

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 273/69

URTEIL

Verkündet am
16. März 1972

■,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma H ■ E ■ GmbH., vertreten durch ihre
Geschäftsführer Architekt Willi H ■ und Finanzkauf-
mann Günter H ■, F ■/M ■, S ■ str. ■,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt ■ -

gegen

den Rechtsanwalt Gert B ■, B ■ O ■, M ■ platz ■,
(früher: Rechtsanwalt Dr. Br ■, G ■, B ■ str. ■)
als Konkursverwalter über das Vermögen des Bauunternehmers
Kurt A ■ in H ■/G ■, F ■ str. ■,

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. ■
und Dr. ■ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Finke, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 30. Juli 1969 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 2.463,17 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Teilurteil des Landgerichts Frankfurt/Main vom 16. Mai 1967 wird wegen weiterer 1.310,77 DM nebst Zinsen zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Konkursverwalter über das Vermögen des Bauunternehmers A. in H. bei G. Dieser führte in den Jahren 1964/66 für die Beklagte, die Eigenheime erstellt und sie veräußert, Hoch- und Tiefbauarbeiten an verschiedenen Bauvorhaben aus.

Unter dem 22. Januar 1965 gab er ein Angebot für Erd-, Maurer-, Beton-, Kanal- und Isolierarbeiten für 30 Einfamilienreihenhäuser in K./Taunus ab. Er benutzte dazu

- 3 -

ein ihm von der Beklagten überlassenes Leistungsverzeichnis, das er zunächst mit Einheitspreisen für die im einzelnen aufgeführten Arbeiten versah. Nach einer Besprechung mit dem Architekten H■■■■■, einem der beiden Geschäftsführer der Beklagten, bot der Gemeinschuldner die Ausführung der Arbeiten zu einem Pauschalpreis von 21.000 DM pro Haus an. Das entsprechende Schreiben vom gleichen Tage enthält eine Vorbemerkung, die auf das Leistungsverzeichnis sowie auf die damals vorliegenden Ausführungszeichnungen und statischen Berechnungen Bezug nimmt. Ferner heißt es in ihr:

"...Sollten sich nach Auftragserteilung die Massen ändern oder Positionen in anderer Art und Weise bzw. Materialien aufgeführt werden als im Leistungsverzeichnis beschrieben, so wird dies gesondert in Rechnung gestellt.

Diese Vorbemerkung ist Bestandteil meines Angebots ..."

Architekt H■■■■■ antwortete durch Schreiben vom 27. Januar 1965, mit dem er namens der Beklagten dem Gemeinschuldner den Auftrag erteilte "zu den in den "Allgemeinen Vorbedingungen" sowie den in der VOB enthaltenen und von Ihnen anerkannten Bedingungen". Die erwähnten "Allgemeinen Vorbedingungen" fügt die Beklagte regelmäßig den von ihr benutzten Leistungsverzeichnisformularen bei. Darüber, ob das auch im vorliegenden Fall geschehen ist, streiten die Parteien.

Ende Januar 1966 brach der Gemeinschuldner die Arbeiten vor ihrer Vollendung ab. Unter dem 31. Januar 1966 erließ das Finanzamt G■■■■■ eine Verfügung, durch die wegen einer Abgabenschuld des Gemeinschuldners von insgesamt

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



29.620,61 DM die Forderungen des Gemeinschuldners gegen die Beklagte aus "Lieferungen und Leistungen derzeitig und künftig" gepfändet und eingezogen wurden. Am 21. Februar 1966 wurde das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die von ihm nicht fertiggestellten Arbeiten führte die Beklagte selbst zu Ende.

Im vorliegenden Verfahren verlangt der Kläger als Konkursverwalter von der Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns von zunächst (im ersten Rechtszug) 135.843,33 DM, später (im zweiten Rechtszug) 152.783,58 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hat im Konkursverfahren des Gemeinschuldners eine Forderung in Höhe von 140.384,42 DM (für bereits bezahlte, aber nicht ausgeführte Arbeiten, sowie Schadensersatz) angemeldet, die der Konkursverwalter bestritten hat. Mit diesem Anspruch hat sie hilfsweise gegen die Klagforderung aufgerechnet. Ferner hat sie im ersten Rechtszug eine Eventualwiderklage für den Fall erhoben, daß der von ihr geltend gemachte Gegenanspruch nicht durch die Hilfsaufrechnung getilgt ist, mit dem Antrag festzustellen, daß ihr eine Konkursforderung in der angeführten Höhe zustehe.

Das Landgericht ordnete zur Widerklage das Ruhen des Verfahrens an und wies durch Teilurteil die Klage als unschlüssig ab. Auf die Berufung des Klägers verurteilte das Oberlandesgericht die Beklagte zur Zahlung von 20.240,64 DM nebst Zinsen und wies das weitergehende Rechtsmittel des Klägers zurück. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hat keine durchgreifenden Bedenken dagegen, daß das Landgericht ein Teilurteil nur über die Klage erlassen hat. Es hält zwar die von der Beklagten erhobene Eventualwiderklage in der Form des zuletzt von der Beklagten gestellten Antrags für unzulässig. Das habe aber den Erlass eines Teilurteils ohne Berücksichtigung der Widerklage nicht gehindert.

2. Die Revision bittet um Überprüfung dieser Ausführungen. Sie befürchtet insoweit nachteilige Auswirkungen für die Beklagte bei Fortsetzung des zur Zeit ruhenden Verfahrens vor dem Landgericht. Ihrer Ansicht nach ist die von der Beklagten erhobene Widerklage zulässig.

3. Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis beizutreten.

Ein Teilurteil ist auch über eine Klage oder eine Widerklage zulässig. Es darf nur nicht die Gefahr bestehen, daß es im Teil- und im Schlußurteil zu widersprechenden Entscheidungen kommt (BGH WM 1971, 1366 mit Nachweisen). Die Eventualwiderklage macht dabei keine Ausnahme. Sie bietet lediglich die Besonderheit, daß über sie nicht entschieden werden kann, bevor über die Anträge bzw. Einwendungen befunden worden ist, zu dem sie in dem Eventualverhältnis steht. Es ist nicht anders als bei der Behandlung von Haupt- und Hilfsanträgen. Sie können ebenfalls in der Reihenfolge, in der sie gestellt sind, Gegenstand von Teilurteilen sein (BGHZ 56, 79 mit Nachweisen).

Im vorliegenden Fall hat das Landgericht die Klage als unschlüssig abgewiesen und ist deshalb auf die Gegenforderungen nicht eingegangen, mit denen die Beklagte hilfsweise aufgerechnet hatte. Diese Forderungen sollten aber nur Gegenstand der Widerklage sein, soweit sie durch die Hilfsaufrechnung nicht verbraucht worden sind. Gleichgültig, ob eine solche Eventualwiderklage zulässig ist oder nicht, ist sie doch einem Schlußurteil nach vorangegangenen Teilurteil über die Klage zugänglich. Ihr Streitgegenstand ist von dem der Klage so klar abgegrenzt, daß es zu widersprechenden Entscheidungen nicht kommen kann.

Daraus, daß das Berufungsgericht die Klage anders beurteilt hat als das Landgericht, ergibt sich nichts Gegenteiliges. Damit wird die Eventualwiderklage, wenn sie zulässig ist, lediglich gegenstandslos, soweit die Hilfsaufrechnung durchgreift. Durch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Eventualwiderklage selbst, die gar nicht in das Berufungsverfahren gelangt war, ist die Beklagte aber nicht beschwert. Denn an diesen Teil des Berufungsurteils ist das Landgericht nicht gebunden. Das wäre in sinngemäßer Anwendung des § 565 Abs. 2 ZPO nur bei Aufhebung und Zurückverweisung der Fall gewesen (BGHZ 25, 200, 203 mit Nachweisen).

Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts über die Zulässigkeit der von der Beklagten erhobenen Eventualwiderklage bestehen freilich Bedenken. Der erkennende Senat versteht seit langem das insoweit erforderliche Eventualverhältnis nicht so eng wie das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil (vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 33 ZPO = NJW 1958, 1188 mit Nachweisen aus dem Schrifttum). Doch braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden, da - wie

bereits dargelegt - der Erlaß des Teilurteils durch das Landgericht hiervon nicht berührt wird.

II.

1. Das Berufungsgericht hält die vom Finanzamt G [REDACTED] erlassene Pfändungsverfügung vom 31. Januar 1966 für unwirksam, weil ihr die erforderliche Bestimmtheit fehle. Durch sie werde deshalb die Aktivlegitimation des Gemeinschuldners des Klägers als Konkursverwalter nicht in Frage gestellt.

2. Auch das bemängelt die Revision, jedoch ohne Erfolg.

a) Die auf Grund der §§ 325 ff, 361 AO ergangene Pfändungsverfügung stellt einen Verwaltungsakt mit privatrechtlichen Wirkungen dar, der von den ordentlichen Gerichten auf seine Rechtswirksamkeit hin überprüfbar ist (BGHZ 9, 129, 131 ff; 24, 386; 49, 197, 199 = NJW 1968, 493). Dazu gehört die Frage, ob er seinem Inhalt nach hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar ist (BFH NJW 1964, 839; BGH LM Nr. 17 zu § 705 BGB = NJW 1967, 821). Insoweit sind an die Pfändungsverfügung eines Finanzamts die gleichen Anforderungen zu stellen wie an einen im Zwangsvollstreckungsverfahren nach der Zivilprozeßordnung zu erlassenden Pfändungs- und Überweisungsbeschluß.

Wie aber in der Rechtsprechung seit langem anerkannt ist, muß ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit die zu pfändende Forderung so bestimmt bezeichnen, daß bei verständiger Auslegung des Beschlusses unzweifelhaft feststeht, welche Forderung Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein soll. Dabei sind bloße Ungenauigkeiten, ja falsche Bezeichnungen unschädlich, sofern sie keinen Zweifel daran lassen, welche Forderung gemeint ist, und zwar nicht nur für die unmittel-

bar Beteiligten, sondern auch für Dritte, insbesondere für andere Gläubiger (BGHZ 13, 42, 43; BGH LM Nr. 5 zu § 829 ZPO; MDR 1965, 738; LM Nr. 17 zu § 705 BGB = NJW 1967, 821 jeweils mit Nachweisen).

Auch der erkennende Senat hat sich diese Grundsätze zu eigen gemacht und die Bezeichnung einer Forderung in einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß als Forderung "aus Werkvertrag - Installationsarbeiten des Schuldners in dem Bauvorhaben R. des Drittschuldners" nicht genügen lassen, da es drei Bauvorhaben des dortigen Drittschuldners in R. gab und unklar blieb, welches gemeint war (BGH WM 1970, 848). Umso weniger kann es hingenommen werden, wenn im vorliegenden Falle das Finanzamt die Forderungen des Gemeinschaftschuldners gegen die Beklagte ganz allgemein "aus Lieferungen und Leistungen derzeitig und künftig" gepfändet und deren Einziehung angeordnet hat. Auch hier ist zweifelhaft, um welche Bauvorhaben es sich handelt, denn die Beklagte beschäftigte den Gemeinschaftschuldner an mehreren Baustellen (in Kalbach, Egelsbach, Langen, Obererlenbach). Die Unklarheit läßt sich auch nicht aus der Pfändungsverfügung selbst beheben. Außerhalb der Verfügung liegende Umstände können für ihre Auslegung nicht herangezogen werden (BGH aaO).

b) Die Revision meint noch, der Kläger habe nach § 242 BGB die Zustimmung des Finanzamts zur Auszahlung an ihn einholen müssen, damit die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme der Beklagten vermieden werde.

Es ist aber dem beiderseitigen Parteivortrag nicht zu entnehmen, daß die Beklagte während des Verfahrens in den Tatsacheninstanzen überhaupt vom Kläger verlangt hat, eine

solche Erklärung des Finanzamts beizubringen. Im übrigen kann nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. RGZ 46, 404; Stein/Jonas (19.) Anm. III 2 b zu § 72, I 1 und II 2 zu § 75 ZPO; Baumbach/Lauterbach (30.) Anm. 1 B b zu § 72 und 1 zu § 75 ZPO) der aus einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß in Anspruch genommene Drittschuldner dem Pfändungsgläubiger den Streit verkünden und damit die Folgen des § 68 ZPO herbeiführen. Die Beklagte war also selbst in der Lage, sich hinreichend gegen die doppelte Inanspruchnahme zu schützen.

III.

1. Das Berufungsgericht legt die vom Gemeinschuldner mit der Beklagten getroffene Pauschalvereinbarung nach der im Angebot des Gemeinschuldners enthaltenen Vorbemerkung dahin aus, daß nicht nur bei nachträglichen Veränderungen des Umfangs der übernommenen Arbeiten, die auf einer Änderung der Planung beruhen, eine zusätzliche Vergütung soll verlangt werden können, sondern auch bei solchen Aufmaßabweichungen, wie sie erfahrungsgemäß bei gleichbleibender Planung auftreten können. Die "Allgemeinen Vorbemerkungen" der Beklagten seien nicht Vertragsinhalt geworden.

2. Die dagegen von der Revision gerichteten Angriffe bleiben ebenfalls erfolglos.

Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung einer Individualvereinbarung ist der Überprüfung im Revisionsrechtszug nur beschränkt zugänglich. Sie läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Entgegen der Ansicht der Revision mußte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, daß dem Gemeinschuldner die "Allgemeinen Vorbedingungen" der Beklagten bekannt waren. Aus der länger andauernden Geschäftsverbindung des Gemeinschuldners mit der Beklagten ergab sich das noch nicht ohne weiteres. Auch nicht aus dem Zugeständnis des Klägers, die Beklagte möge diese "Allgemeinen Vorbedingungen" "in sonstigen Fällen" ihrem Leistungsverzeichnis beigefügt haben. Denn damit war noch nicht gesagt, daß das auch beim Gemeinschuldner geschehen sei. Vielmehr hat der Kläger eindeutig behauptet, daß dem Gemeinschuldner die "Allgemeinen Vorbedingungen" der Beklagten nicht bekannt gewesen seien. Demgegenüber hat die Beklagte keinen Beweis für das Gegenteil angetreten. Deshalb ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht annimmt, durch die bloße Bezugnahme im Schreiben der Beklagten vom 27. Januar 1965 seien die in Frage stehenden "Allgemeinen Vorbedingungen" der Beklagten nicht Vertragsinhalt geworden.

b) Die Revision macht weiter geltend, vorsichtige Unternehmer würden eine der Vorbemerkung im Pauschalangebot des Gemeinschuldners entsprechende Klausel in Bauverträge auch lediglich zur Klarstellung aufnehmen, um spätere Meinungsverschiedenheiten über eine zusätzliche Vergütung bei Veränderungen des Leistungsinhalts infolge Änderung der Planung zu vermeiden. Damit zeigt die Revision aber nur eine weitere Möglichkeit der Vertragsauslegung auf, die das Berufungsgericht nicht zwang, gerade diese Auslegung auch im vorliegenden Falle vorzunehmen. Vielmehr durfte das Berufungsgericht die Vorbemerkung durchaus so verstehen, daß sie auch eine sich erst nach Auftragserteilung herausstellende Massenänderung gegenüber dem Leistungsverzeichnis ohne Änderung der Planung erfassen sollte.

c) Schließlich spricht die Tatsache, daß der Gemeinschaftschuldner vor Abgabe seines Angebots das Baugelände besichtigt hatte, ebenfalls nicht zwingend gegen die Auslegung des Berufungsgerichts. Der Gemeinschaftschuldner kann gleichwohl, ja gerade weil er das Gelände kannte, das Risiko einer erst später zu übersehenden wesentlichen Abweichung der Massen von den Eintragungen im Leistungsverzeichnis gescheut und daraufhin den Vorbehalt einer entsprechenden Erhöhung des Werklohns verlangt haben.

IV.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte den Bauvertrag mit dem Gemeinschaftschuldner wegen dessen Zahlungseinstellung wirksam gekündigt hat. Infolgedessen könne der Kläger nach den §§ 8 Ziff. 2, 6 Ziff. 5 VOB (B) nur eine Vergütung für den bereits ausgeführten Teil der Leistungen verlangen. Die vom Berufungsgericht dazu unter Beteiligung eines Sachverständigen erstellte Abrechnung beanstandet die Revision nur in zwei Punkten:

1. So setzt das Berufungsgericht in die Gesamtabrechnung einen Posten von 103.316,70 DM für Erdarbeiten und Sonderwünsche ein. Dabei geht es davon aus, daß dieser Betrag zwischen den Parteien unstreitig ist.

a) Das bemängelt die Revision zu Recht. Dem Berufungsgericht ist nämlich ein Rechenfehler unterlaufen: Die von der Beklagten zugestandenen 77.000 DM + 16.000 DM ergeben nicht 103.000 DM, sondern nur 93.000 DM. In Höhe von 10.316,70 DM ist der angeführte Posten daher zwischen den Parteien streitig.

b) Auf dem aufgezeigten Rechenfehler beruht das Berufungsurteil auch. Wenn die Revisionserwiderung meint, die Beklagte habe lediglich die Sonderwünsche mit 16.000 DM, die Erdarbeiten aber überhaupt nicht substantiiert bestritten, so übersieht sie die Ausführungen der Beklagten in ihren Schriftsätzen vom 19. September 1966 S. 11 und vom 12. Februar 1968 S. 8). In den im Schriftsatz der Beklagten vom 29. Mai 1968 genannten Gesamtbetrag von 730.400 DM waren wohl die Sonderwünsche (in Höhe von 16.000 DM), ersichtlich aber nicht die Erdarbeiten einbezogen, die die Beklagte schon früher mit 77.000 DM angesetzt hatte.

In Höhe von 10.316,70 DM kann das angefochtene Urteil daher keinen Bestand haben. Insoweit wird sich der Tatrichter mit der Sache erneut befassen müssen.

2. Das Berufungsgericht spricht dem Kläger ferner für sogenannte Nachtragsarbeiten einen Betrag von 32.860 DM zu. Es nimmt an, daß auch dieser Posten nach dem Vortrag der Beklagten im ersten Rechtszug unstreitig sei.

Dagegen wendet sich die Revision zum größten Teil ohne Erfolg.

a) Das Berufungsgericht entnimmt zutreffend dem Schriftsatz der Beklagten vom 18. April 1967 S. 2 (GA 83), daß die Beklagte die vom Kläger behaupteten Nachtragsarbeiten in der angegebenen Höhe nicht bestritten hat. Dort nimmt die Beklagte ausdrücklich auf die "Nachträge lt. Schriftverkehr" Bezug, die in den vom Kläger eingereichten Aufstellungen 1.168,49 DM pro Haus ausmachen, also durchaus als "kleinere Beträge" zu bezeichnende Summen. Sie will die Beklagte, wie sie in der angeführten Aktenstelle ausführt,

gesondert abgerechnet und bezahlt haben. Daran muß sie sich festhalten lassen.

b) In der Berufungsbegründung vom 10. November 1967 S. 12 (GA 133) hat der Kläger dann lediglich diese Einzelposten für die gemeinsam abzurechnenden 27 Häuser zusammengezogen. Wenn er dabei auf einen Betrag von 32.860 DM kam, so ist jedoch nunmehr ihm ein Rechenfehler unterlaufen. $27 \times 1.168,49$ DM ergibt nicht diese Summe, sondern 31.549,23 DM. In Höhe des Unterschiedsbetrags von 1.310,77 DM ist die Klage daher unbegründet. Das kann, da es sich um einen reinen Rechenfehler handelt, auch noch im Revisionsrechtszug berücksichtigt werden.

V.

Das Berufungsgericht hat der Beklagten die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit zwei von ihr im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben Kalbach geltend gemachten Gegenforderungen versagt, die die Revision allein noch aufgreift.

1. So hat es das Berufungsgericht abgelehnt, den Gemeinschuldner und damit den Kläger mit den von der Beklagten in Höhe von 6.150 DM bezifferten Kosten für die Aufräumung und Reinigung der Baustelle zu belasten. Es meint, aus der von der Beklagten eingereichten Aufstellung (GA 206 Anlage 43) gehe hervor, daß es sich durchweg um Kosten handle, die nach Beendigung der Rohbauarbeiten entstanden seien. Da die Arbeiten nach Kündigung des Vertragsverhältnisses weiter geführt worden seien, habe kein Anlaß zur Aufräumung und zur Reinigung der Baustelle bestanden.

Dagegen wendet sich die Revision zu Recht. Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, daß der Beklagten die von ihr geltend gemachte Erstattung der Kosten für die Aufräumung der Baustelle und die Reinigung des Rohbaus aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der restlichen vom Gemeinschuldner nach der Kündigung nicht mehr zu erbringenden Leistungen gemäß § 8 Ziff. 2 Satz 3 VOB (B) zustehen kann. Die Aufräums- und Reinigungsarbeiten waren in der Pauschale inbegriffen und daher mit dem ausgemachten Festbetrag abgegolten. Sie fielen ihrer Natur nach erst an, wenn der Gemeinschuldner die gesamten von ihm übernommenen Bauleistungen erbracht hatte. Damit gehören sie zu dem in § 8 Ziff. 2 Satz 3 VOB (B) erfaßten "Rest" des vorzeitig gekündigten Vertrags und können deshalb, wenn die Beklagte dafür besondere Kosten aufgewendet haben sollte, durchaus Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs nach der angeführten Bestimmung sein.

Unter diesem rechtlichen Blickwinkel wird daher das Berufungsgericht die von der Beklagten geltend gemachte Forderung noch einmal zu überprüfen haben. Dabei wird es allerdings nicht außer Acht lassen dürfen, daß in dem von ihm eingeholten Sachverständigengutachten bereits teilweise Abzüge für "Bauschutt" und für nicht durchgeführte Reinigung (z.B. GA 301, 302, 306/309) gemacht worden sind. Es ist nicht ohne weiteres erkennbar, inwieweit diese Beträge im Zusammenhang mit dem hier in Frage stehenden Schadensersatzanspruch stehen.

2. Das Berufungsgericht hat ferner der Beklagten einen Ersatzanspruch in Höhe von 400 DM aberkannt, den sie daraus herleitet, daß sie Muttererde abgefahren habe,

was an sich Sache des Gemeinschuldners gewesen wäre. Das Berufungsgericht reiht diesen Posten unter die vom Gemeinschuldner nicht ausgeführten Arbeiten ein, die in dem im zweiten Rechtszug erstatteten Sachverständigen-gutachten voll berücksichtigt seien und deshalb im Wege eines Gegenanspruchs der Beklagten nicht noch einmal geltend gemacht werden könnten.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision bringt insoweit auch nur vor, das Berufungsgericht habe den Sachvortrag der Beklagten gänzlich mißverstanden. Die einschlägigen Behauptungen der Beklagten hätten umgekehrt dahin gehen sollen, daß der Gemeinschuldner Muttererde abgefahren habe, die der Beklagten gehört habe. Dafür werde Schadensersatz verlangt. Dies ist aber dem Vortrag der Beklagten in beiden Vorinstanzen nicht zu entnehmen. Zu einer Ausübung des Fragerechts nach § 139 ZPO bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß. Der Kläger hat den Vortrag der Beklagten, so wie er nach der Revision aufgefaßt werden soll, auch nie zugestanden.

VI.

Nach alledem ist das Berufungsurteil auf die Revision - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 2.463,17 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Wegen weiterer 1.310.77 DM (oben Ziff. IV 2) hat es bei der schon vom Landgericht ausgesprochenen Abweisung der Klage zu verbleiben. Hinsichtlich

des Betrages von 16.466,70 DM (oben Ziff. IV 1 und V 1) und der Kosten des zweiten Rechtszuges muß die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, das auch über die Kosten der Revision zu befinden hat.

Rietschel

Erbel

Finke

Schmidt

Girisch