

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 184/70

URTEIL

Verkündet am
23. März 1972
[REDACTED],
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Tiefbauunternehmers Erich B [REDACTED], K [REDACTED],
Dahlerdyk 98,

Klägers, Berufungsbeklagten,
Revisionsklägers und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Fabrikanten Günter S [REDACTED], S [REDACTED]-O [REDACTED],
K [REDACTED] Str. [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger,
Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. März 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Schmidt, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Klägers und die Anschlußrevision des Beklagten wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. Januar 1970 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen und der Beklagte zur Zahlung von mehr als 5.620,29 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 25. Januar 1966 sowie weiteren 4 v.H. Zinsen aus 3.610,76 DM seit dem 25. Januar 1966 und aus 2.009,53 DM seit dem 11. Juli 1966 an die Firma P. C. [REDACTED] & Co., S. [REDACTED]-0 [REDACTED], D. [REDACTED] Str. [REDACTED], verurteilt worden ist.
- II. In diesem Umfang wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

dt

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte ließ in S [REDACTED] zwei Mehrfamilienhäuser errichten. Die technische Bauleitung hatte er dem Architekten C [REDACTED] übertragen. Durch diesen erteilte er dem Kläger am 5. Oktober 1965 den Auftrag über die Herstellung der Straßen zwischen den Gebäuden zu dem angebotenen Pauschalpreis von 13.000 DM und am 11. Oktober 1965 den Auftrag über - zusätzliche - Straßenbauarbeiten (Rasenkantensteine und Basamentbordsteine), Kanalbauarbeiten sowie Erdarbeiten für die Errichtung von Garagen zu den angebotenen Einheitspreisen, deren Gesamtbetrag mit 15.375 DM angegeben war.

Nachdem der Kläger seine Arbeiten, bei denen er auch Mehrleistungen erbracht hatte, abgeschlossen und 34.000 DM erhalten hatte, legte er seine Schlußrechnung vom 22. Dezember 1965 über 90.004,99 DM vor. Der bauleitende Architekt prüfte und berichtigte die Rechnung auf 88.501,49 DM. Hiervon brachte er außer den gezahlten 34.000 DM weitere Beträge von insgesamt 3.009,44 DM (Skonto 390 DM, Minderleistungen 2.619,44 DM) in Abzug.

Der Kläger verlangt Zahlung des Restbetrages in Höhe von 51.492,05 DM nebst Zinsen, und zwar 28.147,27 DM an sich selbst, 21.470 DM an die Firma P. C [REDACTED] & Co. (Zessionarin) und 1.874,78 DM (Garantiebetrag) auf ein Sperrkonto.

Er hat vorgetragen, stark wasserhaltiger Boden habe die in der Schlußrechnung aufgeführten Mehrarbeiten erforderlich gemacht. Diese habe der Beklagte in Auftrag gegeben.



Der Beklagte hat insbesondere die Erteilung der behaupteten Zusatzaufträge sowie den Umfang der in Rechnung gestellten Mehrleistungen bestritten. Nach seiner Ansicht schließen die Preisvereinbarungen Nachforderungen aus.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der verlangten Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 7.789,73 DM nebst Zinsen an die Zessionarin verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision und im Wege der Anschlußrevision Abweisung der Klage, soweit sie über einen an die Zessionarin zu zahlenden Betrag von 5.620,26 DM nebst Zinsen hinausgeht. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Anschlußrevision.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision ist zulässig. Der Kläger hat zwar die Frist zur Einlegung der Revision versäumt. Gegen die Versäumung wird jedoch auf seinen Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt (§ 233 ZPO).

B. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß dem Kläger nur vertragliche Ansprüche zustünden. Diese habe der Beklagte in Höhe von 41.789,75 DM anerkannt und darauf 34.000 DM bezahlt, so daß er noch 7.789,73 DM zu

zahlen habe. Für Mehrleistungen habe der Kläger mangels wirksamer Zusatzaufträge nichts zu beanspruchen.

Die Revision und die Anschlußrevision haben Erfolg.

I. Zur Revision des Klägers

1. In seinem Angebot vom 29. September 1965 führte der Kläger die zur Herstellung der Straße für erforderlich erachteten Leistungen in Einzelpositionen an, ferner die Einheitspreise und die danach errechnete Angebotssumme von 16.230 DM. Zugleich machte er den Vorschlag, bei Erteilung eines bestimmten weiteren Auftrags "die Arbeiten des vorstehenden Angebots zum Pauschalpreis von DM 13.000.00" auszuführen. Auf Grund dieses Angebots erteilte der Beklagte dem Kläger durch Schreiben vom 5. Oktober 1965 den Auftrag über die Straßenbauarbeiten zum "Pauschal-Festpreis von DM 13.000" und einige Tage später den weiteren Auftrag. Das Auftragschreiben enthält u.a. folgende Erklärungen:

"Dieser Preis umfaßt alle Arbeiten, die zur gebrauchsfertigen Herstellung des Bauobjektes, in der Ausführungsart wie in dem Leistungsverzeichnis und in den genehmigten Baupolizeiplänen vorgesehen.

Sie haben die im Leistungsverzeichnis aufgegebenen Massen nachkontrolliert und sämtliche Zeichnungen auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft. Jeglicher Irrtum oder Änderungen gehen zu Ihren Lasten

Sollten Extra-Arbeiten auf Wunsch des Bauherrn in Auftrag gegeben werden, so ist die Genehmigung der Bauleitung schriftlich einzuholen."

Ähnlich heißt es in der Handwerkerverpflichtungserklärung des Klägers vom selben Tage:

"Ich erkläre ausdrücklich, daß in dem genannten Pauschalpreis alle Arbeiten und Leistungen enthalten sind, die zur ordnungsmäßigen und vollständigen Durchführung (der) für die Fertigstellung des Bauvorhabens erforderlichen Arbeiten gehören. Nachforderungen und Preiserhöhungen ganz gleich aus welchem Grunde sowie Forderungen aus Nebenabreden sind daher ausgeschlossen

Werkverträge und sonstige Nebenabreden, die Mehrkosten erfordern, welche über die Festpreissumme dieser Handwerker-Verpflichtungserklärung hinausgehen, sind ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers rechtsunwirksam (§ 182 BGB)."

a) Das Berufungsgericht wertet den Vertrag als Pauschalpreisvertrag. Durch ihn habe sich der Kläger verpflichtet, die in dem Angebot beschriebenen Arbeiten zu dem Pauschalpreis von 13.000 DM auszuführen, ohne daß sich eine der Vertragsparteien auf spätere Abweichungen der Leistungen nach oben oder unten berufen dürfen. Der Kläger habe also die von ihm mit 14.750,66 DM berechneten Mehrleistungen zu seinen eigenen Lasten ausgeführt. Er dürfe sie dem Beklagten mit Rücksicht auf die Pauschalvereinbarung nicht in Rechnung stellen.

b) Richtig ist zwar der Ausgangspunkt, daß die Parteien einen Pauschalpreisvertrag abgeschlossen haben. Dagegen ist die Auslegung des Berufungsgerichts, soweit sie sich auf den Leistungsumfang bezieht, mit den Vertrags-erklärungen nicht in Einklang zu bringen.

Die Parteien haben in dem Vertrag die Werkleistung nicht etwa nur durch die Angabe über die Fläche und Decke der herzustellenden Straße gekennzeichnet. Vielmehr sind

auch die Ausführungsart und damit zugleich die Bautiefe insbesondere durch die Angaben über die anzulegenden verschiedenen Schichten näher bestimmt worden. Diese Bestimmung ergibt sich aus den einzelnen Positionen des nach dem Leistungsverzeichnis aufgestellten Angebots sowie dem auf Grund dieses Angebots erteilten Auftrag, in dem der Beklagte die Werkleistung ausdrücklich als das Bauobjekt "in der Ausführungsart, wie im Leistungsverzeichnis und in den genehmigten Baupolizeiplänen vorgesehen" bezeichnet hat.

Hiernach mag zwar der Kläger verpflichtet gewesen sein, zu dem Pauschalpreis auch nicht vorhergesehene aber zur Herstellung der Straße in der vereinbarten Größe und Ausführungsart erforderliche Mehr- und Nebenleistungen zu erbringen. Jedoch ist dem Vertrag keine Verpflichtung zu zusätzlichen Arbeiten zu entnehmen, durch die die Straße vergrößert oder in der Ausführungsart insbesondere durch tieferen Bau und durch vermehrte Schichten erweitert wurde.

Die Mehrleistungen, die der Kläger in der aufgeschlüsselten Schlußrechnung mit 14.750,66 DM berechnet, stellen nach seiner Behauptung solche zusätzlichen, über die vereinbarte Werksherstellung hinausgehenden Leistungen dar. Seinem Anspruch auf Zahlung des berechneten Betrages steht daher jedenfalls der Pauschalpreisvertrag nicht entgegen.

c) Ein vertraglicher Vergütungsanspruch wegen dieser zusätzlichen, vom Pauschalpreisvertrag nicht umfaßten Leistungen könnte allerdings nur dann bestehen,

wenn der Beklagte hierüber dem Kläger einen besonderen Auftrag erteilt hätte. Das Berufungsgericht hat jedoch festgestellt, daß die Parteien derartige vom Kläger behauptete Vereinbarungen nicht getroffen haben. Dies greift die Revision ohne Erfolg an.

aa) Unstreitig haben weder der Beklagte selbst noch einer seiner von ihm bevollmächtigten Angestellten einen solchen Auftrag erteilt. Der Architekt Ca■■■■ und der von ihm mit der örtlichen Bauführung beauftragte Bautechniker T■■■■ haben keine allgemeine Vollmacht zur Erteilung von Zusatzaufträgen gehabt. Der Beklagte hatte dem Architekten Ca■■■■ nur die technische Bauleitung übertragen, nicht auch die geschäftliche Oberleitung. Dieser und der von ihm beauftragte Bautechniker T■■■■ durften daher zwar technische Anordnungen treffen, aber keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen für den Beklagten abgeben, ohne besonders bevollmächtigt zu sein.

bb) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht aber auch eine dem Architekten oder dem Bautechniker besonders erteilte Vollmacht verneint. Der Kläger meint, eine derartige Vollmacht des Architekten ergebe sich aus den Vertragserklärungen. Das Gegenteil ist richtig. In dem Auftragsschreiben und in der Handwerkerverpflichtungserklärung ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, unmißverständlich zum Ausdruck gebracht worden, daß Zusatzaufträge nicht ohne die Mitwirkung ("Zustimmung", "Wunsch") des Bauherrn haben erteilt werden dürfen.

cc) Das von dem Kläger erwähnte Schreiben vom 2. Februar 1966, in dem der Beklagte die Behauptung des

Klägers zurückweist, daß dieser nur auf Anweisung des von dem Beklagten "bevollmächtigten Architekten" gehandelt habe, weist nicht auf eine allgemein oder besonders für bestimmte Zusatzaufträge erteilte Vollmacht hin. Derartige ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht dem erstinstanzlichen Vorbringen des Beklagten in seinen Schriftsätzen vom 6. April 1966, 5. April 1966 und 15. April 1966 zu entnehmen.

dd) Unrichtig ist auch die Auffassung des Klägers, daß zumindest eine Anscheinsvollmacht des Architekten Ca. [REDACTED] anzunehmen sei. Die Revision geht hierbei davon aus, daß der Bautechniker T. [REDACTED] nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU 11) jeweils an Ort und Stelle mit dem Einverständnis des Beklagten die notwendigen Entscheidungen getroffen habe. Derartige Feststellungen sind indessen dem Urteil nicht zu entnehmen. Ebenso unrichtig ist die Ansicht, daß sich aus den Aussagen des als Zeugen vernommenen Architekten Cardinal (GA 57, 273) ergebe, T. [REDACTED] Untervollmacht erteilt zu haben.

ee) Ohne Erfolg ist der in diesem Zusammenhang geführte Angriff gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß eine wirksame Vereinbarung über zusätzliche Leistungen nur hinsichtlich der tieferen Ausschachtung des Garagengeländes und die dadurch erforderlich gewordenen weitergehenden Befestigungsarbeiten am Garagenplatz getroffen worden sei (BU 11, 17). Der Kläger wendet sich hier gegen die tatrichterliche Beweismwürdigung, die einen vom Revisionsgericht zu beachtenden Rechtsfehler nicht erkennen läßt.

d) Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht auch darin zuzustimmen, daß sich ein Vergütungsanspruch aus dem

Pauschalpreisvertrag auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage rechtfertigen läßt. Dabei kann die Frage offen bleiben, ob sich der Kläger hierauf berufen kann, wenn zwar einerseits - wie er behauptet - der Beklagte die starke Wasserführung des Baugeländes gekannt und arglistig verschwiegen hat, andererseits aber der Kläger fahrlässig unterlassen hat, sich über die Bodenverhältnisse selbst zu unterrichten. Die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage kommt jedenfalls schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger auf Grund des Pauschalpreisvertrages nicht zu diesen Zusatzleistungen verpflichtet war, wie oben (zu b) ausgeführt worden ist.

Dahingestellt bleiben kann ferner, ob dem Kläger ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß zusteht. Einen solchen Anspruch auf Ersatz seines Schadens hat er nicht geltend gemacht. Auch die Voraussetzung eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB sind nicht dargetan.

e) Das Berufungsgericht hat jedoch - von seinem zum Leistungsumfang des Pauschalpreisvertrages eingenommenen Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, ob der Zahlungsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff BGB gerechtfertigt ist. Ein solcher Anspruch ist unter dem Gesichtspunkt der Ersparnisbereicherung dann gegeben, wenn die zusätzlichen, durch einen Auftrag nicht umfaßten Leistungen zur Herstellung der - etwa unzulänglich geplanten - Straße notwendig waren und der Beklagte sie von dem Kläger oder von einem anderen Bauunternehmer hätte erbringen lassen müssen.

Hierüber wird das Berufungsgericht nach weiterer Aufklärung des streitigen Sachverhaltes zu entscheiden haben.

f) Ohne Erfolg wendet sich der Kläger in diesem Zusammenhang dagegen, daß das Berufungsgericht von dem Pauschalpreis von 13.000 DM ein Skonto von 3 v.H. abgezogen hat. Er hat nicht vorgetragen, daß der Beklagte diesen Pauschalpreis nicht rechtzeitig bezahlt habe. Nur darauf und nicht etwa auch auf die Bezahlung der Mehrkosten kommt es nach der getroffenen Vereinbarung über diesen Abzug an. Dies hat der Kläger im übrigen durch die Berechnung seiner Klageforderung und auch noch in der "aufgeschlüsselten Schlußrechnung" deutlich anerkannt.

2. Der Kläger machte dem Beklagten mit Schreiben vom 5. Oktober 1950 u.a. über die Ausführung von Erdarbeiten im Garagengelände ein Angebot zu Einheitspreisen mit einer daraus errechneten Angebotssumme von 1.710 DM. Der Beklagte erteilte am 11. Oktober 1965 einen dementsprechenden Auftrag. Hierbei vereinbarten die Parteien, daß nach Aufmaß abgerechnet werden sollte. Der Kläger stellte unter Einbeziehung von Kosten für Zusatzarbeiten 31.177,35 DM in Rechnung (660 DM und 30517,35 DM, siehe Seite 5, 8, 9 der aufgeschlüsselten Schlußrechnung).

a) Das Berufungsgericht sieht als bewiesen an, daß eine Vereinbarung zwischen den Parteien über Zusatzleistungen, nämlich über die tiefere Ausschachtung des Garagengeländes und die dadurch erforderlich gewordene weitergehende Befestigung des Garagenplatzes zustande gekommen ist. Es meint, daß der Kläger neben der Angebotssumme von 1.700 DM für die Zusatzarbeiten nur 13.315 DM verlan-

gen könne. Er habe sich nicht mit dem Vortrag des Beklagten (in der Klagerwiderung und in der Berufungsbeurteilung, GA 10, 141, 146) auseinandergesetzt, daß er, der Kläger, über die notwendig gewordene und vom Beklagten gebilligte erheblich tiefere Ausschachtung am 12. Oktober 1965 eine Rechnung über 8.320 DM (vom Architekten auf 8.315 DM berichtigt) erteilt und der Beklagte für die stärkere Befestigung des Garagenplatzes 5.000 DM bewilligt habe. Der Kläger hätte die richtige Berechnung seiner Forderung dartun müssen. Sein Schweigen gehe zu seinen Lasten; es müsse daher von den substantiierten Darlegungen des Beklagten ausgegangen werden.

b) Hierin sieht der Kläger zu Recht eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO). Die im ersten Rechtszug überreichte Schlußrechnung vom 22. Dezember 1965, nach der die Klageforderung errechnet ist, umfaßt alle Leistungen und Zusatzleistungen (Mehrleistungen), die der Kläger nach seinem unverändert gebliebenen Vortrag im Auftrag des Beklagten erbracht haben will. So hat das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers auch aufgefaßt und diese Auffassung in seinem Auflagen- und Beweisbeschluß vom 9. Mai 1967 (GA 258 bis 260) zum Ausdruck gebracht, in dem es dem Kläger eine Aufschlüsselung seiner Schlußrechnung aufgegeben hat, ohne die Vorlage der Rechnung vom 12. Oktober 1965 oder andere Rechnungen (etwa Abschlags- oder Teilrechnungen) anzuordnen. Der Kläger hat dem Aufklärungsverlangen durch Einreichung der "aufgeschlüsselten Schlußrechnung" entsprochen. Daß diese Aufschlüsselung unklar sei, hat das Berufungsgericht ersichtlich nicht angenommen. Wenn es hiernach noch den Vortrag des Klägers vermißt, daß die alle Leistungen umfassende Schlußrechnung vom 22. De-

zember 1965 die Rechnung über Ausschachtungsarbeiten vom 12. Oktober 1965 überholt habe und daß er der Behauptung des Beklagten, für die Befestigung des Garagenplatzes 5.000 DM bewilligt zu haben, entgegentrete, so hätte es darauf hinweisen müssen. Der Kläger hätte dann seinen Vortrag entsprechend ergänzt, wie die Revision ausführt.

Das Berufungsgericht hat daher zu Unrecht den über die von dem Beklagten anerkannten Beträge von 1.710 DM und 13.315 DM hinaus gehenden Werklohn für Leistungen am Garagengelände mit der Begründung unzureichender Darlegung für nicht berechtigt angesehen.

c) Sollte auch eine weitere Aufklärung die Annahme eines vertraglichen Anspruchs nicht in vollem Umfange der angesetzten Forderungen rechtfertigen, so kann dem Kläger wegen des Teiles der nicht vertraglichen Leistungen ein Anspruch wegen Ersparnisbereicherung nach §§ 812 ff BGB zustehen (siehe oben zu 1 e). Der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Geltendmachung eines solchen Anspruchs gegen Treu und Glauben verstoße, weil die Parteien für die Erteilung von Aufträgen über Zusatzleistungen die Schriftform vereinbart hätten, kann nicht zugestimmt werden. Sie ist im vorliegenden Falle schon deshalb nicht zu vertreten, weil die Parteien gerade hier bei den Zusatzleistungen für das Garagengelände, aber auch bei anderen - unstreitigen - zusätzlichen Arbeiten übereinstimmend von der Schriftform des Auftrages (der Zustimmung) abgesehen haben.

d) Dagegen kommt ein Anspruch nach § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B schon deshalb nicht in Betracht, weil die Parteien

die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (Teil B) nicht vereinbart haben. Dies hat das Berufungsgericht durch Auslegung des Individualvertrages festgestellt. Ein vom Revisionsgericht zu beachtender Rechtsfehler ist hier nicht zu erkennen.

e) Für nichtvertragliche Leistungen kann der Kläger auch keine Zahlung aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff BGB verlangen. Dieser Anspruch scheitert entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, worauf die Revision zutreffend hinweist, allerdings nicht daran, daß der Kläger zu Unrecht von dem Bestehen eines Vertrages ausgegangen ist (BGHZ 37, 258). Es fehlt jedoch an einer anderen Voraussetzung. Der Kläger hat zwar die Bauarbeiten für den Beklagten ausgeführt. Damit hat er aber für ihn kein Geschäft im Sinne des § 677 BGB besorgt, sondern lediglich eine Leistung an ihn erbracht. In Fällen, in denen der Leistende irrtümlich ein Vertragsverhältnis annimmt, kann auf die Grundsätze der §§ 677 ff BGB nur dann zurückgegriffen werden, wenn auch ihre sonstigen Voraussetzungen gegeben sind (BGH aaO).

3. Der Kläger hat weitere Zusatzleistungen, insbesondere zusätzlichen Kanalbau und Einbau von Rasenkanntensteinen, sowie Wasserabfangung mit 14.772,80 DM in Rechnung gestellt (siehe d der aufgeschlüsselten Schlußrechnung). Das Berufungsgericht hat auch diese Forderung zu Unrecht als nicht gerechtfertigt angesehen.

Nicht zu beanstanden ist allerdings, daß das Berufungsgericht das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages verneint hat. Insoweit treffen die Ausführungen zu

1 c auch hier zu. Ansprüche nach § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B und nach § 677 BGB kommen aus den zu 2 d und e dargelegten Erwägungen nicht in Betracht. Dagegen kann auch hier die Forderung aus dem Gesichtspunkt der Ersparnisbereicherung nach §§ 812 ff BGB begründet sein. Hierzu wird auf die Ausführungen zu 1 e und 2 c verwiesen.

4. Zu Unrecht rügt der Kläger, das Berufungsgericht habe ihn pflichtwidrig nicht darauf hingewiesen, daß es seine aus der Prozeßleitung erkennbare ursprüngliche Auffassung über den Pauschalpreisvertrag und über die Bevollmächtigung des Architekten Cardinal habe ändern wollen. Beide Fragen standen im Mittelpunkt des Streites und bedurften keines Hinweises, daß und wie darüber zu befinden sein werde.

II. Zur Anschlußrevision des Beklagten

Das Berufungsgericht hat bei Berechnung der zuerkannten Forderung die Beträge wegen nicht ausgeführter Leistungen nicht abgezogen. Es handelt sich um den Betrag von 1.969,44 DM für die Verschleißdecke und um 650 DM für Befestigung des Garagenhofes. Dies beanstandet der Beklagte zu Recht.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte sich wegen des Abzuges dieser Positionen nur zur Verteidigung gegen die Forderung berufen habe, die über die von ihm zugestandenen Beträge hinausgehen, ist nicht gerechtfertigt. Das Gegenteil ergibt sich aus der auch vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Berufungsbegründung (GA 147). Hinzu kommt, daß auch der Kläger diese Beträge nicht verlangt, sondern in Abzug

gebracht hat, wie sich aus beiden Schlußrechnungen und aus der Höhe seiner Klageforderung deutlich ergibt.

III.

Das Urteil des Berufungsgerichts war daher auf beide Rechtsmittel aufzuheben. Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der dargelegten Auffassungen den Sachverhalt weiter aufzuklären und erneut über die Sache zu entscheiden haben, soweit der Klage nicht stattgegeben worden ist. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision und der Anschlußrevision zu überlassen.

Rietschel

Erbel

Schmidt

Girisch

Meise