



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 73/08

Verkündet am:  
26. Februar 2009  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 133 B, 157 F

Zur im Einzelfall gegebenen Möglichkeit, von einer Vereinbarung, die Forderung durch Lastschrift einzuziehen, Abstand zu nehmen.

BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - VII ZR 73/08 - OLG Naumburg  
LG Halle

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 6. März 2008 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin hat von der Beklagten Zahlung restlichen Werklohns nebst Zinsen und vorgerichtlicher Mahnkosten verlangt. Im Revisionsverfahren geht es nach teilweiser Rücknahme des Rechtsmittels und nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen nur noch um einen Skontoabzug und Prozesszinsen sowie um die Kosten des Verfahrens.
- 2 Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Errichtung einer Stahlhalle. Vereinbart war die Leistung von Abschlagszahlungen, unter anderem eine erste, mit Verrechnungsscheck zu begleichende Rate von 86.000 € zuzüglich

Mehrwertsteuer bei vollständiger Anlieferung der Halle gemäß Baubeschreibung. Bei Zahlung der Raten innerhalb von zehn Tagen sollte ein Skonto von 3 % gewährt werden. Die Beklagte übergab der Klägerin eine Bürgschaft der VR-Bank F., die nach § 7 Abs. 3 des Vertrages zur Sicherung der ersten Rate zuzüglich Mehrwertsteuer diente und erlöschen sollte, wenn der Auftraggeber die Rate bezahlt.

- 3 Die Bauteile wurden am 20. November 2006 geliefert. Die Klägerin erstellte an diesem Tag eine erste Abschlagsrechnung über 99.760 € (86.000 € + 16 % Mehrwertsteuer). Anstelle des Verrechnungsschecks übergab die Beklagte der Klägerin eine Einziehungsermächtigung über einen Betrag von 96.767,20 € (99.760 € abzüglich 3 % Skonto), welche die Klägerin entgegennahm. Nach der Behauptung der Beklagten wurde die Einziehungsermächtigung anstelle des Verrechnungsschecks übergeben, weil die Klägerin die Bürgschaftsurkunde nicht übergeben konnte. Nachdem die Hausbank der Klägerin sich geweigert hatte, die Einziehungsermächtigung einzulösen, wies die Klägerin sie mit Schreiben vom 21. November 2006 zurück und verlangte von der Beklagten die Zahlung der ersten Rate unter Setzung einer Nachfrist zum 22. November 2006.
- 4 Die Klägerin hatte die von der Beklagten übergebene Bürgschaft an ihre Lieferantin weitergegeben. Diese versuchte, die bürgende Bank im Dezember 2006 in Anspruch zu nehmen. Die Bank wies die Inanspruchnahme zurück und vertrat die Auffassung, die Bürgschaft sei erloschen.
- 5 Die Halle wurde am 31. Januar 2007 abgenommen. Unter dem gleichen Datum stellte die Klägerin eine Schlussrechnung, die ohne Berücksichtigung der nicht gezahlten ersten Rate einen offenen Betrag von 11.802,20 € aufweist.

Diesen Betrag und den Betrag von 86.000 € aus der ersten Abschlagsrechnung hat die Klägerin zuzüglich Mehrwertsteuer geltend gemacht.

6 Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 109.511,70 € restlichen Werklohns nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7. März 2007 und in Höhe von 950,15 € vorgerichtlicher Mahnkosten stattgegeben. Es hat eine Gesamtwerklohnforderung von 110.277,30 € einschließlich einer Mehrwertsteuer von 19 % für berechtigt gehalten, bestehend aus einem Betrag von 86.000 € für die erste Abschlagsrechnung und von 6.670 € für die Schlussrechnung, und eine Aufrechnungsforderung der Beklagten in Höhe von 765,60 € in Abzug gebracht. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

7 Die Beklagte hat die vom Berufungsgericht zugelassene Revision zunächst mit dem Ziel eingelegt, eine Klageabweisung zu erreichen, und hat auch ihr Zurückbehaltungsrecht wegen der noch nicht zurückgegebenen Einziehungsermächtigung und Bürgschaftsurkunde verfolgt. Vor der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin die Einzugsermächtigung an die Beklagte und die Bürgschaftsurkunde an die Bürgin zurückgegeben. Die Beklagte hat daraufhin die Revision mit Zustimmung der Klägerin in der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit mit ihr Zurückbehaltungsrechte wegen der Einzugsermächtigung und der Bürgschaftsurkunde verfolgt worden sind. Sie verfolgt, nachdem sie die Revision vor der mündlichen Verhandlung teilweise zurückgenommen hat, nur noch ihren Antrag, die Klage in Höhe des Skontoabzugs von 2.992,80 € und wegen der Prozesszinsen abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I.

9 Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Klägerin stehe der Werklohn in der vom Landgericht ausgerichteten Höhe zu. Der Einwand der Beklagten, die Klägerin müsse sich aus der Einziehungsermächtigung befriedigen, sei unbegründet. Weil damit kein erheblicher Nachteil für die Beklagte verbunden gewesen sei, habe sich die Klägerin einseitig von der Einziehungsermächtigung lösen können, ohne dass es dazu - wie vom Landgericht angenommen - eines wichtigen Grundes bedurft habe.

10 Der Beklagten stehe ein Skontoabzug von 3 % der ersten Rate in Höhe von 2.992,80 € nicht zu, weil die Klägerin nicht erst nach Ablauf der vereinbarten Skontofrist von zehn Tagen den Widerruf der Vereinbarung über die Einziehung der Forderung erklärt habe, sondern bereits mit Schreiben vom 21. November 2006, so dass es der Beklagten oblegen habe, sich durch rechtzeitige Zahlung den Skontovorteil zu sichern.

II.

11 Die Revision hat keinen Erfolg, soweit sie die Verurteilung zur Werklohnzahlung in Höhe des Skontos angreift. Zu Recht hat das Berufungsgericht den Skontoabzug abgelehnt. Eine Zahlung innerhalb von 10 Werktagen ist nicht erfolgt. Der Zahlung im Sinne der Skontovereinbarung steht nicht gleich, dass die Beklagte eine Einziehungsermächtigung übergeben hat.

Zwar hat der Schuldner, der vereinbarungsgemäß eine Einziehungsermächtigung erteilt, grundsätzlich das zur Erfüllung seiner Schuld Erforderliche getan, wenn sein Konto die notwendige Deckung aufweist. Im Regelfall übernimmt der Gläubiger die Verantwortung für die rechtzeitige Zahlung und das damit verbundene Risiko (BGH, Urteil vom 19. Oktober 1977 - IV ZR 149/76, BGHZ 69, 361, 366). Diese Grundsätze sind hier jedoch nicht anwendbar. Die Vereinbarung, die Forderung durch Lastschrift einzuziehen, diene nicht dem Zweck, der Klägerin die Verantwortung für den Einzug der Forderung aufzuerlegen. Vielmehr sollte der Beklagten nach ihrem eigenen Vortrag die Möglichkeit verschafft werden, eine eventuelle Lastschrift im Hinblick auf das von ihr angenommene Risiko einer doppelten Belastung durch die Bürgschaft zu widerrufen. Die Vereinbarung der Lastschrift diene also allein der Sicherung der Beklagten. In einem derartigen Fall, in dem zudem bei Übergabe der Lastschrift nicht geklärt war, ob die Einziehung über die eigene Bank überhaupt möglich ist, kann nicht angenommen werden, dass die Parteien der Klägerin das Risiko des rechtzeitigen Einzugs mit der Folge auferlegen wollten, dass die Zahlung mit Übergabe der Einziehungsermächtigung bewirkt ist, obwohl die Einziehung infolge der Weigerung der Hausbank nicht möglich ist. Daraus folgt auch ohne weiteres, dass die Klägerin nicht an die Vereinbarung gebunden war, wenn die Hausbank die Einziehung verweigerte. Nachdem die Beklagte sofort informiert worden war, hatte sie ausreichend Gelegenheit, durch Zahlung auf andere Weise den Skonto zu verwirklichen.

### III.

12 Die Revision ist auch unbegründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von Prozesszinsen wehrt.

- 13            1. Ohne Erfolg beruft sie sich darauf, sie habe ein Zurückbehaltungsrecht wegen der noch nicht herausgegebenen Bürgschaftsurkunde geltend gemacht und sei deshalb mit der Zahlung des Werklohns nicht in Verzug geraten. Denn dieses Zurückbehaltungsrecht hat die Beklagte erstmals im Revisionsverfahren geltend gemacht, so dass es keine Berücksichtigung mehr finden kann (BGH, Urteil vom 24. November 2006 - LwZR 6/05, NJW 2007, 1269, 1273). Ohne Erhebung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts wurde der Verzug mit Zahlung der Werklohnforderung nicht gehindert (BGH, aaO m.w.N.).
- 14            Eine frühere Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts wegen des Anspruchs auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde liegt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht darin, dass sie statt des Verrechnungsschecks die Einziehungsermächtigung übergeben hat. Denn sie hat die Zahlung durch Einzug gerade nicht davon abhängig gemacht, dass ihr die Bürgschaftsurkunde übergeben wird. Sie kann auch auf keinen Vortrag verweisen, wonach sie das Zurückbehaltungsrecht in den Tatsacheninstanzen geltend gemacht hat. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich die Einrede nicht. Das Berufungsgericht prüft zwar ein Zurückbehaltungsrecht, lässt jedoch nicht erkennen, dass diese Prüfung durch eine entsprechende Einrede der Beklagten veranlasst wurde.
- 15            2. Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Beklagten, sie habe ein Zurückbehaltungsrecht wegen der ihr nicht zurückgegebenen Einziehungsermächtigung geltend gemacht und sei deshalb nicht in Verzug mit der Zahlung des Werklohns geraten.
- 16            Die Beklagte hat die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen der nicht herausgegebenen Einziehungsermächtigung erstmals im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 27. Februar 2008 geltend gemacht. Die Revision verweist auf keinen Vortrag, wonach das Zurückbehaltungsrecht

bereits zuvor geltend gemacht worden war. Am 27. Februar 2008 befand sich die Beklagte aufgrund der Mahnung der Klägerin bereits im Zahlungsverzug. Sie hätte diesen Verzug nur beseitigen können, wenn sie ihrerseits die Zahlung des Werklohns Zug um Zug gegen Herausgabe der Einziehungsermächtigung angeboten hätte (BGH, Urteil vom 25. November 1970 - VIII ZR 101/96, NJW 1971, 421). Dass dies geschehen ist, wird von der Revision nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Die Beklagte hat vielmehr weiter die Auffassung vertreten, sie sei zur Zahlung nicht verpflichtet, und die Abweisung der Klage beantragt.

#### IV.

17 Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens. Soweit die Beklagte die Revision zurückgenommen hat, ergibt sich das aus §§ 565, 516 Abs. 3 ZPO. Soweit die Beklagte mit ihrem Klageabweisungsantrag unterlegen ist, folgt die Kostenentscheidung aus § 97 Abs. 1 ZPO. Soweit wegen der übereinstimmenden Erledigungserklärungen nach § 91a Abs. 1 ZPO über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden war, bleibt es bei der Kostenlast für die Beklagte. Deren Revision hätte zwar Erfolg gehabt, soweit sie das Zurückbehaltungsrecht wegen der Einziehungsermächtigung verfolgt hat. Der Wert ihres Obsiegens fällt jedoch nicht ins Gewicht, so dass es gerechtfertigt ist, ihr die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens aufzuerlegen, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Senat hat den Wert des Zurückbehaltungsrechts wegen der Einziehungsermächtigung mit 1.000 €

angesetzt. Dabei hat er sich davon leiten lassen, dass die Gefahr, aus der Einziehungsermächtigung in Anspruch genommen zu werden, außerordentlich gering war. Eine Lastschrift hätte die Beklagte widerrufen können.

Kniffka

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Eick

Vorinstanzen:

LG Halle, Entscheidung vom 07.09.2007 - 5 O 105/07 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 06.03.2008 - 9 U 172/07 -