

VII ZR 135/59

Verkündet am 21. November 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2219 043

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

In dem Rechtsstreit

des Tiefbauunternehmers Willy J [REDACTED] in
H [REDACTED] (We [REDACTED].), E [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den W [REDACTED] und B [REDACTED] Be [REDACTED] in S [REDACTED] Kreis
A [REDACTED]-Hü [REDACTED], vertreten durch den Verbandsvorsteher
Lukas Ja [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 21. November 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heilmann-Trosien,
Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Olden-
burg vom 3. Juli 1959 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 12. September 1950 übertrug der Beklagte dem Kläger den Ausbau von Entwässerungsgräben und die Herstellung von Wirtschaftswegen in seinem Gebiet für eine Vergütung von insgesamt 231.204 DM. Die Arbeiten sollten mit Hilfe von Förderungsbeiträgen als Notstandsarbeiten durchgeführt werden.

Im November 1950 war der Kläger nicht mehr in der Lage, die bei ihm beschäftigten Arbeiter zu entlohnen. Das Arbeitsamt zog daraufhin die Notstandsarbeiter zurück. Mit Schreiben vom 21. November 1950 trat der Beklagte vom Vertrag zurück, weil der Kläger seine Zahlungen eingestellt und die Arbeiten nicht fortlaufend durchgeführt habe. Der Auftrag wurde daraufhin von dem Beklagten dem Bauunternehmer Bu■■■■ übertragen.

Der Kläger hat von dem Beklagten die vereinbarte Vergütung beansprucht, die er nach Abzug der geleisteten Zahlungen und der ersparten Aufwendungen zunächst auf 108.186,14 DM bezifferte. Er war der Auffassung, daß der Beklagte kein Recht zum Rücktritt gehabt habe. Seine Zahlungsschwierigkeiten seien darauf zurückzuführen, daß durch Verschulden des Beklagten ein ihm zugebilligter Kredit von 50.000 DM nur zur Hälfte ausbezahlt worden sei.

Das Landgericht hat zunächst nur über einen Teilbetrag von 6.100 DM nebst Zinsen befunden. Es hat insoweit die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen. Ebenso wurde durch Urteil des erkennenden Senats vom 18. November 1957 seine Revision zurückgewiesen. Der Senat hat sich in diesem Urteil auf den Standpunkt gestellt, daß der Beklagte ein Recht zum Rücktritt gehabt habe, und der Kläger,

da es sich um einen Werkvertrag gehandelt habe, nur einen Anspruch nach § 346 Abs. 1 BGB auf Rückgewähr der erbrachten Leistungen habe. Da diese ihrer Natur nach nicht zurückgegeben werden könnten, habe der Beklagte dem Kläger nur den Wert der empfangenen Leistungen zu vergüten. Der Kläger habe es jedoch an einer substantiierten Behauptung dazu fehlen lassen, ob und in welcher Höhe die von ihm hergestellten Teilleistungen für den Beklagten noch einen Wert besaßen, der über die geleisteten Zahlungen hinausgehe; deshalb sei die Klage unbegründet,

Nach der rechtskräftigen Abweisung des Teilanspruchs von 6.100 DM ist wegen der Restforderung des Klägers der Rechtsstreit vor dem Landgericht fortgesetzt worden.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 37.585,24 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Er ist der Ansicht, bei der Errechnung des tatsächlichen Wertes der von ihm erbrachten Leistungen müsse berücksichtigt werden, daß die einzelnen Arbeitsabschnitte des Bauvorhabens, auch wenn sie vertraglich im Rahmen der Gesamtvergütung oder nach allgemein geltenden Einzelpreisen oder sonst irgendwie pauschal veranschlagt worden seien, nach ihrer Schwierigkeit und Bedeutung für den wirtschaftlichen Gesamterfolg verschieden zu bewerten seien. So habe gerade er die schwierigsten und kostspieligsten Arbeiten ausgeführt; deshalb müßten diese Arbeiten auch höher bewertet werden, als die von ihm nicht ausgeführten Arbeiten.

Für die Bewertung seiner Arbeiten beruft sich der Kläger auf ein von ihm vorgelegtes Gutachten des Dipl.Ing. Ho[REDACTED], der vorschlägt, den Vertrag so abzuwickeln, als sei es ein "Selbstkostenerstattungsvertrag". Auf Grund des Gut-

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



achtens, das in dieser Weise von einer Forderung des Klägers von 86.100 DM ausgeht, errechnet der Kläger nach Abzug der unstreitig geleisteten Zahlungen des Beklagten in Höhe von 42.414,76 DM und der rechtskräftig abgewiesenen 6.100 DM seinen Anspruch auf 37.585,24 DM.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat vorgetragen, daß der Kläger seinen Anspruch auch jetzt noch nicht hinreichend substantiiert habe. Für eine "Selbstkostenerstattung" sei rechtlich keine Grundlage gegeben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der noch anhängige Anspruch beruhe dem Grunde nach auf demselben Sachverhalt, der zur rechtskräftigen Abweisung der Teilforderung von 6.100 DM geführt habe. "Demnach" sei davon auszugehen, daß der Beklagte zum Rücktritt berechtigt gewesen sei. Nennenswerte neue Gesichtspunkte seien von dem Kläger nicht vorgebracht worden.

Der Kläger rügt hierzu die Verletzung der §§ 313, Abs. 1 Nr. 4, 551 Nr. 7 ZPO. Der Anspruch werde nach wie vor auf

§ 649 Satz 2 BGB gestützt, weil der Beklagte zum Rücktritt nicht berechtigt gewesen sei. Das angefochtene Urteil hätte deshalb erkennen lassen müssen, weshalb das Berufungsgericht diesen Vortrag zurückgewiesen habe. Die Bemerkung des Urteils, der Kläger habe keine "nennenswerten" neuen Gesichtspunkte angeführt, lasse darauf schließen, daß er zur Frage des Rücktrittsrechts des Beklagten in der mündlichen Verhandlung Neues vorgetragen habe. Wenn das Berufungsgericht meine, diese Gesichtspunkte seien nicht "nennenswert", so hätte es das begründen müssen.

Diese Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht verweist zu diesem Punkt auf das Urteil des Landgerichts, das sich seinerseits auf das Revisionsurteil des Senats vom 18. November 1957 bezieht. Damit hat das Berufungsgericht mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß es sich die Gründe dieses Revisionsurteils zu eigen machte. Zu weiteren Ausführungen hatte das Berufungsgericht keine Veranlassung, zumal der Kläger bei der Weiterverfolgung des noch anhängigen Anspruchs auf die Frage, ob der Beklagte ein Recht zum Rücktritt gehabt habe, überhaupt nicht mehr zurückgekommen ist. Sein Vortrag erschöpfte sich vielmehr in dem Versuch darzulegen, daß der Beklagte für die von ihm erbrachten Leistungen einen Wert in der von ihm behaupteten Höhe erhalten habe.

Daß der Kläger in der mündlichen Verhandlung zur Frage des Rücktritts noch etwas vorgetragen hat, ist dem Tatbestand des angefochtenen Urteils nicht zu entnehmen. Ein Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes ist nicht gestellt worden.

Durch die Bezugnahme auf die Begründung des früheren Revisionsurteils hat das Berufungsgericht auch nicht, wie der Kläger meint, wesentlichen Prozeßstoff übergangen. Da der Kläger wegen des noch anhängigen Anspruchs zur Frage des Rücktritts nichts Neues vorgetragen hat, konnte das Berufungsgericht ebenfalls von dem in jenem Urteil berücksichtigten Prozeßstoff ausgehen.

2) Der Kläger bittet mit der Revision, die rechtliche Würdigung in dem Urteil des Senats vom 18. November 1957 nochmals zu überprüfen.

Seine dahingehenden Angriffe bringen jedoch keine Gesichtspunkte, die nicht schon damals dem Senat bekannt gewesen und von ihm berücksichtigt worden sind. Der Senat sieht keine Veranlassung, von seiner damaligen Auffassung abzugehen. Es kann daher insoweit auf die Gründe dieses Urteils verwiesen werden.

Was der Kläger jetzt noch in tatsächlicher Hinsicht neu vorgetragen hat, kann nicht mehr berücksichtigt werden.

II.

Der Anspruch des Klägers findet somit seine Grundlage in § 346 Satz 1 BGB.

1) Wie der Senat in seinem früheren Urteil bereits ausgeführt hat, ist zwischen den Parteien ein Werkvertrag zustande gekommen. § 346 Satz 2 BGB gilt nach seinem Wortlaut nur für geleistete Dienste, also bei einem Rücktritt vom Dienstvertrag, sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache. Für

die Rückgewähr der Leistungen nach Rücktritt von einem Werkvertrag fehlt eine besondere Vorschrift. Daher gilt grundsätzlich § 346 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift hat der Besteller die empfangene Leistung zurückzugeben. Im vorliegenden Falle besteht das von dem Kläger hergestellte Werk in Erdarbeiten, bei denen eine Rückgewähr in Natur nicht möglich ist. Der Senat folgt für einen solchen Fall der Auffassung des Reichsgerichts (JW 1911, 756), wonach dann der Wert der empfangenen Leistung zu vergüten ist und zwar der Wert, den diese Leistung für den Empfänger noch hat. Dieser kann unter Umständen höher, aber auch geringer sein als die dem Unternehmer bei Erfüllung des Vertrags für die geleistete Arbeit zustehende Vergütung.

2) Das Berufungsgericht führt dazu aus, der Kläger habe es an einem substantiierten Vortrag fehlen lassen, daß die von ihm geleisteten Arbeiten für den Beklagten noch einen Wert hätten, der über das hinausgehe, was der Kläger von dem Beklagten bereits erhalten habe. Das von dem Kläger vorgelegte Privatgutachten Ho[REDACTED] sei ungeeignet, weil der Sachverständige unrichtigerweise von einem "Selbstkostenerstattungsanspruch" ausgehe. Im übrigen erschöpfe sich der Vortrag des Klägers in allgemeinen Ausführungen, daß die von ihm geleisteten Arbeiten im Vergleich mit den noch nicht ausgeführten Arbeiten besondere Aufwendungen verursacht hätten, ohne irgendwelche ziffernmäßigen Grundlagen zu geben.

3) Der Kläger rügt hierzu mit der Revision, das Berufungsgericht habe den Wert der von ihm geleisteten Arbeiten gemäß § 287 ZPO (gemeint sein kann wohl nur § 287 Abs. 2 ZPO) schätzen müssen. Dazu hätte es sich schon von Amts wegen eines Sachverständigen bedienen müssen. Von der Frage der Beweislast

hätte das Berufungsgericht diese Schätzung nicht abhängig machen dürfen (BGH in LM Nr. 3 zu § 287 ZPO).

Diese Rüge ist begründet.

Es ist dem Berufungsgericht zwar darin beizustimmen, daß die Selbstkosten des Klägers allein keine geeignete Grundlage für die Ermittlung des Werts abgeben, den die von dem Kläger geleisteten Arbeiten für den Beklagten haben.

Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, daß es diesen Wert nach § 287 Abs. 2 ZPO im Wege der freien Schätzung feststellen kann. Das erscheint insbesondere dann angebracht, wenn, wie hier, feste zahlenmäßige Unterlagen fehlen. Dann kann aber auch von dem Beklagten nicht verlangt werden, daß er solche Unterlagen beibringt (vgl. BGH in LM Nr. 3 zu § 287 ZPO). Der Kläger hat seiner Darlegungspflicht vielmehr schon dadurch genügt, daß er durch das vorgelegte Privatgutachten Ho[REDACTED], das er sich als Parteivortrag zu eigen gemacht hat, in Verbindung mit seinen früheren Angaben über den Umfang der von ihm ausgeführten Arbeiten gewisse zahlenmäßige Anhaltspunkte gegeben hat.

5) Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dieses wird nunmehr anhand der Behauptungen des Klägers und der Berechnung des Beklagten den Wert der von dem Kläger erbrachten Leistungen zu schätzen haben, wobei es sich erforderlichenfalls auch der Hilfe eines Sachverständigen bedienen kann.

Dabei wird es nicht darauf ankommen, welche Preise der Kläger und der Bauunternehmer Bunte berechnet haben; es wird vielmehr auf den objektiven Wert der geleisteten Arbeit nach den am Kündigungstag geltenden angemessenen Preisen abzustellen sein.

Ergibt sich danach unter Berücksichtigung der bereits gezahlten Beträge und der rechtskräftig aberkannten 6.100 DM noch ein Überschuß zugunsten des Klägers, so bleibt es dem Beklagten unbenommen, einer hieraus sich ergebenden Forderung des Klägers seinerseits etwaige Schadensansprüche entgegenzustellen, die möglicherweise dadurch entstanden sind, daß Bu■■■■ höhere Preise verlangt hat und die Zuschüsse für die Beschäftigung von Arbeitslosen entfallen sind.

Dr.Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Dr.Vogt