

2546 063

Ib ZR 190/62

Verkündet
am 15. März 1963
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Gastwirts Willi B [REDACTED] in R [REDACTED], M [REDACTED]-
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten Fritz H [REDACTED] in R [REDACTED],
M [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Ebel und Dr. Sprenkmann für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Dezember 1961 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hatte als Architekt in den Jahren 1955/56 für den Kläger auf dessen Hotel-Grundstück sechs Garagen sowie eine Kegelbahn gebaut. Vorgesehen waren zunächst acht Garagen, gebaut wurden dann aber nur sechs.

Wegen verschiedener Beanstandungen des Klägers - die Garagen seien fehlerhaft geplant und nicht zu benutzen; die Kegelbahn weise mehrere Mängel auf - kam es zwischen den Parteien in den Jahren 1958 und 1959 zu mehreren Besprechungen, über deren Inhalt Streit besteht.

Der Kläger hat mit der Behauptung geklagt, im Frühjahr 1959 sei zwischen den Parteien eine Verständigung des Inhalts zustande gekommen, daß der Beklagte sich verpflichtet habe, alle Schäden an den Baulichkeiten zu beseitigen und als Ersatz für die zwei ausgefallenen Garagen die Kanalisation des Grundstücks zu finanzieren. Diesen Verpflichtungen sei der Beklagte aber nicht nachgekommen.

Der Kläger klagt auf Erfüllung des nach seiner Darstellung abgeschlossenen Vergleichs. Er verlangt mit der Klage Verurteilung des Beklagten.

- I. zur Vornahme von einzeln bezeichneten baulichen Maßnahmen zur Behebung der Mängel (Ziffer 1 - 14) sowie
- II. zur Zahlung von 5.195.-- DM (voraussichtliche Finanzierungskosten für die Kanalisation).

- 3 -

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Er hat den in der Ziffer 14 des Klageantrages I enthaltenen Antrag auf Beseitigung der Schäden an Decken und Wänden der Kegelbahn sowie den Zahlungsanspruch in Höhe von 3.000.-- DM unter Protest gegen die Kostenlast anerkannt. Im übrigen hat er geltend gemacht:

Die Parteien hätten bei einer Besprechung vom 2. Oktober 1958 mündlich zunächst folgende Vereinbarung getroffen:

1. der Beklagte, der bis dahin nur DM 1.000.-- à conto seiner Honorarforderung erhalten hätte, habe auf seine noch ausstehende Honorarforderung in Höhe von ca. 8 - 10.000.-- DM verzichtet;
2. der Beklagte habe sich verpflichtet, die Kosten der Kanalisation für den Anschluß zwischen dem Gebäude und dem öffentlichen Kanalnetz zu übernehmen;
3. der Beklagte habe sich verpflichtet, die Kosten zu übernehmen, die durch die Behebung der durch Setzrisse entstandenen Schäden am Kegelbahndach außerhalb und innerhalb entstanden seien;
4. der anwesende Herr L. habe seinerseits die Verpflichtung übernommen, die durch Setzrisse entstandenen Schäden an den Mauer- und Putzarbeiten zu beseitigen.

Später habe sich dann herausgestellt, daß ein Anschluß vom Grundstück des Klägers an das öffentliche Kanalnetz



nicht genehmigt würde; Ziffer 2 der vorstehenden Vereinbarung sei also nicht durchführbar gewesen. Bei einer weiteren Besprechung vom 23. Mai 1959 hätten sich deshalb die Parteien zusätzlich dahin geeinigt, daß der Kläger die Kanalisation auf eigene Kosten durchführen lasse und daß der Beklagte zur Abgeltung der oben zu Ziffer 2 genannten Verpflichtung an den Kläger 3.000.-- DM zahlen solle.

Der Kläger hat diese Darstellung bestritten.

Nach Beweisaufnahme hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung von 3.000.-- DM und zur Beseitigung der Schäden an den Decken und Wänden der Kegelbahn verurteilt, die Klage im übrigen aber abgewiesen, da es den Kläger insoweit für beweisfällig angesehen hat. Die Kosten hat es zu 8/9 dem Kläger und zu 1/9 dem Beklagten auferlegt.

Hiergegen hat der Kläger Berufung eingelegt und Verurteilung des Beklagten nach dem Klageantrag verlangt, soweit ihm im ersten Rechtszug nicht entsprochen worden ist. Hilfsweise hat er beantragt,

den Beklagten zur Abgeltung der unter I Ziffer 1 - 14 des Klageantrages genannten Leistungen zur Zahlung eines Betrages von 20.000.-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Diesen Hilfsantrag stellt der Kläger für den Fall, daß der Beklagte nicht zur Mängelbeseitigung, sondern nur zur Übernahme der Kosten hierfür verpflichtet sein sollte.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstantz gestellten Anträge weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Entscheidung stehen nur noch diejenigen Klageansprüche, die der Beklagte nicht anerkannt hat, nämlich die Verurteilung zur Vornahme von baulichen Arbeiten (Antrag I Ziffer 1 - 13) - hilfsweise Zahlung von 20.000.-- DM - sowie der Zahlungsantrag in Höhe von noch 2.195.-- DM (5.195.-- DM - 3.000.-- DM). Das Berufungsgericht hat ebenso wie das Landgericht hinsichtlich dieser Anträge den Kläger für beweisfällig gehalten. Die Revision hat gegen das Urteil eine Reihe von Verfahrensrügen erhoben, mit denen dem Berufungsgericht mangelnde Sachaufklärung vorgeworfen wird. Hierbei handelt es sich um folgendes:

Das Berufungsgericht sieht auf Grund der Aussage des vom Einzelrichter des Landgerichts als Zeugen gehörten Bauunternehmers Fritz L. als erwiesen an, daß die Parteien sich zunächst so, wie vom Beklagten behauptet, geeinigt hätten, nämlich dahin, daß der Beklagte auf seine noch ausstehende Honorarforderung verzichtet, ferner die Kosten für die Beseitigung der Schäden an der Kegelbahn übernimmt und sich schließlich (Ziffer 2) verpflichtet, die Kanalisationskosten für den Anschluß zwischen dem Gebäude und dem öffentlichen Kanalnetz zu tragen. Mit dieser Regelung sollten, wie das Berufungsgericht die Zeugenaussage würdigt, alle zwischen den Parteien in bezug auf das Garagenbauvor-

haben schwebenden Ansprüche erfaßt werden. Das Berufungsgericht fügt dieser Würdigung der Aussage folgende Erwägung hinzu: Ob die damalige Einigung der Parteien genau den vom Beklagten behaupteten Inhalt gehabt habe, sei für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von Bedeutung, denn jedenfalls habe sie, worauf es allein ankomme, nicht den vom Kläger behaupteten Inhalt gehabt, auf den er seine Klageansprüche stütze.

Das Berufungsgericht hat weiterhin für erwiesen erachtet, daß später, nämlich am 23. Mai 1959, zwischen den Parteien eine weitere mündliche Vereinbarung zustande gekommen sei, wonach der Beklagte anstelle der zu Ziffer 2 der Abrede vom 2. Oktober 1958 übernommenen Kanalisationskosten einen Betrag von 3.000.-- DM an den Kläger zahlen solle. Dabei stützt sich das Berufungsgericht einmal auf die Aussage des - ebenfalls vom Einzelrichter des Landgerichts - als Zeugen gehörten Architekten Ba[REDACTED], der bekundet hat, der Kläger habe damals erklärt, er benötige 3.000.-- DM, mit Zahlung dieses Betrages sei die Sache erledigt. Der Kläger soll hierbei noch geäußert haben, mit diesen 3.000.-- DM sei alles bereinigt. Die Richtigkeit dieser Zeugenbekundung findet das Berufungsgericht bestätigt durch einen Brief vom 6. Juli 1959, den der Kläger persönlich an den Beklagten gerichtet hat und der folgenden Wortlaut hat:

"Anbei übersende ich Ihnen die Rechnung der Fa. H u [REDACTED], die verschentlich zu mir gesandt wurde.
Ich möchte Sie hiermit letztmalig bitten, die vereinbarte Regelung bis zum 15.7.59 einzuhalten. Es handelt sich um die Decken-

bespannung der Kegelbahn sowie um die Übersendung der 3000,-- DM + 200,-- DM Rechtsanwaltskosten.

Sollten Sie bis zum o.gen. Termin die Vereinbarung nicht einhalten, übergebe ich die Angelegenheit meinem Rechtsanwalt, der auf keinen Vergleich weiterhin eingehen wird".

Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß dieser Brief weitgehend mit den Bekundungen des Architekten Ba[REDACTED] übereinstimme, jedenfalls aber entscheidend gegen die Behauptung des Klägers spreche, die Parteien hätten sich im Frühjahr 1959 dahingehend geeinigt, der Beklagte solle alle Schäden beseitigen und als Ersatz für zwei ausgefallene Garagenboxen die Kanalisation finanzieren.

Zusammenfassend sagt das Berufungsgericht, weder das Ergebnis der Beweisaufnahme noch der Inhalt des Schriftwechsels der Parteien spreche für die Darstellung des Klägers, stütze dagegen in wesentlichen Einzelheiten das Vorbringen des Beklagten. Ob die Sachdarstellung des Beklagten in allen Punkten zutreffe, könne dahinstehen, denn der Kläger habe die Richtigkeit seiner Behauptung nicht erwiesen. Die Klage sei daher nur insoweit begründet, als der Beklagte die Ansprüche zugestanden habe.

II. 1. Die Revision ist zunächst der Ansicht, das Berufungsgericht habe es zu Unrecht verabsäumt, den Bauunternehmer L[REDACTED] erneut als Zeugen zu vernehmen, denn die Vernehmung durch den Einzelrichter des Landgerichts sei ersichtlich unzulänglich gewesen; es sei nämlich dem Vernehmungsprotokoll nicht zu entnehmen, bei welcher der unstreitig verschiedenen Zusammenkünfte der Parteien der

Zeuge anwesend gewesen sei und auf welche dieser Zusammenkünfte sich seine Aussage beziehen sollte, - dies, obwohl der Beweisbeschluß eine Klärung auch dieser streitigen Frage vorgesehen hatte. Das Vernehmungsprotokoll sei mithin "unbrauchbar" gewesen, deshalb hätte das Prozeßgericht von seinem Ermessen nach § 398 ZPO im Sinne einer erneuten Vernehmung des Zeugen Gebrauch machen müssen.

Die Rüge ist unbegründet. Es ist zwar richtig, daß L. nicht gesagt hat, an welchem Tage er mit den Parteien zusammen war und an welchem Tage jene Vereinbarung geschlossen worden ist, er hat aber bekundet, er könne sich nur noch an eine Vereinbarung besinnen, in welcher der Beklagte die Finanzierung für die Kanalisation des Grundstücks übernommen und auf einen Teil seiner Honorarforderung verzichtet habe; er wisse nichts davon, daß in dieser Vereinbarung auch der Beklagte sich verpflichtet habe, alle Schäden an dem Bauwerk des Klägers zu beseitigen. Es ist nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen der Frage des Zeitpunkts dieser vom Zeugen geschilderten einen Vereinbarung nicht durch erneute Vernehmung des Zeugen nachgegangen ist. Das gilt um so mehr, als das Berufungsgericht rechtlich zutreffend allein darauf abgestellt hat, ob die Klagebehauptungen über den Inhalt des Vergleichs zutreffend waren, während es letztlich für unerheblich hält, ob die Darstellung des Beklagten in allen Punkten den Tatsachen entspricht. L. hatte aber inhaltlich nur die Darstellung des Beklagten bestätigt; das Datum der von ihm bekundeten Vereinbarung konnte daher außer Betracht bleiben.

Weiterhin rügt die Revision, das Gericht hätte "die Überzeugungskraft der Aussage des Zeugen L. [REDACTED]" erörtern müssen, und nicht nur Erwägungen über seine Glaubwürdigkeit, - die bejaht wurde -, anstellen dürfen. Dies vor allem deshalb, weil L. [REDACTED] mit seiner Aussage sogar hinter den zurückgeblieben sei, was der Beklagte selbst als seine Verpflichtung zugestanden habe, nämlich die Schädenbeseitigung an der Kegelbahn. Man müsse also annehmen, daß der Zeuge den von den Parteien in seiner Gegenwart geführten Verhandlungen aus irgendwelchen Gründen nicht vollständig gefolgt sei. Bei diesem Vorbringen der Revision handelt es sich ersichtlich um eine Bemängelung der Beweiskraft einer Zeugaussage; sie bewegt sich also auf einem den Revisionsangriffen verschlossenen Gebiet. Aus welchen Gründen das Gericht, wie die Revision in diesem Zusammenhang weiter geltend macht, angesichts des für den Kläger völlig negativen Beweisergebnisses von dem Ermessen des § 448 ZPO pflichtwidrig keinen Gebrauch gemacht haben soll, ist nicht ersichtlich (BGH vom 6. März 1957 - IM ZPO § 448 Nr.2). Wenn die Revision in diesem Zusammenhang schließlich erwähnt, daß der Zeuge L. [REDACTED] hochgradig schwerhörig gewesen sei, so handelt es sich hierbei um ein neues tatsächliches Vorbringen, auf das eine Verfahrensrüge aus Rechtsgründen nicht gestützt werden kann, wie die Revision selbst nicht verkennt.

2. Soweit es sich um die von dem Architekten Ba. [REDACTED] bekundete spätere Vereinbarung vom 23. Mai 1959 handelt, rügt die Revision die Nichtvernehmung der Ehefrau des Klägers, die von diesem als Zeuge dafür benannt worden war, daß der vom Beklagten behauptete Zusatzvergleich nicht

zustandegekommen sei. Das Berufungsgericht hat dazu bemerkt, der Beweisantrag sei zu unbestimmt gehalten, deshalb sei ihm nicht nachzugehen. Es kann der Revision zugegeben werden, daß die Ablehnung der beantragten Beweiserhebung mit dieser Begründung nicht unbedenklich ist, da die Benennung der Ehefrau des Klägers als Gegenzeuge für eine Behauptung des Beklagten kaum weiterer Einzelangaben bedurft hätte. Indessen brauchte das Berufungsgericht auf diesen Beweisantritt schon deshalb nicht einzugehen, weil es nach seiner zutreffenden Betrachtungsweise gar nicht entscheidend darauf ankam, ob jene Zusatzvereinbarung zustandegekommen war oder nicht. Denn in jedem Fall war die Ehefrau nicht für die einzige entscheidungserhebliche Frage benannt worden, ob nämlich eine Vereinbarung des mit der Klage behaupteten Inhalts zwischen den Parteien getroffen worden ist.

3. Schließlich macht die Revision noch geltend, daß ein Brief des Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom 13. November 1959 vom Berufungsgericht nicht gewürdigt worden sei. Aus diesem Schreiben geht hervor, daß der Beklagte dem Kläger, wie es in dem Brief heißt, "den Entwurf einer Verständigung" vorgelegt hatte, den aber der Kläger ablehnte. Die Revision meint, es dränge sich deshalb die Fragestellung auf, was den Beklagten bewogen haben sollte, ein erneutes Angebot zu unterbreiten, wenn er bereits etwa 6 Monate zuvor so billig davongekommen sein sollte, mit einer Zahlung von 3.000.-- DM die dem Kläger zugefügten Schäden abzugelten. Die Ehefrau des Klägers hätte daher gehört werden müssen (§ 286 ZPO).

Auch diese Rüge ist nicht gerechtfertigt. Es ist richtig, daß das Berufungsgericht sich mit dem Schreiben vom 13. No-

vember 1959 nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat, doch hat es die Korrespondenz insgesamt gewürdigt und ist dabei zu dem oben mitgeteilten, für den Kläger nachteiligen Ergebnis gelangt. Der von der Revision herangezogene Brief des Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom 13. November 1959 fährt übrigens fort:

"Es muß schon eine Entschädigungssumme von DM 5.000.-- geleistet werden. Der wirkliche Schaden ist ja viel höher. Aber es mag dabei bleiben, daß Sie sofort DM 2.250.-- zahlen und den Rest in Raten.

Weiterhin müssen Sie die Verpflichtung übernehmen, die gesamte Deckenbespannung zu erneuern bzw. die hierfür entstehenden Kosten zu übernehmen."

Dieser Brief bringt sicherlich eine weitere Unklarheit in den Sachverhalt, doch ist nicht erkennbar, inwiefern der Klagevortrag, auf dessen Beweisbarkeit es allein ankommt, durch diese zusätzliche Ungereimtheit eine Stütze erhalten könnte. Das Gegenteil dürfte näherliegen, da auch in diesem Brief, abgesehen von einer Zahlung von 5.000.-- DM (statt bisher 3.000.-- DM), nur von der Erneuerung der gesamten Deckenbespannung (Kegelhahn), nicht aber von allen sonstigen Schäden, die Gegenstand des Klageantrags zu I sind, die Rede ist. Zur Vernehmung der Ehefrau des Klägers bestand jedenfalls auch aus den oben zu Ziffer 2 dargelegten Gründen kein Anlaß.

4. Schließlich erörtert die Revision die Frage - eine ausdrückliche Rüge ist ausdrücklich gerade nicht vorgebracht -, ob das Berufungsgericht gemäß § 139 ZPO den Kläger hätte

fragen müssen, ob er den im Berufungsrechtszug gestellten Hilfsantrag (auf Zahlung von 20.000.-- DM) nicht im Falle der Nichtbeweisbarkeit des behaupteten Vergleichs auf positive Verletzung des Architektenvertrages stützen wolle. Die Frage ist zu verneinen, denn die Klage war ausdrücklich allein auf den behaupteten Vergleich gestützt und nur die Frage nach dessen Inhalt war Gegenstand des Rechtsstreits. Die Heranziehung des Architektenvertrages hätte einen neuen Sachverhalt dargestellt und den Klageanträgen eine völlig veränderte Anspruchsgrundlage gegeben. Das Gericht war nicht verpflichtet, dem Kläger eine Klageänderung dieser Art nahezu legen.

Die Revision erweist sich hiernach als unbegründet. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Wilde Krüger-Nieland Herr Bundesrichter Pehle ist
infolge Urlaubsabwesenheit an
der Unterschriftsleistung ver-
hindert. Wilde

Herr Bundesrichter Ebel Sprenkmann
ist infolge Krankheit an
der Unterschriftsleistung
verhindert. Wilde