

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 234/81

Versäumnis-
URTEIL

Schlußentscheidung

Verkündet am
24. März 1983
Henco,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Montagemeisters G [REDACTED] S [REDACTED], N [REDACTED]weg [REDACTED],
K [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers,
Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

den Architekten Georg P [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],
M [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten,
Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED] [REDACTED],
[REDACTED] -

12

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Obenhaus, Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden die Urteile des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Juni 1981 und der 2. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld vom 7. Januar 1981 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage wegen eines Betrages von 5.472,50 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, über den vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrag hinaus an den Beklagten weitere 5.472,50 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit 6. April 1981 zu zahlen.

Von den Kosten des Verfahrens haben zu tragen:

der Kläger 4/5 der Kosten des ersten und 3/10 der Kosten des zweiten Rechtszuges sowie 5/8 der Gerichtskosten und 1/3 der außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens;

der Beklagte 1/5 der Kosten des ersten und 7/10 der Kosten des zweiten Rechtszuges sowie 3/8 der Gerichtskosten und 2/3 der außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Architekt und veräußerte 1973 an den Beklagten ein Grundstück mit einem darauf schlüsselfertig zu errichtenden Wohnhaus für ein Entgelt von 197.000 DM. Der Beklagte hat 180.000 DM bezahlt.

Wegen des restlichen Vergütungsanspruchs des Klägers, der Bezahlung von Sonderwünschen und zur Aufrechnung gestellter Gegenansprüche des Beklagten aus Minderleistungen und Mängeln entwickelte sich ein umfangreicher Streit. Vor dem Landgericht hat der Kläger 23.849 DM (nebst Zinsen und Mehrwertsteuern auf diese) eingeklagt, der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und widerklagend überschießende 6.575 DM (nebst Zinsen), hilfsweise bis 43.622,85 DM, verfolgt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage (nur) in Höhe von 414,03 DM (nebst Zinsen) stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klageabweisung bestätigt und dem Beklagten auf die Widerklage insgesamt 9.575,03 DM (nebst Zinsen) zugesprochen. Mit seiner Revision hat der Beklagte zur Widerklage weitere 32.345,83 DM (nebst Zinsen) begehrt. Der Senat hat die Revision jedoch nur angenommen, soweit der Beklagte mit der Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Zahlung weiterer 5.472,50 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 6. April 1981 erstrebt. Im übrigen ist die Revision des Beklagten nicht angenommen worden.

Mit dieser Maßgabe verfolgt der Beklagte die Revision weiter. Der Kläger war im Termin zur mündlichen Verhand-



lung vor dem Senat trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten. Der Beklagte beantragt daher den Erlaß eines Versäumnisurteils.

Entscheidungsgründe:

Unstreitig ist auf nachträglichen Wunsch des Beklagten das Dach seines Hauses statt in einer Holzkonstruktion in Beton ausgeführt worden. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß das vom Beklagten zu tragende Baumehrkosten von brutto 5.472,50 DM ausgelöst habe. Diesen Betrag hat es bei der Gesamtabrechnung des Bauvorhabens zugunsten des Klägers berücksichtigt mit der Folge, daß der im Urteilsbetrag zur Widerklage ausgedrückte Saldo aus Ansprüchen und Gegenansprüchen um diesen Betrag niedriger errechnet worden ist.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Einwand des Beklagten übergangen, er habe die Baumehrkosten hinsichtlich des Daches schon vor Prozeßbeginn bezahlt.

Die Rüge hat Erfolg.

1. Der Kläger hatte diesen Betrag nicht in die mit seiner Klage vorgelegte Berechnung der geltend gemachten Mehrkosten aus Zusatzwünschen aufgenommen. Der Beklagte hatte hingegen zur Verteidigung gegen die Klageforderung behauptet, das auf seinen Wunsch ausgeführte Betondach sei billiger gewesen als das ursprünglich geplante Holzdach; die von ihm behauptete Ersparnis hat er von der Klageforderung abgesetzt wissen wollen. Das

hat das Landgericht durch einen Sachverständigen mit dem Ergebnis überprüfen lassen, daß die Betonkonstruktion nicht billiger sondern um 5.472,50 DM teurer geworden sei als die ursprünglich geplante Holzkonstruktion. Das Landgericht ist sodann im weiteren Verlaufe des Rechtsstreites davon ausgegangen, daß der Kläger diese nicht eingeklagte Position jedenfalls hilfsweise geltend mache. Es hat sie deshalb zu dessen Gunsten in das Rechenwerk eingesetzt. Der Kläger hat diese Position dann in zweiter Instanz weiterverfolgt. Auch das Berufungsgericht hat sie zu Gunsten des Klägers mit der Folge berücksichtigt, daß der Widerklagebetrag entsprechend herabgesetzt worden ist.

2. Dabei hat das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründung übergangen, der Kläger habe ihm den Mehraufwand für die Betondachkonstruktion bereits mit der Rechnung vom 3. Juli 1973 (GA I 45) berechnet, und diese Rechnung habe er schon voll bezahlt.

a) Mit dieser Rechnung hat der Kläger dem Beklagten "für zusätzliche Maurerarbeiten, wie Stahlbetondecke usw." 19.708 DM und zusätzlich 6.142 DM für weiße Verblender berechnet, während er 2.200 DM für rote Verblender und weiter 3.500 DM für das Balkendach abgesetzt hat; das ergibt den Rechnungsendbetrag von 20.150 DM.

Es kann danach nicht zweifelhaft sein, daß in dieser Rechnung die mit der Ausführung des Daches in Beton zusammenhängenden (und von den Taträchtern auf 5.472,50 DM errechneten) Mehrkosten enthalten sind; der Kläger ist

dem entsprechenden Vortrag des Beklagten auch nicht substantiiert entgegengetreten.

b) Der Beklagte hat mit seinen Schriftsätzen vom 29. Juni 1977 (GA I 65), vom 3. April 1981 (GA III 530) und vom 29. Mai 1981 (GA III 606) diese Rechnung als voll bezahlt bezeichnet. Er hat sich darüber hinaus auf die vom Kläger selbst vorgelegte Ablichtung eines am 27. Dezember 1973 bearbeiteten Überweisungsträgers bezogen, der die Überweisung von 4.300 DM als "Rest aus Rechn. vom 3.7." an den Kläger ausweist (GA I 42). Darauf ist der Kläger nur pauschal mit der Bemerkung eingegangen, "die Behauptung des Beklagten, die Rechnung sei bezahlt, ist unzutreffend" (Schriftsatz vom 10. Juni 1981, GA III 617). Angesichts des den Restbetrag aus dieser Rechnung betreffenden, von ihm selbst vorgelegten Beleges ist das nicht ausreichend. Das Berufungsgericht durfte deshalb die Rechnung vom 3. Juli 1973 als unstreitig bezahlt ansehen, wie es das im Zusammenhang mit den vom Kläger zusätzlich bezahlt verlangten, ebenfalls in dieser Rechnung behandelten sonstigen "zusätzlichen Maurerarbeiten" ausdrücklich getan hat (BU 33).

c) Nach dem unstreitigen Sachverhalt und den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen steht dem Kläger der zu seinen Gunsten in das Gesamtrechnenwerk eingestellte Betrag von 5.472,50 DM daher nicht mehr zu. Deshalb durfte dieser Betrag nicht von der Widerklageforderung abgesetzt werden, die dementsprechend (nebst Zinsen) zu erhöhen ist.

3. Diese Entscheidung kann das Revisionsgericht nach Lage der Dinge selbst treffen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Wegen der Säumnis des Revisionsbeklagten hat sie als Versäumnisurteil zu ergehen.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91, 92, 97 ZPO.

Girisch

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer

Quack