

# BUNDESGERICHTSHOF

2081 059

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 95/66

## URTEIL

Verkündet am  
31. Oktober 1968  
Horn,  
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Frieda J. [REDACTED] geb. B. [REDACTED],  
B. [REDACTED], Hohe A. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und  
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Gottfried N. [REDACTED], Bauausführungen,  
Kommanditgesellschaft, vertreten durch den Baumeister  
Gottfried N. [REDACTED], B. [REDACTED], U. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und  
Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 9. Mai 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die früher die Firmenbezeichnung P. [REDACTED] & Co KG trug, hat für drei Bauvorhaben des früheren Beklagten Hanns J. [REDACTED] Arbeiten ausgeführt, und zwar

- 1.) für dessen Grundstück in Berlin-Charlottenburg, Z. [REDACTED] - Ecke K. [REDACTED] richstraße (Auftrag Nr. 1),
- 2.) für dessen Grundstück in Berlin-Schöneberg, M. [REDACTED] straße ● (Auftrag Nr. 2),
- 3.) für dessen Villengrundstück in Berlin-Dahlem, H. [REDACTED] ● (Auftrag Nr. 3).

Der Beklagte hat ohne Bezeichnung des Verwendungszwecks seit 1961 Vorschüsse und Abschlagszahlungen in Höhe

- 3 -

von 506.000 DM geleistet und in Anrechnung auf den Werklohn für 14.567,83 DM Möbel geliefert, sowie eine Schuld der Klägerin gegenüber der Firma H. in Höhe von 8.839 DM beglichen. Er hat ferner in großem Umfang Baumaterial beschafft, das die Klägerin ihm auf ihre Forderung gutbringen sollte.

Schlußrechnungen der Klägerin wurden erteilt zu 1) am 15. Februar 1963, zu 2) am 14./15. Februar 1964 und zu 3) am 10. und 20. Juli 1962.

Die Klägerin macht zuletzt folgende Rechnung auf:

|               |                       |
|---------------|-----------------------|
| Auftrag Nr. 1 | 892.590,24 DM         |
| Auftrag Nr. 2 | 43.359,67 DM          |
| Auftrag Nr. 3 | 63.263,72 DM          |
|               | <u>999.213,63 DM</u>  |
| Zahlungen     | 506.000,-- DM         |
| Möbel         | 14.352,83 DM          |
| Rechnung H.   | 8.839,-- DM           |
| Materialien   | 325.089,26 DM         |
|               | <u>854.281,09 DM</u>  |
|               | 144.932,54 DM         |
| Diskontspesen | 8.995,55 DM           |
|               | <u>153.928,09 DM.</u> |

Diesen Betrag nebst Zinsen hat sie mit der Klage geltendgemacht mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen

56.694,75 DM an die Bank für G. AG  
auf Grund einer Abtretung vom 25.  
September 1963 und

97.233,34 DM an sie selbst,

hilfsweise, auch den erstgenannten Betrag an sie zu zahlen.



Der Beklagte hat eingewandt, die Klage sei unzulässig, weil nicht zu erschen sei, aus welchen der drei selbständigen Ansprüche und in welcher Höhe davon die Restforderung geltendgemacht werde. In der Sache selbst hat er deren Höhe bestritten, ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund von Mängelhaftung geltendgemacht und die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen.

Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie hat in der Berufungsinstanz vorsorglich erklärt, daß sie die Klage in erster Linie aus dem Bauvorhaben Nr. 1, dann aus den Bauvorhaben Nr. 2 und 3 in dieser Reihenfolge herleite.

Das Kammergericht hat das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt. Am 16. August 1966 ist er verstorben. Seine Witwe und Alleinerbin, die jetzige Beklagte, führt den Rechtsstreit weiter. Die Klägerin ist während des Revisionsverfahrens in Konkurs geraten. Der Konkursverwalter hat die Forderung jedoch freigegeben.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Kammergerichts aufzuheben und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) a) Das Landgericht hatte die Klage als unzulässig abgewiesen, weil die Begründung der Klage den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht entsprochen habe. Die Klägerin habe drei rechtlich selbständige Forderungen geltendgemacht und es sei nicht ersichtlich, wie der Klageanspruch aufzuteilen sei. Infolgedessen sei es auch nicht möglich festzustellen, in welcher Höhe der Klageanspruch von der mit der Bank vereinbarten Abtretung erfaßt werde.

Das Kammergericht ist dieser Auffassung nicht gefolgt. Es hat ausgeführt, den Parteien habe es freigestanden, zu vereinbaren, daß die Forderungen aus den drei Bauvorhaben zu einer Gesamtforderung zusammengefaßt werden. Dies sei auch geschehen. Obwohl es an ausdrücklichen Erklärungen der Parteien hierzu gefehlt habe, sei eine dahin gehende Vereinbarung doch dem Verhalten der Parteien zu entnehmen. Die Bauarbeiten für die drei Vorhaben seien im wesentlichen gleichzeitig ausgeführt worden. Der Beklagte habe seit 1961, also schon während des Baues, Leistungen erbracht, ohne anzugeben, für welches Bauvorhaben diese gutzubringen seien. Die Klägerin habe das hingenommen, ohne den Versuch zu machen, eine Trennung der drei Bauvorhaben abrechnungsmäßig herbeizuführen. Die Abwicklung der Verträge habe eine solche Zusammenfassung "fast zwingend" erheischt. Deshalb könne das Verhalten der Parteien als Ausdruck des übereinstimmenden Willens der Parteien gewertet werden, die Forderungen zusammenzufassen und einheitlich abzurechnen.

b) Diese Auslegung des schlüssigen Verhaltens der Parteien läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie wird auch den gegebenen Umständen gerecht und wird ganz wesentlich durch die Tatsache gestützt, daß die Beklagte zum großen Teil schon während der Bauausführung Leistungen tätigte, als die Klägerin die auf die einzelnen Vorhaben entfallenden Forderungen noch gar nicht errechnet hatte. Würde man der Auffassung des Landgerichts folgen, so wäre die Klägerin praktisch außerstande, ihre angeblichen Ansprüche durchzusetzen, auch wenn sie, wie das in der Berufungsinstanz geschehen ist, deren Reihenfolge bestimmt. Die Anrechnung der Leistungen des Beklagten könnte dann nämlich nur in einer willkürlichen den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Aufgliederung erfolgen. Das gilt insbesondere für die Lieferung der Baumaterialien, bei denen nicht festgestellt und unstreitig auch nicht mehr feststellbar ist, für welches Bauvorhaben sie im einzelnen vereinbart wurde. Hinzu kommt schließlich noch, daß die Klägerin mit der Klage ihre gesamte Restforderung und nicht nur einen Teilbetrag geltendgemacht hat, so daß auch insofern keine Verrechnungsschwierigkeiten entstehen können.

Die von dem Kammergericht festgestellte Vereinbarung stellt sich rechtlich gesehen als ein Abrechnungsvertrag nach Art eines Kontokorrents dar, in welches die Forderungen der Klägerin aus allen Bauvorhaben und die Leistungen der Beklagten als Rechnungsposten aufgenommen werden sollten, so daß sich eine etwaige Forderung der Klägerin lediglich aus dem jeweiligen Saldo ergab. Dadurch ist das Gericht nicht gehindert, die einzelnen Posten, soweit sie von dem Beklagten angezweifelt werden, auf ihre Berechtigung nachzuprüfen.

Daraus folgt, daß die Vorschrift des § 366 BGB keine Anwendung finden kann (RGZ 87, 434, 438; BGH in WM 1959, 1004). Was die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung hierzu vorbringt, liegt daher neben der Sache. Sie erkennt auch, daß die während des Baues erbrachten Leistungen vorschußweise erfolgten, während § 366 BGB von fälligen Forderungen ausgeht.

c) Bedenken gegen die hier vertretene Auffassung bestehen auch nicht etwa deshalb, weil sich die Abtretung an die Bank nach dem Wortlaut der Abtretungsurkunde nur auf das Bauvorhaben Nr. 1 bezieht. Ob die Auffassung des Kammergerichts, die Abtretung umfasse dennoch die Forderung aus allen Bauvorhaben, also die ganze saldier- te Gesamtforderung, richtig ist, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn dem nicht so wäre und die Abtretung infolgedessen mangels Bestimmtheit und Bestimmbarkeit unwirksam wäre (vgl. BGH MW 1968, 1054), würde das die Abweisung der Klage als unzulässig nicht rechtfertigen. Denn die Frage der Wirksamkeit der Abtretung ist eine Sachfrage, welche die Frage der Zulässigkeit der Klage nicht berührt. Etwaigen sachlichrechtlichen Bedenken hat die Klägerin dadurch Rechnung getragen, daß sie hilfsweise beantragt hat, den Beklagten zu verurteilen, den unter die Abtretung fallenden Betrag von 56.694,75 DM an sie selbst zu bezahlen.

d) Das Kammergericht hat demnach die Klage ohne Rechtsfehler als von Anfang an zulässig erklärt, so daß es auf die in der Berufungsinstanz vorsorglich von der Klägerin vorgenommene Aufgliederung nicht mehr ankommt. Ebensowenig kommt es auf die Hilfsbegründung des Kammergerichts an, die vereinbarte Zusammenziehung der drei

Forderungen zu einem einheitlichen Gesamtanspruch könne jedenfalls in dem prozessualen Verhalten der Parteien erblickt werden.

3.) Das Berufungsgericht hat in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Die Beklagte hat das nicht gerügt. Einen sachlichrechtlichen Fehler enthält diese Entscheidung nicht, weil der Rechtsstreit noch nicht spruchreif ist.

4.) Die Revision der Beklagten ist deshalb mit der Kostenfolge des § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke