

Nachschlagewerk: ja
EGHZ: ja } nur zu I der Gründe

ZPO § 265; KO § 6

Gibt der Konkursverwalter während des Rechtsstreits, in dem er einen Gegenstand für die Konkursmasse in Anspruch genommen hat, den Streitgegenstand aus der Masse frei, so kann der Gemeinschuldner den Rechtsstreit anstelle des Konkursverwalters ebenso weiterführen wie bei Beendigung des Konkurses.

§ 265 ZPO ist in diesem Falle nicht anwendbar.

BGH, Urt. v. 19. Dezember 1966 -VIII ZR 110/64- OLG Schleswig
LG Itzehoe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 110/64

URTEIL

Verkündet am
19. Dezember 1966
Klett,
Justizhauptschretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Johannes G [REDACTED] in P [REDACTED]-B [REDACTED],
Q [REDACTED] Straße,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Julius L [REDACTED] in P [REDACTED],
D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte : Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -.

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 21. Februar 1964 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Tatbestand:

"§ 1

Die bauliche Ausgestaltung soll etwa nach den Plänen der diesem Vertrage beigelegten Skizze des Architekten W. [REDACTED] erfolgen.

2 2

Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, daß der ... Mietgegenstand für den Vertragszweck

baulich hergerichtet werden muß. Der Mieter verpflichtet sich hiermit, diese bauliche Umgestaltung auf seine Kosten vorzunehmen, und längstens innerhalb eines Jahres, vom Vertragsschluß gerechnet, zu beenden.

Der von dem Mieter hierfür aufzubringende Betrag wird von den Vertragsparteien fixiert auf die Summe von höchstens 60 000 DM. Die Parteien sind sich darüber einig, daß diese Investitionen die handwerklich notwendigen Arbeiten umfassen sollen, um das Gebäude dem vorgesehenen Vertragszweck dienlich zu machen. Es ist dabei auf eine einfache Ausführung Bedacht zu legen. Investitionen, die über diesen Rahmen hinausgehen, gehen ausschließlich und allein zu Lasten des Mieters, es sei denn, daß zwischen diesem und dem Vermieter eine anderweitige Regelung vereinbart wird.

Die Umbauarbeiten umfassen insbesondere die etwaigen Reparaturen an den Außenwänden, der Zwischenwand zu dem dem Vermieter verbliebenen Restgebäude, des gesamten Daches und der Fußböden.

§ 3 ...

§ 4

Als Gegenleistung für die Überlassung des vorbezeichneten Mietgegenstandes verpflichtet sich der Mieter zur Zahlung einer monatlichen Miete von 750 DM ...

Der ... Mietzins soll mit einem Drittel auf die ... Investitionen verrechnet werden, so daß also zwei Drittel der jeweiligen Mietzinsen an den Vermieter in bar zur Auszahlung zu bringen sind.

§ 5 - § 10 ...

§ 11

Bei einer Beendigung des Mietvertrages sind die von dem Mieter vorgenommenen Um- und Einbauten und Einrichtungen entschädigungslos, vorbehaltlich der Bestimmung des § 14, letzter Absatz, in dem Gebäude zu lassen ...

§ 12

Dieser Mietvertrag wird zunächst auf die Dauer von 20 Jahren abgeschlossen ...

§ 13 ...

§ 14

Der Vermieter ist zur vorzeitigen Aufhebung dieses Mietvertrages berechtigt

- a) (Mietrückstand)
- b) falls die vorgesehenen Investitionen nicht innerhalb eines Jahres vertragsgemäß zur Ausführung gekommen sind,
- c) (vertragswidriger Gebrauch)
- d) (falls der Mieter) sonst in nachhaltiger Weise gegen die Bestimmungen dieses Vertrages verstößt.

In den vorgenannten Fällen sollen die von dem Mieter geleisteten und nachgewiesenen Investitionen unter Berücksichtigung der Tilgungen von monatlich 250 DM dem Mieter in monatlichen Teilbeträgen von 250 DM vergütet werden.

§ 15

Der Mieter soll zur vorzeitigen Aufhebung dieses Vertrages berechtigt sein, falls er durch ... Krankheit oder Siechtum nicht mehr in der Lage ist, seinem Geschäft vorstehen zu können.

Die Vergütung der Investitionen soll in gleicher Weise erfolgen, wie ... im § 14 letzter Absatz ...

§ 16 ...

§ 17

(Vorkaufsrecht für den Mieter)

§ 18 ...

Im Falle des Todes des Mieters sollen dessen Rechtsnachfolger berechtigt sein, das Mietverhältnis vorzeitig mit halbjährlicher Frist ... aufzukündigen.

Im Falle einer solchen Kündigung soll die gleiche Regelung wie im § 14 letzter Absatz gelten ...

§§ 19 - 21 ..."

Die in § 1 letzter Absatz erwähnte Architektenskizze sah einen Umbau der rd. 15 m breiten und 60 m langen Fabrikhülle in der Weise vor, daß der Hallenteil nächst der Straße in einer Tiefe von 7 m zu einem Laden und Ausstellungsraum für Kraftfahrzeuge ausgebaut werden sollte, in einer weiteren Tiefe von 2 x 5 m sollten sich Büros und ein Lagerraum anschließen, dann in einer Tiefe von 36 m die Werkstatt und schließlich im hinteren Teil Räume für eine Fahrschule in einer Tiefe von 6 m. Der Kläger begann im Frühjahr 1959 mit dem Ausbau, ohne sich jedoch an die Planung zu halten. Der vordere Teil (Laden und Büroteil) wurde nicht ausgebaut, die Werkstatt vielmehr bis zur Trennwand des Ladenteils zur Straße hin verlängert, der hintere Teil des Gebäudes in 17 m Tiefe blieb im wesentlichen unberührt; die Trennwand zwischen dem hinteren Provisorium und der Werkstatt wurde als Pappwand errichtet. Über dem Mittelteil der Halle (Werkstatt) wurde das schadhafte Sheddach durch eine über die ganze Hallenbreite freitragende, auf 12 Betonpfeilern ruhende Stahlrahmenkonstruktion mit Eternitplatten ersetzt, was allein 30 000 DM kostete, wovon der Kläger 13 000 DM bezahlt hat. Am 11. November 1959 wurde über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter kündigte den Mietvertrag zum 31. Dezember 1959.

Er verlangte in den Vorinstanzen als Kläger vom Beklagten als Teilbetrag der vom Gemeinschuldner gemachten Investitionen aufgrund des § 14 Abs. 2 des Vertrages,

hilfsweise aus Bereicherung, 20.000 DM erstattet. Der Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, § 14 Abs. 2 sei auf den Fall der Beendigung des Mietvertrages durch Kündigung im Konkurse nicht anzuwenden; er (Beklagter) sei durch die Investitionen des Gemeinschuldners auch nicht bereichert, weil der Gemeinschuldner einen unbrauchbaren Torso hinterlassen habe. Der Beklagte habe vielmehr gegen den Gemeinschuldner beträchtliche Schadensersatzansprüche, weil dieser entgegen § 2 des Mietvertrages die Umbauarbeiten nur zu einem Bruchteil und abweichend von der Planung durchgeführt habe; mit diesen Schadensersatzansprüchen hat er hilfsweise aufgerechnet.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 20.000 DM in monatlichen Raten von 250 DM verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Konkursverwalter hat nach Zustellung des Berufungsurteils dem Gemeinschuldner "die Prozeßführung für den Prozeß freigegeben". Daraufhin hat der Gemeinschuldner Revision eingelegt mit dem Ziele, das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen und den Beklagten zusätzlich zur Zahlung von Zinsen zu verurteilen. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist zulässig.

Das Gesetz (Konkursordnung und Zivilprozeßordnung) enthält keine Bestimmung über die Rechtsfolgen, die ein-

treten, wenn während des Rechtsstreits, in dem der Konkursverwalter einen Gegenstand für die Masse in Anspruch nimmt, das Konkursverfahren endet oder der Konkursverwalter den Streitgegenstand aus der Masse freigibt. Für den ersteren Fall geht die allgemeine Meinung dahin, daß anstelle des Konkursverwalters der Gemeinschuldner den Rechtsstreit weiterführt. Für den Fall der Freigabe durch den Konkursverwalter wurde vom Reichsgericht (RGZ 79, 27 ff; vgl. ferner RGZ 105, 313 ff) und wird von namhaften Vertretern des Zivilprozeßrechts (Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl. § 39 II 3, § 45 III 3, § 101 II 3; Stein/Jonas ZPO 18. Aufl. § 240 IV 2, 3) und des Konkursrechts (Jaeger/Lent § 6 Anm. 27) die Auffassung vertreten, die Freigabe übe auf einen schwebenden Prozeß dieselben Wirkungen aus wie die Konkursbeendigung, führe also zu einem Eintritt des Gemeinschuldners in den Prozeß. In neuerer Zeit mehren sich dagegen die Stimmen, die in diesem Falle den § 265 ZPO für anwendbar halten, den Konkursverwalter also weiter in dem Prozeß belassen wollen, den er dann in gesetzlicher Prozeßstandschaft für den Gemeinschuldner weiterführe (so: Mentzel/Kuhn, KO 7. Aufl. § 6 Nr. 27; Böhle/Stammschräder, KO 8. Aufl. § 6 Anm. 9; de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff in Festschrift für Siber, Bd. II S. 65, 66; Wagemeyer, Der gesetzliche Parteiwechsel und die Prozeßstandschaft des § 265 ZPO, Mainz 1954, S. 50, 89, 90; Weber, Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters in KTS 1955, 102 ff, 110; Pohle, MDR 1956, 640 und schon früher Hamburg, OLGE 25, 91). Die neue Rechtslehre hält eine Gleichbehandlung der Freigabe mit der Beendigung des Konkurses deshalb für unrichtig, weil der Konkursverwalter bei der Freigabe, anders als bei der Beendigung des Konkursver-

fahrens, seine Sach- und Prozeßführungsbefugnis freiwillig aufgibt und durch die Freigabe nicht daran gehindert wird, den Prozeß nunmehr in Prozeßstandschaft für den Gemeinschuldner fortzuführen. Sie meint, daß deshalb § 265 ZPO entsprechend anwendbar sei. Hiergegen bestehen folgende Bedenken:

1.) § 265 ZPO setzt den Übergang eines materiellen Rechts im weitesten Sinne voraus (BGHZ 1, 65, 68). Ein solcher findet bei der Freigabe durch den Konkursverwalter nicht statt. Dieser macht vielmehr ein Recht des Gemeinschuldners, das dessen Vermögen ist und bleibt, geltend. Mit der Freigabe durch den Konkursverwalter geht seine Klagebefugnis in Bezug auf den freigegebenen Gegenstand unter und es lebt nunmehr die Klagebefugnis des Gemeinschuldners so, wie sie vor der Konkurseröffnung bestanden hatte, wieder auf. Es tritt also auch bezüglich der Klagebefugnis nicht ein Übergang vom Konkursverwalter auf den Gemeinschuldner ein, der sich als eine Rechtsnachfolge im weitesten Sinne darstellen könnte. Die Rechtslage gleicht insoweit völlig der, wie sie bestand, als bei einer Beendigung des gesetzlichen Güterstandes die Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes (früher § 1380 BGB) entfiel. Auch in diesem Falle hatte der BGH aus den angeführten Gründen eine auch nur entsprechende Anwendbarkeit des § 265 ZPO verneint und dabei ausgeführt, daß es keine Rolle spiele, ob die Beendigung auf einer freien Vereinbarung beruhe; denn nicht die Art der Beendigung, sondern nur der Übergang des Streitgegenstandes selbst sei für die Anwendung des § 265 ZPO maßgebend (BGHZ 1, 65, 69).

2.) Im Falle der Freigabe durch den Konkursverwalter gelten diese Bedenken noch in verstärktem Maße. Die Prozeß-

führungsbefugnis des Konkursverwalters ist eng an seine Aufgabe geknüpft, die Konkursmasse für die Konkursgläubiger zu verwerten. Gibt er einen streitbefangenen Gegenstand frei, so kann das sehr verschiedenartige Gründe haben. In jedem Falle aber wird für den Freigabentschluß der Wille des Konkursverwalters maßgebend sein, das Konkursverfahren nicht weiter mit diesem Rechtsstreit zu belasten. Wäre der Konkursverwalter bei Anwendung des § 265 ZPO trotz der Freigabe gleichwohl genötigt, den Prozeß in Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Gemeinschuldner (§ 82 KO) in Prozeßstandschafft für diesen weiterzuführen, so würde er damit seiner eigentlichen Aufgabe entfremdet werden, auch wenn eine solche Verpflichtung nur bei Bewilligung des Armenrechts für den Gemeinschuldner oder bei Zahlung der weiteren Kosten durch diesen angenommen werden könnte. Bei einer Weigerung, den Prozeß fortzuführen, würde sich der Konkursverwalter schwer übersehbaren Schadensersatzansprüchen des Gemeinschuldners aussetzen. Zudem würde eine Freigabe ihres eigentlichen Sinnes und Zweckes entkleidet werden, wenn der Gemeinschuldner gleichwohl weiter an die Prozeßführungsbefugnis des Konkursverwalters gebunden bliebe und nicht in der Lage wäre, den freigegebenen Prozeßgegenstand nunmehr selbst im Prozeß geltend zu machen.

3.) Auch die Berücksichtigung der Interessenlage des Prozeßgegners kann eine Anwendung des § 265 ZPO nicht rechtfertigen. Die Prozeßführungsbefugnis des Konkursverwalters ist ebenso wenig ein Schutz des Prozeßgegners zur Sicherstellung seines etwaigen Kostenanspruches wie es die Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes nach dem früheren § 1380 BGB war (RGHZ 1, 65, 69). Führt der Gemeinschuldner

den Prozeß nach der Freigabe weiter, so befindet sich sein Prozeßgegner in derselben Lage, wie wenn der Konkurs nicht eröffnet oder der Prozeßgegenstand vom Konkursverwalter nicht zur Masse gezogen oder wenn der Konkurs beendet worden wäre. Es ist kein hinreichender Grund ersichtlich, ihn bei der Freigabe zu Lasten des Gemeinschuldners besser zu stellen als in diesen Fällen.

II. Die Revision ist nicht begründet.

1.) Die Parteien streiten in erster Linie um die Auslegung des Vertrages.

a) Der Kläger vertritt die Auffassung, die Parteien hätten für alle Fälle einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses, an die sie überhaupt gedacht hätten, die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 des Vertrages, und damit bestimmt, daß der Beklagte dem Kläger die Investitionen (bis zum Betrage von 60.000 DM) vergüten sollte; dies müsse deshalb auch für den hier gegebenen Fall gelten, daß das Mietverhältnis infolge einer Kündigung seitens des Konkursverwalters nach § 19 KO sein Ende fand. Der Beklagte ist demgegenüber der Meinung, aus § 11 des Vertrages ergebe sich der Grundsatz, daß bei einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses dem Kläger seine Investitionen nicht zu vergüten seien, und hiervon gälten Ausnahmen nur in den im Vertrage einzeln aufgeführten Fällen (§ 14 Abs. 1 a - d, § 15 Abs. 2 und § 18), aber nicht im Falle der vorzeitigen Auflösung des Vertrages nach § 19 KO. Das Berufungsgericht hat sich unter eingehender Würdigung des Zusammenhangs der einzelnen Vertragsbestimmungen und der Interessenlage der Parteien der Auffassung des Klägers angeschlossen. Der Beklagte hat als

Revisionsbeklagter keinen Rechtsfehler in dieser, für das Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbaren, Auslegung aufgezeigt.

b) Die Parteien streiten ferner - im Zusammenhang mit dem vom Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch - über die Auslegung des § 2 des Vertrages. Der Kläger will diese Bestimmung dahin ausgelegt haben, er sei lediglich verpflichtet gewesen, bis zu 60.000 DM in den Um- und Ausbau der Fabrikhalle zu investieren. Der Beklagte dagegen hält den Kläger für verpflichtet, den Ausbau entsprechend der in der Architektenskizze (Anlage zum Vertrage) niedergelegten Planung vorzunehmen. Das Berufungsgericht hat sich mit eingehender Begründung in diesem Punkte der Meinung des Beklagten angeschlossen und sieht in § 2 Abs. 2 Satz 1 ("der von dem Mieter ... aufzubringende Betrag wird... fixiert auf ... höchstens 60.000 DM") nicht eine Begrenzung der Investitionspflicht des Mieters, sondern der Erstattungspflicht des Beklagten. Die Revision greift diese Auslegung nicht an. Da ein materieller Rechtsfehler nicht ersichtlich ist, ist auch sie für das Revisionsgericht bindend.

2.) Aufgrund dieser Vertragsauslegung bejaht das Berufungsgericht grundsätzlich die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger die aufgewandten Kosten zu erstatten, nimmt aber an, daß dem Beklagten eine höhere Schadensersatzforderung gegen den Kläger wegen Verletzung des § 2 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages zustehe, durch deren Aufrechnung die Klageforderung erloschen sei. Es stellt dazu im einzelnen aufgrund von Zeugenaussagen und eingeholter Gutachten fest:

Die erstattungsfähigen Aufwendungen des Klägers betrugen 27.869 DM. Damit seien wertmäßig nur 26,3 % der gesamten nach dem Vertrage dem Kläger obliegenden Bauleistungen erbracht worden. Beide Parteien seien sich darüber einig gewesen, daß der gesamte Umbau weit mehr als 60.000 DM erfordern würde. Gehe man zugunsten des Klägers davon aus, daß die Kosten entsprechend den Angaben im Baugesuch im ganzen (nur) 75.000 DM betragen haben würden, so seien deshalb noch 73,7 % von 75.000 DM = 55.275 DM vom Beklagten für die Fertigstellung des Umbaus aufzuwenden. Hätte der Kläger, wozu er nach § 2 Abs. 2 Satz 2 des Vertrages verpflichtet gewesen sei, die Umbauten vollständig und fristgemäß bis zum 5. September 1959 durchgeführt, so hätte der Beklagte ihm bei Beendigung des Mietvertrages Ende 1959 insgesamt 60.000 DM erstatten müssen. Wenn man dem Kläger die von ihm aufgewandten (rd.) 28.000 DM als erstattungsfähig zubillige, so müsse aber der Beklagte nunmehr insgesamt $28\,000 + 55.275 = 83.275$ DM, mithin $(83.275 - 60.000) \Rightarrow 23.275$ DM mehr aufwenden, als wenn der Kläger seiner vertraglichen Pflicht aus § 2 Abs. 1 Satz 2 nachgekommen wäre. Diesen Betrag schulde demnach der Kläger dem Beklagten als Schadensersatz. Andererseits vermindere sich die Forderung des Klägers von 27.869 DM um $16 \times 250 = 4.000$ DM, die von September 1958 bis Dezember 1959 mit der Miete verrechnet worden seien, und um weitere 600 DM, die der Kläger unstreitig von dem Haftpflichtversicherer eines Lastwagens für die Beschädigung einer Hausecke der Fabrikhalle erhalten, aber nicht zur Ausbesserung verwandt habe. Die Forderung des Klägers von $27.869 - (4.000 + 600) = 23.269$ DM sei mithin durch die Aufrechnung mit der höheren Schadensersatzforderung des Beklagten erloschen. Die Aufrechnung sei trotz der Konkurseröffnung gemäß §§ 54, 55 Nr. 1 KO zulässig; denn die Forderung des Beklagten sei bereits

bei der Konkurseröffnung mindestens bedingt entstanden gewesen.

3.) Die Revision wendet sich mit materiellrechtlichen und Verfahrensrügen in erster Linie dagegen, daß der Kläger dem Beklagten überhaupt schadensersatzpflichtig sei.

Sie vermißt zunächst eine Begründung für ein Verschulden des Klägers als Voraussetzung seines Verzuges. Die Rüge ist unbegründet. Nach § 285 BGB wäre es Sache des Klägers gewesen, darzulegen, daß der Umbau aus Gründen nicht fertiggestellt worden ist, die der Kläger nicht zu vertreten hatte. Der Kläger hat aber dafür nichts vorgebracht.

Die Revision rügt ferner fehlerhafte Vertragsauslegung, Sie meint, es habe berücksichtigt werden müssen, daß der Beklagte durch die Verpflichtung, innerhalb eines Jahres den umfangreichen und kostspieligen Umbau fertigzustellen, ein großes und kaum abzuschätzendes Risiko übernommen habe. Wenn gleichwohl bei Nichteinhaltung der Frist die Parteien dem Beklagten in § 14 das Recht eingeräumt hätten, den Vertrag vorzeitig aufzuheben, so müsse angenommen werden, daß sie damit ihre Rechtsbeziehungen für den Fall der vorzeitigen Vertragsaufhebung abschließend geregelt, d.h. einen Schadensersatzanspruch des Beklagten vertraglich ausgeschlossen hätten. Auch diese Rüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht legt ausdrücklich (BU S. 23) den Vertrag dahin aus, § 14 stehe einem Schadensersatzanspruch des Beklagten nicht entgegen. Unter den gegebenen Umständen genügte diese Begründung. Denn einmal hatte der Kläger (Konkursverwalter) selbst sich auf die

von der Revision vertretene Vertragsauslegung nicht berufen. Eine solche Auslegung bot sich auch nicht ohne weiteres an. Vielmehr könnte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht umgekehrt die Auslegung näher liegt, der Beklagte habe, wenn er sich schon für alle Fälle vorzeitiger Vertragsaufhebung zur Erstattung der aufgewandten Baukosten verpflichtete, keinesfalls noch zusätzlich auf etwaige Schadensersatzansprüche verzichten wollen. Bei dieser Sachlage war das Berufungsgericht nicht gehalten, seine Auslegung des Vertrages in diesem Punkte näher zu begründen.

Das Berufungsgericht hat § 286 ZPO auch nicht dadurch verletzt, daß es auf die Erklärung des als Zeugen bei einer Ortsbesichtigung anwesenden Revisionsklägers nicht näher eingegangen ist, der Bau "habe in Raten durchgeführt werden sollen." Diese Erklärung war schon deshalb unbeachtlich, weil nach § 2 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages die "bauliche Umgestaltung ... längstens innerhalb eines Jahres ... zu beenden" war.

4. Die Revision rügt in zweiter Linie, das Berufungsgericht habe die erstattungsfähigen Aufwendungen des Klägers für Arbeitslohn unter Verstoß gegen §§ 286, 139 ZPO zu niedrig angesetzt.

a) Einen solchen Verstoß sieht die Revision zunächst darin, daß das Berufungsgericht bei der Ermittlung der vom Kläger aufgewandten Arbeitsstunden ohne weitere Begründung der Schätzung des Sachverständigen Li [REDACTED] gefolgt sei und sich nicht mit der wesentlich höheren Schätzung des Sachverständigen J [REDACTED] auseinandergesetzt habe. Die Rüge ist nicht begründet.

Der Sachverständige J. [REDACTED] hat im ersten Rechtszuge ein Gutachten darüber erstattet, welchen Lohnaufwand der Gemeinschuldner nach Stundenzahl und Preis annähernd gehabt habe, um die Arbeiten an der Fabrikhalle auszuführen. In seinem schriftlichen Gutachten schätzte der Sachverständige die vom Kläger aufgewandten Arbeitsstunden auf 4.757. Das Berufungsgericht beauftragte den Sachverständigen Li. [REDACTED], nachdem es ihn zu einem Ortstermin und zu einer anschließenden Zeugenvernehmung zugezogen hatte, mit der Erstattung zunächst eines schriftlichen Gutachtens darüber, welche Aufwendungen der Gemeinschuldner für die bauliche Herrichtung und den Umbau des Mietgegenstandes in handwerklich notwendigem Rahmen und in einfacher Ausführung gehabt habe. Li. [REDACTED] gelangt in seinem schriftlichen Gutachten zu einem Stundenaufwand von 2.900, wobei er allerdings 2 Positionen (Nr. 9 und Nr. 23), für die der Sachverständige J. [REDACTED] 122 Stunden angesetzt hatte, als nicht erstattungsfähig, bzw. bereits an anderer Stelle berücksichtigt, ausscheidet. Der Sachverständige Li. [REDACTED] hat in der nächsten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht sein Gutachten mündlich vorgetragen und dabei zu Vorhaltungen des Gemeinschuldners, die dieser damals als Zeuge machte, Stellung genommen. Das Berufungsgericht hat danach dem damals klagenden Konkursverwalter wie dem jetzigen Kläger hinreichend Gelegenheit gegeben, die Unterschiede in der Arbeitsstundenaufstellung durch Vorhaltungen gegenüber dem Sachverständigen Li. [REDACTED] zu klären. Es ist kein Rechtsfehler, wenn es dann - zu diesem Punkte ohne weitere Begründung - dem Sachverständigen Li. [REDACTED] gefolgt ist, den es selbst ausgewählt und selbst mündlich vernommen hatte, während von dem erstinstanzlichen Gutachter nur ein schriftliches Gutachten

vorlag. Die Unterschiede zwischen den beiden Gutachten sind auch nicht so unverhältnismäßig groß, daß deshalb das Berufungsgericht von sich aus eine weitere Klärung, etwa durch einen dritten Gutachter, hätte anstreben müssen. Läßt man im Gutachten J. die Positionen 9 und 23 fort, die der Sachverständige Li zu Recht ausgeschieden hat, so bleibt ein Stundenaufwand von 4.645 im Gutachten J. gegenüber 2.900 nach der Schätzung des Sachverständigen Li. Das ist ein Verhältnis von 160 zu 100. Das Berufungsgericht hat bei der Bewertung dieses Unterschiedes zu Recht berücksichtigt, daß nach § 2 des Vertrages nur "die handwerklich notwendigen Arbeiten" bei "einfacher Ausführung" zu erstatten waren. Es durfte sich auch aus diesem Grunde für das Gutachten des Sachverständigen Li entscheiden, dessen Gutachterauftrag insoweit - im Gegensatz zu dem des Sachverständigen J. - sachgemäß präzisiert war.

Das Berufungsgericht hat auch nicht § 286 ZPO verletzt, wenn es den vom Kläger vorgelegten Unterlagen über die angeblich aufgewandten Arbeitsstunden schon deshalb keine Beweiskraft zuerkannt hat, weil dort nicht zwischen den Arbeiten an der Fabrikhalle und gleichzeitig ausgeführten Bauarbeiten für ein Wohnhaus der Ehefrau des Klägers unterschieden sei. Der Kläger kann dadurch auch nicht unter Verletzung des § 139 ZPO überrascht worden sein, weil die Frage, ob unter den vom Kläger dem Beklagten in Rechnung gestellten Bauaufwendungen auch solche sein könnten, die nicht für das Fabrikgrundstück erbracht waren, Gegenstand sowohl der Verhandlung (vgl. beispielsweise Schriftsatz des Beklagten vom 26. Juli 1963 S. 4, Bl. 316 der GA) wie der Beweisaufnahme (vgl. beispielsweise Aussage des Zeugen A. Bl. 137 GA) war.

b) Die Revision bemängelt ferner die Höhe des vom Berufungsgericht, das auch insoweit dem Sachverständigen Li [REDACTED] folgt, zugewilligten Stundensatzes. Im Gegensatz zum Sachverständigen J [REDACTED], der unter Zugrundelegung eines damaligen Stundensatzes von 2,71 DM für einen Maurergesellen unter Zubilligung eines Unternehmerzuschlages von 75 % seiner Berechnung einen Stundensatz von 4,74 DM zugrunde legt, ist der Sachverständige Li [REDACTED] davon ausgegangen, daß die Arbeiten größtenteils in Selbsthilfe, und zwar unter maßgeblichem Einsatz der Lehrlinge des Klägers, ausgeführt worden seien. Der Sachverständige kommt dabei auf einen Durchschnittsstundensatz von brutto 2,16 DM. Zu Unrecht vermißt die Revision hier einen Unternehmerzuschlag von 75 %. Das Berufungsgericht hielt sich im Rahmen zulässiger und deshalb das Revisionsgericht bindender tatrichterlicher Würdigung, wenn es dem Kläger als Handwerker im Hinblick auf den Einsatz seiner Lehrlinge einen solchen Zuschlag nicht zugewilligt hat, sondern der Stundensatzberechnung des Sachverständigen gefolgt ist, der "für soziale Leistungen" auf den Nettostundensatz von 1,20 DM 35 % = 0,42 DM aufgeschlagen hat. Entgegen einer Revisionsrüge hat das Berufungsgericht auch nicht übersehen, daß bei den "Selbsthilfearbeiten" mit einer geringeren "Arbeitsproduktivität" zu rechnen war. Es hat deshalb - dem Sachverständigen folgend - 33 % "Zuschlag für Aufsicht, Minderleistung" schon bei der Stundensatzberechnung berücksichtigt.

5.) Die Revision rügt schließlich noch, das Berufungsgericht habe zu Unrecht von der Erstattungsforderung des Klägers 600 DM mit der Begründung abgesetzt,

dieson Betrag habe "der (Kläger) unstreitig für die Beschädigung einer Hausecke von der Haftpflichtversicherung eines für den Kläger bestimmten Lastzuges erhalten, aber nicht zur Ausbesserung des Schadens verwandt." Das Berufungsgericht hat hier nicht, wie die Revision meint, "in denkgesetzlichem Irrtum die Ersatzleistung der Versicherung mit einem nicht festgestellten Schaden gleichgesetzt und den Rahmen des § 286 ZPO verlassen"; vielmehr hat das Berufungsgericht offensichtlich den ganzen Sachverhalt, einschließlich des Schadens, als unstreitig angesehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier