

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 180/65**URTEIL****Verkündet am**

15. Februar 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Immobilienmaklers Fritz L. [REDACTED] in B. [REDACTED],
W. [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Baugeschäftsinhaber Johann S. [REDACTED] in [REDACTED],
W. [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke.

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 13. Juli 1965 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger führte in den Jahren 1959 und 1960 für den Beklagten an dessen Wohnhausneubau in B. Bauarbeiten aus. Er erteilte dem Beklagten hierüber am 14. November 1959 eine erste Zwischenrechnung über 15.536,97 DM, am 9. Januar 1960 eine zweite Zwischenrechnung über 5.663,91 DM und am 18. April 1962 eine dritte "Zwischen-Abschlußrechnung" über 47.031,64 DM. In der zweiten Rechnung setzte der Kläger von der Gesamtsumme der beiden ersten Rechnungen die bis dahin geleisteten Zahlungen des Beklagten in Höhe von 13.750,- DM ab; es verblieb danach eine Forderung des Klägers von 7.450,88 DM. In der Rechnung vom 18. April 1962 brachte der Kläger außer weiteren Zahlungen des Beklagten noch einmal die bereits in der zweiten Rechnung abgesetzten 13.750,- DM gut; es ergab sich danach eine Restsumme von 8.981,64 DM.

- 3 -

Am 24. Dezember 1962 einigten sich die Parteien nach einer kurzen Besprechung dahingehend, daß der Beklagte zur Abgeltung aller Ansprüche des Klägers diesem noch 4.900,- DM zahlen sollte.

Mit Schreiben vom 27. Dezember 1962 teilte der Kläger dem Beklagten mit, daß durch die Vereinbarung vom 24. Dezember 1962 nur die Rechnung vom 18. April 1962 beglichen sei, aber aus den früheren Rechnungen noch ein Rest von 21.037,79 DM offen stehe.

Diesen Betrag nebst Zinsen hat der Kläger eingeklagt.

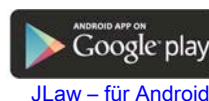
Er hat vorgetragen, bei Abschluß der Vereinbarung vom 24. Dezember 1962 sei er irrtümlich davon ausgegangen, daß ihm insgesamt nur noch die sich aus der Rechnung vom 18. April 1962 ergebende Forderung von 8.981,64 DM abzüglich an diesem Tage weiter festgestellter Zahlungen des Beklagten von 4.000,- DM zustehe.

Der Beklagte ist der Auffassung, der Kläger hätte auf Grund der Vereinbarung vom 24. Dezember 1962 keine Ansprüche mehr. Vor deren Abschluß habe man alle Rechnungen durchgesprochen. Er - der Beklagte - habe verschiedene Rechnungsposten beanstandet, Mängel gerügt und bei allen Rechnungen Abstriche gefordert. So sei man zu einer Forderung des Klägers von noch 8 - 9.000,- DM gekommen, wovon dann noch die weiteren Zahlungen des Beklagten in Höhe von 4.000,- DM abgezogen worden seien.

Vorsorglich hat der Beklagte mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Beklagte könne sich nicht auf die Vereinbarung vom 24. Dezember 1962 berufen. Der Kläger habe in der Rechnung vom 18. April 1962 die früheren Zahlungen des Beklagten von 13.750,- DM diesem noch einmal gutgebracht. Andererseits habe er bei Berechnung seiner Forderung den Restbetrag aus den beiden ersten Rechnungen nicht hinzugerechnet. Es spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Irrtum des Klägers am 24. Dezember 1962 noch fortbestanden habe. Der Beklagte habe diese Vermutung nicht zu entkräften vermocht. Der Beklagte habe auch selbst eingeräumt, am 24. Dezember 1962 die doppelte Berechnung seiner Zahlungen durch den Kläger bemerkt, diesen aber nicht darauf hingewiesen zu haben. Es sei zudem nach der Erfahrung des Lebens nahezu ausgeschlossen, daß der Kläger am 24. Dezember 1962 zunächst noch eine Forderung von über 20.000,- DM für sich in Anspruch genommen, nach einer kurzen Besprechung aber auf diese bis auf einen Betrag von 4.900,- DM verzichtet haben sollte.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision greift sie daher ohne Erfolg an.

1. Das Berufungsgericht hat eindeutig und mit eingehender Begründung festgestellt, daß der Irrtum des Klägers am 24. Dezember 1962 noch fortbestanden hat. Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu von rechtsirrtümlichen Vorstellungen über die Beweislast und über das Bestehen einer tatsächlichen Vermutung zu Gunsten des Klägers beeinflusst seien. Es hat nicht etwa den Beklagten als beweisfällig angesehen, sondern ausdrücklich betont, daß jeder Zweifel an der Richtigkeit der von ihm getroffenen Feststellungen ausgeräumt sei.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe bei Würdigung der Zeugenaussage der Ehefrau des Beklagten die Anforderungen an die Beweisführung überspannt.

Die Rüge ist unbegründet. Die Würdigung des Berufungsgerichts hält sich im Rahmen der tatrichterlichen Befugnisse. Es hat näher dargelegt, weshalb es der Aussage der Zeugin, die das Gespräch der Parteien im Herbst 1962 im wesentlichen nur aus dem Nebenzimmer mitgehört hat, keinen ausschlaggebenden Wert beigemessen hat. Insbesondere hat es darauf hingewiesen, daß die Zeugin nicht sagen konnte, in welchem Sinn der Kläger damals von einem Betrag von etwa 20.000,- DM gesprochen haben soll. Nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts kann es sich dabei auch um vom Kläger erbrachte Leistungen in Höhe dieses Betrags gehandelt haben, also nicht um die von ihm noch geltend gemachte Restforderung. Das Berufungsgericht konnte dabei andererseits berücksichtigen, daß der Beklagte selbst als Partei bekundet hat, der Kläger habe am 24. Dezember 1962 nach seiner Erinnerung nur 8 - 9.000,- DM verlangt.

Da das Berufungsgericht die bereits vom Landgericht als Zeugin gehörte Ehefrau des Beklagten selbst nochmals vernommen hat, geht auch die Rüge der Revision fehl, es hätte den Beklagten nicht mit einer gegenteiligen Wertung der Zeugenaussage überraschen dürfen. Der Beklagte mußte mit dieser Möglichkeit schon in Anbetracht der erneuten Ladung der Zeugin zur Verhandlung rechnen; das Berufungsgericht brauchte ihn darauf nicht auf Grund des § 139 ZPO hinzuweisen.

3. Die weitere Rüge, es sei das Beweisangebot im Schriftsatz des Beklagten vom 25. Juni 1965 übergangen worden, hat schon deshalb keinen Erfolg, weil der Beklagte diesen Schriftsatz erst nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingereicht hat. Es war den Parteien ausweislich der Niederschrift über die Verhandlung nur vorbehalten worden, sich binnen 10 Tagen zu äußern, ob die Sache vergleichsweise erledigt werde. Das Berufungsgericht brauchte unter diesen Umständen dem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung wegen des neuen Beweisantrages nicht zu entsprechen. Es hatte seine Aufklärungspflicht gemäß § 139 ZPO in dem vorangegangenen Verfahren durch Vernehmung der Parteien und der Ehefrau des Beklagten erfüllt.

Im übrigen konnte das Berufungsgericht den Vortrag in dem Schriftsatz vom 25. Juni 1965 auch als unzureichend ansehen.

4. Die sachlich-rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichts sind gleichfalls rechtlich nicht zu beanstanden.

Es bedarf keiner Prüfung, ob der Kläger wegen seines Berechnungsirrtums zur Anfechtung nach § 119 BGB berechtigt war und ob der Vergleich der Parteien etwa nach § 779 BGB unwirksam ist. Jedenfalls hat das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei angenommen, der Beklagte könne den Kläger nach Treu und Glauben an dem Vergleich nicht festhalten, weil er nach seinen eigenen Angaben den Rechnungsfehler des Klägers bemerkt habe. Den Umständen nach sei hier die völlige Nichtigkeit der Vereinbarung vom 24. Dezember 1962 anzunehmen.

Diese Ausführungen entsprechen im Ergebnis den in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätzen (vgl. RGZ 152, 403; RG in Warn. 1937, Nr. 32; BGHZ 46, 268, 273).

Die Revision meint, die Berufung des Beklagten auf den Vergleich verstoße nicht gegen Treu und Glauben, weil er davon überzeugt gewesen sei, die weitergehende Forderung des Klägers sei auf Grund der von ihm erhobenen Einwendungen im wesentlichen nicht gerechtfertigt.

Dem ist nicht zu folgen. Es war dem Beklagten unbenommen, seine sachlichen Einwendungen gegen die Forderung des Klägers geltend zu machen. Er durfte aber nach Treu und Glauben nicht den von ihm erkannten Irrtum des Klägers ausnutzen, um zu dem für ihn günstigen Vergleich zu gelangen.

Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, war der Beklagte nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung verpflichtet, nachdem er den Irrtum des Klägers erkannt hatte, diesen, seinen Vertragspartner, darauf hinzuweisen, zumal es sich um einen für diesen sehr erheblichen Betrag handelte (vgl. dazu RGZ 62, 149).

Es kommt hiernach nicht darauf an, ob der Kläger etwa auch den Vergleich wegen arglistiger Täuschung anfechten konnte.

5. Das Berufungsgericht hat mit näherer Begründung ausgeführt, es sei mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß dem Kläger gegen den Beklagten noch eine Forderung zustehe, selbst wenn alle vom Beklagten erhobenen Beanstandungen zuträfen. Zudem habe der Kläger für die vom Beklagten bestrittenen Regiearbeiten Regiezettel vorgelegt.

Die vom Beklagten erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen hat das Berufungsgericht in seinen weiteren Darlegungen in Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO nicht zugelassen. Diese können aber nur als Hilfsbegründung angesehen werden, nachdem das Berufungsgericht vorher die sämtlichen vom Beklagten in seinen Schriftsätzen vom 14. Januar 1964 und 20. April 1965 (Berufungsbeantwortung) erhobenen Einwendungen, auch die mit Aufrechnung geltend gemachten Gegenansprüche erörtert und die Überzeugung ausgesprochen hatte, die Klageforderung werde dadurch nicht völlig aufgegeben. Die Hilfsbegründung kommt daher nicht mehr zum Zugo; sie hat auch für das Betragsverfahren keine rechtliche Bedeutung.

Die von der Revision befürchtete Unklarheit darüber, wie die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche im weiteren Verfahren zu behandeln seien, besteht also nicht.

Im übrigen ist nach den Ausführungen des Berufungsgerichts der Erlass des Grundurteils rechtlich nicht zu beanstanden.

6. Die Revision des Beklagten ist hiernach als unbegründet mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Heimann-Trosien	Rietschel	Erbel
Meyer	Dr. Finke	