

VII ZR 83/58

2343 085

Verkündet
am 5. Februar 1959
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

des Maurermeisters Alfred W [REDACTED], Wi [REDACTED], E [REDACTED]
platz [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Haus- und Vermögensverwalter Hans D [REDACTED], Wi [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Februar 1959 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt
am Main vom 28. Februar 1958 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tra-
gen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 14. Mai 1955 hat der Kläger für den Beklagten zum Festpreis von 114.500,-- DM die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten nach Maßgabe eines Leistungsverzeichnisses beim Wiederaufbau eines Hauses übernommen. Unter Ziffer 6 des Vertrages ist u.a. vereinbart:

"Der Auftragnehmer erhält je nach Fortschreiten der Arbeiten und Anlieferung der Materialien entsprechende Abschlagszahlungen, deren Höhe von dem Architekten sowie dem Bauherrn festzusetzen ist."

Unter Ziffer 7 heißt es weiter:

"Die Zahlungen erfolgen je nach geleisteter Arbeit. Die erste Abschlagszahlung erfolgt sofort nach Eingang der I. Rate aus dem Landesbaudarlehen bzw. nach Fertigstellung der Decke über dem Erdgeschoß.

Der Unternehmer ist damit einverstanden, daß die Restauszahlung in Höhe von 15 % der Auftragssumme erst nach bezugsfähiger Fertigstellung und Übernahme sowie Abnahme durch die Baupolizei erfolgt. Treten Beanstandungen auf, so sind diese erst zu beheben. 10 % bleiben stehen bis zur Endabrechnung mit der Hess. Landesbank."

Der Kläger hat kurz vor der Rohbauabnahme die Arbeiten wegen nach seiner Meinung ungenügender Abschlagszahlungen des Beklagten eingestellt und sie trotz schriftlicher Aufforderung des Architekten des Beklagten vom 9. Dezember 1955 nicht wieder aufgenommen. Bis dahin hatte der Beklagte an ihn Abschlagszahlungen im Betrage von 80.000,-- DM geleistet. Nach der am 15. Dezember 1955 erfolgten Rohbauabnahme hat

- 3 -

der Beklagte am 22. Dezember 1955 und am 5. Februar 1956 nochmals je 5.000,-- DM an den Kläger gezahlt. Der Kläger bestand jedoch auf weiteren Abschlagszahlungen, weil er für 115.271,32 DM Leistungen erbracht habe. Im Verlaufe des Rechtsstreits hat er behauptet, der Beklagte schulde ihm jedenfalls noch 18.719,31 DM. Er hat einen Teilbetrag von 7.000,-- DM nebst Zinsen eingeklagt mit der Behauptung, der Beklagte habe trotz dringender Befürwortung seines Architekten weitere Abschlagszahlungen verweigert.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er meint, er habe mit den 90.000,-- DM schon weit mehr gezahlt als er nach dem Stande der Arbeiten schulde. Im Schreiben vom 4. Mai 1956 hat er "die Anfechtung des Vertragspreises von 114.500,-- DM wegen Irrtums und arglistiger Täuschung" erklärt. Deshalb steht er auf dem Standpunkt, daß nicht nach den Vertragspreisen, sondern nach Aufmaß zu angemessenen Preisen abzurechnen sei. Danach aber habe der Kläger nur für 80.913,79 DM Leistungen erbracht. Sollte seine, des Beklagten, Anfechtung nicht durchgreifen, so brauche er gleichwohl nicht die vertraglich vereinbarte, sondern nur die angemessene Vergütung zu zahlen, weil die Geschäftsgrundlage des Vertrags dadurch eine Änderung erfahren habe, daß der Kläger wesentlich andere Leistungen erbracht habe als im Vertrag vereinbart waren. Hilfsweise hat der Beklagte eingewandt, der Kläger habe den Vertrag noch nicht ganz, teilweise auch mangelhaft erfüllt. Ebenfalls hilfsweise hat er mit Gegenansprüchen auf eine Vertragsstrafe und auf Schadensersatz aufgerechnet.

Der Kläger hat vorsorglich für den Fall, daß die vertraglich vereinbarten Vergütungen nicht gelten sollten, nach Aufmaß und angemessenen Preisen als Vergütung für seine Leistungen einen Betrag von 112.698,10 DM errechnet.



Diesen Betrag hat der Beklagte als um 26.792,49 DM übersetzt bezeichnet; deshalb ändere sich nichts daran, daß er dem Kläger bereits mehr gezahlt habe als er schulde.

Das Landgericht hat der Klage - von einem geringen Teil der verlangten Zinsen abgesehen - stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kläger nicht auf Zahlung eines Teilbetrages der nach dem Vertrag für das vereinbarte Werk geschuldeten Vergütung, sondern auf Leistung einer weiteren Abschlagszahlung klagt.

1) Diesen Anspruch hält es nicht für begründet.

a) Nach Ziffer 6 S. 1 des Vertrages vom 14. Mai 1955 sei die Höhe der Abschlagszahlungen vom Beklagten und dessen Architekten festzusetzen. Der Beklagte und der Architekt hätten aber über die geleisteten Abschlagszahlungen hinaus keine weiteren Abschlagszahlungen festgesetzt. Der Kläger habe deshalb selbst dann keine weitere Abschlagszahlung zu beanspruchen, wenn im Hinblick auf die Leistungen des Klägers schon wieder weitere Abschlagszahlungen festgesetzt werden müßten. Letzterenfalls müsse der Kläger gemäß den §§ 315, 319 BGB auf Festsetzung durch das Gericht klagen. Diese Klage wäre gegen den Beklagten und dessen Architekten als notwendige Streitgenossen zu richten. Da die vorliegende Klage nur gegen den Beklagten, nicht auch gegen den Architekten erhoben sei, habe eine gerichtliche Anregung, die Klage so wie erforderlich zu ändern, keinen Sinn.

b) Nehme man an, daß nach Ziffer 6 S. 1 des Vertrages der Architekt lediglich bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und dem Beklagten über die Höhe der Abschlagszahlungen zu entscheiden, dem Kläger gegenüber aber der Beklagte die Bestimmung gemäß § 315 BGB zu treffen habe, so wäre der Anspruch auf eine weitere Abschlagszahlung trotzdem nicht begründet, weil die in der Weigerung des Beklagten, weitere Zahlungen zu leisten, liegende Bestimmung, daß er zur Zeit nichts zu zahlen habe, nicht der Billigkeit widerspreche. Denn nach der vom Kläger nicht angegriffenen Berechnung des Sachverständigen Lehmann-Carpzow habe der Kläger erst für 108.719,31 DM - davon in einem Punkt mangelhafte - Leistungen erbracht. Da der Beklagte hiervon nach Ziffer 7 des Vertrages bis zur bezugsfähigen Fertigstellung und Abnahme des Hauses durch die Baupolizei 15 % einbehalten dürfe, sei bis jetzt nur ein Betrag von 92.411,42 DM fällig geworden. Hierauf habe der Beklagte 90.000,-- DM gezahlt. Der Restbetrag von 2.411,42 DM, den der Beklagte schulde, sei so gering, daß dessen Zahlungsverweigerung in Anbetracht der gesetzlichen Regelung des § 641 BGB, wonach der Unternehmer vorleistungspflichtig ist, keine unbillige Bestimmung im Sinne des § 315 BGB darstelle.

2) Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger habe zur Zeit keine weitere Abschlagszahlung zu beanspruchen, erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

a) Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung in Ziffer 6 S. 1 des Vertrages dahin aus, daß der Architekt des Beklagten zusammen mit diesem die Höhe der Abschlagszahlungen festzusetzen habe. Es stellt fest, daß der Beklagte den Architekten inzwischen entlassen hat. Demnach ist anzunehmen, daß der Architekt die Bestimmung der Leistung im Sinne

des § 319 Abs. 1 S.2 BGB nunmehr nicht mehr treffen kann oder will. In einem solchen Falle ist die Klage auf Bestimmung der Leistung durch richterliches Urteil entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ausschließlich gegen den Beklagten zu erheben. Durch das Urteil nach § 319 Abs. 1 S. 2 BGB soll nicht etwa der Dritte verurteilt werden die Bestimmung zu treffen, sondern das Gericht trifft diese selbst anstelle des Dritten durch ein Gestaltungsurteil. Es ist auch nicht notwendig, zunächst die Gestaltungsklage auf Bestimmung der Leistung durch das Gericht und dann erst auf Grund des Gestaltungsurteils die Leistungsklage selbst zu erheben. Dieser Umweg erübrigt sich. Der Berechtigte kann sofort auf Bewirkung der vom Gericht zu bestimmenden Leistung klagen. Das Berufungsgericht hätte deshalb von seinem Standpunkt aus gemäß § 139 ZPO den Kläger veranlassen müssen, den sachdienlichen Antrag zu stellen, sofern es Bedenken hatte, den Antrag im vorstehenden Sinne auszulegen.

b) Hierauf kommt es jedoch nicht an. Denn der Kläger hat, gleichgültig ob die Bestimmung der Abschlagszahlungen vom Architekten und dem Beklagten zusammen oder vom Beklagten allein zu treffen ist, dann keine weitere Abschlagszahlung zu beanspruchen, wenn die bisher vom Beklagten geleisteten Zahlungen der vertraglichen Vereinbarung entsprechen. In dieser Hinsicht nimmt das Berufungsgericht an, daß der Beklagte 15 % der Auftragssumme bis zur Fertigstellung des Hauses einbehalten darf. Es hat die vertragliche Vereinbarung, wonach die "Restauszahlung in Höhe von 15 % der Auftragssumme" erst nach der Abnahme des Hauses erfolge, dahin ausgelegt, daß der Beklagte 15 % der insgesamt zu zahlenden Vergütung bis dahin als Sicherheit einbehalten darf und daß hierauf auch schon bei Bemessung der Höhe der Abschlagszahlungen - zu mindest gegen Ende - gebührende Rücksicht zu nehmen sei. Diese Auslegung bindet das Revisionsgericht. Einen Verstoß

gegen die Lebenserfahrung oder die Denkgesetze läßt sie nicht erkennen. Denn eine vom Bauherrn einbehaltene Sicherheit dient dazu, die vertragsmäßige Durchführung der übertragenen Leistung und die Erfüllung der Gewährleistung sicher zu stellen (§ 17 Ziff. 1 Abs. 2 VOB/B). Dieser Zweck wird nur erreicht, wenn der Bauherr rechtzeitig, zumindest also gegen Ende der Arbeiten, seine Zahlungen so kürzen darf, daß die insgesamt einbehaltene Summe dem vereinbarten Betrag der Sicherheit gleichkommt. Nicht erst von der Restzahlung, wie die Revision meint, darf deshalb der Beklagte die 15 % der Bausumme einbehalten, sondern "die Restauszahlung in Höhe von 15 % der Auftragssumme", braucht, so heißt es im Vertrag, erst nach der Abnahme zu erfolgen. Anderenfalls liefere der Bauherr Gefahr, daß er, wenn der Bauunternehmer, wie hier, die Arbeiten vor der Fertigstellung des Werkes einstellt, nicht 15 % der auf die bis dahin geleisteten Arbeiten entfallenden Vergütung einbehalten hat. Den Kläger angesichts der den Bestimmungen der §§ 16, 17 VOB/B entsprechenden, auch dem Sinn und Zweck der Sicherheit gerecht werdenden Auslegung darüber zu befragen, ob die Parteien ihre unter Ziffer 7 des Vertrages getroffene Vereinbarung nicht anders verstanden hätten (§ 139 ZPO), hatte das Gericht keinen Anlaß.

c) Es spricht auch nichts dafür, daß das Berufungsgericht, wie die Revision rügt, ausschließlich auf die Vorschriften der §§ 315, 319 BGB abgestellt, die vertragliche Regelung aber übersehen hätte.

Nach Ziffer 6 des Vertrages sind die Abschlagszahlungen entsprechend dem Fortschreiten der Arbeiten und der Anlieferung der Materialien festzusetzen, und nach Ziff. 7 erfolgen die Zahlungen je nach geleisteter Arbeit. Diese Vereinbarungen hat das Berufungsgericht ersichtlich berücksichtigt bei der Prüfung, ob der Beklagte dadurch, daß er weitere Abschlagszahlungen verweigert, seine Leistungen nach

billigem Ermessen bestimmt hat. Denn es hat von dem auf die bisherigen Leistungen des Klägers entfallenden Betrag von 108.719,31 DM - der zudem in einem Punkt eine mangelhafte Leistung einschließt - die einzubehaltende Sicherheit abgezogen und den so verbleibenden Betrag von 92.411,42 DM den Zahlungen des Beklagten von insgesamt 90.000,-- DM gegenüber gestellt.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der danach offestehende Betrag von 2.411,42 sei gegenüber den geleisteten Zahlungen nicht so bedeutsam, daß der Beklagte durch die Zahlungsverweigerung keine dem billigen Ermessen widersprechende Bestimmung über seine Abzahlungen getroffen habe, hält sich im Rahmen der dem freien Ermessen des Tatrichters vorbehaltenen Würdigung der Umstände. Das gilt namentlich im Hinblick darauf, daß die Abschlagszahlungen des Beklagten ausweislich der unbestrittenen Aufstellung in seinem Schriftsatz vom 26. Juli 1956 (S. 2) bisher überwiegend 10.000,-- DM, einmal sogar 15.000,-- DM, in keinem Falle aber weniger als 5.000,-- DM, stets also größere, runde Summen, betragen haben. Wenn die Abschlagszahlungen, wie die Revision meint, genau den vom Kläger erbrachten Leistungen entsprechen müßten oder allenfalls um 15 % dahinter zurückbleiben dürften, so wäre die Vereinbarung, daß der Beklagte und dessen Architekt die Höhe der Zahlungen festsetzen sollen, überflüssig, weil die Zahlungen dann genau nach dem jeweiligen Stand der Arbeiten zu errechnen wären.

d) Der Kläger hat in seinem Schriftsatz vom 26. Juni 1956 (S. 2) lediglich vorgetragen, der Beklagte habe bisher trotz dringender Befürwortung seines Architekten eine weitere Abschlagszahlung verweigert. Von diesem Sachvortrag geht das Berufungsgericht in seinen Entscheidungsgründen (S. 8) aus.

Irgendwelche Angaben über die Höhe der vom Kläger verlangten oder die Höhe der angeblich vom Architekten befürworteten Zahlung enthält der Beweisantrag nicht. Den Kläger hierüber zu befragen (§ 139 ZPO), bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß.

II.

Das Berufungsgericht hat weiter geprüft, ob die Klage begründet ist, wenn man sie statt auf eine weitere Abschlagszahlung auf Zahlung der Vergütung für die bis jetzt vom Kläger erbrachten Leistungen gerichtet erachtet. Seiner Ansicht, daß sie auch im letzteren Falle unbegründet ist, ist ebenfalls im Ergebnis zuzustimmen.

1) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß die vom Beklagten erklärte Anfechtung des Vertrages nicht durchgreife und daß auch die Geschäftsgrundlage des Vertrags nicht entfallen sei, lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Auch die Revision wendet sich nicht dagegen. Nach den in dem somit weitergeltenden Vertrag getroffenen Vereinbarungen kann der Kläger aber erst nach der Fertigstellung und Abnahme des Hauses und erst nach der Endabrechnung des Beklagten mit der Hess. Landesbank seinen vollen Werklohn beanspruchen.

2) Auch aus § 6 Ziff. 5 VOB/B ergibt sich kein Anspruch des Klägers auf den vollen Werklohn für seine bisher erbrachten Leistungen. Nach dieser Bestimmung sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen, wenn die Ausführung für voraussichtlich längere Dauer unterbrochen wird, ohne daß die Leistung dauernd unmöglich wird. Der Anwendung dieser Vorschrift würde nicht, wie das Berufungsgericht meint, entgegenstehen, daß die Dauer der Unterbrechung nicht abzusehen gewesen sei. Jedoch ist unter einer Unterbrechung im Sinne dieser Vorschrift nur eine durch eine

Behinderung der Ausführung verursachte Einstellung der Arbeiten zu verstehen. Die unberechtigte Leistungsverweigerung des Klägers stellt keine Unterbrechung im Sinne des § 6 Ziffer 5 dar (Hereth-Ludwig-Naschold VOB/B § 6 Anm. 63-65). Andernfalls könnte der Auftragnehmer durch seine Leistungsverweigerung einer vertraglichen Vereinbarung zuwider die vorzeitige Abrechnung seiner Leistungen erreichen.

3) Der Kläger könnte die von ihm ausgeführten Leistungen abrechnen, wenn, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, das Vertragsverhältnis gekündigt wäre.

Ob die Ausführungen des Berufungsgerichts über die sich aus den Vorschriften der VOB/B ergebenden Kündigungsgründe richtig sind und ob diese Kündigungsgründe gegenüber dem in Ziffer 9 des Vertrags vereinbarten Ausschluß eines "Rücktrittsrechts" für beide Parteien durchgreifen können, braucht nicht geprüft zu werden. Entscheidend ist die rechtsirrtumsfreie, von der Revision auch nicht angegriffene Feststellung des Berufungsgerichts, daß weder der Kläger noch der Beklagte bisher den Bauvertrag gekündigt haben.

Die somit unbegründete Revision des Klägers war nach
§ 97 ZPO auf dessen Kosten zurückzuweisen.

Glanzmann Scheffler Rietschel Heimann-Trosien Erbel