

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 6/88

Verkündet am  
19. Januar 1989  
Werner  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P. D. [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die  
persönlich haftende Gesellschafterin Firma P. D. [REDACTED] GmbH,  
diese vertreten durch die Geschäftsführer Peter D. [REDACTED] und  
Gieselheid D. [REDACTED], Kö [REDACTED]allee [REDACTED] [REDACTED], Dü [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die C [REDACTED] Versicherung AG, vertreten durch den Vor-  
standsvorsitzenden Dipl.-Kfm. Dieter W [REDACTED],  
O [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED] [REDACTED],
2. die C [REDACTED] Lebensversicherung AG, vertreten durch den  
Vorstandsvorsitzenden Dipl.-Kfm. Dieter W [REDACTED],  
M [REDACTED]-A [REDACTED]-Platz, K [REDACTED] [REDACTED],

als Gesellschafter der C [REDACTED] Grundbesitz-, Vermietungs-  
und Verwaltungsgesellschaft GbR, C [REDACTED] Allee [REDACTED] [REDACTED],  
K [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerinnen  
und Revisionsbeklagten,

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

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Obenhaus, Prof. Quack und Dr. Thode

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 28. Oktober 1987 aufgehoben, soweit die Klägerin beschwert ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

**Tatbestand:**

Im Herbst 1983 schlossen die Parteien einen Werkvertrag über die Grundreinigung im Neubau der C.-Hauptverwaltung in K.-H.. Die Geltung der VOB/B ist vereinbart. Mit ihrer Klage hat die Klägerin Restwerklohn von insgesamt 117.092,43 DM nebst Zinsen verlangt, den sie wie folgt berechnet:

|                        |                    |
|------------------------|--------------------|
| Forderungen insgesamt  | 279.702,56 DM      |
| abzüglich Zahlungen    | 153.560,31 DM      |
| abzüglich Gutschriften | <u>9.049,82 DM</u> |
| bleiben                | 117.092,43 DM.     |

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 87.853,25 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen und zwar zum Teil mangels Fälligkeit als derzeit nicht gerechtfertigt und im übrigen als unbegründet.

Mit der - angenommenen - Revision, die die Beklagten zurückzuweisen bitten, begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht von einem der Klägerin insgesamt zustehenden Werklohnanspruch von nur 148.009,98 DM aus. Da die Beklagten unstreitig 153.560,31 DM bezahlt haben, sei die Klägerin mit 5.550,33 DM überzahlt.

Aus dem Rechenwerk des Berufungsgerichts spielen in der Revision lediglich noch folgende Positionen eine Rolle, soweit sie zu Lasten der Klägerin gehen (jeweils brutto):

|                                       |                     |
|---------------------------------------|---------------------|
| Glas- und Rahmenreinigung (Differenz) | 28.939,85 DM        |
| Sonnenschutz (Jalousien)              | 17.494,31 DM        |
| Blenden und Blumenkästen              | <u>49.004,87 DM</u> |
|                                       | 95.439,03 DM        |

abzüglich von der Klägerin rechnerisch  
nicht beanstandeter, vom Berufungsge-  
richt ermittelter Zahlungsüberschuß  
von

|                    |
|--------------------|
| <u>5.550,33 DM</u> |
| 89.888,70 DM,      |

von denen die Klägerin nur noch  
geltend machen kann, weil sie das  
Urteil des Landgerichts nicht  
angefochten hat.

87.853,25 DM

I.

1. Das Berufungsgericht hat von der Rechnung der Klägerin für die Glas- und die Rahmenreinigung einen Nettobetrag von insgesamt 19.865,56 DM anerkannt. Die Kürzung dieser Position gegenüber der insoweit vom Landgericht angenommenen Ausgangsforderung von 52.296,56 DM netto hat es im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Streit der Parteien über die Größe der gereinigten Glasfläche sei für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich, weil beide Parteien aufgrund eines logischen Abrechnungsfehlers ihrer Abrechnung eine einseitige Glasfläche von 21.599,32 qm zugrunde gelegt hätten, obwohl die einseitige Glasfläche nach ihrem übereinstimmenden Vortrag nur 50 % dieser Fläche betrage. Für die Reinigung der Rahmen könne die Klägerin nach ihrem Vortrag, daß die gesamte Glasfläche als Rahmenfläche der Abrechnung zugrunde zu legen sei, ebenfalls nur den Werklohn verlangen, der der Reinigung der einseitigen Glasfläche entspreche. Auf die Behauptung der Beklagten, sie hätten mit der Klägerin vereinbart, daß für die Kosten der Rahmenreinigung lediglich die Hälfte der gesamten Glasflächen zugrunde zu legen sei, komme es nicht an, weil die Beklagten bei ihrer Rechnungsprüfung für Glas- und Rahmenreinigung einen Betrag anerkannt hätten, der den Betrag übersteige, den die Klägerin im günstigsten Fall verlangen könne.

Die in dem nachgelassenen Schriftsatz von der Klägerin aufgestellte Behauptung, ein Abrechnungsfehler liege nicht vor, die einseitige Glasfläche betrage nach dem Leistungsverzeichnis mehr als 20.000 qm, sei unerheblich, weil die Parteien die Glasflächen entsprechend einer unstreitigen Vereinbarung auf der Grundlage der Handwerkerrechnungen übereinstimmend beidseitig mit insgesamt 21.599,32 qm errechnet hätten.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Das Berufungsgericht hat zu Lasten der Klägerin verfahrensfehlerhaft einen einvernehmlichen Sachvortrag der Parteien unterstellt, der von keiner der Parteien vorgebracht worden ist. Es hat zwei von den Parteien zu den Akten gereichten Anlagen, die weitgehend übereinstimmen, einen Aussagewert beigemessen, der ihnen nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien nicht zukam und auch nicht zukommen konnte, weil ihre Urheber und ihre Entstehung ungeklärt und ihr Inhalt nicht nachvollziehbar war. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht den Inhalt der Anlagen nicht als Grundlage für eine Deutung des Sachvortrags der Parteien zur Größe der Glasfläche heranziehen dürfen, die dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien im Prozeß widerspricht. Mit dieser Auslegung des Parteivortrags hat das Berufungsgericht entscheidungserheblichen unstreitigen Sachvortrag übergegangen. Es hat letztlich unberücksichtigt gelassen, daß die Beklagten die Behauptung der Klägerin in der Berufungsinstanz, die Größe der Glasfläche sei anhand der Handwerkerrechnungen der Beklagten erstellt worden, nicht mehr bestritten haben. In der von ihnen berichtigten Schlußrechnung sind die Beklagten zudem selbst von einer einseitigen Glasfläche von 21.087,32 qm ausgegangen und haben diese Fläche aus anderen Gründen lediglich auf 15.914,32 qm gekürzt.

## II.

1. Die von der Klägerin für die Reinigung der Jalousien (Sonnenschutz) geltend gemachte Forderung von netto 15.423 DM hat das Berufungsgericht mit folgenden Erwägungen als derzeit unbegründet angesehen:

Die Forderung sei gemäß § 14 Nr. 1 VOB/B nicht fällig, weil es an einer prüfbaren Rechnung fehle. Die von der Klägerin vorgelegte Rechnung beruhe nicht, wie vereinbart, auf den Angaben in den Handwerkerrechnungen, sondern auf dem Leistungsverzeichnis. Da die in das Bauvorhaben eingebauten Fensterflächen erheblich geringer seien, als die Angaben im Leistungsverzeichnis, seien auch die Flächen der Jalousien entsprechend geringer.

2. Das hält der rechtlichen Prüfung ebenfalls nicht stand.

Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, daß die Klägerin nach Abschluß des ersten Rechtszuges davon ausgehen konnte, ihre Massenangaben in der fraglichen Rechnung seien hinreichend substantiiert. Diese Angaben sind von den Beklagten weder in erster noch in zweiter Instanz bestritten worden. Das Landgericht hat den Vortrag der Klägerin denn auch als schlüssig angesehen und sogar Beweis über die Streitfrage erhoben, ob die Klägerin die Jalousien tatsächlich gereinigt hat. Angesichts dieser Lage hätte das Berufungsgericht der Klägerin nach einem Hinweis gemäß § 139 ZPO Gelegenheit geben müssen, die nach seiner Ansicht zur Prüfbarkeit der Rechnungen erforderlichen Tatsachen vorzutragen.

Das hat die Klägerin jetzt in ausreichender Weise mit der Revision nachgeholt. Die sachliche Erwiderung der Beklagten in der Revisionsantwort, es fehle die Bezugnahme auf die Handwerkerrechnungen, reicht für ein wirksames Bestrei-

ten nicht aus. Da die Handwerkerrechnungen sich im Verantwortungsbereich der Beklagten befinden, müßten die Beklagten anhand der Rechnung konkret darlegen, welche Flächen in das Gebäude eingebaut worden sind. Verfahrensfehlerhaft ist - wie bereits ausgeführt - ferner die Annahme des Berufungsgerichts, die Glasflächen seien geringer, als im Leistungsverzeichnis ausgewiesen. Dann läßt sich ebensowenig der Schluß ziehen, auch die Flächen der Jalousien "dürften geringer sein". \

### III.

1. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin für die Reinigung der Blenden und Blumenkästen geforderten Werklohn von insgesamt 43.202,74 DM netto mit folgender Begründung als derzeit unbegründet angesehen:

Die Forderungen seien nicht fällig, weil es an einer prüfbaren Rechnung fehle. Die Klägerin habe erstmals in ihrem nachgereichten Schriftsatz behauptet, die Massen seien von der Bauleitung anhand der Handwerkerrechnungen ermittelt worden. Dieser Vortrag könne gemäß § 296 a ZPO nicht berücksichtigt werden, weil er durch den eingeräumten Schriftsatznachlaß nicht gedeckt sei. Im Berufungsverfahren habe die Klägerin, nachdem die Beklagten die Massen bestritten und die Prüfbarkeit der Rechnung gerügt hätten, lediglich auf das Leistungsverzeichnis verwiesen und behauptet, ihre Mitarbeiterin habe die Massen aus den Handwerkerrechnungen, die den Beklagten vorliegen würden, ermittelt.

2. Auch mit ihren Angriffen gegen diese Ausführungen dringt die Revision durch.

Mit Recht macht sie geltend, daß das Berufungsgericht die entscheidungserhebliche Behauptung der Klägerin verfahrensfehlerhaft übergangen hat, die Massen seien aus den Handwerkerrechnungen ermittelt worden. Das geht schon aus dem Berufungsurteil in seiner "berichtigten" Fassung hervor. Das Berufungsgericht hat ferner verkannt, daß die Beklagten diesen Vortrag nicht hinreichend substantiiert bestritten haben, weil sie die Angaben der Klägerin zu den Massen anhand der ihnen zur Verfügung stehenden Handwerkerrechnungen hätten überprüfen können. Im übrigen hat sich das Berufungsgericht mit dem Ergebnis der im ersten Rechtszug zu diesem Streitpunkt durchgeführten Beweisaufnahme, auf die sich die Klägerin in der Berufungserwiderung bezogen hat, nur unzulänglich befaßt; doch kommt es darauf nicht mehr entscheidend an.

#### IV.

Nach alledem muß das angefochtene Urteil, soweit es die Klägerin beschwert, aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Eine eigene Sachentscheidung durch den Senat gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ist hier nicht möglich, weil das Berufungsgericht die für eine derartige Entscheidung notwendigen Feststellungen nicht getroffen hat. Vielmehr wird das Berufungsgericht nunmehr dem beiderseitigen Parteivortrag

zu den noch streitigen drei Punkten nach dem neuesten Stand, auch unter Berücksichtigung des Parteivorbringens im Revisionsrechtszug, nachzugehen und die danach erforderlichen Beweise zu erheben bzw. die vom Landgericht schon bereits erhobenen Beweise eingehend zu würdigen haben.

Girisch

Bliesener

RiBGH Obenhaus ist im  
Urlaub und kann deshalb  
nicht unterschreiben.

Girisch

Quack

Thode