es verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht hierauf nicht eingegangen ist (BGHZ 35, 103, 106).

III.

Außer den Zahlungen der Beklagten in Höhe von 128.640,-- DM hat das Berufungsgericht weitere 4.333,25 DM für von der Beklagten gelieferte Mauersteine von der Forderung des Klägers auf den Pauschalbetrag von 150.000,-- DM abgesetzt. Weitere Abzüge hat es dagegen nicht für gerechtfertigt erachtet. Insoweit greift die Revision ~~an~~ das Urteil nicht an.

Die Revision wendet sich auch nicht dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger für Tischlerarbeiten 7.486,30 DM zuerkannt hat.

IV.

Die Forderungen auf Ersatz von Diskontspesen hält das Berufungsgericht in der vom Kläger im Berufungsverfahren nur noch geltend gemachten Höhe von 1.260,25 DM für begründet. Die durch die Hingabe der Wechsel von der Beklagten geleisteten Zahlungen stellten nach seiner Meinung keine Vorschüsse, sondern nach dem jeweiligen Stand der Bauleistungen fällige Abschlagszahlungen dar. Die an

Stelle des geschuldeten Bargeldes lediglich erfüllungshalber hingegebenen Wechsel (§ 364 Abs. 2 BGB) hätten die Schuld der Beklagten nur in Höhe der Beträge getilgt, die der Kläger durch deren Einlösung erhalten habe. Die dabei aufgewendeten Diskontspesen seien davon abzusetzen.

Die Revision verweist auf Ziff. 4 c der "Besonderen Bedingungen" im Auftragsschreiben der Beklagten vom 18. Februar 1955, worin es heißt: "Der Auftraggeber leistet Abschlagszahlungen nach dem Stand der Bauleistungen nach Vorlage von Abschlagsrechnungen in 2-facher Ausfertigung".

Das Berufungsgericht hält die Nichtbeachtung dieser Vertragsbestimmung für unerheblich, weil die Beklagte jahrelang die von ihr geforderten Zahlungen ohne jegliche Einwendungen geleistet hat. Sie verstoße deshalb gegen Treu und Glauben, wenn sie sich im Rechtsstreit auf das Fehlen von Zwischenrechnungen berufe.

Dem ist beizupflichten. Der Kläger hat wiederholt schriftlich von der Beklagten Abschlagszahlungen in Höhe von 25.000,-- DM, 20.000,-- DM und 15.000,-- DM auf die von ihm ausgeführten Arbeiten verlangt. Die daraufhin von der Beklagten geleisteten Zahlungen waren nicht deshalb als Vorschüsse gedacht, weil die Beklagte nicht auf der Vorlage von Zwischenrechnungen bestanden hat. Der sachkundige Geschäftsführer der Beklagten wußte, wie das Berufungsgericht feststellt, daß der Kläger den geforderten Abschlagszahlungen entsprechend Bauleistungen erbracht hatte.

V.

Gegenforderungen der Beklagten gegenüber der sich somit ergebenden Forderung des Klägers in Höhe von (150.000,-- - 4.333,25 + 7.486,30 + 1.260,25 - 128.640,-- =) 25.773,30 DM verneint das Berufungsgericht.

1. Im Auftragsschreiben der Beklagten vom 18. Februar 1955 heißt es: "Die bezugsfertige Erstellung ... ist auf den 31. 5. 55 festgesetzt. Der Auftragsnehmer anerkennt in diesem Termin die unbedingt zeitliche Grenze für die Erstellung aller übernommenen Leistungen. Diese Terminstellung ist festgesetzt unter ausdrücklicher Berücksichtigung aller Arbeiten, die vor bzw. nach Arbeitsleistung des Auftragnehmers nötig sind, um das Haus bezugsfertig zu machen."

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Häuser des Bauabschnitts A am 25. Januar 1955 im Rohbau abgenommen wurden und zum 1. August 1955 bezugsfertig waren, daß die Rohbauabnahme der Häuser des Abschnitts B am 24. September 1955 erfolgte und daß diese am 1. Februar 1956 bezogen werden konnten. Einen Anspruch der Beklagten auf Ersatz von Mietausfällen verneint es, weil der Kläger sich mit den von ihm geschuldeten Leistungen mangels einer Mahnung der Beklagten nicht in Verzug befunden habe (§ 284 Abs. 1 BGB) und die Parteien eine die Mahnung erübrigende Bestimmung der Lieferzeit nach dem Kalender (§ 284 Abs. 2 BGB) nicht getroffen hätten.

a) Die Revision meint, die Leistungszeit sei jedenfalls insofern mittelbar nach dem Kalender bestimmt gewe-

sen, als die bezugsfertige Erstellung der Häuser auf den 31. Mai 1955 festgesetzt gewesen sei.

Das Berufungsgericht folgt jedoch insoweit dem Urteil des erkennenden Senats vom 13. Juli 1961 - VII ZR 65/60 - in einem Vorprozeß der Parteien, wonach der Vermerk in dem Auftragschreiben der Beklagten nur einen Hinweis auf den von ihr in Aussicht genommenen Bezugstermin darstellte und die in dem Auftragschreiben genannte Frist eine Mahnung nicht entbehrlich machte. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht, daß in Ziffer 14 des dem Auftrag zugrunde gelegten, von der Beklagten entworfenen Kostenanschlags vom 15. September 1954, auf den sich die Revision beruft, die Vereinbarung eines Zeitplans für die Ausführung der Arbeiten vorgesehen war, der jedoch nicht aufgestellt worden ist.

b) Das wiederholte Erinnern an eine zügige Fortführung der Bauarbeiten stellt nach Ansicht des Berufungsgerichts keine Mahnung im Sinne des § 284 Abs. 1 BGB dar.

Die Revision will das Schreiben der Beklagten vom 26. April 1955 als Mahnschreiben gewertet wissen. Mit diesem Schreiben hat jedoch die Beklagte den Kläger lediglich aufgefordert, sofort mit den Arbeiten für den Bauabschnitt B zu beginnen. Auch es enthält keine Mahnung, sondern nur die Aufforderung, mit dem Bauabschnitt B zu beginnen. Der Kläger konnte nicht erkennen, daß das Ausbleiben der Leistung für ihn Folgen haben sollte; das aber gehört zum Wesen einer Mahnung.

2. Den zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Vertragsstrafe wegen Nichteinhaltung der Fertigstellungsfrist verneint das Berufungsgericht zutreffend, weil sich der Kläger nicht in Verzug befunden habe (§ 339 BGB). Die Vertragsstrafe war zudem eindeutig nur an die Nichteinhaltung des vorgesehen gewesenen, aber nicht aufgestellten Zeitplans geknüpft (Ziff. 15 des Kostenanschlags). Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, daß sie sich bei der Abnahme des Bauwerks den Anspruch auf Vertragsstrafe vorbehalten hat (§ 341 Abs. 3 BGB).

VI.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Haimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke