

Verkündet
am 14. November 1957
Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Schiffseigners Otto B [REDACTED],
N [REDACTED], Kreisstadt H [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Schiffsmaklerswitwe Margarete G [REDACTED] in B [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED],
Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. November 1957 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Nörr, Liesecke
und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Teilurteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 24. Mai 1956 wird auf Kosten des Beklagten zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Erbin des am 14. Dezember 1956 verstorbenen Schiffsmaklers Fritz G. (im folgenden kurz Kläger genannt).

Der Kläger hat gegen den Beklagten Ansprüche wegen der Reparatur und des Ausbaues des Kahn "T." auf Zahlung der Vergütung geltend gemacht, die ihm vom Schiffsbauer Sch. abgetreten worden sind.

Am 25. Oktober 1951 verpflichtete sich der Schiffsbauer Sch. durch Vertrag gegenüber dem Beklagten, den Kahn "T." des Beklagten zum Motorschiff "O." umzubauen und die erforderlichen Reparaturarbeiten vorzunehmen. Der Beklagte hatte vorher bereits einen Schiffsmotor bei der "M.", Motorenfabrik D. GmbH, bestellt, der von Sch. in das Schiff eingebaut werden sollte. Nachdem Sch. bereits mit den Reparaturarbeiten begonnen hatte, stellte er am 8. Dezember 1951 einen Kostenvoranschlag auf, in dem die Gesamtkosten der Arbeiten mit 92 911 DM veranschlagt wurden. Am 24. Februar 1952 wurde von Sch. und dem Beklagten eine Kostenaufstellung für das gesamte Bauvorhaben gefertigt, in der neben den im Kostenvoranschlag vom 8. Dezember 1951 vorgesehenen Werftarbeiten von 93 000 DM der Schiffsmotor mit 60 000 DM berücksichtigt wurde. Außerdem wurde vereinbart, daß der Beklagte im Rahmen der auf 93 000 DM veranschlagten Werftarbeiten Eigenbeschaffungen im Werte von 34 903 DM zu leisten habe.

Während der Umbauarbeiten leistete der Beklagte Anzahlungen in Höhe von insgesamt 7924,34 DM. Bei der Ausführung der Arbeiten kamen Sch. und der Beklagte überein, daß über die im Kostenvoranschlag vorgesehenen Arbeiten hinaus noch Arbeiten ausgeführt werden sollten, die der Beklagte wertmäßig mit 9677 DM beziffert.

Nachdem der Schiffsmotor am 19. Juni 1952 geliefert worden war, wurden am 19. Juli 1952 die Umbau- und Reparaturarbeiten abgeschlossen und das Schiff verließ die Werft.

Noch am gleichen Tage stellte Sch. über die Werftarbeiten eine Rechnung in Höhe von 81 651,39 DM aus. Von seiner Forderung hat Sch. erstrangig 50 000 DM an die W.-Schiffahrts-GmbH in M., den Rest, den er unter Hinzurechnung von weiteren Auslagen im Betrag von 626,02 DM auf 24 353,07 DM bezifferte, an den Kläger abgetreten.

Im ersten Rechtszug hat der Kläger von der abgetretenen Forderung zunächst einen Teilbetrag von 4353,07 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Das Landgericht hat den Beklagten dementsprechend zur Zahlung verurteilt. Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt. Der Kläger hat im Wege der Anschlußberufung die gesamte ihm abgetretene Forderung geltend gemacht. Unter Anrechnung von Aufrechnungsforderungen des Beklagten im Betrage von 4157,81 DM verlangt er über die ihm vom Landgericht bereits zugesprochenen 4353,07 DM hinaus noch weitere 15 842,19 DM, insgesamt also 20 195,26 DM nebst 5 % Zinsen.

Der Beklagte hat die Rechnung des Sch. vom 19. Juli 1952 mit der Begründung beanstandet, Sch. habe nicht die Positionen des Kostenvoranschlages vom 8. Dezember 1951, der verbindlich vereinbart worden sei, zugrunde gelegt, sondern die Vergütung nach Materialkosten und Arbeitslöhnen berechnet; auch habe er die Eigenbeschaffungen des Beklagten, die in der Kostenaufstellung vom 24. Februar 1952 mit 34 903 DM bewertet worden seien, nicht in dieser Höhe berücksichtigt. Auch die Berechtigung der Auslagenforderungen von 626,02 DM hat der Beklagte bestritten. Bei richtiger Berechnung und bei Berücksichtigung der Mehr- und Minderleistungen gegenüber dem Kostenvoranschlag stehe,



so meint der Beklagte, dem Kläger keine Forderung mehr zu. Der Beklagte hat ferner mit einer Schadensersatzforderung wegen verspäteter Auslieferung des Schiffes in Höhe von 12 000 DM und wegen Nichteinlösung eines Gefälligkeitsakzeptes durch Sch[REDACTED] im Betrag von 1395,45 DM aufgerechnet.

Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil den Beklagten zur Zahlung von 18 277,41 DM (unter Einschluß des vom Landgericht zuerkannten Betrages) nebst 4 % Zinsen verurteilt. Dabei hat es hinsichtlich des Auslagebetrages von 626,02 DM die Entscheidung in Höhe von 522,40 DM und hinsichtlich der Gegenforderungen die Entscheidung über 1395,45 DM dem Endurteil vorbehalten. Dort soll auch über den weiter geltend gemachten Zinsanspruch entschieden werden.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Streit der Parteien darüber, ob die Positionen des Kostenvoranschlages vom 8. Dezember 1951 als Festpreise verbindlich vereinbart worden seien, unentschieden gelassen. Es hat die dahingehende Behauptung des Beklagten zu seinen Gunsten als richtig unterstellt, ist aber zu dem Ergebnis gekommen, daß die auf der Grundlage von Materialkosten und Löhnen aufgebaute Rechnung vom 19. Juli 1952 auch dann nicht übersetzt ist, wenn davon ausgegangen wird, daß der Kostenvoranschlag vom 8. Dezember 1951 für die darin vorgesehenen und tatsächlich erbrachten Leistungen verbindlich war. Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung auf das Gutachten des Sachverständigen.

digen Werftdirektors a.D. G. [REDACTED] vom 14. Januar 1956. Entsprechend den ihm im Beweisbeschuß vom 19. September 1955 gemachten Auflagen hat der Sachverständige die 63 Posten der Rechnung vom 19. Juli 1952 nachgeprüft und ist dabei, wie sich aus seinen eigenen, vom Berufungsgericht gebilligten Ausführungen ergibt, grundsätzlich wie folgt vorgegangen:

1. Soweit die im Kostenvoranschlag aufgeführten Arbeiten und Leistungen ohne Änderung tatsächlich ausgeführt wurden, ist im Gutachten bei den einzelnen Posten

- a) der Rechnungsbetrag anerkannt, wenn dieser mit dem Betrag des Kostenvoranschlags übereinstimmt (kein Eintrag in der Minus- und Pluspalte des Gutachtens),
- b) der Rechnungsbetrag vermindert (Eintrag in die Minusspalte), wenn der Rechnungsbetrag den Voranschlagsbetrag übersteigt,
- c) der Rechnungsbetrag erhöht (Eintrag in die Pluspalte), wenn er hinter dem Voranschlagsbetrag zurückbleibt.

2. Im Kostenvoranschlag vorgesehene, tatsächlich aber nicht ausgeführte Arbeiten und Leistungen sind als Minderleistungen vom Rechnungsbetrag abgesetzt (Eintrag in die Minusspalte).

3. Im Kostenvoranschlag nicht vorgesehene, tatsächlich aber auf Verlangen des Beklagten ausgeführte Arbeiten und Leistungen sind als Mehrleistungen anerkannt; dabei hat der Sachverständige die übliche Vergütung zur Zeit der Leistung ohne Berücksichtigung von Lohn- und Preiserhöhungen zugrunde gelegt. Soweit der Betrag für die Mehrleistungen bereits in der Rechnung enthalten ist, erfolgte kein Spalteneintrag (hierüber sind im Gutachten teilweise Irrtümer vorhanden, auf die unter III eingegangen werden wird): soweit dies

nicht der Fall war, ist der Betrag in die Plusspalte eingetragen.

4. Der Sachverständige hat beachtet, daß nach der Kostenaufstellung vom 24. Februar 1952 der Beklagte vereinbarungsgemäß eigene Leistungen zu erbringen hatte; er hat diese berücksichtigt, soweit sie tatsächlich erbracht wurden; in die Rechnung vom 19. Juli 1952 sind diese Leistungen, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht eingesetzt und brauchen daher von der Rechnung nicht abgesetzt zu werden.

II. Dieses Verfahren ist grundsätzlich zu billigen. Die Angriffe der Revision hiergegen sind nicht gerechtfertigt.

Die Revision kommt deshalb zu einem anderen Ergebnis, weil sie einmal die Mehrleistungen nicht berücksichtigt, die in die Rechnung eingesetzt und deren Rechnungsbeträge im Gutachten anerkannt, richtigerweise aber nicht in die Plusspalte eingetragen sind; insoweit ist der Ausgangspunkt der Revision unrichtig: Das Berufungsgericht geht von der Rechnung aus, deren einzelne Posten auf ihre Berechtigung anhand des Kostenvoranschlags nachgeprüft werden; die Revision geht dagegen vom Kostenvoranschlag aus und berücksichtigt nur die in der Plusspalte ausgewiesenen Beträge, läßt aber die allein in der Rechnung enthaltenen Mehrleistungen unberücksichtigt.

Zum andern ist das fehlerhafte Ergebnis der Revision darauf zurückzuführen, daß sie Eigenleistungen des Beklagten, die dieser nach der Kostenaufstellung vom 24. Februar 1952 zu erbringen hatte, mit dem dort angegebenen Gesamtbetrag von 34 903 DM bewertet und diesen Betrag vom Kostenvoranschlag in Abzug bringt. Unrichtig ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich mit dem Vortrag

der Parteien, daß der Beklagte nach der Kostenaufstellung vom 24. Februar 1952 Eigenleistungen zum Betrage von 34 903 DM zu erbringen hatte, nicht auseinandergesetzt; der Sachverständige habe auch gar nicht beurteilen können, was der Beklagte an Eigenleistungen erbracht habe, da er diese nicht gewußt habe. Das Berufungsgericht hat die Vereinbarung vom 24. Februar 1952 durchaus nicht übersehen, es ist aber der Ansicht des Beklagten, daß die nach der Vereinbarung in Aussicht genommenen Eigenleistungen des Beklagten im Betrage von 34 903 DM von dem Gesamtbetrag der Rechnung abzuziehen seien, nicht gefolgt, sondern hat mit Recht Eigenleistungen des Beklagten nur insoweit berücksichtigt, als sie von ihm tatsächlich erbracht wurden (Urteil S.16 unten), und insoweit dem Kläger auch keine Vergütung zugesprochen. Der Beklagte aber hat persönlich durch sein Schreiben vom 10. Dezember 1955 den Sachverständigen über seine, des Beklagten, Eigenleistungen unterrichtet. Die Revision hat keine Rüge erhoben, aus der sich ergeben würde, daß einzelne von der Werft für die Herstellung des Werkes berechnete und vom Sachverständigen anerkannte Leistungen nicht solche der Werft, sondern des Beklagten gewesen seien. Der von der Revision als übergangen gerügte Beweisantritt (Sch. [REDACTED]) auf S.11 f des Schriftsatzes vom 19. März 1956 betrifft die ganz andere Frage der Anerkennung der Rechnung durch den Beklagten. Der weiter als übergangen gerügte Beweisantritt (Sch. [REDACTED]) im Schriftsatz vom 14. September 1955 mit Anlage betrifft nur die Frage, daß in dem Kostenvoranschlag der Werft über 95 000 DM ca. 34 000 DM Eigenbeschaffungen des Beklagten vorgesehen und enthalten waren, nicht aber die allein erhebliche Tatsache der tatsächlich erbrachten Eigenleistungen des Beklagten. Wie hoch diese Eigenleistungen wertmäßig waren, brauchte das Berufungsgericht nicht festzustellen, da die Rechnung vom 19. Juli 1952, deren einzelne Posten der Sachverständige nachgeprüft hat, nach der Feststellung des Berufungsgerichts keine Leistungen des Beklag-

ten, sondern nur von der Werft tatsächlich erbrachte Leistungen enthält. Unter diesen Umständen braucht auch nicht auf die Frage der Beweislast hinsichtlich der Eigenleistungen des Beklagten eingegangen zu werden.

III. Bei der Berechnung der Plus- und Minusposten sind allerdings einige Irrtümer unterlaufen. Diese Irrtümer, die teils zu Lasten, teils zu Gunsten des Beklagten gehen, sind zwar von der Revision nicht gerügt, müssen aber berücksichtigt werden, da insoweit das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gekommen ist, nicht schlüssig ist. Daß im übrigen einzelne Posten der Berechnung des Sachverständigen unrichtig wären, ist nicht gerügt, sodaß insoweit eine Nachprüfung durch den erkennenden Senat nicht in Betracht kommt.

Rechnungsposition 11:

In der Rechnung sind nicht 960 DM, wie der Sachverständige annimmt, sondern nur 910 DM eingesetzt. Die Werft kann daher 1220 - 910 = 310 DM mehr verlangen. Der vom Sachverständigen angegebene Plusposten (260 DM) ist daher zu erhöhen um

minus
DM

plus
DM

50

RPos. 14:

Es ist nicht von dem angemessenen Preis von 8000 DM auszugehen, wie dies der Sachverständige getan hat, sondern von dem Voranschlagspreis (Pos. 14) von 7500 DM

500

RPos. 16, 17, 17 a:

Zwar beträgt, wie der Sachverständige ausführt, die Mehrleistung gegenüber dem Kostenvoranschlag (Pos. 17: 3050 DM) 1093 DM. Dieser Mehrbetrag ist aber bereits in der Rechnung (3387 + 77 + 679 = 4143) gefordert, so daß er nicht noch einmal als Mehrleistung über den Rechnungsbetrag hinaus eingesetzt werden kann. Da das Berufungsgericht von der Rechnung ausgeht, würde die Einsetzung in die Plusspalte zu einer doppelten Anrechnung führen. In der Plusspalte sind daher zu streichen

Übertrag

1093
1593

50

	minus DM	plus DM
Übertrag	1593	50
RPos. 18:		
Es gilt das gleiche wie bei Rechnungspos. 17	935	
RPos. 24, 25:		
Der Sachverständige kommt zu einem in der Rechnung nicht enthaltenen Plusbetrag von 139 DM, hat ihn aber offensichtlich aus Versehen nicht in die Pluspalte eingesetzt		139
RPos. 27:		
Rechenfehler		100
RPos. 28:		
Der Wert der Arbeit einschließlich Mehrleistung beträgt nach dem Gutachten 1000 DM. Da in der Rechnung 662 DM enthalten sind, sind in die Pluspalte (1000 - 662 =) 338 DM einzusetzen. Die vom Sachverständigen zuviel eingesetzten (750 - 338 =) 412 DM sind zu streichen.	412	
RPos. 32:		
Von der richtig berechneten Leistung einschließlich Mehrleistung (1560 DM) ist wie bei RPos. 28 nicht der Voranschlagspreis, sondern der in die Rechnung aufgenommene Betrag (920 DM) abzuziehen, so daß in die Pluspalte (1560 - 920 =) 640 DM aufzunehmen sind. Da im Gutachten nur 624 DM angesetzt sind, sind in die Pluspalte weiter aufzunehmen		16
RPos. 59:		
Da nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht geklärt ist, ob die Arbeiten ausgeführt sind, ist der Rechnungsbetrag von 93 DM zu streichen.	93 3033 305 2728 =====	305

Den Bestand des angefochtenen Urteils vermögen diese Irrtümer nicht in Frage zu stellen. Denn das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen zu dem Ergebnis gekommen, die Werft hätte noch 6948 DM mehr fordern können, als sie tatsächlich in der Rechnung vom 19. Juli 1952 gefordert hat. Unter Berücksichtigung der unterlaufenen Irrtümer mindert sich dieser Betrag um 2728 DM. Mit der Rechnung vom 19. Juli 1952 hat daher die Werft nicht zuviel gefordert.

Von dem Auslagenbetrag in Höhe von 626,02 DM sind der Klägerin durch das Teilurteil 103,62 DM zugesprochen. Insoweit hat die Revision keine Beanstandungen erhoben.

IV. Der Beklagte hat gegen den Klageanspruch der Werft mit einer Schadensersatzforderung von 12 000 DM aufgerechnet. Zur Begründung hat er vorgetragen: Sch habe ihm Anfang Oktober 1951 wahrheitswidrig versichert, Fremdkapital zur Finanzierung des Schiffsumbaues sei vorhanden. Als Termin für die Fertigstellung sei Ende Januar 1952 vereinbart worden. Da der Umbau erst im Juli 1952 beendet gewesen sei, sei ihm infolge Verzögerung der Fertigstellung ein Gewinn von 12 000 DM entgangen.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, eine Schadensersatzforderung des Beklagten wegen Verzugs der Werft sei nicht begründet, da für die Leistung der Werft eine Zeit nach dem Kalender nicht bestimmt gewesen sei, nach den Umständen des Vertrages die Nennung des Liefertermins Ende Januar Anfang Februar 1952 vielmehr nur eine allgemeine, nicht auf den Tag verbindliche Schätzung, nicht aber die Zusicherung eines Termins gewesen sei. Es hätte daher einer Mahnung bedurft, die aber nach Fälligkeit nicht erfolgt sei.

Die Revision vertritt die Ansicht, die Leistung sei kalendermäßig bestimmt gewesen und ein Termin zugesichert worden, auch habe der Beklagte gemahnt.

Auf die Revisionsrügen braucht nicht eingegangen zu werden, da ein Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen Verzugs schon aus anderen Gründen entfällt. Zwischen den Parteien ist unstreitig mit der Kostenaufstellung vom 24. Februar 1952 eine zusätzliche Vereinbarung getroffen worden, in der u.a. die Finanzierung des Umbaus neu festgelegt und die vom Beklagten zu erbringenden Leistungen festgesetzt wurden. Damals war dem Beklagten nicht nur bekannt, daß die von Sch. in Aussicht genommene Finanzierung nicht durchführbar war, sondern es war auch der angeblich fest zugesicherte Liefertermin längst verstrichen. Nach Treu und Glauben hätte der Beklagte seinen angeblichen Schadensersatzanspruch am 24. Februar 1952 geltend machen müssen. Er hat dies aber nicht getan, sondern den von der Werft geltend gemachten Vergütungsanspruch vorbehaltlos anerkannt. Mit Recht hat das Landgericht in seinem Urteil darauf hingewiesen, daß nach den Umständen spätestens bei Gelegenheit der Kostenaufstellung vom 24. Februar 1952 durch Zusatzvereinbarung oder Nachfristsetzung der veränderten Lage hätte Rechnung getragen werden müssen, was nicht geschehen ist.

2. Damit entfällt auch ein Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen angeblicher Täuschung über die Finanzierungsmöglichkeit. Im übrigen hat die Revision auch nicht gerügt, daß etwa ein Vortrag des Beklagten übergangen worden sei, er hätte die Finanzierung bei Unterlassung dieser Täuschung anderweit schneller herbeiführen oder eine Werft finden können, die ohne Finanzierung den Umbau bis Ende Januar 1952 fertiggestellt hätte. Vor der Reparatur hätte das Schiff nicht dem Erwerb dienen können, da nach der Darlegung des Beklagten im Schriftsatz vom 19. März 1956 der

Schleppkahn nicht betriebsfähig, sondern, wie der Sachverständige ohne Widerspruch des Beklagten ausgeführt hat, ein Wrack war.

3. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Anzeigepflicht bei Überschreitung des Kostenvoranschlags nach § 650 Abs.2 BGB steht dem Beklagten, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, schon deshalb nicht zu, weil hinsichtlich der bei Vertragsschluß vereinbarten Arbeiten eine Überschreitung des Kostenvoranschlags nicht vorliegt und die Mehrleistungen gegenüber dem Kostenvoranschlag nach Aufstellung des Voranschlags zwischen der Werft und dem Beklagten vereinbart worden sind.

V. Hinsichtlich der Gegenforderungen, über die im Teilurteil entschieden ist, und hinsichtlich der Anzahlungen besteht kein Streit.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Haidinger Dr.Fischer Dr.Nörr Liesecke Dr.Reinicke