

**Bundesgerichtshof**  
**Urteil vom 24.06.1999**  
**VII ZR 120/98**

**Tenor**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 25. Februar 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

**Tatbestand**

**I.**

Die Klägerin verlangt Restwerklohn aus einem Vertrag mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (zukünftig: Beklagte). Die Beklagte verweigert die Zahlung mit der Begründung, die Forderung sei noch nicht fällig, weil der Hauptauftraggeber keine Zahlungen an sie geleistet habe.

**II.**

1. Die Parteien beteiligten sich an der Ausschreibung für Tiefbauarbeiten, die Beklagte erhielt den Zuschlag. Die Klägerin übernahm aufgrund eines mündlichen Auftrags der Beklagten einen Teil dieses Auftrags. Das von der Klägerin unterzeichnete Auftragsbestätigungsschreiben der Beklagten lautet unter anderem wie folgt:

" ...

Es gelten die Vertragsbedingungen unseres Auftraggebers, ..., sowie sämtliche in Frage kommenden technischen Vorschriften und die VOB in neuester Fassung.

Die Ausführung der Arbeiten erfolgt in Abstimmung mit der örtlichen Bauleitung.

Die Massen für die Abschlagsforderungen sind nachzuweisen und mit unserem Auftraggeber abzustimmen.

...

Die Zahlungen durch uns erfolgen unverzüglich nach Zahlung unseres Auftraggebers ...".

2. Die Klägerin stellte die Arbeiten im Herbst 1994 weitgehend ein, weil sie von der Beklagten keine Abschlagszahlungen erhielt. Die außergerichtlichen und gerichtlichen Bemühungen der Parteien, die Forderung gegen die Auftraggeberin durchzusetzen, scheiterten.

a) Am 26. Oktober 1994 fand zwischen den Parteien des Rechtsstreites und den Vertretern der Auftraggeberin und der Firma H.U. S. Bauplanungsgesellschaft mbH eine Besprechung statt. In dem Protokoll über diese Besprechung ist unter anderem folgender Passus enthalten:

"Die von den Partnern gestellten Rechnungen bis zu einer Höhe von ca. 488 TDM gelten als geleistet und sind unstrittig.

...".

b) Mit Schreiben vom 22. November 1994 lud die Klägerin die Beklagte zu einer Teilabnahme zum 2. Dezember 1994 ein. Die Beklagte erschien zu diesem Termin nicht. Mit Schreiben vom 23. Dezember 1994 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie ihre Leistung als abgenommen betrachte, weil die Beklagte zum Abnahmetermin am 2. Dezember 1994 nicht erschienen sei. Unter dem 21. Dezember 1994 erteilte die Klägerin der Beklagten eine Teilschlussrechnung (Nr. 063436/94). Am selben Tage unterzeichnete Herr H. für die Beklagte und ein Vertreter der Klägerin ein Schreiben, das unter anderem folgenden Inhalt hat:

"...

Auftraggeber ... und Auftragnehmer ... vereinbart, dass der Inhalt der Rechnung Nr. 063436/94 vom 21. Dezember 1994 als Teilschlussrechnung anerkannt wird.

Die Teilschlussrechnung Nr. 063436/94 gilt in Verbindung mit der Teilabnahme vom 2.12.1994 ...".

Am 10. Mai 1995 fand ein Gespräch in der Kanzlei der Rechtsanwälte Dr. S. und Kollegen statt. Ausweislich des Aktenvermerks über diese Besprechung nahmen an dem

Gespräch Rechtsanwalt Dr. S., Herr S. für die Beklagte und Herr H. für die Klägerin teil. Der Aktenvermerk enthält unter anderem folgende Passage:

"Zu Beginn der Besprechung wurde ausführlich das Vertragsverhältnis nach außen zwischen b. b. Rostock und HUS einerseits sowie HUS und H.-N. andererseits dargestellt. Im Innenverhältnis wurde die stille ARGE zwischen bbR/ntu/TSK/TRP dargestellt. Es wurde erläutert, warum nicht ntu als zunächst billigster Bieter der Submission E., sondern b. b. Rostock als zweiter Bieter den Auftrag erhalten hat, und warum die weiteren Partner in der stillen ARGE zusammengefasst wurden.

Diese Erläuterungen wurden ausdrücklich durch Herrn S. bestätigt ...".

Die Beklagte weigerte sich, die Restwerklohnforderung nebst Zinsen zu zahlen.

3. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung als derzeit unbegründet abgewiesen, die Forderung sei erst mit der Zahlung durch die Auftraggeberin an die Beklagte fällig. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 562.349,40 DM nebst Zinsen verurteilt. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

## Entscheidungsgründe

### I.

Die Revision der Beklagten hat Erfolg, sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat die Anspruchsvoraussetzungen einer Teilforderung (II.) und deren Fälligkeit (III.) zu Unrecht bejaht.

### II.

1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des Teilschlußzahlungsanspruchs mit folgenden Erwägungen bejaht:

a) Die Teilabnahme der in Rechnung gestellten Leistungen der Klägerin sei erfolgt, die Parteien hätten sich am 21. Dezember 1994 über die Abnahme verständigt. Aus der Urkunde vom 21. Dezember 1994 ergebe sich, dass die Beklagte den Inhalt der Rechnung vom selben Tage als Teilschlussrechnung anerkannt und die Abnahme der Teilleistungen bestätigt habe. Die Unterschrift ihres Mitarbeiters H. müsse sich die Beklagte zurechnen lassen, weil der Mitarbeiter H. mit seiner Unterschrift den Anschein begründet habe, dass er von der Beklagten bevollmächtigt worden sei.

b) Falls die Grundsätze der Anscheinsvollmacht nicht anwendbar seien, müsse die Beklagte sich das Verhalten ihres Mitarbeiters H. deshalb zurechnen lassen, weil sie die Abnahme der Teilleistungen zumindest konkludent genehmigt habe. Sie habe die Abnahme am 2. Dezember 1994 dadurch genehmigt, dass sie während der Verhandlungen zwischen den beteiligten Baufirmen am 26. Oktober 1994 keine Einwände gegen die Forderung der Klägerin in Höhe von 488.000 DM erhoben habe.

c) Im Hinblick auf das Anerkenntnis der Teilschlussrechnung durch den Mitarbeiter H. der Beklagten komme es auf die von der Beklagten beanstandete Prüffähigkeit der Rechnung nicht mehr an.

2. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fehlt es an den anspruchsbegründenden Voraussetzungen der mit der Klage verfolgten Teilschlussforderung.

a) Ein kausales Anerkenntnis kommt als Anspruchsgrundlage nach den derzeitigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in Betracht.

(1.) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt ein kausales Schuldanerkenntnis voraus, dass die Parteien mit der Vereinbarung das Schuldverhältnis insgesamt oder in einzelnen Bestimmungen dem Streit oder der Ungewissheit entziehen wollen (BGH, Urteil vom 1. Dezember 1994 - VII ZR 215/93, BauR 1995, 232 = ZfBR 1995, 82).

(2.) Ob die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrages durch ein kausales Schuldanerkenntnis eine Anspruchsgrundlage für eine Teilforderung begründen können, wenn die nach § 16 Nr. 3 Abs. 4 i. V. m. § 12 Nr. 2 VOB/B für eine Teilschlussforderung erforderlichen Voraussetzungen der abgeschlossenen Leistung und der Abnahme un-

streitig nicht vorliegen, kann dahinstehen, weil die Vertragsparteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein kausales Schuldanerkenntnis vereinbart haben. Zu den notwendigen Voraussetzungen eines kausalen Schuldanerkenntnisses gehört die Vereinbarung über Streitpunkte oder Ungewissheiten, die aus der Sicht der Vertragsparteien nach den Umständen des Einzelfalles klärungs- und regelungsbedürftig waren. Dazu fehlt es an den erforderlichen Feststellungen des Berufungsgerichts.

b) Abgesehen davon hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht des Mitarbeiters H. der Beklagten bejaht.

(1.) Der Vertretene kann sich auf den Mangel der Vertretungsmacht seines Vertreters nicht berufen, wenn er zurechenbar den Rechtsschein einer Vollmacht veranlasst hat, so dass der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von einer Bevollmächtigung ausgehen darf und ausgegangen ist. Der für die Anscheinsvollmacht erforderliche Rechtsschein setzt in der Regel voraus, dass das Verhalten des anderen Teiles, aus dem der Geschäftsgegner auf die Bevollmächtigung eines Dritten schließt, von einer gewissen Häufigkeit und Dauer ist. Die Erklärung des vollmachtlosen Vertreters kann dem Vertretenen nur zugerechnet werden, wenn der Geschäftsgegner ohne Fahrlässigkeit annehmen darf, der Vertretene kenne und dulde das Verhalten des für ihn handelnden Vertreters (st. Rspr. des BGH, vgl. BGH, Urteil vom 5. März 1998 - III ZR 183/96, NJW 1998, 1854 m. w. N.).

(2.) Der vom Berufungsgericht zur Begründung der Anscheinsvollmacht festgestellte alleinige Umstand, die Unterschrift des Mitarbeiters H. der Beklagten auf dem Schriftstück vom 21. Dezember 1994, bietet nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht keine hinreichende Grundlage für den erforderlichen Rechtsschein.

c) Die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zumindest die Abnahme und den Inhalt der Teilschlussrechnung konkludent anlässlich der Besprechung am 26. Oktober 1994 genehmigt, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Eine konkludente Genehmigung ist schon deshalb ausgeschlossen, weil zum Zeitpunkt der Besprechung weder der Termin für die förmliche Abnahme durch die Klägerin bestimmt noch die Teilschlussrechnung von ihr erteilt worden war. Abgesehen davon bietet das Protokoll der Besprechung keine Grundlage für die Annahme, eine etwaige Genehmigung beziehe sich auf die Klagforderung. Dem Protokoll der Besprechung vom 26. Oktober 1994 ist nicht zu entnehmen, welche Rechnungen ge-

meint sind und welche Rechnungen sich auf Leistungen beziehen, die die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten erbracht hat.

### III.

1. Das Berufungsgericht hat die Fälligkeit der Teilforderung mit folgenden Erwägungen bejaht:

a) Die Zahlungsvereinbarung "die Zahlungen durch uns erfolgen unverzüglich nach Zahlung unseres Auftraggebers" sei wirksam. Die Vereinbarung sei lediglich eine Stundungsvereinbarung und keine hinreichende Grundlage für die Vereinbarung einer stillen ARGE.

b) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Beklagte nicht zu beweisen vermocht, dass sie mit der Klägerin eine Vereinbarung über die Bildung einer BGB-Innengesellschaft getroffen habe.

c) Mit ihrem Schreiben vom 20. März 1995, mit dem die Klägerin zum Ausdruck gebracht habe, dass sie sich nicht mehr an die zeitlich unbestimmte Stundungsvereinbarung gebunden fühle, habe die Klägerin die Vereinbarung in analoger Anwendung des § 609 BGB zum nächstmöglichen Zeitpunkt, zum 1. Juli 1995 gekündigt.

2. Diese Erwägungen halten insgesamt einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

a) Das Berufungsgericht hat entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beklagten zur von ihr behaupteten Vereinbarung einer BGB-Innengesellschaft nicht berücksichtigt und nicht gewürdigt (1.) sowie angebotene Beweise zu relevanten Tatsachenbehauptungen der Beklagten nicht erhoben (2.).

(1.) Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung folgende von der Beklagten behaupteten Umstände, die für die Revision als richtig zu unterstellen sind, nicht berücksichtigt:

- Die Beklagte habe der Klägerin den Auftrag ohne den üblichen Regieaufschlag erteilt,
- das Baumaterial sei gemeinsam beschafft worden,
- die Massen für die Abschlagsforderung der Klägerin seien nicht mit der Beklagten, sondern mit der Auftraggeberin abzurechnen gewesen,
- die Vertragsbedingungen der Auftraggeberin seien auch im Verhältnis zur Klägerin vereinbart worden,
- der Hauptauftrag sei teilweise an Subunternehmer mit dem üblichen Subunternehmeraufschlag vergeben worden, der restliche Hauptauftrag sei je zur Hälfte unter den Vertragsparteien aufgeteilt worden.

(2.) Das Berufungsgericht hat außerdem erhebliche Beweisangebote der Beklagten verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt. Die Beklagte hat die Zeugen Dr. S. und H. dafür benannt, dass der Geschäftsführer der Klägerin in Gegenwart der beiden benannten Zeugen bestätigt habe, dass die Klägerin mit der Beklagten eine stille ARGE vereinbart habe. Das Berufungsgericht hätte den von der Beklagten eingereichten Aktenvermerk über dieses Gespräch bei seiner Beweiswürdigung berücksichtigen und die beiden für den Inhalt des Gesprächs benannten Zeugen vernehmen müssen.

b) Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen widerspricht die entsprechende Anwendung des § 609 Abs. 2 BGB, die der Klägerin ein freies Kündigungsrecht der Zahlungsverbarung einseitig zu Lasten der Beklagten eröffnet, der Risikoverteilung der Zahlungsverbarung der Parteien.

(1.) Wenn die Zahlungsverbarung lediglich eine Stundungsvereinbarung und keine Regelung im Zusammenhang mit einer Vereinbarung über eine stille ARGE sein sollte, haben die Parteien eine Risikoverteilung für den Fall getroffen, dass die Forderung gegen die Hauptauftraggeberin durchsetzbar ist. Nicht geregelt haben die Parteien den Fall, dass die Forderung gegen die Hauptauftraggeberin nicht oder nur teilweise durchsetzbar sein sollte.

Da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die Forderung noch realisiert werden kann, ist in der Revision zugunsten der Beklagten zu unterstellen, dass nach wie vor die Möglichkeit besteht, die Forderung zu realisieren. Unter dieser Voraussetzung wäre die Forderung der Klägerin nicht fällig.

(2.) Falls sich ergeben sollte, dass die Beklagte die Forderung nicht oder nur teilweise durchsetzen kann, wird das Berufungsgericht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine interessengerechte Lösung entwickeln müssen, die sich an der Risikoverteilung der Zahlungsvereinbarung der Parteien orientieren muss.

#### IV.

1. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe ein prozessuales Geständnis hinsichtlich der Höhe der Klagforderung abgegeben:

Die Beklagte habe in der Klageerwidern im schriftlichen Vorverfahren lediglich die über einen Betrag von 488.999,48 DM brutto hinausgehende Forderung bestritten und den Rest unstreitig gestellt. Das im schriftlichen Vorverfahren erklärte Zugeständnis sei deshalb als Geständnis zu werten, weil der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorbehaltlos unter Bezugnahme auf die Schriftsätze im schriftlichen Vorverfahren die Klagabweisung beantragt habe. Die Bezeichnung der Klagforderung in Höhe von 488.999,48 DM als Bruttobetrag in der Klageerwidern beruhe auf einem Irrtum, es handele sich ausweislich der Teilschlussrechnung vom 21. Dezember 1994 um einen Nettobetrag, so dass die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen sei.

2. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Bundesgerichtshof hat selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines prozessualen Geständnisses vorliegen (BGH, Urteil vom 12. März 1991 - XI ZR 85/90, NJW 1991, 1683).

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine ausdrückliche Erklärung, dass eine Behauptung des Gegners nicht bestritten werde, als Geständnis gewertet werden, wenn weitere Umstände hinzutreten, die den Schluss eines Geständnisses nahelegen (BGH, Urteil vom 7. Juli 1994 - IX ZR 115/93, NJW 1994, 3109). Der maßgebliche Zeitpunkt für den Geständniswillen ist die mündliche Verhandlung.

b) Danach lag ein Geständniswillen der Beklagten hinsichtlich der Höhe des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung nicht vor, weil weitere Umstände, die es rechtfertigen würden, die Erklärung der Beklagten in der Klageerwidern als Geständnis zu werten, zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nicht gegeben waren. Die Beklagte hat noch vor der mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie nur die Forderungen nicht bestreite, die von ihrer Auftraggeberin anerkannt werden oder anerkannt werden müssen. Diese Erklärung schließt ein gerichtliches Geständnis schon deshalb aus, weil die Beklagte ihr Zugeständnis hinsichtlich der Höhe der Klagforderung von den Erklärungen eines Dritten, der Auftraggeberin, abhängig gemacht hat.