

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 106/65

URTEIL

Verkündet am

25. Januar 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Paul B [REDACTED], S [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Wider-
klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED]

gegen

die Firma A [REDACTED] & Co, vormals J. A [REDACTED], offene Handels-
gesellschaft, Bauunternehmung, S [REDACTED], vertreten durch
den Gesellschafter Fritz A [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Wider-
beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 5. Mai 1965 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für den Beklagten in G [REDACTED] eine Süßmostkellerei erbaut.

Sie hatte zunächst an Hand des von dem Architekten Prof. F. [REDACTED] ausgearbeiteten Leistungsverzeichnisses am 26. August 1954 ein Angebot über insgesamt 215.732,70 DM eingereicht. Da das in Aussicht genommene Baugrundstück jedoch eine Pfahlgründung erfordert hätte, entschloß sich der Beklagte, das Gebäude auf einem höher gelegenen Platz errichten zu lassen. Am 2. Oktober 1954 begann die Klägerin mit den Arbeiten. Am 12. Oktober 1954 schlossen die Parteien den Bauvertrag, dem das Angebot der Klägerin

- 3 -

vom 26. August 1954 und die Bestimmungen der VOB zugrunde gelegt wurden.

Am 16. Dezember 1954 legte die Klägerin dem Beklagten ein neues Leistungsverzeichnis mit einem neuen Angebot vor, weil die Errichtung des Bauwerks an der anderen Stelle Änderungen der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Leistungen und zusätzliche Leistungen erforderlich mache. Hierüber kam es am 23. Dezember 1954 zu einer Besprechung der Parteien, über deren Ergebnis die Parteien verschiedener Ansicht sind. Unstreitig ist aber über die Vergütung der Erdarbeiten (Pos. 3 - 5 des Leistungsverzeichnisses vom 16. Dezember 1954) keine Einigung erzielt worden.

Die Klägerin hat an restlichem Werklohn 35.861,94 DM nebst Zinsen - abzüglich von dem Beklagten während des Rechtsstreits unter Vorbehalt der Abrechnung gezahlter 15.000 DM und eines von ihr fallen gelassenen Betrags von 341,50 DM - eingeklagt.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 26.300,57 DM nebst Zinsen abzüglich der gezahlten 15.000 DM entsprochen.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte volle Abweisung der Klage und widerklagend Rückzahlung der von ihm gezahlten 15.000 DM nebst Zinsen verlangt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine im Berufungsverfahren gestellten Anträge weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:I. Die Erdarbeiten

Hierfür hat das Berufungsgericht der Klägerin einen Werklohn von insgesamt 26.300,57 DM zuerkannt. Es geht von der Vereinbarung der Parteien bei Abschluß des Bauvertrags vom 12. Oktober 1954 aus, wonach unter Zugrundelegung einer Transportstrecke von 1 km für Aushub und Abfuhr 3,-- DM/m³ gezahlt werden sollten. Die Klägerin kann jedoch nach seiner Ansicht für 3.841 m³, die sie an die 2,4 km entfernte Kippstelle Bahnhof G [REDACTED] abgefahren hat, einen Zuschlag von 1,-- DM/m³ verlangen. Der Transport zu der entfernteren Stelle sei nötig gewesen, weil die Gemeinde G [REDACTED] ihren Auffüllplatz gesperrt hatte.

1.) Die Behauptung des Beklagten, er habe der Klägerin eine in der Nähe der Baustelle, unmittelbar an der Bundesstraße gelegene Wiese zum Auffüllen angeboten, hält es nicht für erwiesen. Dessen Antrag in der letzten mündlichen Verhandlung vom 7. April 1965, seinen Architekten Prof. F [REDACTED] als Zeugen hierüber zu vernehmen, hat es gemäß § 529 ZPO nicht zugelassen. Daß der Beklagte ihn weder in der Berufungsbegründung noch spätestens im Schriftsatz vom 11. Februar 1965 gestellt habe, sei, so führt es aus, eine grobe Nachlässigkeit; durch die Beweiserhebung wäre die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden.

a) Die Rüge der Revision, der Rechtsstreit würde keine Verzögerung erfahren haben, wenn das Berufungsgericht im Verkündungstermin vom 5. Mai 1965 den Zeugen

vernommen und alsdann das Urteil verkündet hätte, ist nicht gerechtfertigt.

Daß die Erledigung des Rechtsstreits durch die Vernehmung des Zeugen verzögert worden wäre, stellt das Berufungsgericht fest. Das brauchte es nicht näher zu begründen, denn es ergibt sich aus den Umständen. Am 5. Mai 1965 sollte lediglich das Urteil verkündet werden. Eine Beweisaufnahme mit nochmaliger mündlicher Verhandlung und anschließender Beratung hätte naturgemäß weitere Zeit in Anspruch genommen. Daß diese Zeit in der Sitzung vom 5. Mai 1965 zur Verfügung gestanden habe, kann die Revision nicht behaupten. Der Beklagte hätte keinen Anspruch darauf gehabt, daß das Berufungsgericht unter Zurücksetzung anderer Rechtsstreitigkeiten seinen Rechtsstreit bevorzugt entschied. Außerdem hatte sich das Berufungsgericht nicht in der Lage gesehen, im Anschluß an die mündliche Verhandlung vom 7. April 1965 das Urteil zu erlassen; für den Fall einer Beweisaufnahme mit mündlicher Verhandlung am 5. Mai 1965 muß daher das gleiche angenommen werden.

b) Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 7. April 1965 nach der informatorischen Befragung des Zeugen Stumpp nicht mehr auf der Vernehmung des Inhabers der Klägerin bestanden hat, von dem er auch nicht behaupten konnte, daß er überhaupt mit ihm über die Wiese gesprochen habe. Dann aber durfte das Berufungsgericht den Antrag auf Parteivernehmung als überholt ansehen.

2.) Das Berufungsgericht hält den Zuschlag von 1,-- DM/m³ wegen der weiteren Abfuhrstrecke gemäß § 2

Ziff. 3 VOB (B) für gerechtfertigt; es verweist auf die Ausführungen hierzu im landgerichtlichen Urteil (Bl. 22).

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht den Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründung (Bl. 17) berücksichtigt, die Erde habe sich von dem höher gelegenen Bauplatz wesentlich leichter abfahren lassen, weil er nur 20 m von der Bundesstraße entfernt sei.

a) Diese Rüge ist unbegründet. Als die Parteien den Preis von 3,-- DM/m³ vereinbarten (vgl. Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 12. Oktober 1954), hatte sich der Beklagte nicht nur bereits für den höher gelegenen Bauplatz entschieden, sondern die Klägerin auch schon seit dem 2. Oktober 1954 die Arbeiten dort aufgenommen (BU S. 3).

b) Es kann dahinstehen, ob die längere Abfuhrstrecke, wie die Vorinstanzen meinen, als Änderung der auszuführenden "Mengen" i.S. des § 2 Ziff. 3 VOB (B) anzusehen ist, oder ob man darin eine Änderung der "Preisgrundlagen" i.S. des § 2 Ziff. 5 VOB (B) zu erblicken hat (der Preis von 3,-- DM/m³ war für eine Strecke von 1 km bestimmt (BU S. 35)), oder ob die Klägerin insoweit eine im Vertrag ursprünglich überhaupt nicht vorgesehene Leistung erbracht hat. In allen diesen Fällen ist mangels einer Vereinbarung der Parteien der Preis gemäß §§ 316, 315 BGB vom Gericht nach billigem Ermessen zu bestimmen. Dabei sind die Mehr- und Minderkosten zu berücksichtigen (BGH VII ZR 223/62 vom 1. Oktober 1964). Es spricht nichts dafür, daß das Berufungsgericht die nahe Lage des Baugrundstücks zur Bundesstraße nicht berücksichtigt hätte, als es sich den Ausführungen des Landgerichts anschloß.

3.) Dem Einwand des Beklagten, die Klägerin habe es zu vertreten, daß sie die Erde nicht auf den Auffüllplatz in G [REDACTED] habe abfahren können, weil sie nicht sofort nach Vertragsschluß mit den Erdarbeiten begonnen habe, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Es stellt fest, die Klägerin habe erst nach Feststellung der statischen Berechnung und der Einzelpläne im November 1954 mit dem Aushub der Fundamente beginnen können.

Der Beklagte meint, es sei nicht einzusehen, warum für die Erdarbeiten die statische Berechnung und die Einzelpläne hätten vorliegen müssen. Damit kann er jedoch im Revisionsverfahren nicht mehr gehört werden. Der Behauptung der Klägerin im Schriftsatz vom 5. Oktober 1964 (Bl. 3), die Fundamentpläne hätten vor Beginn der Arbeiten vorliegen müssen, sie hätten aber erst nach Vorliegen der statischen Berechnung entworfen werden können, ist der Beklagte nicht entgegengetreten; jedenfalls weist das die Revision nicht nach.

II. Die Geschäftsgrundlage

Die Klägerin hat nach dem von ihr entworfenen - zweiten - Leistungsverzeichnis und Angebot vom 16. Dezember 1954 abgerechnet.

Der Beklagte hält das erste Angebot der Klägerin vom 26. August 1954 für maßgebend und will nur darin nicht vorgesehen gewesene Mehrleistungen nach dem zweiten Angebot bezahlen. Zumindest hat nach seiner Meinung die Geschäftsgrundlage der Vereinbarung vom 23. Dezember 1964 gefehlt, denn man sei irrtümlich davon ausgegangen, das zweite Leistungsverzeichnis und Angebot sei

durch andere Bodenverhältnisse des höher gelegenen Bauplatzes notwendig geworden, was aber nicht zutreffe.

Das Berufungsgericht hält mit dem Landgericht für erwiesen, daß sich der Beklagte bei der Besprechung vom 23. Dezember 1954, an der er mit seinem Architekten und dessen Bauführer teilgenommen habe, auf das zweite Leistungsverzeichnis als Auftragsgrundlage geeinigt habe. Es stellt weiter fest, es hätten sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Beklagte - auch für die Klägerin erkennbar - seine Annahme, die Preise seien gleich und die Mehrleistungen würden durch die Standortänderung verursacht, zur Grundlage der Vereinbarung gemacht habe.

1.) Damit hat das Berufungsgericht die tatsächlichen Voraussetzungen verneint, unter denen der Beklagte aus einem Fehlen der Geschäftsgrundlage Rechte herleiten könnte. Das Revisionsgericht muß aber von dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt ausgehen, sofern ihm kein gerügter Verfahrensfehler zugrunde liegt. Das ist aber nicht der Fall. Zwar beruft sich die Revision auf die Aussagen der Zeugen St. [REDACTED] und Fe. [REDACTED], die das Berufungsgericht nicht beachtet habe. Gegen eine so unbestimmte Revisionsrüge bestehen an sich schon Bedenken. Der Bekundung des Zeugen Fe. [REDACTED] kann zudem überhaupt nichts Einschlägiges entnommen werden. Die Aussage des Zeugen St. [REDACTED] ergibt aber, was auch das Berufungsgericht betont, daß der Architekt F. [REDACTED] der Beklagten alle Einzelheiten des Leistungsverzeichnisses vom 16. Dezember 1954 geprüft und darin dem Beklagten geraten hat, sich damit einverstanden zu erklären. Bei dieser Sachlage ist nicht zu ersehen, inwiefern beide Parteien übereinstim-

mend bei der am 23. Dezember 1954 getroffenen Vereinbarung von unrichtigen Vorstellungen ausgegangen waren oder wenigstens die Klägerin erkannt hätte oder es für sie erkennbar gewesen wäre, daß der von seinem Architekten beratene Beklagte sich in einem Irrtum befunden habe. Gerade das will das Berufungsgericht ausschließen mit der Feststellung, der Beklagte habe - in Gegenwart der Vertreter der Klägerin - dem neuen Leistungsverzeichnis deshalb zugestimmt, weil ihm sein Architekt das empfohlen habe.

2.) Das Gesagte gilt auch für den im zweiten Leistungsverzeichnis vorgesehenen Zuschlag für Beton B 160 statt B 120. Die Zuschlagsposition 18 a für B 160 betrifft die gleiche Menge (195 m^3) wie Position 18 für B 120; das gleiche gilt für die Zuschlagsposition 21 a für B 160, die ca. 330 m^3 umfassen sollte, was der Summe der in Positionen 19, 20, 20a und 21 vorgesehenen Betonmengen B 120 gleichkommt.

Auf die Ausführungen in der Revisionsbegründung unter III braucht nicht weiter eingegangen zu werden, da sie vom Fehlen der Geschäftsgrundlage ausgehen.

3.) Der Beklagte verlangt aber, daß durch Änderung der Dachkonstruktion (Quer- statt Längsträger) entstandene Mehrkosten von 10.000 DM von der Rechnung der Klägerin abgesetzt werden, mit der Begründung, die Klägerin habe sich zwar die Konstruktionsfreiheit vorbehalten, durch eine Konstruktionsänderung bedingte Mehrkosten hätten nicht zu seinen Lasten gehen dürfen.

Die Ansicht der Revision, dieses Vorbringen des Beklagten habe das Berufungsgericht nicht behandelt, ist

unzutreffend. Das Berufungsgericht hat sich hiermit im angefochtenen Urteil (Bl. 43/44 und 45/46) befaßt. Es hält nicht für erwiesen, daß die Ingenieure der Klägerin insoweit im Architekten des Beklagten einen Irrtum verursacht oder diesen gar getäuscht haben, und es stellt fest, daß die Konstruktionsänderung mit Wissen des Architekten gewählt worden ist. Dem von der Revision angeführten Schreiben der Kläger an den Architekten vom 26. August 1954 brauchte es nicht zu entnehmen, daß sich der Beklagte vorbehalten hatte, eine Änderung der Deckenkonstruktion dürfe keine Mehrkosten verursachen.

III. Das Notdach

Einen Anspruch des Beklagten auf Erstattung von 15.000 DM Kosten für das Notdach über der Kellerdecke verneint das Berufungsgericht. Es könne dahinstehen, so führt es aus, ob das inzwischen als unrichtig erwiesene Gutachten der Materialprüfungsanstalt vom 30. Oktober 1956 den Statiker veranlaßt habe, das Weiterbauen zu untersagen. Das unrichtige Ergebnis des ersten Gutachtens sei allein auf den damals noch zu hohen Feuchtigkeitsgehalt des Betons zurückzuführen, wodurch das verwendete Kugelschlaggerät zu tiefe Eindrücke bewirkt habe. Die Verwendung vertragswidrigen Materials für die Untergeschoßaußenwände scheide als Ursache des falschen Gutachtens aus.

1.) In der Revisionsbegründung sind die vorstehenden Gründe des Berufungsurteils unrichtig wiedergegeben; insoweit braucht hierauf nicht eingegangen zu werden.

2.) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß das Weiterbauen untersagt wurde, weil der Statiker eine aus-

reichende Standfestigkeit der Außenwände nicht für gewährleistet hielt. Die in der Berufungsbegründung (Bl. 6) von dem Beklagten hierfür benannten Zeugen brauchte es deshalb nicht zu vernehmen. Weil die Annahme des Statikers nach dem späteren Gutachten der Materialprüfungsanstalt vom 3. Oktober 1962 in Wahrheit unrichtig war, ist eine Schadensersatzpflicht der Klägerin nicht gegeben.

IV.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt