

45

BUNDESGERICHTSHOF

2080 078

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 118/64

URTEIL

Verkündet am

10. Februar 1966
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtstreit

des Landwirts Herbert W [REDACTED], I [REDACTED] Kr. H [REDACTED],

Beklagten, Widorklägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Wilhelm R [REDACTED], Bad D [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. vom 20. März 1964 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1957 baute der Kläger auf einem dem Beklagten und dessen Ehefrau gehörenden Grundstück in I [REDACTED] ein Haus. Während der Bauausführung wurden ihm vom Architekten D [REDACTED] des Beklagten in erheblichem Umfang zusätzliche Arbeiten übertragen.

Über die im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Arbeiten erteilte der Kläger die "Endabrechnung" vom 31. Dezember 1957 über 18.208,58 DM. Der Architekt D [REDACTED] gelangte nach Rechnungsprüfung auf einen Gesamtbetrag von 17.543,67 DM. Diesen hat der Beklagte mit 101,98 DM überzahlt.

- 3 -

Für die zusätzlich ausgeführten Arbeiten stellte der Kläger eine weitere Rechnung vom 31. Dezember 1957 über 4.284,69 DM aus, in der er die einzelnen Leistungen nach Material und Stundenlohn berechnete. Der Architekt lehnte die Prüfung dieser Rechnung ab, weil er keine Tagelohnarbeiten genehmigt und die Stundenlohnzettel nicht unterschrieben habe.

Der Kläger hat 6.173,78 DM nebst Zinsen eingeklagt. Auf Verlangen des Landgerichts hat er für die zusätzlichen Arbeiten eine andere Rechnung (Nachtragsrechnung) über insgesamt 6.275,76 DM eingereicht, die zu jeder Position die Massenangabe enthält.

Der Beklagte hat die Berechtigung der Klageforderung bestritten und hilfsweise mit einer Schadensersatzforderung über 800 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat unter Berücksichtigung der vom Beklagten überzahlten 101,98 DM der Klage in Höhe von 5.454,96 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung hat es für unbegründet erachtet.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt und Widerklage erhoben auf Zahlung von 1.861,20 DM nebst Zinsen.

Das Oberlandesgericht hat der Klage nur in Höhe von 4.801,92 DM nebst Zinsen entsprochen; die Widerklage hat es abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage und verfolgt er die Widerklage weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Der Beklagte hat im Berufungsverfahren (Schriftsatz vom 11. Februar 1964) behauptet, der Kläger habe vor etwa 3 Jahren sein Baugeschäft mit allen Aktiven und Passiven auf seine Ehefrau übertragen und deshalb stehe ihm die Klageforderung nicht zu.

Das Berufungsgericht hat den Kläger hierüber in der mündlichen Verhandlung vernommen. Es folgt seiner Darstellung, daß er nach wie vor Inhaber des Baugeschäfts und Gläubiger der geltend gemachten Forderung sei.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte den Kläger gemäß dem Antrag des Beklagten eidlich vernehmen müssen, ist unbegründet.

Es stand im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts, ob es eine Beoidigung des Klägers für erforderlich hielt. Daß ihm bei der Ausübung dieses Ermessens Rechtsfehler unterlaufen sind, ist nicht zu erkennen (vgl. §§ 452, 453 Abs. 3 ZPO).

II.

Das Landgericht hat zu den einzelnen Positionen der Nachtragsrechnung über die zusätzlichen Arbeiten eine gutachtliche Stellungnahme des Architekten T. [REDACTED] vom 12. Juni 1961 sowie ein Gutachten des Architekten Striewe vom 8. Januar 1963 mit Nachtrag vom 30. Januar 1963 eingeholt.

Das Oberlandesgericht hat den Dipl.-Ing. Burckas ein weiteres Gutachten erstatten lassen. Zu den Rechnungsposten und den Gutachten der Sachverständigen haben die Parteien wiederholt eingehend Stellung genommen. Sie haben auch an den von den Sachverständigen durchgeführten Ortsbesichtigungen teilgenommen. Dabei hatte der Beklagte Gelegenheit, seine Ansicht zu den einzelnen Positionen den Sachverständigen eingehend darzulegen und diese, namentlich der Dipl.-Ing. Burckas, haben in ihren Gutachten die Einwände des Beklagten berücksichtigt. Ferner wurden laut Sitzungsprotokoll in der letzten mündlichen Verhandlung sämtliche von dem Beklagten erhobenen Beanstandungen mit dem Sachverständigen Burckas, dem Architekten D. [REDACTED] des Beklagten und den beiden Prozeßbevollmächtigten "Punkt für Punkt" durchgesprochen.

1.) Bei dieser Sachlage ist es verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht im angefochtenen Urteil bei Prüfung der zahlreichen Positionen weitgehend auf die Stellungnahme des Sachverständigen Burckas verwiesen hat. Es spricht nichts dafür, daß es sich die Ausführungen des Sachverständigen zu eigen gemacht hätte, ohne sie selbst durchdacht und sich davon überzeugt zu haben, daß die einzelnen Rechnungsposten in dem Umfang, wie es sie dem Kläger zugesprochen hat, berechtigt sind. Da der Sachverständige Burckas den Umfang der einzelnen Leistungen und die dafür infrage kommenden Preise ermittelt und jeweils begründet hat, genügt es bei der Gestaltung des vorliegenden Falles, im Urteil auf das Gutachten zu verweisen. Gerade die von der Revision erwähnten Ausführungen des Berufungsgerichts zu Pos. 1 und 2 zeigen, daß es auch die Einwände des Beklagten und die Bekundung seines Architekten Didden berücksichtigt hat.

2.) Die Beurteilung der Sachkunde des Gutachters unterlag dem pflichtmäßigen Ermessen des Berufungsgerichts. Die Ausführungen des Beklagten hierzu, auf die die Revision verweist, liegen auf dem dem Revisionsgericht verschlossenen tatsächlichen Gebiet.

3.) Auf die Behauptung des Beklagten, der Sachverständige habe vom 6. zum 7. Dezember 1963 in der Pension der Ehefrau des Klägers übernachtet und sei deshalb ungeeignet, geht das Berufungsgericht zwar im angefochtenen Urteil nicht ein. Der Sachverständige hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vom 20. März 1963 unter Vorlage einer Rechnung des Parkhotels in Bad Dr. vom 7. Dezember 1963 erklärt, er habe in der genannten Nacht in diesem Hotel gewohnt. Dem ist der Beklagte nicht entgegengetreten. Zudem ist das Vorbringen des Beklagten auch nicht geeignet, Zweifel an der Zuverlässigkeit des Sachverständigen zu begründen.

4.) Der Beschluß des Oberlandesgerichts vom 21. Februar 1964, durch den das gegen den Sachverständigen Burckas gerichtete Ablehnungsgesuch zurückgewiesen wurde, war unanfechtbar (§§ 548, 567 Abs. 3 ZPO). Nach §§ 548, 512 ZPO kann die Revision nicht darauf gestützt werden, der dem angefochtenen Urteil vorausgegangen, die Ablehnung des Sachverständigen für unbegründet erklärende Beschluß sei unrichtig (BGHZ 28, 302, 305).

III.

Es mag sein, daß trotz der Unanfechtbarkeit des Beschlusses über die Ablehnung geltend gemacht werden kann, das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhang das rechtliche Gehör nicht hinreichend gewährt (RGZ 81, 321, 324;

83, 1, 3; 160, 157, 160). Ein solcher Verstoß ist aber nicht zu erkennen.

1.) Der Beklagte hat in seinen persönlichen Eingaben vom 21. und 25. Januar 1964 - die formal als Ablehnungsgesuche genügten (§ 406 Abs. 2 Satz 3 in Verbindung mit § 78 Abs. 2 ZPO) - seine Einwände gegen den Sachverständigen eingehend dargelegt. Außerdem hat sein damaliger Prozeßbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 1. Februar 1964 das Ablehnungsgesuch nochmals begründet. Ihm ist also Gelegenheit gegeben worden, zu allen Tatsachen und Beweismitteln Stellung zu nehmen, die das Gericht für wesentlich gehalten hat (BGHZ 31, 43, 45).

2.) Das Berufungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 21. Februar 1964 neuen Verhandlungstermin auf den 13. März 1964 anberaumt und den Beschluß verkündet, daß der Sachverständige Burckas zu diesem Termin zu laden sei. Ausweislich des Sitzungsprotokolls ist der Beklagte in der Verhandlung vom 21. Februar 1964 persönlich zugegen gewesen. Nach § 218 ZPO bedarf es zu einem verkündeten Termin keiner Ladung der Parteien, es sei denn, daß deren persönliches Erscheinen angeordnet wird (§ 141 Abs. 2 ZPO); das war hier nicht der Fall. Falls der Beklagte infolge eines Versehens seines Anwalts zu dem Termin nicht erschienen ist, kann er nicht geltend machen, ihm sei das rechtliche Gehör deshalb nicht gewährt worden, weil er nicht selbst an den Sachverständigen habe Fragen stellen können. Dazu hatte sein Vertreter Gelegenheit. Abgesehen hiervon ist nicht zu erkennen, inwiefern die Entscheidung darauf beruhen soll, daß er nicht selbst Fragen an den Sachverständigen gestellt hat. Die Revision führt dazu nichts an.

Der Beklagte hatte auch keinen Anspruch auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (RG HRR 27, 744).

IV.

Das Berufungsgericht hat die späteren Beanstandungen des Beklagten in den Schriftsätzen vom 3. Januar 1964 und 11. Februar 1964 zu Pos. 51 (nicht Pos. 55, wie die Revision meint), 54, 56, 86 - 88 und 107 gemäß § 529 Abs. 3 ZPO nicht mehr zugelassen, weil sie entgegen § 519 ZPO nicht in der Berufungsbegründung enthalten waren, der Beklagte sie rechtzeitig hätte vorbringen können, er dies aus grober Nachlässigkeit unterlassen habe und ihre Berücksichtigung, die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben würde, weil nochmalige Feststellungen des Sachverständigen an Ort und Stelle erforderlich geworden wären.

Die Angriffe der Revision hiergegen sind unbegründet.

1.) Der Sachverständige hat am 6. und 7. Dezember 1963 die zusätzlichen Leistungen des Klägers aufgemessen; sein Gutachten vom 9. Januar 1964 ist am 13. Januar 1964 beim Berufungsgericht eingegangen.

Der Beklagte hat seine Bemängelungen im Schriftsatz vom 3. Januar 1964 lange nach der Ortsbesichtigung des Sachverständigen erhoben. Es liegt auf der Hand, daß der Rechtsstreit in den Verhandlungen vom 20. Februar und 13. März 1964 nicht hätte erledigt werden können, wenn inzwischen noch eine neue Ortsbesichtigung und Begutachtung angeordnet worden wären. Nicht jedes neue Vorbringen kann unverzüglich vom Gericht oder Sachverständigen bearbeitet werden, vielmehr muß dafür eine gewisse Zeit zur Verfügung stehen. Unter diesen Umständen

kann dem Berufungsgericht nicht entgegengetreten werden, wenn es meint, daß die Zulassung des neuen Vorbringens zu einer Verzögerung geführt hätte.

Auch die weiteren Voraussetzungen für die Zurückweisung wegen Verspätung sind gegeben.

2.) Im Schriftsatz vom 3. Januar 1964 (S. 6) hat der Beklagte zu Pos. 54 unter Verweisung auf Pos. 39 behauptet, das Stemmen der Heizungsrisen habe zu den nicht zu vergütenden Nebenleistungen gehört. Die Vernehmung des Sachverständigen hat, wie das Berufungsgericht feststellt, eine Klärung nicht erbracht (BU S. 16). Demnach wären auch insoweit erneute Feststellungen des Sachverständigen an Ort und Stelle erforderlich gewesen. Die Voraussetzungen des § 529 Abs. 3 ZPO waren deshalb gegeben.

3.) Zu Pos. 86 - 88 und 107 hatte der Beklagte im Schriftsatz vom 3. Januar 1964 (S. 10) beanstandet, daß gegenüber dem ursprünglich für 5 Treppenstufen vorgesehenen Preis das Verlegen der 7 Stufen zu teuer berechnet sei; der Sachverständige und der Architekt D. [REDACTED] haben bei ihrer Vernehmung in der mündlichen Verhandlung (BU S. 10) diese Beanstandung des Beklagten nicht für berechtigt erklärt. Auch zu diesen Positionen hätte es deshalb abermaliger Feststellungen des Sachverständigen am Hause bedurft. Auch die Nichtzulassung dieses neuen Vorbringens war deshalb nach § 529 Abs. 3 ZPO gerechtfertigt.

V.

Den unter Pos. 73 und 74 in Rechnung gestellten Erd-aushub für die Garageneinfahrt will der Beklagte nach seinem Vortrag im Schriftsatz vom 3. Januar 1964 (S. 8) selbst ausgeführt und den unter Pos. 106 berechneten Eisenträger selbst geliefert haben. Das Berufungsgericht hält ihn inso- weit für beweisfällig (§ 363 BGB), da sein Architekt Didden diese Behauptungen nicht bestätigt habe.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Der Kläger hatte nach dem Vertrag die zur Fertigstellung des Hauses erforderlichen einschlägigen Leistungen zu erbringen. Zwar hat grundsätz- lich der Schuldner zu beweisen, daß er die geschuldete Lei- stung vollständig bewirkt hat. Der Beklagte hat jedoch, wie das Berufungsgericht feststellt, den Neubau bezogen. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß damit mangels gegen- teiliger Vereinbarung gemäß § 12 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) die von dem Kläger geschuldete Leistung als abgenommen galt. Den Beklagten trifft deshalb nach § 363 BGB die Beweislast für seine nachträgliche Behauptung, die von dem Kläger ge- schuldete Leistung sei insofern unvollständig gewesen, als er, der Beklagte, selbst die Aushubarbeiten an den Garagen- einfahrten ausgeführt und den Träger für die Speisekammer geliefert habe.

VI.

Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hat in dessen Gegenwart vor dem Landgericht in der Verhandlung vom 3. Januar 1963 erklärt, es werde nicht bestritten, daß die Pos. 58 - 61 vom Kläger ausgeführt worden seien. Das Beru-

funksgericht hat mit dem Landgericht hierin ein Geständnis (§ 288 ZPO) erblickt. Ein wirksamer Widerruf des Geständnisses ist nach seiner Ansicht nicht erfolgt.

1.) Die Revision will den Widerruf in der Behauptung des Beklagten (Schriftsatz vom 3. Januar 1964 (S. 1)) sehen, der Kläger habe eine Reihe von Positionen "bewußt auseinandergezogen", wodurch bei ihm, dem Beklagten, ein allgemeiner Irrtum entstanden sei. Mit dieser Behauptung habe er die Richtigkeit seines früheren Vortrags widerrufen und seinen Irrtum dargelegt.

Dem kann schon deshalb nicht beigetreten werden, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern sich der angeführte Vortrag des Beklagten auf die Pos. 58 - 61 beziehen soll. Zudem fehlt es an jedem Beweiserbieten für die Richtigkeit seiner Darstellung.

2.) Wieso mit der Erklärung des Beklagten im Schriftsatz vom 22. Mai 1963 (S. 1), der Kläger solle durchaus den Betrag erhalten, der sich aus einer korrekten Abrechnung ergebe, das frühere Geständnis, der Kläger habe die Leistungen zu Pos. 58 - 61 erbracht, widerrufen worden sein soll, ist nicht einzusehen.

3.) Für die Behauptung im Schriftsatz vom 3. Januar 1964 (S. 7), die Pos. 58 - 61 der Nachtragsrechnung seien bereits in Pos. 31 - 38 der Endabrechnung enthalten, hat der Beklagte keinen Beweis angetreten.

VII.

In Pos. 101 sind 4 Maurerstunden berechnet für das Abladen von Sandsteinen und deren Transport in den Keller. Pos. 102 betrifft das Anschlagen von 4 vom Beklagten gelieferten Balkenankern. Das Berufungsgericht hat die dafür verlangten Beträge nicht von der Rechnung abgesetzt, da sie nach Auffassung des Sachverständigen Burckas keine vergütungsfreien Nebenleistungen, sondern echte Mehrleistungen betreffen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht urteile insoweit nicht selbst, sondern übernehme ungeprüft das Gutachten, ist aus den oben erörterten Gründen unberechtigt. Es ist nicht ersichtlich, warum hier etwas anderes gelten sollte. Unklar bleibt außerdem, was die fehlende Massenberechnung mit dem Transport der Sandsteine und dem Anschlagen der Balkenanker zu tun haben soll. Im übrigen richten sich diese Rügen gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts, an die der Senat gebunden ist.

VIII.

Die mit der Widerklage geltend gemachten Beträge betreffen nicht die Positionen der Nachtragsrechnung, sondern die Endabrechnung. Diese hat der Beklagte mit 101,98 DM überzahlt. Mit Recht hat das Berufungsgericht von ihm den Beweis für seine Behauptung verlangt, er habe weitere Beträge der Endabrechnung grundlos gezahlt und könne sie deshalb nach § 812 BGB zurückverlangen.

1.) Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 3. Januar 1964 (S. 9) die Nachtragsrechnung zu Pos. 83 beanstandet, in der 8,58 qm Heraklithplatten in den Heizungs-nischen berechnet sind. Zu Pos. 10 und 14 der Endabrechnung hat er behauptet, das Außenmauerwerk in den Heizungs-nischen habe nicht in einer Stärke von 30 cm, sondern nur von 25 cm berechnet werden dürfen, da 5 cm auf die Heraklithplatten entfielen.

Der Sachverständige hat im Gutachten (S. 34) hierzu ausgeführt, die eingebauten Heraklithplatten seien besonders zu vergüten, weil sie vom Architekten nicht vorgesehen gewesen seien; für das Aussparen von Nischen erfolge kein Abzug.

Der Beklagte hat darauf im Schriftsatz vom 11. Februar 1964 (S. 11) einen Betrag von 141,70 DM zurückverlangt, weil er 8,58 qm der Wand in 30 cm statt 25 cm Stärke bezahlt habe.

Der Sachverständige hat bei seiner Vernehmung einen Abzug von 44,62 DM für gerechtfertigt erklärt.

Der Revision ist zwar zuzustimmen, daß im Gutachten und im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich gesagt ist, warum der Abzug von 44,62 DM gerechtfertigt sein soll. Der Grund ergibt sich aber aus der Nachtragsrechnung, in der die 8,58 qm Heraklithplatten in den Heizungs-nischen mit 44,62 DM berechnet sind. Demnach hat der Sachverständige ersichtlich den Umstand, daß die Wandstärke in den Heizkörper-nischen 5 cm dünner ist, derart zugunsten des Beklagten berücksichtigt, daß er den auf die Heraklithplatten entfallenden Betrag absetzte.

2.) Für die Behauptung, den in Pos. 65 a der Endabrechnung eingesetzten Träger habe der Kläger nicht geliefert, ist der Beklagte beweispflichtig. Sein von ihm hierfür als Zeuge benannter Architekt D. [REDACTED] hat das nicht bestätigt. Demnach ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß ihm diese Forderung aberkannt worden ist. Daß sich der Sachverständige nicht zu Pos. 65 a geäußert hat, ist unerheblich; hierzu hatte er keinen Auftrag.

3.) Die Behauptung des Beklagten, er habe statt 38,60 lfdm Rohre lediglich 26 lfdm zu bezahlen brauchen, hat der von ihm als Zeuge benannte Architekt D. [REDACTED] ebenfalls nicht bestätigt. Die Abweisung des Anspruchs auf Rückzahlung von 72 DM ist demnach rechtlich nicht zu beanstanden.

4.) Der Architekt D. [REDACTED] hat auch die Behauptung des Beklagten, das Haus sei 30 cm niedriger gebaut als im Plan vorgesehen, nicht für richtig erklärt. Eine Begutachtung durch den Sachverständigen hat der Beklagte insoweit nicht verlangt. Von sich aus brauchte das Berufungsgericht nicht den Sachverständigen damit zu beauftragen (§ 144 ZPO). Die Abweisung des aus der behaupteten geringeren Höhe hergeleiteten Schadensersatzanspruches läßt demnach keinen Rechtsfehler erkennen.

5.) Der Beklagte hat daraus, daß der Kläger die Schornsteinköpfe entgegen dem Leistungsverzeichnis nicht in Klinkern, sondern normalen Ziegelsteinen ausgeführt hat, einen Schadensersatzanspruch von 1.200 DM hergeleitet.

Das Berufungsgericht verneint diesen Anspruch, weil der Beklagte weder ein betrügerisches Verhalten des Klägers noch die Voraussetzung des § 13 Ziff. 7 VOB (B) dargetan habe. Was die Revision hiergegen vorbringt, greift nicht durch.

a) Die von dem Leistungsverzeichnis abweichende Ausführung der Schornsteinköpfe ergibt nicht, wie die Revision meint, ohne weiteres eine unerlaubte Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB). Die Revision weist hierfür keinen ausreichenden Sachvortrag in den Vorinstanzen nach.

b) Ein Schadensersatzanspruch aus § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB (B) setzt einen wesentlichen Mangel voraus, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Dafür hat der Beklagte nichts vorgetragen. Ähnliches gilt auch für eine etwaige Minderung.

KJ

- 16 -

IX.

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

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke