

47

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2083 007

VII ZR 87/64

URTEIL

Verkündet am
26. Mai 1966
Jodas,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Adolf M [REDACTED], C [REDACTED],
E [REDACTED] str. [REDACTED] als Konkursverwalter über das Vermögen des
Bauunternehmers Adam Cr [REDACTED], Cl [REDACTED], Bürgerpark,

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Stadt L [REDACTED], vertreten durch den Stadtdirektor,

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Mai 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 12. Februar 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund eines Vertrags vom 21. März 1959 hat der Bauunternehmer Cr[REDACTED] für die verklagte Stadt ein Freibad gebaut. Die Beklagte hat ihm auf den Werklohn während der Bauarbeiten insgesamt 143.000 DM Abschlagszahlungen geleistet.

Am 10. September 1960 übermittelte Cr[REDACTED] der Beklagten die Schlußrechnung über 181.609,31 DM, nachdem er sie zuvor durch deren Architekten G[REDACTED] hatte prüfen lassen. Die Beklagte erkannte die Schlußrechnung nicht an.

Mit der Klage hat Cr[REDACTED] im ersten Rechtszug zuletzt Zahlung von 38.609,31 DM nebst Zinsen an die Firma H.gr. Beilage in V[REDACTED] - der er die Forderung abgetreten

hatte - abzüglich weiterer inzwischen gezahlter 22.878,67 DM verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Beklagte das Bad noch nicht abgenommen habe und deshalb die restliche Forderung noch nicht fällig sei.

Im Berufungsverfahren hat Cr[REDACTED] u.a. - unter Aufrechterhaltung des Klagantrags im übrigen - statt 38.609,31 DM nur 36.773,71 DM verlangt. Das Oberlandesgericht hat dessen Berufung zurückgewiesen.

Während des Revisionsverfahrens ist über Cress' Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Konkursverwalter hat den Rechtsstreit aufgenommen. Er verfolgt den Antrag auf Verurteilung zur Zahlung weiter, jedoch verlangt er Zahlung zur Konkursmasse, da die Firma Beilage die Forderung an den Gemeinschuldner zurückübertragen habe; hilfsweise beantragt er Verurteilung zur Zahlung an die Firma B[REDACTED].

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte und der Gemeinschuldner hätten am 12. April 1961 vereinbart, daß die restliche Forderung fällig werde, wenn das Freibad abgenommen sei, der Gemeinschuldner die endgültige Abrechnung erstellt und der Architekt der Beklagten sie geprüft habe.



Die Abnahme erachtet das Berufungsgericht als am 7. Oktober 1961 erfolgt.

Die Endabrechnung liegt nach seiner Meinung dagegen noch nicht vor. Die Beklagte habe mit Schreiben vom 11. Oktober 1961 dem Gemeinschuldner eine Ablichtung seiner Schlußrechnung vom 7. September 1960 übersandt zwecks Anfertigung einer Endabrechnung. Zu Unrecht lehne diese unter Hinweis auf die Schlußrechnung die Erstellung einer Endabrechnung ab, denn hierzu habe er sich am 12. April 1961 verpflichtet. Zudem sei auch die Schlußrechnung vom 7. September 1960 seinerzeit nicht ordnungsgemäß geprüft worden. Der Architekt G. [REDACTED] habe nur die Massen und die angesetzten Einheitspreise geprüft. Die Massen seien aber damals teilweise noch nicht endgültig festgestellt gewesen. Die rechnerische Überprüfung der Schlußrechnung durch den Architekten stehe überhaupt noch aus.

Mit Recht wendet sich die Revision gegen diese Ausführungen. Die Vereinbarung vom 12. April 1961 haben die Beklagte und Cr. [REDACTED] anlässlich einer Besichtigung des Schwimmbades getroffen. Darin verpflichtete sich Cr. [REDACTED] zunächst, die festgestellten Mängel zu beseitigen. Alsdann sollte die endgültige Bauabnahme erfolgen. Weiter heißt es darin: "Gleichzeitig mit der Bauabnahme soll auch die endgültige Abrechnung erstellt und geprüft werden; soweit irgendwie möglich soll diese Prüfung schon vorher durchgeführt und mit Herrn Cr. [REDACTED] und Herrn Architekt G. [REDACTED] abgestimmt werden. Da hinsichtlich der Massenberechnung unterschiedliche Auffassungen bestehen, soll ein gemeinsames Nivellement durchgeführt werden, um die bestehenden Differenzen zu beseitigen."

1.) Gegen die Rechtsgültigkeit der Vereinbarung vom 12. April 1961 bestehen keine Bedenken, und zwar auch dann nicht, wenn der Bauvertrag vom 21. März 1959, den für die Beklagte nur deren Stadtdirektor unterschrieben hat, wegen Nichtbeachtung der Form des § 68 NGO in der bis zum 1. Juni 1963 in Kraft gewesenen Fassung vom 4. März 1955 (NGVBl. S. 55) ungültig sein sollte. Die Vereinbarung vom 12. April 1961, bei der für die Beklagte deren Bürgermeister und deren Stadtdirektor mitgewirkt haben, die jedoch nur der Stadtdirektor unterschrieben hat, stellte jedenfalls nur ein Geschäft der laufenden Verwaltung der verklagten Gemeinde dar; es fiel an bei der Abwicklung der durch die Bautätigkeit des Gemeinschuldners begründeten beiderseitigen Rechtsbeziehungen. Eine zumindest aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) noch bestehende Schuld der Beklagten konnte in Anbetracht der bereits geleisteten Zahlungen nicht mehr bedeutend sein. Die sich hierauf beziehende Vereinbarung vom 12. April 1961 war deshalb für die Beklagte wirtschaftlich nicht von erheblicher Bedeutung. Somit bedurfte sie nicht nach § 68 Abs. 2 NGO der in Abs. 1 vorgesehenen Form.

2.) Die Vereinbarung vom 12. April 1961 zeigt, daß es den Beteiligten um die Behobung vorhandener Mängel ging und daß sie ferner ihre Meinungsverschiedenheiten über die Massenberechnung bereinigen wollten.

Die Nachbesserungsarbeiten sind ausweislich der Niederschrift vom 15. Juni 1961 an diesem Tag abgenommen worden.

Am 7. Oktober 1961 haben sich die Beklagte und Cr[REDACTED], dieser vertreten durch seinen Ingenieur L[REDACTED],

auch über den Umfang der Aushubmassen und die Maße der Plattenbeläge geeinigt. Insoweit hat Cr [REDACTED] die an diesem Tag von dem Ingenieur L [REDACTED] mit der Beklagten getroffene Vereinbarung nicht angefochten.

Damit hatte Cr [REDACTED] die Vereinbarung vom 12. April 1961 im wesentlichen erfüllt und die Beklagte hat, wie das Berufungsgericht feststellt, am 7. Oktober 1961 das Bad abgenommen.

Die in der Vereinbarung vom 12. April 1961 erwähnte "endgültige Abrechnung" stand allerdings noch aus. Daß aber allein aus diesem Grunde die Werklohnforderung noch nicht fällig sei, hat die Beklagte, wie die Revision zutreffend hervorhebt, in den Vorinstanzen gar nicht geltend gemacht. Sie hat sich immer nur auf die nach ihrer Ansicht noch fehlende Abnahme berufen. Daß diese jedoch erfolgt ist, hat das Berufungsgericht festgestellt, ohne daß darin ein die Beklagte belastender Rechtsfehler zutage träte.

Zwar hat grundsätzlich der Gläubiger die Fälligkeit seiner Forderung darzulegen und zu beweisen, ohne daß es hierzu eines besonderen Einwandes der Schuldner bedürfte. Die Umstände des Falles und insbesondere die Verteidigung der Beklagten mußten hier jedoch dem Berufungsgericht Veranlassung geben, zu prüfen, ob der noch fehlenden "endgültigen Abrechnung" wirklich eine solche Bedeutung zukommt, daß sie nach Treu und Glauben der Fälligkeit der Forderung entgegensteht. Daß das Berufungsgericht dies erwogen hätte, ist seinen Darlegungen nicht zu entnehmen; diese Unterlassung führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

Bei der neuen Prüfung wird das Berufungsgericht auch zu beachten haben, daß zwischen den Parteien nach dem

7. Oktober 1961 ein Schriftwechsel stattgefunden hat, der sich gerade mit der Frage der endgültigen Abrechnung befaßt. Daraus und aus der Niederschrift vom 7. Oktober 1961 ist erkennbar, in welcher Hinsicht die 60 Seiten starke, von dem Architekten sachlich schon geprüfte Schlußrechnung vom 7. September 1960 nur zu ändern war: es sollten die Massen des Aushubs und die Größe der Bodenbeläge gemäß den am 7. Oktober 1961 festgelegten Maßen berichtigt und diese Positionen entsprechend den feststehenden Einheitspreisen neu berechnet werden; ferner waren Rechenfehler zu berichtigen.

Das Verlangen nach einer neu gefertigten Schlußrechnung hat die Beklagte dann in ihrem Brief an Cr [REDACTED] vom 14. Oktober 1961 ganz erheblich abgeschwächt. Sie schreibt darin, sie habe dem Ingenieur L [REDACTED] am 7. Oktober 1961 zugesagt, es solle zunächst geprüft werden, ob eine Neuanfertigung der Schlußrechnung erforderlich sei; L [REDACTED] habe nicht die Verpflichtung übernommen, die Schlußrechnung neu zu erstellen; sie, die Beklagte, glaube jedoch, daß eine Neuanfertigung auch in Cr [REDACTED]' Sinne liege; unter Umständen sei sie jedoch bereit, auf eine Neuanfertigung zu verzichten. Sie werde dann die in der Niederschrift vom 7. Oktober 1961 ermittelten Erdmassen sowie das Aufmaß der Plattenbeläge für die Änderung der Schlußrechnung zugrunde legen und sich bei der Ausstellung einer zweiten Ausfertigung mit einer Ablichtung behelfen.

Diese Vorgänge machen es erklärlich, weshalb die Beklagte in dem vorliegenden Rechtsstreit aus dem Fehlen der geänderten Schlußrechnung für sich allein keine Rechte hergeleitet hat. Wie in dem Brief vom 14. Oktober 1961 nicht erwähnten, jedoch in dem Schriftsatz vom 21. August 1962 (S. 7, Ziff. 7) hervorgehobenen wenigen Rechenfehler können einen Anspruch, die ganze Schlußrechnung neu aufzu-

stellen, schwerlich rechtfertigen; die Schlußrechnung durch den Architekten G[REDACTED] noch rechnerisch überprüfen zu lassen, war ohnehin Sache der Beklagten.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Vogt

Finke