

VII ZR 267/61

13

2188 077

Verkündet
am 4. April 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Georg E [REDACTED], Sandstrahl- und Flammentrostung,
Inhaber Georg E [REDACTED], B [REDACTED], M [REDACTED] str. [REDACTED],

— Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Waldemar H [REDACTED], Baudekoration, W [REDACTED],
E [REDACTED], L [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. April 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
1. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frank-
furt/Main vom 7. November 1961 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte war im Dezember 1957 von einer amerikanischen Dienststelle mit dem Außenanstrich an Gebäuden des R-M-F und einer Wohnsiedlung in F beauftragt worden. Einen Teil dieser Malerarbeiten übertrug sie der Firma E & Co., GmbH. (im folgenden E & Co.) in W, der Rechtsvorgängerin der Klägerin.

Nach Durchführung der Arbeiten nahmen die Angestellten E und N der Beklagten das Aufmaß. Die Beklagte übersandte der amerikanischen Dienststelle die Rechnung vom 20. April 1959. Diese hat die zugrundeliegenden Maße anerkannt und der Beklagten den Rechnungsbetrag gezahlt.

Die Firma E & Co. hat der Beklagten am 23. März 1959 die auf den 31. Dezember 1958 rückdatierte Rechnung über 74.628,99 DM ausgestellt. Die von ihr ausgeführten Arbeiten hat sie nach dem Aufmaß berechnet, das die Angestellten der Beklagten ermittelt haben.

Später hat die Beklagte der Firma E & Co. über deren Leistungen die von dem erwähnten Aufmaß abweichende Massenaufstellung vom 21. Mai 1959 übersandt. Danach sollen deren Leistungen um 6.219,70 DM geringer sein, als sich aus dem von der amerikanischen Dienststelle anerkannten Aufmaß der Beklagten ergibt. Die Beklagte hat demgemäß von der Forderung der Firma E & Co. 6.219,70 DM nicht beglichen. Diesen Betrag sowie eine Exportvergütung von 8.972,22 DM nebst Zinsen hat die Klägerin eingeklagt.

Die Klägerin behauptet, am 3./4. März 1959 habe sich der Angestellte Häfner der Firma E & Co. mit dem Inhaber der Beklagten und deren Angestellten E über die

Maße der von der Firma E & Co. ausgeführten Arbeiten im einzelnen geeinigt. Da die amerikanische Dienststelle die Rechnung der Beklagten ohne jeden Abzug bezahlt habe, und die Beklagte aus den von der Firma E & Co. ausgeführten Arbeiten keinen Gewinn habe ziehen sollen, schulde sie den eingeklagten Restbetrag. Die nachträgliche Massenaufstellung der Beklagten vom 21. Mai 1959 sei unrichtig.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat behauptet, der Abrechnung mit der amerikanischen Dienststelle hätten zum Teil unrichtige Maße zugrunde gelegen; diese habe sie in ihrer Aufstellung vom 21. Mai 1959 berichtigt. Sie hat bestritten, daß man sich am 3./4. März 1959 über das Aufmaß geeinigt habe, das die Firma E & Co. in ihrer auf den 31. Dezember 1958 rückdatierten Rechnung zugrunde gelegt hatte. Man habe in dieser Besprechung vielmehr vereinbart, daß das bereits in Angriff genommene Aufmaß der Arbeiten nach den Vorschriften der VOB fertiggestellt und danach abgerechnet werden solle. Die Beklagte hat ferner hinsichtlich einzelner Arbeiten bestritten, daß die Firma E & Co. sie ausgeführt habe.

Das Landgericht hat der Klägerin die restliche Werklohnforderung zugesprochen; den Anspruch auf Exportvergütung hat es ihr aberkannt.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung Beklagten insoweit zurückgewiesen, als das Landgericht der Klage auf die restliche Werklohnforderung entsprochen hat.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten. Die Klägerin bittet, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren zuletzt nicht mehr behauptet, den von ihr der amerikanischen Dienststelle in Rechnung gestellten Beträgen lägen falsche Maße zugrunde. Sie hat vielmehr, wie das Berufungsgericht feststellt, ausdrücklich erklärt, die Abrechnung mit der amerikanischen Dienststelle sei richtig und weise die von ihr selbst und von der Firma E[REDACTED] & Co. ausgeführten Arbeiten insgesamt zutreffend aus.

Der Streit der Parteien geht im Revisionsverfahren nur noch darum, in welchem Umfang beide Firmen die Arbeiten an den Gebäuden 602, 603, 604 und 608 ausgeführt haben und um den sich hieraus für die Firma E[REDACTED] & Co. ergebenden Werklohn.

II.

In der Abrechnung der Beklagten mit der amerikanischen Dienststelle sind die Arbeiten an diesen Gebäuden nicht besonders ausgewiesen, sondern mit den Arbeiten an den Gebäuden 601, 605, 606 und 607 in der ersten Zeile unter "Building 601-608" zusammengefaßt.

1) Das Berufungsgericht führt hierzu aus, nach allgemeinen Grundsätzen müsse zwar die Klägerin die von der Firma E[REDACTED] & Co. an diesen Gebäuden ausgeführten Malerarbeiten im einzelnen darlegen und beweisen. Diese Regel gelte im vorliegenden Falle jedoch nicht, weil die Beklagte und die Firma E[REDACTED] & Co. vereinbart hätten, das von der Beklagten genommene Aufmaß auch der Abrechnung untereinander zugrunde zu legen.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe keine Feststellungen getroffen, aus denen sich ergebe, daß die Firma E [REDACTED] & Co. die ihr von der Beklagten angegebenen Maße ihrer Rechnung zugrundelegen sollte.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Angestellte E [REDACTED] und der Malergeselle N [REDACTED] der Beklagten in 5 Wochen langer Arbeit sämtliche von beiden Firmen ausgeführte Malerarbeiten gemäß den Bestimmungen der VOB aufgemessen haben. Auf der Grundlage dieses Aufmaßes hat E [REDACTED] und zum Teil auch der Angestellte H [REDACTED] der Firma E [REDACTED] & Co. die beiden Firmen zustehenden Vergütungen berechnet. Alsdann hat Häfner mit dem Inhaber der Beklagten und deren Angestellten E [REDACTED] am 3./4. März 1959 über die von beiden Firmen zur Verfügung gestellten Materialien und auch über die Aufmaße gesprochen. Hierbei hat Ehlert die genauen Aufmaße der von der Firma E [REDACTED] & Co. geleisteten Arbeiten H [REDACTED] angegeben. H [REDACTED] hat diese Maße und die daraus errechneten Beträge übernommen und an Hand dieser Angaben die auf den 31. Dezember 1958 datierte Rechnung der Firma E [REDACTED] & Co. für die Beklagte aufgestellt.

Dieser Sachverhalt rechtfertigt die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte und die Firma E [REDACTED] & Co. seien darüber einig gewesen, daß letztere die von der Beklagten ermittelten Zahlen auch ihrer Rechnung zugrundelegen sollte.

2) Das Berufungsgericht läßt offen, ob durch diese Vereinbarung die Beklagte und die Firma E [REDACTED] & Co. und damit auch die Klägerin an die festgestellte Abrechnung endgültig gebunden sind oder ob sich eine Partei auf Fehler in der Abrechnung berufen kann. Jedenfalls müsse, so führt es aus, die Partei, die solche Fehler behaupte, insoweit die Unrich-

tigkeit der vereinbarten Abrechnung darlegen und beweisen. Die Beklagte hätte deshalb eine neue Massenberechnung vorlegen und im einzelnen aufzeigen müssen, woraus sich die von ihr behauptete Unrichtigkeit ergebe. Dieser Darlegungspflicht sei sie, obwohl das Landgericht sie schon darauf hingewiesen habe, nicht nachgekommen.

In dieser Auslegung der Vereinbarung liegt kein Rechtsfehler. Das Aufmaß hat nicht die Firma E. & Co., sondern die Beklagte genommen. Die Beklagte hat, wie das Berufungsgericht feststellt (BU S. 8), eingeräumt, daß die Firma E. & Co. nach diesem Aufmaß abrechnen sollte. Die Firma E. & Co. hat also, soweit ihre eigenen Arbeiten aufzumesen waren, der Beklagten vertraut. Sie hat sich die von der Beklagten ermittelten Zahlen geben lassen, um danach ihre Rechnung aufzustellen. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht die Vereinbarung unbedenklich dahin verstehen, daß zwar jede Partei sich auf von ihr nachträglich festgestellte Unrichtigkeiten berufen, daß aber die Beklagte jedenfalls von den von ihr selbst ermittelten Maßen nur abrücken darf, soweit sie den Grund hierfür im einzelnen ausreichend darlegt und beweist.

3) Das Berufungsgericht entnimmt der Bekundung des Zeugen H., daß man sich nicht nur über den Umfang der Arbeiten an jenen Gebäuden geeinigt hat, die die Firma E. & Co. allein bearbeitet hat und worüber jetzt kein Streit mehr ist, sondern ebenso über den Arbeitsanteil jeder Firma an der Gebäudegruppe 601 bis 608. Letzteres hat nach Ansicht des Berufungsgerichts nahegelegen.

Mit dieser Ausdrucksweise schwächt das Berufungsgericht nicht, wie die Revision meint, seine Feststellung ab, daß die Beklagte auch die hinsichtlich dieser Gebäude von ihr festgestellten Maße der Firma E [REDACTED] & Co. angegeben hat. Es gibt vielmehr nur eine Begründung dafür, warum es die Bekundung des Zeugen H [REDACTED] für glaubwürdig hält.

4) Der Zeuge H [REDACTED] hat bei seiner Vernehmung gesagt, die Beklagte habe nicht die am 3./4. März 1959 besprochene Massenberechnung anerkannt, sondern die Firma E [REDACTED] & Co. habe die durchgesprochene Massenberechnung der Beklagten übernommen.

Damit hat der Zeuge offensichtlich entgegen dem Beweisbeschluß vom 13. Mai 1960 (I, 2) nur zum Ausdruck bringen wollen, daß die Beklagte nicht das von ihr selbst genommene Aufmaß "anerkennen" konnte. Wesentlich an seiner Aussage ist, daß die von der Firma E [REDACTED] & Co. übernommenen Maße von der Beklagten ermittelt waren.

5) Das Berufungsgericht ist der abweichenden Bekundung des Zeugen E [REDACTED], die Besprechung vom 3./4. März 1959 habe ausschließlich die Materiallieferungen betroffen, nicht gefolgt. Das greift die Revision zu Unrecht an, denn der Tatrichter darf die Beweise frei würdigen.

6) Die Revision wendet ein, eine Einigung hinsichtlich der Kassen sei damals schon deshalb nicht möglich gewesen, weil, wie der Zeuge E [REDACTED] bekunde, das Ergebnis des Aufmaßes vom Herbst 1958 noch nicht bekannt gewesen sei.

Das hat der Zeuge E [REDACTED] nicht gesagt. Daß das Aufmaß damals vorlag, ist unstreitig.

Wohl hat der Zeuge E [REDACTED] bekundet, bei der Besprechung vom 3./4. März 1959 sei das Ergebnis des Aufmaßes vom Herbst 1958 noch nicht auf die Beklagte und die Firma E [REDACTED] & Co. aufgeteilt worden. Das steht aber im Widerspruch zur Bekundung des Zeugen H [REDACTED], dem das Berufungsgericht folgt. Die Beklagte hat auch nicht behauptet, die Firma E [REDACTED] & Co. habe die Maße, die sie ihrer am 23. März 1959 der Beklagten übermittelten Rechnung zugrundegelegt hat, erst später mitgeteilt bekommen.

7) Die Firma E [REDACTED] & Co. hat im Schreiben vom 28. Mai 1959 ihr Erstaunen darüber ausgedrückt, daß die Beklagte ihre auf den am 3./4. März 1959 abgestimmten Zahlen beruhende Rechnung nicht gelten lassen wolle. Sie habe an Hand der von der Beklagten der amerikanischen Dienststelle erteilten Schlußrechnung nach eingehender Überprüfung des dort vorliegenden Aufmaßes festgestellt, daß die in ihrer Rechnung angeführten Maße bis auf einige kleine Differenzen (Anlage 1) mit der Schlußrechnung der Beklagten übereinstimmten; sie setze deshalb von ihrer Rechnung 1.087,08 DM ab.

Die Revision meint, demnach habe auch die Firma E [REDACTED] & Co. die ihr von der Beklagten übermittelten Maße nicht als endgültig angesehen.

Darauf kommt es nicht an. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe von ihr behauptete Abweichungen zwischen den der Firma E [REDACTED] & Co. angegebenen Maßen und ihrer eigenen späteren Aufstellung vom 21. Mai 1959 im einzelnen darzulegen und zu beweisen, wird nicht dadurch berührt, daß die Firma E [REDACTED] & Co. selbst ihre Forderung etwas herabgesetzt hat.

Im übrigen ist der von der Firma E [REDACTED] & Co. dem Schreiben vom 28. Mai 1959 beigelegten Anlage 1 zu entnehmen, daß der Betrag von 1.087,08 DM nur zum geringen Teil auf anderen Maßen beruht.

III.

Es trifft auch nicht zu, daß das Berufungsgericht die Beklagte, wie die Revision meint, unter Prozeßverstoß als beweisfällig behandelt hat.

1) Schon im landgerichtlichen Urteil ist die Beklagte darauf hingewiesen worden, sie hätte "im Einzelnen" darlegen und beweisen müssen, inwiefern ihre eigene Abrechnung mit der amerikanischen Dienststelle falsch und demnach ihre Aufstellung vom 21. Mai 1959 richtig sein soll. Das Berufungsgericht hat ihr im Beschluß vom 23. Juni 1961 aufgegeben, "die genauen Massenberechnungen (mit allen Einzelheiten)" aus ihrer Abrechnung mit der amerikanischen Dienststelle, ferner die Flächenberechnung vom 21. Mai 1959 vorzulegen. Aus Ziff. 2 dieses Auflagenbeschlusses ergibt sich, daß das Berufungsgericht dabei noch von der damaligen Darstellung der Beklagten ausging, sie habe der amerikanischen Dienststelle Leistungen im Betrag von 6.219,70 DM zuviel in Rechnung gestellt. Nachdem die Beklagte in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht (BU S. 5) ihren Vortrag dahin geändert hatte, sie habe mit der amerikanischen Dienststelle richtig abgerechnet, der zwischen den Parteien streitige Betrag rühre daher, daß die Klägerin Arbeiten bezahlt verlange, die nicht die Firma E [REDACTED] & Co., sondern sie, die Beklagte, ausgeführt habe, galt die Auflage des Berufungsgerichts für diese neue Einlassung entsprechend. Das verstand sich für eine durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei von selbst. Die Beklagte

hat jedoch, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht geklärt, wie sie zu den in ihrer Massenaufstellung vom 21. Mai 1959 enthaltenen, von dem Aufmaß abweichenden Zahlen gekommen ist. Eine Erklärung hierfür ist auch, entgegen der Ansicht der Revision, nicht der von der Beklagten vorgelegten grünen Mappe zu entnehmen. Die Aufstellung der Beklagten vom 21. Mai 1959 enthält vielmehr, wie das Landgericht und das Berufungsgericht feststellen, eine Reihe von offensichtlichen Unstimmigkeiten, die ihr, worin dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, jeden Wert nehmen.

2) Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht den von der Beklagten beantragten Sachverständigenbeweis erhoben.

Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten beantragte Vernehmung der Zeugen Walter E., Hans E. und N. als verspätet und auch deshalb abgelehnt, weil die unzulängliche Darlegung der Beklagten keine klare Behauptung enthalte (BU S. 11). Aus diesem Grund kann auch die Nichtvernehmung eines Sachverständigen nicht als Verfahrensfehler angesehen werden. Es ist nicht klar, worüber ein Sachverständiger hätte gehört werden sollen. Daß er etwa erneut hätte Aufmaß nehmen sollen, ist dem Beweisantrag der Beklagten nicht zu entnehmen. Dieser geht ganz allgemein dahin, die Beklagte habe die von der Firma E. & Co. geleisteten Arbeiten richtig berechnet. Die Beklagte hätte aber darlegen müssen, woraus sich die abweichenden Zahlen in ihrer Aufstellung vom 21. Mai 1959 erklären, ob etwa ihre Angestellten die von der Firma E. & Co. ausgeführten Arbeiten falsch aufgemessen hatten oder ob auf Grund richtiger Maße die Leistungen der Firma E. & Co. nicht gemäß den Aufmaßvorschriften der VOB berechnet waren.

In dieser Hinsicht fehlt eine klare Darstellung der Beklagten. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern ein Sachverständiger auf Grund des Sachvortrags der Beklagten hätte klären können, welche Arbeiten die Firma E [REDACTED] & Co. und welche die Beklagte ausgeführt hat.

IV.

Die Revision der Beklagten erweist sich demnach als unbegründet. Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten der Revision zu tragen.

Glanzmann Rietschel Erbel Meyer Dr. Vogt