

6

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII_ZR_238/64

URTEIL

Verkündet am

12. Januar 1967
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Hanns D [REDACTED], Dü[REDACTED],
B[REDACTED]str. [REDACTED]

Beklagten, Widerklägers, Berufungs-
klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Elektromeister Fritz S t [REDACTED], R[REDACTED]
Hauser Allee 58,

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 10. Juli 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat im Neubau des Beklagten in D■■■■■■, M■■■■■straße ■, die Elektroarbeiten ausgeführt. Er hatte hierüber dem Beklagten den Kostenanschlag vom 16. November 1958 mit Einzelaufmaßen und Einzelpreisen unterbreitet, der mit insgesamt 33.502,44 DM abschloß.

In seiner Rechnung vom 26. September 1960 ist der Kläger von dieser Angebotssumme als Pauschalpreis ausgegangen. Wegen im Kostenanschlag vorgesehener, aber nicht ausgeführter Arbeiten hat er davon 4.958,36 DM abgesetzt, für über den Kostenanschlag hinaus zusätzlich erbrachte Leistungen jedoch weitere 5.847,80 DM berechnet. Von

dem sich so ergebenden Betrag von 34.391,94 DM hat er nach Abzug der vom Beklagten gezahlten 26.000 DM die restlichen 8.391,94 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat behauptet, der Kläger habe ihm mit Rücksicht auf ihre langjährigen guten Geschäftsbeziehungen auf die Kostenanschlagssumme einen Preisnachlaß von 20 % eingeräumt, der auch für die zusätzlichen Arbeiten gelte. Die Kostenanschlagssumme von 33.502,44 DM sei nicht als vom Aufmaß, den Materialpreisen und den Montagelöhnen unabhängiger Pauschalpreis vereinbart worden, vielmehr hätten auch die im Kostenanschlag aufgeführten Arbeiten nach den wirklich erbrachten Leistungen abgerechnet werden sollen. Für die wirklich erbrachten Leistungen habe der Kläger bei Berücksichtigung des Preisnachlasses von 20 % nur 25.518,42 DM zu beanspruchen und somit sei er bereits überzahlt.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 6.843,41 DM nebst Zinsen stattgegeben. Im Berufungsverfahren hat der Beklagte hilfsweise eine Schadensersatzforderung von 5.128 DM zur Aufrechnung gestellt. Ferner hat er im Wege der Widerklage beantragt, den Kläger zur Rückzahlung eines zuviel erhaltenen Betrags von 6.699,28 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und dessen Widerklage abgewiesen. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, soweit ihr das Landgericht stattgegeben hat, und verfolgt er den Widerklageanspruch weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

1.) Die Behauptung des Beklagten geht in erster Linie dahin, man habe die Kostenanschlagssumme unter Abzug von 20 % als Pauschalpreis vereinbart. Das Berufungsgericht verlangt vom Beklagten den Beweis, daß der Kläger ihm den Rabatt von 20 % zugestanden habe.

Damit hat es die Beweislast verkannt. Der Kläger muß beweisen, daß der Werklohn, den er verlangt, vereinbart worden ist (BGH VII ZR 216/61 vom 24. Januar 1963; VII ZR 82/63 vom 23. April 1964).

Mit der Behauptung, der Kläger habe ihm auf die Angebotssumme einen Rabatt von 20 % eingeräumt, hat der Beklagte bestritten, daß die Kostenanschlagssumme als Werklohn vereinbart worden ist. Der Kläger muß deshalb dartun, daß der Pauschalpreis ohne den behaupteten Rabatt als Werklohn gelten soll. Hierauf hat schon der Beklagte im Schriftsatz vom 30. April 1964 (S. 5) mit Recht hingewiesen.

Den Ausführungen des Oberlandesgerichts kann nicht entnommen werden, daß es die vom Kläger behauptete Preisvereinbarung für bewiesen hält. Die Ausführungen im angefochtenen Urteil ergeben vielmehr eindeutig, daß es lediglich die vom Beklagten behauptete Vereinbarung über die Vergütung nicht als bewiesen erachtet.

Es ist auch nicht so, daß zunächst eine unstreitige Preisvereinbarung zustandegckommen wäre und der Beklagte

eine spätere Abweichung hiervon behauptete. Vielmehr soll nach der Behauptung des Beklagten von Anfang an vereinbart worden sein, der Kostenanschlag habe mit 20 % Preisnachlaß zu gelten.

Die Revision hat zwar nicht die Verkenntung der Beweislast gerügt. Dessen bedurfte es aber nicht. Die Beweislast richtet sich nach den Vorschriften des materiellen Rechts und ist deshalb im Revisionsverfahren ohne besondere Rüge nachzuprüfen (RG JW 37, 2228, Nr. 48; BGH LM Nr. 8 zu § 559 ZPO). Die Verkenntung der Beweislast führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

2.) Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht auch die Behauptung des Beklagten zu berücksichtigen haben, dem Kostenanschlag lägen um 40 % übersetzte Leistungen zugrunde. Die zum Gegenstand des Vertrags gemachte Kalkulation kann Geschäftsgrundlage gewesen sein (BGH Nr. 8 zu LM § 119 BGB; VII ZR 66/63 vom 17. Mai 1965; VII ZR 195/64 vom 22. Dezember 1966). Bei einem um 40 % übersetzten Kostenanschlag kann gegenüber der darauf beruhenden Pauschal-Werklohnforderung ein die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung begründendes Mißverhältnis zwischen dem dem Kostenanschlag zugrunde gelegten und den tatsächlich erforderlichen Leistungen gegeben sein.

3.) Auf die weiteren Rügen der Revision braucht nicht eingegangen zu werden. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen mangelhafter Planung und Ausführung der Entlüftungsanlage durch den Kläger verneint hat, lassen aber auch keinen Rechtsfehler erkennen.

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt

Finke