

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 218/92.

Verkündet am:
14. Oktober 1993
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rudolf W [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,

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

gegen

1. Peter F.C. D [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

2. Rudolf W [REDACTED] GmbH, G [REDACTED]-R [REDACTED] & Co. KG,
vertreten durch die Firma Rudolf W [REDACTED] Gesellschaft mbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführerin, Frau S [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],
in BGB-Gesellschaft,

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionskläger,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Dr. Thode, Dr. Haß und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 31. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. November 1991 aufgehoben, soweit der Klage stattgegeben (80.931,65 DM) und die Widerklage in Höhe von 103.016,79 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Insoweit wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich mit der Vollstreckungsabwehrklage gegen die von den beiden Beklagten aus einem Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung wegen 350.000 DM betriebene Zwangsvollstreckung. Die Beklagten verlangen widerklagend jetzt noch 144.470,35 DM, hilfsweise darüber hinaus Zahlung des Betrages, in dessen Höhe die Zwangsvollstreckung aus dem Schuldversprechen für unzulässig erklärt wird.

Der Kläger hat sich in M. mit Hilfe jeweils derselben Generalunternehmerin (Firma G.), die mit den Beklagten wirtschaftlich verbunden war, an zwei Bauherrengemeinschaften beteiligt, zunächst in der H.straße, nach der Veräußerung jenes Objektes sodann 1981 in der S.straße. In diesem Altbau hat sich der Kläger eine Dachgeschoßwohnung ausbauen lassen. Die Beklagten machen verschiedene eigene und vor allem abgetretene Forderungen aus beiden Bauvorhaben geltend.

Das Landgericht hat die Zwangsvollstreckung nur zum geringen Teil für unzulässig erklärt und die Klage hinsichtlich 307.114,42 DM, das heißt überwiegend, sowie die Widerklage insgesamt abgewiesen.

Auf die Berufungen beider Seiten hat das Oberlandesgericht die zulässige Vollstreckung auf 269.068,35 DM begrenzt, die Klage im übrigen abgewiesen und sonst wie das Landgericht entschieden, also die weitergehende Berufung



des Klägers sowie die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Der Senat hat die Annahme der Revision des Klägers mit Beschluß vom 17. Juni 1993 abgelehnt. Die Revision der Beklagten greift das Berufungsurteil an, soweit der Klage stattgegeben (= 80.931,65 DM) und die Widerklage in Höhe von 144.470,35 DM sowie die Hilfswiderklage abgewiesen worden sind. Insgesamt begehrt also die Revision über die den Beklagten im Ergebnis bereits zuerkannten 269.068,35 DM hinaus noch weitere 225.402 DM.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist teilweise begründet.

Bauvorhaben S.straße:

I.

1. Das Berufungsgericht erkennt den Beklagten 74.300 DM (124.300 DM abzüglich bezahlter 50.000 DM) zusätzliche Kosten für die Beton-Dachkonstruktion in der S.straße in Gestalt eines Sargdeckels nicht zu. Der Kläger habe das entsprechende Nachtragsangebot der Firma G. zwar angenommen.

Er habe es jedoch wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten und außerdem den Generalunternehmervertrag mit der Firma G. gekündigt. Diese habe den Kläger über die wahre Kostensituation getäuscht. Die Beklagten hätten nicht bestritten, daß die Betonkonstruktion billiger gewesen sei, als der im Gesamtpreis schon enthaltene konventionelle Dachstuhl aus Holz. Der Sachverständige F. habe diese Kostenrelation mit Hinblick auf die Besonderheiten des Projektes bestätigt. Es liege auf der Hand, daß die Beklagten in ihrem Nachtragsangebot die ursprünglich vorgesehenen Dachstuhlkosten hätten berücksichtigen müssen.

2. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

a) Die ausschlaggebende Feststellung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Prüfung nicht stand. Ob die Betonkonstruktion in Wahrheit billiger gewesen ist als der hölzerne Dachstuhl, kann nicht ohne Blick auf das gewünschte Ausbaukonzept beurteilt werden. Dem Gutachten des Sachverständigen F. ist die vom Berufungsgericht darin gesehene Bestätigung nicht zu entnehmen.

Die Beantwortung der Frage setzt voraus, daß geklärt ist, weshalb der ursprünglich vorhandene, in das anfängliche Ausbaukonzept übernommene hölzerne Dachstuhl schließlich weder verwendet noch erneuert, sondern durch die Betonkonstruktion ersetzt worden ist. Das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen dazu. Der Kläger behauptet, der vorhandene Dachstuhl habe abgerissen werden müssen, weil er weder konstruktiv, noch nach seinem baulichen Zustand, noch nach seinen tatsächlichen, von den Vertragsplä-

nen abweichenden Maßen geeignet gewesen sei, die vertraglich vorgesehene Wohnung aufzunehmen. Unter diesen Umständen sei die Betonkonstruktion das Billigste und keine zusätzliche Leistung gewesen. Die Beklagten behaupten demgegenüber, gleichfalls unter Beweisantritt, die Betonkonstruktion sei erst durch nachträgliche Sonderwünsche des Klägers erforderlich geworden. Sie stelle gegenüber dem ursprünglichen Konzept eine aufwendigere, zusätzliche Kosten verursachende Leistung dar. Diesen beiderseitigen Behauptungen wird nachzugehen sein.

Das Gutachten des Sachverständigen F. enthält keine diesen Punkt klärenden Angaben. Dort wird lediglich bestätigt, mit der ersten Baugenehmigung seien keine so weitreichenden Auflagen verbunden gewesen, daß der alte Dachstuhl deshalb hätte ersetzt werden müssen. Der vom Berufungsgericht aus dem Gutachten zitierte Kostenvergleich führt nicht weiter. Der Sachverständige stellt ihn zwar zwischen der Beton- und einer Holzkonstruktion an, jedoch gleichermaßen für das veränderte, schließlich verwirklichte Raumkonzept. Damit wird offengelassen, was gerade die Frage ist, ob nämlich das Betondach gegenüber dem ursprünglichen Konzept teurer ist oder nicht. Entsprechend dieser Frage muß den Kosten der zusätzlich berechneten Betonkonstruktion der Aufwand gegenübergestellt werden, welcher bei einer Ausführung in Holzbauweise nach dem ursprünglich erteilten Auftrag entstanden wäre. Hierzu hat sich der Sachverständige lediglich in seiner Anhörung vom 28. Februar 1990 mit einer nur kurzen Vermutung geäußert, die als Entscheidungsgrundlage nicht ausreicht.

b) Solange nicht geklärt ist, aus welchen Gründen die Betonkonstruktion errichtet worden ist, und es dementsprechend offen ist, ob sie eine gegenüber dem ursprünglichen Konzept zusätzliche Leistung darstellt, kann von einer arglistigen Täuschung des Klägers durch die Beklagten über die Kostensituation nicht ausgegangen werden.

c) Es ist deshalb rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht davon ausgeht, den Beklagten stehe insoweit kein Anspruch zu. Sofern sich nach erneuter Überprüfung herausstellt, daß die Forderung aus der Betonkonstruktion an sich begründet ist, bleibt zu beachten, daß sie möglicherweise derzeit nicht fällig ist.

Das Berufungsgericht geht in anderem Zusammenhang zutreffend davon aus, daß hinsichtlich der S.straße zwischen dem Kläger und der Firma G., deren Ansprüche die Beklagten hier geltend machen, nur noch ein Abrechnungsverhältnis besteht. Der Kläger hat den Generalunternehmervertrag gekündigt und die Eigentumswohnung ohne Mitwirkung der Firma G. fertiggestellt. Das Abrechnungsverhältnis besteht unabhängig von der Frage, ob es sich um eine ordentliche oder, wie der Kläger meint, um eine außerordentliche Kündigung handelt. Aufgrund der veränderten Rechtsbeziehung sind jedenfalls erst einmal die gegenseitigen Rechnungsposten festzustellen, um den Überschuß einer der beiden Seiten zu ermitteln. Das ist nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts noch nicht geschehen. Dann ist insoweit die Zwangsvollstreckung derzeit nicht zulässig.

II.

1. Den Beklagten stehen nach Ansicht des Berufungsgerichts zusätzliche 5.949,71 DM für eine erweiterte Warmwasseraufbereitungsanlage in der S.straße nicht zu. Der Kläger habe deren Herstellung bestritten. Dem seien die Beklagten nicht entgegengetreten. Nach Kündigung des Vertrages und anderweiter Fertigstellung sei den Beklagten die Herstellung nicht mehr möglich.

2. Das beanstandet die Revision zu Recht. Die abschließende Ablehnung der Teilforderung ist nicht gerechtfertigt. Die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung und damit die Grundlage eines möglichen Anspruchs ist ungeklärt. Das Abrechnungsverhältnis zwischen den Parteien in bezug auf die S.straße ist allerdings, wie bereits ausgeführt, offen. Danach ist auch diese Forderung, falls sie besteht, derzeit nicht fällig.

Bauvorhaben H.straße:

III.

1. Das Berufungsgericht billigt den Beklagten für ausgeführte Sonderwünsche des Klägers in der H.straße
123.576,22 DM minus 49.392,93 DM Gutschriften =
74.182,86 DM zu.

2. Die Revision beanstandet teilweise zu Recht, daß das Berufungsgericht weitere, darüber hinausgehende Teilforderungen nicht anerkannt hat.

a) Allerdings rügt die Revision ohne Grund, das Berufungsgericht habe sich kurzerhand dem Gutachten F. angeschlossen, ohne auf die Einwendungen der Beklagten einzugehen. Die Einwendungen, auf welche die Revision sich bezieht, waren Gegenstand der Stellungnahme des Sachverständigen.

b) Zutreffend zeigt die Revision, daß das Berufungsgericht von den vier Rechnungen vom 5. August 1982 über Zusatzleistungen, die als Anlagen B 1 bis B 4 vorgelegt worden sind, lediglich die als Anlage B 1 vorgelegte berücksichtigt hat. Es fehlt jede Begründung, weshalb der Kläger die weiteren drei geltend gemachten und vorgelegten Rechnungen über insgesamt 39.039,85 DM nicht bezahlen müßte (§ 551 Nr. 7 ZPO). Diese zusätzlichen Rechnungsbeträge sind zwar in der Gesamtaufstellung BU 20 im Teilbetrag von 194.838,94 DM. enthalten. Ferner geht das Berufungsgericht BU 28 davon aus, daß der Kläger auch die in den Rechnungen B 2 bis B 4 genannten Zusatzaufträge erteilt hat und diese ausgeführt worden sind. Trotzdem beschränkt sich das Berufungsgericht darauf, den vom Sachverständigen F. ermittelten Betrag, der sich allein aus der Rechnung B 1 ergibt, zuzusprechen.

c) Aus der als Anlage B 1 vorgelegten Rechnung hat ferner das Berufungsgericht zu Unrecht die Positionen 7, 8, 11, 12 und 25 nicht zuerkannt.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die in der Rechnung B 1 aufgelisteten Arbeiten bestellt und ausgeführt worden sind. Der Sachverständige F. sah sich außerstande, nähere Feststellungen zu den Positionen 7 (= 5.760 DM), 8 (= 5.264,45 DM), 11 (= 2.970 DM), 12 (= 4.810 DM) und 25 (jetzt noch 26.774,18 DM) zu machen und sich zur angemessenen Höhe der entsprechenden Teilforderungen zu äußern. Er hat deshalb diese Positionen als strittig geblieben bezeichnet und sie nicht mitangesetzt. Das Berufungsgericht ist dem ohne weiteres gefolgt, obwohl die Beklagten weitere Beweisangebote unterbreitet hatten. Wenn das Berufungsgericht die Arbeiten als ausgeführt, vom Sachverständigen aber nicht als abschließend geklärt betrachtet, hätte es den Beweisangeboten nachgehen müssen.

d) Aus derselben Rechnung hat das Berufungsgericht zu Unrecht die Position 21 (= 1.075 DM) nicht berücksichtigt. Es ist unerheblich, daß die fragliche Zierverkleidung an der Wohnungstür vom Sachverständigen F. nicht mehr vorgefunden worden ist. Entscheidend ist, ob diese Arbeit seinerzeit ausgeführt worden ist. Wenn das Berufungsgericht entgegen seiner allgemeinen Feststellung über die Ausführung sämtlicher in der Rechnung aufgelisteten Arbeiten diese Position doch in Frage stellen wollte, dann hätte es zunächst dem angebotenen Zeugenbeweis nachgehen müssen.

e) Zu nochmals derselben Rechnung hat das Berufungsgericht fehlerhaft für nicht ausgeführte Arbeiten über die von den Beklagten schon von sich aus eingeräumten Gut-schriften hinaus (Positionen 14 bis 18 sowie 20 mit insgesamt 15.314,75 DM) weitere 15.875,25 DM, insgesamt

31.190 DM als Rechnungsabzüge zugunsten des Klägers angesetzt. Dazu ist es aufgrund der allgemeinen Überlegung des Sachverständigen F. über die gehobene Qualität des Umbauvorhabens und entsprechend umfangreichere Einsparungen der Beklagten gekommen. Damit hat das Berufungsgericht erhebliche Beweisangebote der Beklagten übergangen. Diese haben unter Beweisantritt vorgetragen, die entsprechenden Leistungen seien für alle Wohnungen des Hauses gleichmäßig ausgeschriben gewesen, so daß Mengenrabatt habe kalkuliert werden können mit der Folge entsprechend geringerer Abzüge. Dieser Punkt wäre zu klären gewesen.

f) Keinen Erfolg hat die Revision mit ihrem vorsorglichen Vortrag, der Kläger habe mit seinem Schuldversprechen, welches der Zwangsvollstreckung zugrunde liegt, unter anderem auch restliche Verbindlichkeiten aus der H.straße über 175.000 DM anerkannt, weil diese in der zugrunde liegenden Forderungszusammenstellung vom 25. November 1982 mit aufgeführt seien. Der Kläger hat in dem Schreiben vom 30. November 1982 zusammen mit seiner Bereitschaft, Sicherheiten zu stellen, ausdrücklich erklärt, die Forderungszusammenstellung könne zwar als Grundlage dienen, sie werde aber nicht abschließend anerkannt, vielmehr müsse über alle Kosten noch im einzelnen abgerechnet werden.

IV.

1. Das Berufungsgericht äußert sich nicht zu weiteren Planungskosten für die H.straße aus gewissen Planungsänderungen.

2. Die Revision beanstandet das zu Recht. Die Beklagten haben nach ihrem Vortrag auf Wunsch des Klägers die Planung für die Wohnungen 7 und 10 geändert. Danach sind zusätzliche Kosten von (2.000 DM plus Mehrwertsteuer =) 2.130 DM entstanden. Diese sind auch geltend gemacht worden. Das Berufungsgericht hat diesen Punkt übersehen.

V.

1. Das Berufungsgericht billigt den Beklagten 32.221,21 DM Kosten für Baumaßnahmen aufgrund behördlicher Bauauflagen zur H.straße nicht zu, weil die "Kosten" nicht prüffähig seien. Obwohl schon der Treuhänder und das landgerichtliche Urteil auf diesen Mangel hingewiesen hätten, seien die Beklagten in der Berufung hierauf nicht weiter eingegangen.

2. Die Revision ist insoweit nicht begründet. Von einer Prüffähigkeit der zugrunde liegenden Rechnung der Firma G. an den Kläger vom 20. September 1984 einschließlich der als Anlage dort beigefügten weiteren Rechnung vom 24. August 1982 kann nicht gesprochen werden. Die Rechnung weist lediglich die verlangte Summe aus. Die als Anlage beigefügte weitere Rechnung vom 24. August 1982 über die auflagenbedingten und von allen Wohnungseigentümern anteilig zu tragenden Kosten ist zwar in etliche Teilbeträge mit Verwendungsangaben aufgeschlüsselt. Die meisten dieser Teilbeträge sind aber, weitgehend sogar ausdrücklich, nur "pauschal" angegeben. Mengenangaben fehlen durchgehend. Danach ist diese Teilforderung jedenfalls derzeit nicht fällig.

VI.

Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben, soweit Forderungen der Beklagten uneingeschränkt, das ist in Höhe von 103.698,73 DM, oder mangels derzeitiger Fälligkeit beschränkt, das ist in Höhe von 80.249,71 DM, bestehen können. Insoweit ist der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Quack

Thode

Haß

Wiebel