

34

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2087 059

VII ZR 56/63

URTEIL

Verkündet am
11. März 1965
Jodas
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Elly F [REDACTED], R [REDACTED] bei B [REDACTED], Fl [REDACTED]
Allee,

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Bauunternehmer Barthel F r [REDACTED], D [REDACTED] bei
B [REDACTED], Ba [REDACTED]straße [REDACTED],

2. den Bauunternehmer Johann F r [REDACTED], D [REDACTED] bei
B [REDACTED], W [REDACTED] Straße,

Kläger, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 22. Januar 1963 wird zurückgewiesen.

Der Urteilsspruch wird dahin berichtigt, daß an die Stelle des Betrags von 7.829,63 DM der Betrag von 7.834,83 DM tritt.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte übertrug den Klägern im Jahre 1958 in zwei getrennten Aufträgen die Erd-, Maurer-, Beton und Putzarbeiten für ein Wohnhaus und für einen Bürobau mit Garage nebst Lager in R. bei B. Die Bestimmungen der VOB (B) wurden, soweit die Parteien nichts Abweichendes vereinbarten, den Vertragsbeziehungen zugrundegelegt. In den von ihnen unterschriebenen "Vorbemerkungen" zu den Leistungsverzeichnissen verpflichteten sich die Kläger, die Arbeiten für das Wohnhaus in 50 und für das Bürogebäude in 40 Werktagen auszuführen. Bei Terminüberschreitungen sollte die Beklagte für jeden Tag "5/1000 des Gesamtauftrags" von der Schlußrechnung absetzen dürfen. Der Baubeginn wurde für das Wohnhaus auf den 4. August und für das Bürogebäude auf

den 8. September 1958 festgelegt. Die Beklagte hatte ihr Haus in Godesberg verkauft und dem Käufer die Räumung zum 1. Februar 1959 zugesagt, andernfalls sie ihm 5.000 DM als Vertragsstrafe zahlen wollte.

Die Kläger haben die Arbeiten nicht innerhalb der vereinbarten Fristen ausgeführt. Um wieviel Arbeitstage sie die Fristen überschritten haben, ist streitig. Die Parteien streiten auch darüber, ob die Kläger die Putzarbeiten ebenfalls innerhalb der Fristen zu erledigen hatten. Diese waren jedenfalls Weihnachten noch nicht beendet. Infolge der Explosion eines von den Klägern zum Austrocknen aufgestellten Ölofens fiel im Wohnhaus ein Teil des Putzes wieder ab. Der von den Klägern erneut aufgetragene Putz haftete nicht. Als die Kläger es ablehnten, zwischen Weihnachten und Neujahr den Putz nachzubessern, ließ die Beklagte diese Arbeiten zwischen den Feiertagen von einem anderen Unternehmer ausführen. Sie hat beide Gebäude am 1. Februar 1959 bezogen.

Auf die zusammen 47.000 DM übersteigenden, die Putzarbeiten nicht umfassenden beiden Rechnungen der Kläger für das Wohnhaus und das Bürogebäude hat die Beklagte insgesamt 31.000 DM gezahlt. Die Kläger haben von dem nach ihrer Meinung noch 16.601,48 DM ausmachenden Restbetrag einen Teilbetrag von 12.000 DM nebst Zinsen eingeklagt. Danach hat die Beklagte weitere 622,33 DM gezahlt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt, weil sie mit einer Vertragsstrafenforderung über 11.931,66 DM und anderen Gegenforderungen aufrechne. Nach ihrer Ansicht waren auch die Putzarbeiten innerhalb der vereinbarten Fristen zu erledigen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 11.361,67 DM nebst Zinsen entsprochen. Gegenüber dem eingeklagten Teil-



betrag von 12.000 DM hat es die nachträglich gezahlten 622,33 DM sowie eine Schadensersatzforderung der Beklagten über 16,-- DM berücksichtigt.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte weitere 2.996,10 DM als den von ihr einbehaltenen Sicherungsbetrag von 10 % der Rechnungssumme an die Kläger gezahlt. Darauf haben die Parteien wegen dieses Betrags die Hauptsache für erledigt erklärt.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 7.829,63 DM nebst Zinsen verurteilt und die weitere Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, erstrebt die Beklagte die volle Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht errechnet unter Berücksichtigung der von der Beklagten gezahlten 31.000 DM eine Restforderung der Kläger von 16.209,33 DM. Diesen Betrag erachtet es gemäß § 16 Ziff. 2 VOB (B) für fällig.

Insoweit greift die Revision das Urteil nicht an und läßt dieses auch keinen Rechtsfehler erkennen.

II.

Von dem eingeklagten Teilbetrag von 12.000 DM setzt das Berufungsgericht die nach Klagerhebung von der Beklag-

ten gezahlten Beträge von 622,33 DM und 2.966,10 DM ab. Da die Beklagte nicht bestimmt habe, ob sie die beiden Zahlungen auf den eingeklagten oder den nicht eingeklagten Teil der Forderung der Kläger leiste, sei gemäß § 366 Abs. 2 BGB der eingeklagte Teil der Forderung als die der Beklagten lästigere Schuld getilgt worden.

Diese Anrechnung entspricht der gesetzlichen Regelung in § 366 Abs. 2 BGB (vgl. für den Fall der Aufrechnung: RGZ 66, 266, 275; 80, 393; 129, 63, 65; BGH in LM Nr. 25 zu § 18 Abs. 1 Ziff. 3 UmstG) und beschwert die Beklagte auch nicht. Es kann deshalb dahin stehen, ob sich nicht sogar aus den Umständen der eindeutige Wille der Beklagten ergibt, den eingeklagten Teil der Forderung zu begleichen.

Die eingeklagte Teilforderung von 12.000 DM verringert sich somit auf Grund der beiden Zahlungen der Beklagten um 3.618,43 DM auf 8.381,57 DM (nicht 8.481,57 DM, wie das Berufungsgericht (S. 18) errechnet).

III.

Nach Ziff. 3 der Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis ist die Beklagte berechtigt, für jeden Tag der Terminüberschreitung "5/1000 des Gesamtauftrags" von der Schlußrechnung abzusetzen. Dieser Vertragsbestimmung entnimmt das Berufungsgericht, daß sich die Kläger damit verpflichtet haben, gegebenenfalls eine Vertragsstrafe zu zahlen.

1.) Es versteht die Vereinbarung der Bauzeiten von 50 Tagen für das Wohnhaus und 40 Tagen für das Bürogebäude so, daß innerhalb dieser Fristen nur die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten (sog. Rohbauarbeiten), nicht

auch die gleichfalls von den Klägern übernommenen Putzarbeiten auszuführen waren. Es sei, so führt es aus, allgemein bekannt, daß die Putzarbeiten erst ausgeführt werden könnten, nachdem die Installationen verlegt seien. Die Durchführung und Dauer der Installationsarbeiten vermöge der Bauunternehmer nicht zu beeinflussen. Deshalb könne die Bauzeitbeschränkung nur für Rohbauarbeiten verstanden werden.

Diese Auslegung der Ziff. 3 ist frei von Rechtsirrtum und bindet das Revisionsgericht.

a) Das Berufungsgericht erwägt zutreffend, daß zwischen der Fertigstellung des Rohbaues und den Verputzarbeiten die Installationsleitungen (Wasser, Heizung, Strom) verlegt werden müssen. Hierauf hat der Bauunternehmer keinen Einfluß. Das durfte bei der Ermittlung des objektiven Sinngehaltes der Strafabrede berücksichtigt werden.

b) Falls die Installationen später tatsächlich zwischen durch ausgeführt worden sind, ohne daß die Kläger am alsbaldigen Verputzen gehindert wurden - wofür die Beklagte im Schriftsatz vom 10. Juni 1959 (S. 2) Beweis erboten hat -, so ergibt sich daraus noch nichts für die Vorstellungen und den Willen der Parteien bei Abschluß des Vertrags und erst recht nichts für dessen objektiven Inhalt. Zudem brauchte das Berufungsgericht diesen erstinstanzlichen Beweisantrag auch deshalb nicht zu berücksichtigen, weil die Beklagte ihn im Berufungsverfahren nicht wiederholt hat (BGHZ 35, 103, 106).

c) Auch Ziff. 7 der Vorbemerkungen, wonach die Kläger, wenn sie sich in der ordnungsmäßigen Durchführung der Arbeiten behindert glaubten, dies der Bauleitung

schriftlich mitzuteilen hatten, andernfalls sie keinen Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände haben sollten, steht der Auslegung des Berufungsgerichts nicht entgegen. Eine Bestimmung dieses Inhalts wird häufig in Bauverträge aufgenommen. Sie entspricht der Vorschrift des § 6 Ziff. 1 VOB (B). Es ist nichts dafür vorgetragen, daß damit den Klägern hätte die Möglichkeit eröffnet werden sollen, sich im Hinblick auf die vereinbarte Vertragsstrafe gegen die Folgen einer Behinderung durch andere Handwerker beim Verputzen zu schützen.

d) Brauchten die Kläger somit innerhalb der vereinbarten Fristen die Rohbauten nicht zu verputzen, so bleibt es bei der von der Revision im übrigen nicht angegriffenen Feststellung, daß die vereinbarten Bauzeiten für das Haus um 9 Arbeitstage und für das Bürogebäude um 3 Arbeitstage überschritten worden sind. Daß die verwirkte Vertragsstrafe alsdann, wie vom Berufungsgericht errechnet, 1.439,55 DM beträgt, greift die Revision ebenfalls nicht an.

2.) Die Bestimmung des § 12 Ziff. 5 Abs. 3 VOB (B), wonach der Auftraggeber sich eine vom Auftragnehmer verwirkte Vertragsstrafe zu den in den Abs. 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten vorbehalten muß, andernfalls er den Anspruch hierauf verliert (BGHZ 33, 236), erachtet das Berufungsgericht als durch Ziff. 3 der Vorbemerkungen ausgeschlossen.

Diese Auslegung beschwert die Beklagte nicht.

Offen kann bleiben, ob sich die vom Berufungsgericht hieran geknüpften, von der Revision angegriffene Folgerung halten läßt, die Vertragsstrafe könne nicht

gegenüber dem eingeklagten Teilanspruch zur Aufrechnung gestellt, sondern nur von dem nicht eingeklagten Teil des Werklohns abgesetzt werden. Denn die Beklagte hat nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Kläger (Schriftsatz vom 25. April 1959 (S. 2)) schon vor Klagerhebung erklärt, sie rechne mit einer Vertragsstrafe von 9.663,48 DM auf. Da die Werklohnforderung der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt, insgesamt 47.209,33 DM betrug, und die Beklagte vor Klagerhebung hierauf 31.000 DM gezahlt hatte, stand den Klägern bei Klagerhebung noch ein Betrag von 16.209,33 DM zu. Hier- von verblieb infolge der vor Klagerhebung von der Be- klagten erklärten Aufrechnung mit der - in Wirklichkeit nur 1.493,55 DM ausmachenden - Vertragsstrafe noch ein Betrag von 14.715,78 DM, also mehr als die Kläger ein- geklagt haben. Die mit der Klage geltendgemachte Teil- forderung wird demnach durch die Aufrechnung der Ver- tragsstrafe nicht berührt.

IV.

Von den Gegenforderungen, die die Beklagte während des Rechtsstreits gegenüber der eingeklagten Teilforde- rung zur Aufrechnung gestellt hat, hält das Berufungs- gericht nur die im Schriftsatz der Beklagten vom 10. Juni 1959 (S. 11) unter I., 3, 4, 5 und 7 sowie II., 1 aufgeführten mit zusammen (652,24 DM, richtig:) 546,74 DM für begründet.

Zu Unrecht rügt die Revision, es habe auch die übrigen Beträge berücksichtigen müssen.

1.) Die unter I., 9 und 10 aufgeführten Beträge von zusammen 240,08 DM betreffen nach der Behauptung der Be- klagten von den Klägern in Rechnung gestellte, jedoch

nicht erbrachte Leistungen. Sie gehen deshalb, wie dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, gegebenenfalls von dem Gesamtrechnungsbetrag ab; es handelt sich um keine Aufrechnung. Da der auch unter Berücksichtigung der Vertragsstrafe verbleibende, nicht eingeklagte Teil der Werklohnforderung höher ist, wird der eingeklagte Teil der Werklohnforderung durch den nach Ansicht der Beklagten abzusetzenden Betrag von 240,08 DM nicht berührt.

2.) Die Beträge unter I., 1, 2 und 6 betreffen, so stellt das Berufungsgericht fest, von anderen Handwerkern ausgeführte Nachbesserungsarbeiten am Verputz und Betonfußboden, die infolge der Explosion des Ölofens notwendig wurden.

a) Hinsichtlich des Postens I., 2 wirft die Revision dem Berufungsgericht mangelnde Sachaufklärung vor (§ 139 ZPO); es handele sich nicht um eine Ausbesserung des Betonfußbodens, sondern des von einem anderen Unternehmer verlegten Estrichs.

Diese Rüge ist unbegründet. Das Landgericht hatte bereits in seinem Urteil (S. 14) die Beklagte insoweit darauf hingewiesen, daß ihr Sachvortrag nicht ausreicht.

b) Ist somit davon auszugehen, daß die Beklagte die Beträge unter I., 1, 2 und 6 an andere Unternehmer bezahlt hat, die die Explosionsschäden an dem Werk der Kläger behoben haben, so kann die Beklagte diese Aufwendungen nur dann ersetzt verlangen, wenn sie die Kläger unter Setzung einer angemessenen Frist zur Behebung dieser Schäden aufgefordert hat. Das folgt aus den hier in Betracht kommenden Bestimmungen der §§ 4 Ziff. 7, 8 Ziff. 3 VOB (B), die für die Zeit der Ausführung der Bauarbeiten maßgebend sind.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den Klägern hierzu keine Frist gesetzt hat, greift die Revision nicht an. Somit ist das angefochtene Urteil auch insoweit im Ergebnis gerechtfertigt.

3.) Zu den unter II., 3 - 7 genannten Beträgen fehlt es nach Ansicht des Berufungsgerichts an einem substantiierten Sachvortrag der Beklagten. Das trifft zu. Den von der Revision angeführten Schriftsätzen ist er jedenfalls nicht zu entnehmen. Eine ungenügende Aufklärung (§ 139 ZPO) behauptet die Revision zu Unrecht, da auch insoweit das Landgericht in seinem Urteil (S. 15) die Beklagte darauf hingewiesen hatte, daß es am erforderlichen Sachvortrag fehle.

4.) Für eine Verpflichtung der Kläger, die Kosten für die Abnahme des Kamins (I., 8) zu tragen, hat die Beklagte, so stellt das Berufungsgericht fest, nichts vorgetragen. Als Bauherrin schuldet sie die Abnahmegebühr. Wieso das Berufungsgericht gegen § 139 ZPO verstoßen haben sollte, ist nicht ersichtlich.

5.) Hinsichtlich der Position II., 2 erhebt die Revision keine Rüge.

6.) Den von der Revision als übergangen gerügten Betrag von 1.300 DM hat der Architekt der Beklagten bereits von der Rechnung über die Putzarbeiten abgesetzt. Dieser Betrag ist also dort aufgerechnet.

V.

Die beiden (oben II. und IV.) erwähnten Rechenfehler sind gemäß § 319 ZPO von Amts wegen zu berichtigen; dazu ist auch das Revisionsgericht befugt (vgl. BGH in NJW 1964, 1858; VII ZR 100/63 vom 4. Februar 1965).

Der eingeklagte Teilbetrag von 12.000 DM vermindert sich demnach um die nach Klagerhebung bezahlten Beträge von zusammen 3.618,43 DM sowie um die im Rechtsstreit zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzforderung von insgesamt 546,74 DM auf 7.834,83 DM.

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

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt