



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 173/03

Verkündet am:  
23. September 2004  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

ZPO § 531 Abs. 2 Nr. 1

Ein Vorbringen kann gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht als verspätet zurückgewiesen werden, wenn es einen Gesichtspunkt betrifft, der vom Gericht des ersten Rechtszuges für unerheblich gehalten worden ist und dessen Zurückhaltung durch das erstinstanzliche Verfahren veranlaßt worden ist (im Anschluß an BGH, Urteil vom 19. Februar 2004 - III ZR 147/03).

VOB/B § 16 Nr. 3 Abs. 1 B

a) Hat der Auftraggeber eines Vertrages, in dem die VOB/B vereinbart worden ist, nicht binnen zwei Monaten nach Zugang der Schlußrechnung Einwendungen gegen deren Prüfbarkeit erhoben, wird der Werklohn auch dann fällig, wenn die Rechnung objektiv nicht prüfbar ist. Es findet die Sachprüfung statt, ob die Forderung berechtigt ist (im Anschluß an BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02).

- b) Ist wegen der Insolvenz des Auftragnehmers und wegen des Zeitablaufs die Erstellung einer prüfbaren Schlußrechnung nicht möglich, kann die Klage nicht allein deshalb als zur Zeit unbegründet abgewiesen werden, weil eine prüfbare Schlußrechnung nicht vorliegt. Die Klage kann dann aufgrund eines Vortrages ganz oder teilweise Erfolg haben, der dem Tatrichter eine ausreichende Grundlage für eine Schätzung nach § 287 ZPO bietet.

BGH, Urteil vom 23. September 2004 - VII ZR 173/03 - OLG Frankfurt

LG Frankfurt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Wiebel, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. Mai 2003 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt Werklohn aus abgetretenem Recht und aus einer behaupteten Zahlungszusage der Beklagten zu 1, einer ARGE.

Die Beklagte zu 1, deren Gesellschafter die Beklagten zu 2 und 3 sind, beauftragte die B. GmbH am 4. Februar 1997 mit Arbeiten zur Entsorgung von Asbest in einer Universitätsklinik. Am 8. August 1997 beauftragte die B. GmbH die Klägerin mit einem Teil dieser Arbeiten zu einem Pauschalpreis von 70.000 DM. Die Beklagte zu 1 sollte nach Rechnungslegung und Prüfung durch die B. GmbH zahlen. Die VOB/B war vereinbart.

Die Klägerin hat Klage auf Zahlung von 101.364 DM nebst Zinsen erhoben. Sie hat behauptet, Zusatzleistungen über 31.364 DM erbracht zu haben, die ihr direkt von den Bauleitern der Beklagten in Auftrag gegeben worden seien. Sie hat ihre Klage auf Abtretung des Werklohnanspruchs der B. GmbH aus dem Vertrag vom 4. Februar 1997 und außerdem auf die Behauptung gestützt, die Bauleiter der Beklagten zu 1 hätten die Zahlung zugesagt, nachdem die Klägerin wegen der Krise der B. GmbH nicht bereit gewesen sei, ohne diese Zusage die Arbeiten fortzusetzen.

Das Landgericht hat über diese Behauptung Beweis erhoben und die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 101.364 DM verurteilt. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe gegen die Beklagte zu 1 ein unmittelbarer Anspruch aus einer Zahlungszusage des Oberbauleiters zu. Die Klägerin sei beauftragt worden, als die B. GmbH bereits in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gewesen sei. Die Zusatzaufträge seien vergeben worden, als die B. GmbH bereits "pleite" gewesen sei. Es sei nachvollziehbar, daß die Klägerin, wie deren Zeuge Be. bekundet habe, sich auf keinen Vertrag mit der B. GmbH habe einlassen wollen, weil diese bereits zahlungsunfähig gewesen sei. Es sei treuwidrig, wenn sich die Beklagten auf das Fehlen der Vollmacht des Oberbauleiters beriefen. Es liege ein Fall der Anscheinsvollmacht kraft Einräumung einer Stellung vor.

Über das Vermögen der Beklagten zu 2 ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Klage gegen die Beklagten zu 1 und 3 abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis, das gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB nach deutschem Recht zu beurteilen ist, finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). Auf das Verfahren der Berufung und der Revision sind die Vorschriften nach Maßgabe des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 anzuwenden (§ 26 Nr. 5 und 7 EGZPO).

I.

Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Zahlung aus den abgetretenen Forderungen in Höhe eines Teilbetrages von 70.000 DM und von weiteren 31.364 DM. Die übergegangene Werklohnforderung sei derzeit unbegründet, weil sie noch nicht fällig sei. Unstreitig habe die Firma B. GmbH eine prüfbare Schlußrechnung nicht erteilt. Darauf könnten sich die Beklagten gemäß § 404 BGB berufen. Die mündliche Verhandlung müsse nicht wiedereröffnet werden, nachdem die Klägerin nach Schluß der mündlichen Verhandlung vorgetragen habe, es sei, wie sie erst jetzt vom Insolvenzverwalter der B. GmbH erfahren habe, bereits 1997 eine Schlußrechnung erteilt worden. Der Sachvortrag sei neu. Er müsse unberücksichtigt bleiben, weil es auf Nachlässigkeit der Klägerin beruhe, daß sie sich die Schlußrechnung nicht bereits im ersten Rechtszuge beschafft habe. Auch könne die Prüfbarkeit der Schlußrechnung nicht festgestellt werden.

Die Klägerin, so führt das Berufungsgericht weiter aus, habe keinen Zahlungsanspruch aus eigenem Recht. Es könne nach der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht festgestellt werden, daß die Beklagte zu 1 wegen und in Höhe der Werklohnforderung von 70.000 DM eine eigene Zahlungsverpflichtung übernommen habe. Der Zeuge Be. habe das nicht bestätigt. Der Zeuge habe bekundet, er sei wiederholt aufgefordert worden, sich eine Abtretungserklärung der B. GmbH zu verschaffen. Das mache nur Sinn, wenn kein unmittelbarer Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 habe entstehen sollen. Nichts anderes hätten auch die Bauleiter der Beklagten zu 1 ausgesagt.

Ein eigener vertraglicher Anspruch stehe der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 auch nicht wegen zusätzlich ausgeführter Leistungen in Höhe von 31.364 DM zu. Zwar habe der Zeuge Be. eine entsprechende Beauftragung bestätigt. An der Richtigkeit der Aussage bestünden jedoch durchgreifende Zweifel. Einer erneuten Vernehmung der vom Landgericht vernommenen Zeugen bedürfe es nicht. Die Abweichung von der Beweiswürdigung des Landgerichts beruhe nicht auf einer unterschiedlichen Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen, sondern auf der nur unvollständigen Berücksichtigung der protokollierten Aussagen der Zeugen durch das Landgericht.

## II.

Die Revision ist fristgerecht begründet worden. Es ist möglich, die Revision bereits mit der Nichtzulassungsbeschwerde zu begründen. Eine Wiederholung der Begründung oder eine Bezugnahme darauf innerhalb der Revisionsbegründungsfrist ist entbehrlich (BGH, Urteil vom 7. Juli 2004 - IV ZR 140/03 bei Juris).

III.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß der Klägerin aufgrund der Abtretung Zahlungsansprüche in Höhe von 70.000 DM und in Höhe von 31.364 DM zustehen. Der Senat hat davon auszugehen, daß sowohl eine Forderung der B. GmbH über 70.000 DM aus dem Werkvertrag vom 4. Februar 1997 besteht, als auch die Beauftragung von Zusatzleistungen in Höhe von 31.364 DM durch die B. GmbH schlüssig vorgetragen ist. Ferner hat er davon auszugehen, daß alle Ansprüche wirksam abgetreten worden sind. Eine Überprüfung der von den Beklagten erhobenen Einwendungen gegen die Schlüssigkeit der Forderung und die Abtretung ist dem Senat nicht abschließend möglich, weil Feststellungen dazu in dem angefochtenen Urteil fehlen. Dem Senat ist es auch nicht möglich zu prüfen, ob die von der Klägerin nach Schluß der mündlichen Verhandlung vorgelegte Schlußrechnung der ARGE E./B. GmbH vom 12. März/15. Mai 1997 die Leistungen der B. GmbH aus dem Vertrag mit der Beklagten zu 1 vom 4. Februar 1997 abrechnet. Die Klägerin behauptet dies. Das Berufungsgericht ist dem nicht näher nachgegangen. In der Revision ist deshalb davon auszugehen, daß die Schlußrechnung den Vertrag vom 4. Februar 1997 betrifft.

2. Verfahrensfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt.

a) Das Berufungsgericht hat erstmals in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, daß es abweichend von der Würdigung des Landgerichts und ohne erneute Vernehmung der Zeugen den Anspruch aus eigenem Recht für unbegründet halte und es deshalb allein auf den Anspruch aus abgetretenem Recht ankomme. Insoweit hat es erstmals darauf hingewiesen, daß es die

Vorlage einer prüfbaren Schlußrechnung für notwendig halte, um die Fälligkeit der Forderung zu begründen.

Es hätte der Klägerin Gelegenheit geben müssen, sich zu diesem Hinweis zu äußern, § 139 Abs. 2 ZPO. Denn jedenfalls der Hinweis zur fehlenden Schlußrechnung betraf einen Gesichtspunkt, den die Klägerin erkennbar für unerheblich gehalten hat. Die Klägerin konnte nach dem bisherigen Prozeßverlauf davon ausgehen, daß die Vorlage einer prüfbaren Schlußrechnung weder für den eigenen Anspruch noch für den Anspruch aus abgetretenem Recht notwendig sei. Das Landgericht hatte der Klage aus der Zahlungszusage ohne Vorlage der Rechnung stattgegeben. Es hat zudem in seinem Hinweisbeschluß vom 6. November 2001 zu erkennen gegeben, daß es auch die Klage aus abgetretenem Recht ohne Vorlage der prüfbaren Rechnung für schlüssig halte.

b) Da die sachliche Stellungnahme der Klägerin zu dem gerichtlichen Hinweis erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung möglich war, hätte das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wieder eröffnen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, 371).

aa) Zu Unrecht ist das Berufungsgericht der Auffassung, eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung habe deshalb unterbleiben können, weil die Behauptung der Klägerin, es sei bereits 1997 eine Schlußrechnung gelegt worden, als neuer Tatsachenvortrag gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO hätte zurückgewiesen werden müssen. Das neue, die Fälligkeit der Werklohnforderung begründende Vorbringen konnte nicht zurückgewiesen werden, weil es einen Gesichtspunkt betraf, der vom Landgericht erkennbar für unerheblich gehalten worden ist, § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Allerdings genügt es für die Anwendung des § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht, daß allein das Urteil des Landgerichts ergibt,

inwieweit ein Gesichtspunkt für unerheblich gehalten wird. Vielmehr ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift die Zulassung des neuen Vorbringens nur dann geboten, wenn die Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Parteien auch beeinflusst hat und daher, ohne daß deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, (mit-) ursächlich dafür geworden ist, daß sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert (BGH, Urteil vom 19. Februar 2004 - III ZR 147/03, NJW-RR 2004, 927). Das ist der Fall, wenn das erstinstanzliche Gericht durch seine Hinweise die Partei dazu veranlaßt, keine weiteren Bemühungen zur Vervollständigung des Vortrages zu einem bestimmten Gesichtspunkt mehr zu unternehmen. So liegt es hier. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, weil es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme einen von der Vorlage einer prüfbaren Schlußrechnung unabhängigen eigenen Zahlungsanspruch bejaht hat. Auch zuvor hat es die Klage trotz des bis dahin unstreitigen Fehlens einer prüfbaren Schlußrechnung erkennbar für schlüssig gehalten, wie sich aus dem Hinweisbeschluß vom 6. November 2001 ergibt. Es hat deshalb der Klägerin Veranlassung gegeben, der Frage, ob entgegen der Behauptung der Beklagten nicht doch bereits eine prüfbare Schlußrechnung vorgelegt worden war, nicht weiter nachzugehen.

bb) Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung durfte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb unterbleiben, weil die Rechnung nicht prüfbar und die Forderung deshalb nicht fällig sein könnte. Es ist im Revisionsverfahren davon auszugehen, daß die Beklagte sich auf die fehlende Prüfbarkeit der Rechnung als Fälligkeitsvoraussetzung des Werklohns nicht mehr berufen kann. Der Senat hat entschieden, daß ein Auftraggeber gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er Einwendungen gegen die Prüffähigkeit einer Honorarschlußrechnung später als zwei Monate nach Zugang der Rechnung erhebt. Er ist dann mit dem Einwand der fehlenden Prüffähigkeit ausgeschlossen mit der Folge, daß die Honorarforderung fällig wird (BGH, Urteil vom

27. November 2003 - VII ZR 288/02, BauR 2004, 316, 319 = NZBau 2004, 216 = ZfBR 2004, 262). Die Erwägungen, mit denen der Verstoß gegen Treu und Glauben begründet worden ist, gelten auch für einen Bauvertrag, dem die VOB/B zugrunde liegt. Im VOB-Vertrag wird, ebenso wie nach § 8 Abs. 1 HOAI, die Prüfbarkeit einer Schlußrechnung zur Fälligkeitsvoraussetzung erhoben. Das Erfordernis einer prüfbaren Rechnung dient den Interessen beider Parteien und hat den Zweck, das Verfahren über die Abrechnung zu vereinfachen und zu beschleunigen (BGH, Urteil vom 20. Oktober 1988 - VII ZR 302/87, BauR 1989, 87, 88). Mit diesem Zweck ist es nicht vereinbar, wenn der Auftraggeber den Einwand der fehlenden Prüfbarkeit erst nach längerer Zeit erhebt. Ebenso wie beim Architektenvertrag hat der Einwand vielmehr binnen einer Frist von zwei Monaten nach Zugang der Schlußrechnung zu erfolgen. Versäumt der Auftraggeber die Frist, findet die Sachprüfung statt, ob die Forderung berechtigt ist. Er kann im Rahmen der Sachprüfung auch solche Einwendungen vorbringen, die er gegen die Prüfbarkeit der Rechnung hätte vorbringen können (vgl. (BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02, aaO).

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte die fehlende Prüfbarkeit der Rechnung innerhalb einer Frist von zwei Monaten gerügt hat. Die Beklagte hat vielmehr behauptet, sie habe keine Schlußrechnung erhalten.

#### IV.

Das Berufungsurteil hat danach keinen Bestand. Es ist aufzuheben und die Sache ist zur anderweiten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für die neue mündliche Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Sollte, wofür einiges spricht, die vorgelegte Rechnung nicht die Leistungen der B. GmbH aus dem Vertrag vom 4. Februar 1997 abrechnen, kann diese Rechnung die Fälligkeit der Forderung nicht begründen. Das Berufungsgericht wird jedoch zu beachten haben, daß die Klage nicht allein wegen des Fehlens einer prüfbaren Schlußrechnung abgewiesen werden kann, wenn deren Vorlage infolge des Zeitablaufs und der Insolvenz der B. GmbH unmöglich geworden ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 1967 - VII ZR 46/65, vollständig bei Juris). Das entbindet die Klägerin allerdings nicht davon, ihre abgetretene Teilforderung der B. GmbH anderweitig schlüssig darzulegen. Die Klage kann dann aufgrund eines Vortrages ganz oder teilweise Erfolg haben, der dem Tatrichter eine ausreichende Grundlage für eine Schätzung nach § 287 ZPO bietet (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - VII ZR 424/02, BauR 2004, 1441).

Das Berufungsgericht wird insoweit auch zu prüfen haben, inwieweit ein Anspruch der B. GmbH auf Zahlung von 31.364 DM wegen Zusatzleistungen schlüssig begründet ist. Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, daß ihr die Zusatzleistungen durch die B. GmbH in Auftrag gegeben worden sind.

2. Sollte eine der Forderungen aus abgetretenem Recht unbegründet sein, so muß sich das Berufungsgericht mit der Behauptung der Klägerin befassen, die Beklagte habe die Zahlung zugesagt.

a) Es wird zunächst zu prüfen haben, ob auf dem Hintergrund einer Zahlungszusage der Beklagten die Forderungen schlüssig dargelegt sind und ob eine derartige Zahlungszusage von den Bauleitern wirksam abgegeben werden konnte. Die Auffassung des Landgerichts, die Beklagte zu 1 hafte nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht, ist rechtsfehlerhaft begründet. Aus der Begründung ist nicht ersichtlich, daß die Beklagte zu 1 den Anschein einer Bevollmächtigung ihrer Bauleiter gesetzt hat. Die Beklagte zu 1 verstößt entgegen

der Auffassung des Landgerichts auch nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie sich darauf beruft, daß ihre Bauleiter keine Vollmacht hatten, eine Zahlung unabhängig davon zuzusagen, ob die Klägerin ihren Anspruch aus der abgetretenen Forderung durchsetzen kann.

b) Sollte das Berufungsgericht zu der Auffassung kommen, daß eine der Forderungen aus einer Zahlungszusage schlüssig begründet ist, wird es die Beweisaufnahme wiederholen müssen. Seine Auffassung, sowohl aus den Aussagen der Zeugen als auch aus den sonstigen Umständen ergebe sich, daß die Klägerin durch die Abtretung der Forderung lediglich abgesichert werden sollte, ist für die Zusatzaufträge nicht tragfähig. Der Zeuge Be. hat ausgesagt, diese Aufträge seien vom Zeugen St. vergeben worden. Die B. GmbH sei zu diesem Zeitpunkt schon "pleite" gewesen. Ist das so, spricht alles für eine direkte Beauftragung der Klägerin durch die Beklagte zu 1. Denn eine Beauftragung der B. GmbH scheidet ohne deren Beteiligung aus, so daß auch eine Abtretung eines Vergütungsanspruchs der B. GmbH insoweit ins Leere geht. Eine Vollmacht der Bauleiter, zu Lasten der B. GmbH Zusatzaufträge an die Klägerin zu vergeben, hat keine der Parteien behauptet. Soweit die Bauleiter auch nicht

bevollmächtigt gewesen sein sollten, die streitigen Zusatzaufträge für die Beklagte zu 1 zu vergeben, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Klägerin einen Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 670, 683 BGB oder einen Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte zu 1 hat.

Dressler

Wiebel

Kuffer

Kniffka

Bauner