

Verkündet
am 29. Oktober 1959
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2340 074.

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

In dem Rechtsstreit

der Marie-Therese F. [REDACTED] v. P. [REDACTED] geb. v. [REDACTED]
L. [REDACTED] in Br. [REDACTED] Kreis B. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Peter P. [REDACTED] in O. [REDACTED] Kreis B. [REDACTED] als
Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Bauunternehmers
Lorenz K. [REDACTED] in O. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 29. Oktober 1959 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.)
vom 25. April 1958 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Bauunternehmer Lorenz K. hat in den Jahren 1952 und 1953 einen zum Gut der Beklagten gehörigen Waldweg instandgesetzt. Für die Arbeiten hat er der Beklagten unter dem 15. Oktober 1953 insgesamt 71.813,73 DM in Rechnung gestellt, darunter nach Position 9 seiner Rechnung 18.364,05 DM für das Abwalzen und Schottern von 13.117,18 qm Planum und nach Position 11 in Verbindung mit einer Aufstellung über Tagelohnarbeiten 270 DM für das Entfernen von Laub.

Die Beklagte hat auf die Werklohnforderung 43.715 DM gezahlt. Mehr zu zahlen hat sie sich geweigert, weil die von K. berechneten Preise seinen Vereinbarungen mit ihrem Ehemanne nicht entsprächen. Insbesondere hat sie die Berechtigung K., für das Walzen und Schottern und für das Laubfegen über die vereinbarten Festbeträge hinaus ein Entgelt zu beanspruchen, in Abrede gestellt. Hierzu hat sie angeführt, sie habe K. zu solchen Arbeiten keinen Auftrag erteilt. Dieser habe die Dampfwalze von sich aus bestellt, weil der Weg nach seiner Instandsetzung noch so uneben gewesen sei, daß er in diesem Zustande nicht habe abgeliefert werden können.

Die schließlich auf Zahlung restlicher 24.631,45 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 10. Oktober 1953 gerichtete Klage hat das Landgericht abgewiesen. Die Berufung des damaligen Klägers K. hat das Oberlandesgericht durch Urteil vom 12. November 1956 in Höhe von 6.606,18 DM nebst Zinsen zurückgewiesen. Im übrigen hat es den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Entscheidung über die Aufrechnung der Beklagten mit einer Schadensersatzforderung wegen unsachgemäßer Errichtung eines Schornsteins vorbehalten.

- 3 -

Im Verfahren über den Betrag des nunmehr noch im Streit befindlichen Anspruchs hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 15.380,90 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Oktober 1953 verurteilt, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Es hat ferner die Entscheidung über die Aufrechnung mit der auf 3.033,12 DM bezifferten Schadensersatzforderung wegen des Schornsteins vorbehalten.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. K. hat die Zahlung weiterer 2.623,44 DM für die Aufbringung einer stärkeren Schotterschicht, als das Landgericht angenommen habe, sowie Verzugszinsen in Höhe der ihm angerechneten Bankzinsen, auch von dem ihm zugesprochenen Betrage, verlangt. Die Beklagte hat weiterhin die Abweisung der Klage beantragt bis auf einen Betrag von 4.595,50 DM, den sie K. für das Abwalzen des Weges zugebilligt hat.

Durch das angefochtene Urteil ist die Beklagte in Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung zur Zahlung von 15.380,90 DM nebst 9 % Zinsen vom 10. Oktober 1953 bis 31. Dezember 1954, 8 1/2 % Zinsen vom 1. Januar 1955 bis 9. März 1956, 9 1/2 % Zinsen vom 10. März bis 19. Mai 1956, 10 1/2 % Zinsen vom 20. Mai bis 5. September 1956, 10 % Zinsen vom 6. September 1956 bis 10. Januar 1957, 9 1/2 % Zinsen vom 11. Januar bis 18. September 1957 und 9 % Zinsen seit dem 19. September 1957 verurteilt worden.

Mit ihrer Revision erhält die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage, soweit sie zur Zahlung von mehr als 4.595,50 DM verurteilt worden ist, aufrecht.

Nach Einlegung des Rechtsmittels ist über das Vermögen des Bauunternehmers K. das Anschlußkonkursverfahren eröffnet und der Rechtsanwalt Peter P. in O.



54

zum Konkursverwalter ernannt worden. Dieser hat den Rechtsstreit aufgenommen.

Er beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung über die Revision hat die Beklagte die Rüge, daß das Berufungsgericht nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei, zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

1) Zu Unrecht sucht die Revision darzutun, daß der Anspruch K [REDACTED] auf Bezahlung des Schotterns durch das Teil- und Zwischenurteil des Oberlandesgerichts vom 12. November 1956 rechtskräftig aberkannt worden sei und daß die erneute Geltendmachung dieses Anspruchs eine unzulässige Klageerweiterung darstelle.

a) Das Landgericht hatte den zuletzt eingeklagten Anspruch von 24.631,45 DM im Urteil vom 22. November 1955 nur in Höhe von 1.858,50 DM für begründet erachtet, gleichwohl aber die Klage abgewiesen, weil die Restforderung durch die Aufrechnung mit einem der Beklagten abgetretenen Kostenanspruch von 2.467,28 DM erloschen sei. Im ersten Berufungsverfahren begehrte K [REDACTED] wiederum 24.631,45 DM. Dieser Betrag setzte sich zusammen aus 5.997,40 DM Mehrforderung für besondere Arbeiten an den Wegabschnitten IV bis VI sowie aus 18.634,05 DM für das Walzen einschließlich des Schotterns des Weges und für Laubfegen (Positionen 9 und 11 der der Klage beigelegten Rechnung vom 15. Oktober 1953; vgl. auch S. 3 des Urteils vom 12. November 1956). Das Oberlandesgericht hat K [REDACTED] die Mehrforderungen für die Wegabschnitte IV bis VI abgesprochen. Ferner hat es den nach Abzug der hierfür in Rechnung gestellten 5.997,40 DM verbleibenden Restanspruch von

18.634,05 DM (für Walzen, Schottern und Laubfegen) um den nicht verbrauchten Teil der zur Aufrechnung gestellten 2.467,28 DM, nämlich um 608,78 DM, gekürzt und damit den insgesamt abzuweisenden Teil des Klageanspruchs auf 6.606,18 (5.997,40 + 608,78) DM bemessen. Im übrigen, d. h. hinsichtlich der noch verbleibenden Restforderung von 18.025,27 (18.634,05 - 608,78) DM, hat es den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Bei dieser Sachlage kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich - abgesehen von dem Abzug eines Teils von 608,78 DM des zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruchs - noch die gesamte Forderung des Klägers zu Position 9 der Klagerechnung (18.364,05 DM) sowie 270 DM der Position 11 dieser Rechnung im Streit befinden. Unter Position 9 hat aber Keuthen nicht nur das Abwalzen, sondern auch das Schottern des Weges unter Verwendung von 3 - 5 cm Faultschiefer mit 1,40 DM je Quadratmeter berechnet. In den Entscheidungsgründen des Urteils vom 12. November 1956 ist allerdings immer nur vom Walzen des Weges die Rede. Das ändert jedoch nichts daran, daß der Streit der Parteien u.a. um den ganzen Rechnungsposten 9 ging und geht, zu dem auch das Schottern gehört. Es handelt sich insoweit also nur um eine Ungenauigkeit im Ausdruck, die sich daraus erklärt, daß das Schottern nur eine Vorarbeit des Abwalzens darstellt.

Hiernach ist dem angefochtenen Urteil darin beizutreten, daß die rechtskräftige Abweisung der Klage im Urteil vom 12. November 1956 sich auf den für andere Arbeiten und auf den zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch eingesetzten Betrag von 6.606,18 DM beschränkt. Daraus folgt, daß die sonst noch im Streit befindlichen Forderungen einschließlich der für das Schottern dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden sind.

b) Ist aber davon auszugehen, daß die gesamte Forderung K[REDACTED] zu Position 9 der Klagerechnung noch im Streit befangen ist, so stellte die bloße Weiterverfolgung dieses Anspruchs, auch soweit er auf Bezahlung des Schotterns gerichtet ist, keine Klageerweiterung dar. Damit entfällt die Beanstandung der Revision, das Berufungsgericht habe es unterlassen, zur Sachdienlichkeit der Klageänderung Stellung zu nehmen.

2) In dem einen Tag vor der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 23. April 1958 (S. 2) hat sich die Beklagte zum Beweise dafür, daß es auf dem von K[REDACTED] instandgesetzten Wege auch noch zur Zeit des Walzens feucht gewesen sei, so daß sich ein Schottern erübrigt habe, auf das Zeugnis ihres Ehemannes berufen.

Das Berufungsgericht hat diesem Beweisanerbieten mit Rücksicht auf § 529 Abs. 3 ZPO nicht entsprochen, weil die Beklagte nicht dargetan habe, daß der Beweis ohne grobe Nachlässigkeit nicht früher habe angetreten werden können.

a) Daß in der Anwendung des § 529 Abs. 3 ZPO ein Rechtsfehler liege, wie die Revision meint, kann nicht anerkannt werden. Das Berufungsgericht hat offenbar mit Rücksicht darauf, daß der Rechtsstreit bereits seit Januar 1955 anhängig und zweimal durch die Tatsacheninstanzen gegangen war, das Vorliegen einer groben Nachlässigkeit darin gesehen, daß die Beklagte sich zum Beweise für einen Sachverhalt, der spätestens seit der Erstattung des Sachverständigengutachtens im Oktober 1957 von erheblicher Bedeutung war, erst in ihrem Schriftsatz vom 23. April 1958 auf das Zeugnis ihres Mannes berufen hat. Das Berufungsgericht hat dieses Verhalten als besonders befremdlich angesehen, weil der Ehemann diesen Rechtsstreit für die Beklagte führt, also

deren Prozeßbevollmächtigten selbst zum rechtzeitigen Antritt des Beweises hätte veranlassen können. Damit ist der Begriff der groben Nachlässigkeit nicht verkannt.

Die Erhebung des von der Beklagten angetretenen Beweises hätte, zumal der Zeuge zum Termin am 25. April 1958 nicht gestellt war, die Erledigung des Rechtsstreits verzögert. Das Berufungsgericht hätte daher nach § 529 Abs. 2, 3 ZPO den Zeugen nur vernehmen dürfen, wenn der Beweis nach seiner freien Überzeugung nicht aus grober Nachlässigkeit so spät angetreten war. Da das Gericht, wie aus der Urteilsbegründung hervorgeht, der gegenteiligen Überzeugung war, durfte es den Beweis nicht zulassen. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, in der mündlichen Verhandlung näher darzulegen, daß eine grobe Nachlässigkeit nicht vorgelegen habe. Das ist jedoch, wie in dem angefochtenen Urteil festgestellt wird, nicht geschehen. Eines besonderen Hinweises des Gerichts in der mündlichen Verhandlung auf das Fehlen einer Erklärung für den späten Beweisantritt bedurfte es nicht, zumal sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, daß über den Beweisantritt in der Verhandlung gesprochen worden ist.

b) Das Berufungsgericht hatte keinen Anlaß, die Beklagte zu befragen, ob sie das Beweisanerbieten auf S. 11 der Berufungsbegründung vom 22. März 1958 auch auf ihr Vorbringen auf S. 10 dieses Schriftsatzes erstrecken wolle. Auf das Zeugnis ihres Ehemannes hatte sich die Beklagte auch S. 11 der Berufungsbegründung nur vorsorglich berufen, weil die von K. unter Beweis gestellte Behauptung, daß die Beklagte es mit dem Walzen besonders eilig gehabt habe, vom Berufungsgericht bereits in dem Urteil vom 12. November 1956 (S. 20) festgestellt worden war. Daß der Weg bei der Vornahme der Walzarbeiten noch feucht gewesen sei, hat die Beklagte S. 10 der Berufungsbegründung nicht ausdrücklich

behauptet. Vielmehr hat sie im Zusammenhange mit einer Kritik an dem Sachverständigengutachten bestritten, daß der Weg zur Zeit des Walzens so hart gewesen sei, daß er noch ein drittes Mal habe geschottert werden müssen. Das Berufungsgericht konnte bei dieser Form der Einlassung nicht annehmen, die Beklagte sei gegebenenfalls willens und bereit, für das Gegenteil der von ihr bestrittenen Tatsache Beweis anzutreten. Eine Verletzung des § 139 ZPO liegt somit nicht vor.

3) Die Revision erblickt einen Verfahrensfehler darin, daß der Berufsrichter zu dem Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 10) keine Stellung genommen habe, K. hätte ihr raten müssen, nasses Wetter abzuwarten, weil dann ein erneutes Schottern nach dem Gutachten des Sachverständigen nicht erforderlich gewesen sei.

Es ist schon fraglich, ob die Beklagte im Verfahren über den Betrag des Klaganspruchs mit diesem Vorbringen noch gehört werden konnte. Auch wenn man von ^{diesem Bedenken} absieht, ist die Rüge nicht begründet. Daß der Weg, wenn er feucht war, nicht geschottert zu werden brauchte, ist in dem Gutachten des Sachverständigen nicht gesagt. Der Sachverständige hat lediglich dargelegt, daß die Arbeit im Sommer ausgeführt worden sei, dürfte ein Ausgleich mit einer Schotterschicht von 3 - 5 cm unbedingt notwendig gewesen sein. Daraus kann nicht geschlossen werden, daß der Sachverständige das Schottern für entbehrlich erklärt hätte, wenn der Weg feucht gewesen wäre. Wie aus den Feststellungen des Berufungsgerichts hervorgeht und wie auch dem K. auf Grund seiner Rücksprachen mit dem Ehemann der Beklagten bekannt gewesen ist, verstand dieser selbst genügend von der Herrichtung und Pflege von Waldwegen. K. mußte auch aus dem Verhalten des Ehemannes der Beklagten, der mit ihm über das für die Schotterung benötigte Material sprach und den zur Entnahme des Schotters geeigneten Steinbruch bezeichnete, annehmen, daß dieser eine Schotterung des Weges vor dessen Abwalzen für erforderlich hielt.

Unter diesen Umständen kann es nicht als eine Verletzung der Belehrungspflicht K[REDACTED] gegenüber der Beklagten bezeichnet werden, wenn jener ihr nicht riet, nasses Wetter abzuwarten, um das nochmalige Schottern zu ersparen. Dies kann um so weniger angenommen werden, weil die Beklagte, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, darauf drängte, daß die Walzarbeiten möglichst bald durchgeführt wurden. Dann aber läßt es sich auch nicht beanstanden, daß sich das Berufungsgericht nicht mit einem Vorbringen der Beklagten auseinandergesetzt hat, das nicht näher belegt ist und das mit deren ständiger Einlassung, Keuthen habe zu langsam gearbeitet, nicht zu vereinbaren ist.

4) Die Revision rügt endlich eine Verletzung des § 286 ZPO. Sie meint, die Beklagte habe vor ihrer Verurteilung zur Zahlung erhöhter Verzugszinsen keine Gelegenheit gehabt, zu der mit Schriftsatz K[REDACTED] vom 16. April 1958 eingereichten Bescheinigung der Spar- und Darlehenskasse O[REDACTED]/Bi[REDACTED] vom 10. März 1958, die ihr nicht zugänglich gemacht worden sei, Stellung zu nehmen.

Die aus der vorgelegten Bescheinigung der Sparkasse getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, K[REDACTED] habe seit dem 9. Oktober 1953 ständig mehr als 20.000 DM Kredit aufnehmen müssen, enthält keinen Verfahrensverstoß. Abgesehen davon, daß die Beklagte, auch wenn ihr keine Abschrift der Bescheinigung mitgeteilt wurde, deren wesentlichen Inhalt bereits aus dem schriftsätzlichen Vorbringen K[REDACTED] ersehen konnte, bestand für sie in der mündlichen Verhandlung vom 25. April 1958 die Möglichkeit, die Urkunde einzusehen, zu ihr Stellung zu nehmen oder um eine Erklärungsfrist zu bitten. Von diesem Recht hat die Beklagte keinen Gebrauch gemacht. Sie hat auch die Richtigkeit der Bescheinigung nicht bestritten. Das Berufungsgericht konnte daher

ohne Rechts- oder Verfahrensverstoß die Verpflichtung der Beklagten zur Entrichtung der verlangten höheren Zinsen aus der von K [REDACTED] eingereichten Sparkassenbescheinigung herleiten.

Hiernach sind die Einwände der Beklagten gegen das angefochtene Urteil insgesamt nicht gerechtfertigt. Die Revision der Beklagten ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Winkelmann Erbel