

Nachschlagewerk: ja

2110 083

BGHZ: ja nein

BGB §§ 119, 633 ff

Der Irrtum über eine Eigenschaft der Person des Vertrags-
gegners rechtfertigt nicht die Anfechtung wegen Irrtums,
wenn diese Eigenschaft erst aus dem Inhalt der erbrachten
Leistung hervorgeht.

BGB §§ 675, 611, 631

Die Vereinbarung über die Erstattung eines Gutachtens durch
einen Diplomingenieur ist in der Regel kein Dienst-, sondern
ein Werkvertrag.

BGH, Urt. v. 8. Dezember 1966 - VII ZR 114/64 - OLG Celle
LG Stade

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 114/64

URTEIL

Verkündet am
8. Dezember 1966
Horn,
Justizhauptssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Johann F [REDACTED], B [REDACTED], Carl-
Hermann-R [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Architekten Fritz Otto S [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],
M [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 21. Februar 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Im Sommer 1959 ließ die Stadt B[REDACTED] eine Kanalisation anlegen. Der Beklagte war der Meinung, daß ein ihm gehöriges Hausgrundstück durch diese Arbeiten geschädigt wurde, und erwirkte eine einstweilige Verfügung, durch die der bauausführenden Firma die Weiterarbeit untersagt wurde. Diese Firma legte gegen das Urteil Berufung ein.

Der Beklagte beauftragte nunmehr den Kläger, über die Schäden sowie über andere zweckmäßigere Wasserhaltungsmethoden ein Gutachten zu erstatten und es in der

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht zu vertreten.

Der Kläger händigte dem Beklagten seine Gutachten am 15. und 18. September 1959 aus und sandte ihm zugleich seine Gebührenrechnung, die mit einem Betrage von 14.890 DM schloß. Er hat diesen Betrag nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte verweigert jede Zahlung. Er hat den Vertrag mit dem Kläger wegen arglistiger Täuschung und Irrtums angefochten. Ferner macht er geltend, die Gutachten seien mangelhaft und unbrauchbar.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision macht geltend, der erkennende Senat des Berufungsgerichts sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen. Ihre in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind jedoch unbegründet.

1.) Es ist nicht richtig, daß dem 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zu dem maßgebenden Zeitpunkt mehr Richt

angehört haben, als zulässig gewesen ist.

a) Nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten vom 20. Juli 1965 war dieser Senat am 7. Februar 1964, dem Tage der letzten mündlichen Verhandlung, mit 1 Senatspräsidenten, 3 Oberlandesgerichtsräten und 1 Landgerichtsrat als Hilfsrichter besetzt. Das ist nicht zu beanstanden, wenn das Präsidium der Ansicht ist, daß die anfallenden Geschäfte bei geringerer Zuteilung nicht ordnungsmäßig erledigt werden können (BVerfGE 17, 294; 18, 65 und 344). Dafür, daß dessen EntschlieÙung vorliegend nicht sachgemäß gewesen wäre, fehlt es an jedem Anhalt.

b) Gemäß der im Februar 1964 gültigen Fassung des § 69 GVG stand es im Ermessen des Vorsitzenden, wie er die Geschäfte auf die einzelnen Mitglieder des Senats verteilte; das galt auch für einen in noch zulässigem Maße überbesetzten Spruchkörper.

Ob sich auf diese Weise verschiedene Möglichkeiten für die Zusammensetzung ergeben konnten, war unerheblich, solange der Vorsitzende die Zuteilung nach sachlichen Gesichtspunkten vornahm. Die Revision hat nichts dafür vorgebracht, daß er hier gegen die ihm danach obliegenden Aufgaben verstoßen habe (vgl. insoweit auch BVerfGE 18, 344).

2.) Ebenso wenig kann sich die Revision darauf berufen, daß der ordentliche Vorsitzende in zu geringem Umfange bei Erledigung der anfallenden Geschäfte mitgewirkt habe.

a) Am 7. Februar 1964 war er durch seine Tätigkeit als Vorsitzender des Justizprüfungsamts verhindert, wie der

Oberlandesgerichtspräsident auf Anfrage mitgeteilt hat.

b) Allerdings hat Senatspräsident Gaaz an der Spruchfähigkeit des 4. Zivilsenats in den Jahren 1963 und 1964 zu einem Satz von weniger als 50 % teilgenommen (vgl. seine Äußerung vom 4. Juli 1965 und die des Oberlandesgerichtspräsidenten vom 10. Januar 1966).

Das ist aber nicht allein ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, ob er insgesamt mehr als 75 % der anfallenden Arbeiten selbst erledigt hat (BGHZ 37, 210, 216 ff). Das war nach seiner und des Oberlandesgerichtspräsidenten Schätzung der Fall. Der erkennende Senat hat keinen Anlaß, an deren Richtigkeit zu zweifeln.

3.) An der angefochtenen Entscheidung hat Landgerichtsrat M. als Hilfsrichter mitgewirkt. Die Revision rügt, daß dies unzulässig gewesen sei. Die vom Senat angestellten Ermittlungen ergeben dies jedoch nicht.

a) Landgerichtsrat M. wurde durch Verfügung vom 12. November 1963 zum Oberlandesgericht einberufen, und zwar aus Anlaß der Erkrankung des dem 4. Zivilsenat angehörigen Oberlandesgerichtsrats B. Als dieser am 1. Februar 1964 seine Dienstgeschäfte wieder aufnahm (und zugleich dem 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zugeteilt wurde), wurde Landgerichtsrat M. nunmehr haushaltsmäßig als Krankheitsvertreter für den Vorsitzenden des 8. Zivilsenats, Senatspräsidenten Dr. v. W., geführt.

Dem 4. Zivilsenat hat das Präsidium den Landgerichtsrat M. aber mit Wirkung vom 1. Dezember 1963 nicht als Krankheitsvertreter, sondern als Nachfolger des

27

bis dahin in diesem Senat tätig gewesenen Landgerichtsrats M[REDACTED] zugeteilt; dieser war im 4. Zivilsenat seit dem 26. März 1963 wegen dessen vorübergehender Belastung eingesetzt worden. Demgemäß gehörte Landgerichtsrat M[REDACTED] diesem Senat aus dem gleichen Grunde an.

Gegen ein solches Vorgehen bestehen keine Bedenken. Den wegen der Erkrankung eines ordentlichen Gerichtsmitgliedes einberufenen Hilfsrichter brauchte das Präsidium nicht dem Spruchkörper zuzuweisen, dem der verhinderte Richter angehörte. Es kann, wie das auch hier geschehen ist, die Krankheitslücke durch Zuweisung eines der ordentlichen Mitglieder des Gerichts schließen und die Hilfsrichter anderweit einsetzen, wo ein begründetes Bedürfnis besteht. Notwendig ist nur, daß die Einberufung des Hilfsrichters als solche gerechtfertigt ist (Urt. d. Bundesgerichtshofs v. 14. Juni 1966 - VI ZR 279/64).

b) In dieser Richtung bestehen keine Bedenken. Nach den eingeholten Auskünften waren beim Oberlandesgericht Celle im Jahre 1963 bei 54 Planstellen 8 Hilfsrichter, und im Jahre 1964 bei 56 Planstellen 12 Hilfsrichter tätig. Davon waren wegen vorübergehenden Geschäftsandrangs im Jahre 1963 insgesamt 8 und im Jahre 1964 insgesamt 6 Hilfsrichter einberufen worden.

Berücksichtigt man, daß ein erheblicher Teil dieser Hilfsrichter wegen der vorübergehenden Anhäufung von Entschädigungs- und Rückerstattungssachen herangezogen worden ist, die nicht als Daueraufgaben anzusehen sind (BGH NJW 1966, 352), und daß bei dem Berufungsgericht im Jahre

1964 3 neue Planstellen geschaffen wurden, so ist nicht dargetan, daß die Zahl der wegen Geschäftsan-
drangs einberufenen Hilfsrichter das zulässige Maß
überschritten hat.

B.

Das angefochtene Urteil ist aber auf die
Sachrüge aufzuheben.

I.

Allerdings greift die vom Beklagten mit Schrei-
ben vom 25. September 1959 ausgesprochene Anfechtung
wegen arglistiger Täuschung nicht durch.

1.) Die arglistige Täuschung hatte er darin er-
blickt, daß sich der Kläger der Wahrheit zuwider als Diplom-
ingenieur ausgegeben habe.

Auf Grund der Beweisaufnahme hat der Beklagte je-
doch, wie das Berufungsgericht feststellt, zugestanden,
daß der Kläger diesen akademischen Grad an der Tech-
nischen Hochschule in Danzig erworben hatte. Er hat die
Anfechtung nunmehr darauf gestützt, daß der Kläger den
Nachweis der Erteilung des Diploms nicht führen konnte
und dies verschwiegen habe.

Das Oberlandesgericht hält dieses Vorbringen für
ungeeignet, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung
zu begründen. Es sei, so führt es aus, ungewöhnlich, von
einem freiberuflichen Diplomingenieur zu erwarten, daß
er jederzeit den Nachweis der Diplomvorleihung auf der

Stelle erbringen könne; dem Kläger habe deswegen keine Offenbarungspflicht obgelegen.

Diese Beurteilung entspricht der Lebenserfahrung und ist rechtlich nicht zu beanstanden. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man mit der Entscheidung BGHSt 14, 223 annimmt, daß der Kläger vorübergehend nicht befugt gewesen ist, den Diplom-Grad zu führen, weil er nicht mehr im Besitz der Urkunde war; denn es fehlt an jedem Anhalt und auch an einer entsprechenden Behauptung des Beklagten in den Tatsacheninstanzen dafür, daß sich der Kläger dessen bewußt gewesen ist. Für die ihm übertragenen Aufgaben kam es, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, auf sein fachliches Können sowie darauf an, ob er ein mit Erfolg examinierter Vollakademiker auf dem Fachgebiet war, um das es sich hier handelte. Diese Voraussetzungen waren gegeben.

2.) Die Revision führt noch weitere Umstände an, die dem Beklagten unbekannt gewesen sein und die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung begründen sollen. Sie kann auch hiermit nicht durchdringen.

a) Der Beklagte habe, so macht sie geltend, behauptet und unter Beweis gestellt, daß der Kläger bei dem Bund Deutscher Architekten in Hamburg "den denkbar schlechtesten Ruf" genieße und bei dem "Pro Honore Verein für Treu und Glauben" unter den Firmen geführt worden sei, vor denen gewarnt werde.

Nicht behauptet hatte der Beklagte, daß der Kläger das gewußt habe; schon aus diesem Grunde entfällt insoweit die Annahme einer arglistigen Täuschung. Abge-

sehen hiervon fehlt es an einem zulässigen Beweisantrag; zu einer Befragung des durch einen Rechtsanwalt vertretenen Beklagten hatte das Oberlandesgericht keinen Anlaß.

b) Die Behauptung des Beklagten, der Kläger genieße in Hamburg auch sonst einen schlechten Ruf, er sei wegen seiner Fehlleistungen und überhöhten Honorarforderungen laufend in Prozesse verwickelt gewesen, ist so allgemein gehalten, daß sich ein Eingehen darauf erübrigt.

Abgesehen hiervon ist nicht zu erkennen, inwiefern der Kläger insoweit eine Offenbarungspflicht verletzt haben soll.

c) Die Revision verweist ferner auf den Beweisantritt des Beklagten darüber, daß der Diplomingenieur Ho [REDACTED] die Ansicht vortreten habe, das Gutachten des Klägers ergebe, daß er nicht sachverständig sei.

Hiermit ließ sich der Beweis nicht führen, der Kläger habe den Beklagten über eine in Wirklichkeit nicht vorhandene Sachkunde arglistig getäuscht.

d) Entgegen den Ausführungen der Revision sind die Akten 93 Js 2710/59 der Staatsanwaltschaft und 73 O 307/ des Landgerichts Hamburg vom Berufungsgericht nicht als Beiakten verwertet worden. Der daraus entnommene Vortrag ist somit neu und kann in der Revisionsinstanz nicht beachtet werden (§ 561 ZPO).

Soweit der Inhalt dieser Akten S. 8 des Schriftsatzes vom 24. November 1960 und S. 14 und 16 des Schrift-

satzes vom 9. Oktober 1961 wiedergegeben wird, ist er nicht geeignet, eine Offenbarungspflicht des Klägers und damit eine arglistige Täuschung darzutun. Dasselbe gilt für die Behauptung, der Kläger habe schon früher einmal eine unrichtige Taxe abgegeben.

II.

In dem erwähnten Schreiben vom 25. September 1959 hat der Kläger den Vortrag auch wegen Irrtums angefochten. Er hat diese Anfechtung darauf gestützt, daß der Kläger nicht sachkundig gewesen sei, daß er nicht das Recht gehabt habe, sich Diplomingenieur zu nennen, daß er schlecht beleumundet gewesen sei und in anderer Sache eine unrichtige eidesstattliche Versicherung abgegeben habe.

Das Berufungsgericht hält auch diese Anfechtung für unbegründet, ohne sich damit zu befassen, ob sie bei dem von ihm angenommenen Dienstvertrag überhaupt zulässig ist (vgl. hierzu Staudinger-Nipperdey, 11. Aufl., § 611 Rdn. 96).

57 Eines Eingehens auf diese Frage der Zulässigkeit bedarf es nicht. Denn es handelt sich, wie noch darzutun ist, nicht um einen Dienst-, sondern um einen Werkvertrag, für den solche Beschränkungen jedenfalls nicht galten. Das Berufungsgericht hat also die Anfechtungsgründe mit Recht geprüft. Seine Ausführungen hierzu lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

1.) Die Frage, ob der Kläger infolge Verlustes der Verleihungsurkunde vorübergehend nicht befugt war, sich

Diplomingenieur zu nennen, ist für die Entscheidung unerheblich. Das Oberlandesgericht hebt zutreffend hervor, daß es nur darauf ankommt, ob er auf dem hier in Betracht kommenden Fachgebiet sein Diplomexamen abgelegt hatte; das war der Fall.

2.) Mangelnde Sachkunde eines Gutachters kann allerdings als Irrtum über eine Eigenschaft seiner Person angesehen werden (RGZ 62, 282, 284 f).

Das berechtigt aber nicht zur Anfechtung wegen Irrtums, wenn diese Eigenschaft erst aus dem Inhalt der erbrachten Leistung hervorgeht. Wie das Reichsgericht aaO zutreffend ausführt, sind dann allein die Bestimmungen über die Folgen einer vertragswidrigen Nichterfüllung anzuwenden (vgl. auch BGHZ 16, 54, 57).

3.) Die etwa fehlende Vertrauenswürdigkeit des Klägers und seine etwaige Zahlungsunfähigkeit hält das Berufungsgericht für keine Anfechtungsgründe i.S. des § 119 BGB. Es nimmt an, daß es sich insoweit nicht um Umstände handelt, die mit dem Vertrag in unmittelbarer Beziehung standen und dessen Erfüllbarkeit beeinträchtigten (vgl. RGRK § 119 BGB, Anm. 25 und 26).

Ob dem in allem zuzustimmen ist, kann dahinstehen. Denn die Behauptungen des Beklagten und seine Beweisantritte hierzu sind zu unbestimmt, um daraus auf Eigenschaften des Klägers schließen zu können. In Betracht käme nach Lage des Falles höchstens die ihm vorgeworfene erfolglose Anstiftung zur Abgabe einer unrichtigen eidesstattlichen Versicherung (§ 159 StGB).

Der Beklagte führt aber insoweit selbst an, daß die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen Geringfügigkeit eingestellt hat (S. 8 d. Schrifts. v. 24. November 1960); es hat sich also um keinen Vorfall gehandelt, der Rückschlüsse auf dem Kläger anhaftende Eigenschaften zuläßt.

4.) Unter diesen Umständen bedarf es keiner Erörterung, ob die Anfechtung wegen Irrtums zu allen Punkten überhaupt rechtzeitig erklärt worden ist (vgl. dazu BGH NJW 1966, 39).

III.

Das Berufungsgericht hält das zwischen den Parteien geschlossene Abkommen für einen Dienstvertrag. Die Vergütung habe der Kläger, so führt es aus, nach der Gebührenordnung für Ingenieure (G.O.I.) als Taxe i.S. des § 612 BGB zu beanspruchen. Für diese Forderung sei es bedeutungslos, welche Qualität die geleisteten Dienste gehabt hätten. Das gelte auch dann, wenn man die Anfechtung in eine Kündigung gemäß dem § 627 Abs. 1 BGB umdeute; denn die Voraussetzungen des § 628 Abs. 1 S. 2 BGB (mangelndes Interesse des Klägers an den geleisteten Diensten) lägen nicht vor.

Der Senat vermag dem nicht zuzustimmen.

1.) Das Berufungsgericht hat zunächst übersehen, daß die schlechte "Qualität" einer Dienstleistung als eine zum Schadensersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung gewertet werden kann (§ 276 BGB). Der

Beklagte hatte behauptet, daß ihm ein solcher Schaden entstanden sei, weil er wegen der Fehler, die der Leistung des Klägers anhafteten, ein anderes Gutachten habe besorgen und bezahlen müssen.

2.) Auf das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis sind aber auch die Vorschriften über den Dienstvertrag garnicht anwendbar.

Nach den Feststellungen S. 2 des angefochtenen Urteils hatte der Beklagte den Kläger beauftragt, sich über bestimmte Punkte gutachtlich zu äußern und dieses Gutachten in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht zu vertreten.

a) Das Abkommen über die Erstattung eines solchen Gutachtens ist, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, ein Werk- und kein Dienstvertrag; die Entscheidung RGZ 88, 223 ff, auf die es sich beruft, hat es mißverstanden.

Beim Dienstvertrag wird eine Tätigkeit als solche geschuldet, beim Werkvertrag dagegen der Erfolg. Demgemäß trägt bei letzterem der Unternehmer die Gefahr und hat in der Regel einen Vergütungsanspruch nur bei Ablieferung des Arbeitsergebnisses, während beim Dienstvertrag bereits das Tätigwerden den Leistungsinhalt darstellt.

Im vorliegenden Falle kam es dem Beklagten darauf an, die Gutachten des Gegners zu widerlegen und das eigene des Büros Agatz "zu untermauern". Dazu bedurfte er eines schriftlichen Gutachtens, das er in dem Ver-

fahren über die einstweilige Verfügung dem Gericht zur Glaubhaftmachung seiner Behauptungen vorlegen konnte. Mit der Tätigkeit des Klägers für sich allein war ihm also nicht gedient, sondern nur mit dem Ergebnis seiner Arbeit, also dem schriftlichen Gutachten. Das war somit die vom Kläger geschuldete Leistung und damit der Erfolg i.S. des § 631 BGB.

Die Rechtslage entspricht weitgehend der beim Anwaltsvertrag. Dieser ist zwar regelmäßig als Dienstvertrag anzusehen. Hat er aber nur die Erstattung eines Gutachtens zum Inhalt, so ist er, wenn nicht ganz besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen sollten, ein Werkvertrag; das ist in Rechtsprechung und Schrifttum nahezu unstreitig (u.a. BGH NJW 1965, 106 mit Nachw.; Staudinger, 11. Aufl. vor § 61² Rdn. 199; Riedel-Cordes-Sussbauer, BRAGebO, 2. Aufl., § 1 Anm. 3 und § 21 Anm. 5, A.A., soweit ersichtlich, nur Gerold BRAGebO § 1 Anm. 10).

b) Nun hatte der Kläger allerdings auch den Auftrag, das Gutachten in der Vorhandlung zu vertreten. Hierbei kam es allein auf sein Tätigwerden an, so daß insoweit die Leistung von Diensten geschuldet wurde.

Dieser Teil trat aber gegenüber der Erstattung des schriftlichen Gutachtens in den Hintergrund. Das eigentliche Beweismittel im Verfahren über die einstweilige Verfügung war die Urkunde, die dem Gericht und dem Gegner vorgelegt werden sollte; ob es deren Auslegung bedurfte und ob das Gericht den Kläger dazu hören würde, stand dahin.

Unter solchen Umständen war das vorgesehene bloße Tätigwerden des Klägers, zu dem es im übrigen nicht gekommen ist, nicht geeignet, dem Gesamtabkommen den Charakter des Werkvertrags zu nehmen.

c) Gemäß den §§ 633 ff BGB haftete der Kläger dem Beklagten für die Mängelfreiheit des Gutachtens.

Der Beklagte hatte S. 6/7 seines Schriftsatzes vom 29. Januar 1964 behauptet, dieses Gutachten sei unbrauchbar gewesen, und sich zum Beweis hierfür auf das Gutachten des Ingenieurs Ho[REDACTED] berufen. Er hatte ferner im Zusammenhang mit der von ihm erklärten Anfechtung auf bestimmte Mängel des vom Kläger erstatteten Gutachtens verwiesen.

Das Berufungsgericht hat sich hiermit infolge seines vom Senat nicht gebilligten Rechtsstandpunkts unzureichend oder garnicht befaßt. Das Urteil muß deswegen aufgehoben und die Sache zur neuen Prüfung zurückverwiesen werden. Denn auch schlechte "Qualität", die das Oberlandesgericht unterstellt, kann als Fehler i. S. des § 633 BGB in Betracht kommen und z.B. ein Wandlungsbegehren gemäß § 634 BGB rechtfertigen.

Bei der Entscheidung wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß die G.O.I. keine Taxe i.S. der §§ 612 und 632 BGB ist. Sie kann aber möglicherweise zur Bestimmung der üblichen Vergütung heranzuziehen sein.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt