

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 339/74

URTEIL

Verkündet am

27. Januar 1977
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Robert W. [REDACTED], N. [REDACTED],
L. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Landwirtin Emma H. [REDACTED], K. [REDACTED],
G. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Meise, Dr. Recken, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 7. August 1974 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 19. Juli 1967 beauftragte die Klägerin die Firma Fassaden-W. GmbH in N. - die ihren Werklohnanspruch gegen die Klägerin dem Beklagten, ihrem Gesellschafter und Geschäftsführer, abgetreten hat - gemäß einem vom Beklagten aufgestellten Leistungsverzeichnis mit umfangreichen Instandsetzungsarbeiten an den Gebäuden ihres Bauernhofs zum Pauschalpreis von 44.000 DM. Diesen Betrag, über den die Klägerin Wechselakzepte gab, sollte sie monatlich mit jährlichen Raten von mindestens 4.000 DM (zuzüglich 1 % Zinsen und Wechselspesen) tilgen. Sie zahlte im Dezember 1967 und Dezember 1968 je 4.800 DM, seitdem nichts mehr. Im Oktober 1967 bestellte sie dem

- 3 -

Beklagten zur Sicherung der Werklohnforderung auf ihrem Grundbesitz eine Briefgrundschuld über 44.000 DM nebst 12 % Zinsen.

Die Klägerin hat behauptet, die von der W. -GmbH unvollständig und mangelhaft erbrachten Leistungen seien allenfalls 20.000 DM wert. Sie meint, der Werkvertrag sei daher wucherisch und nichtig. Mangels einer Werklohnforderung habe der Beklagte die Grundschuld rechtsgrundlos inne. Mit der Klage hat sie vom Beklagten Einwilligung in die Löschung der Grundschuld sowie Herausgabe des Grundschuldbriefs gefordert.

Der Beklagte hat eingewandt, es bestehe kein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; alle Arbeiten seien vollständig und mangelfrei ausgeführt worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben, jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung von 8.295,56 DM nebst Zinsen. Gegen diese Verurteilung wendet sich der Beklagte mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Wert der von der GmbH tatsächlich erbrachten Werkleistung zur Instandsetzung der Gebäude der Klägerin sich auf



26.656,32 DM belaufe. Mangelfrei und von der Klägerin ohne weitere Aufwendungen verwertbar seien nur erbrachte Leistungen im Werte von 17.895,56 DM.

Das Berufungsgericht meint, die von der Klägerin eingegangene Werklohnverpflichtung in Höhe von 44.000 DM stehe zum Wert der von der GmbH erbrachten Werkleistung in einem auffälligen Mißverhältnis. Die Klägerin sei unerfahren. Ihre Unerfahrenheit habe der Beklagte ausgenutzt. Deshalb sei der Werkvertrag gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig mit der Folge, daß eine zu sichernde Werklohnforderung nicht entstanden sei und der Beklagte die Grundschild rechtsgrundlos erworben habe.

Das hält der Revision nicht stand.

1. Bei der Bejahung der Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 aF BGB hat das Berufungsgericht abgestellt auf das Verhältnis zwischen dem von der Klägerin versprochenen Werklohn und den von der GmbH tatsächlich erbrachten Werkleistungen.

Das ist im Ansatzpunkt rechtsfehlerhaft:

Ob ein Vertrag u.a. wegen auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung gegen § 138 Abs. 2 BGB verstößt, kann nur an dem gemessen werden, was die Vertragsparteien als Leistung und Gegenleistung vereinbart haben. Dabei ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (BGH Urteil vom 8. März 1966 - V ZR 62/64 = WM 1966, 585, 589). Ist den

Vereinbarungen der Vertragsparteien kein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu entnehmen, wird der Bestand des Vertrages nicht dadurch berührt, daß später eine Vertragspartei weniger als vereinbart an Leistungen erbringt oder wegen bei Vertragsschluß unzutreffend angenommener Gegebenheiten erbringen kann. Ein nachträglich in Durchführung des Vertrages entstandenes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung könnte nur dann beachtlich im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB sein, wenn es auf einer nachträglichen Zusatzvereinbarung beruhen würde (RGZ 86, 296, 298, 299).

2. Das Berufungsgericht hätte deshalb den von der Klägerin versprochenen Werklohn von 44.000 DM vergleichen müssen mit den Werkleistungen, die der Beklagte nach dem Leistungsverzeichnis erbringen sollte.

Die Vertragsparteien hatten als Pauschalpreis von 44.000 DM praktisch die auf 44.170,43 DM errechnete Summe der Preise aller Einzelpositionen des Leistungsverzeichnisses vereinbart. Das Berufungsgericht hätte daher die Preise der Einzelpositionen überprüfen müssen. Soweit die GmbH bei einzelnen Positionen Einheitspreise eingesetzt hatte, wären diese, bei anderen Positionen die für sie eingesetzten Pauschalpreise zu überprüfen gewesen. Für diese Überprüfung wäre insbesondere auch auszugehen gewesen von den Massen, die die GmbH ihrer Preisermittlung zu den einzelnen Positionen zugrunde gelegt hatte. Wenn bei der Ausführung von Werkarbeiten sich einzelne Massenansätze als (erheblich) zu hoch erweisen, führt das zwar möglicherweise zu einem

vertraglichen Anspruch auf Herabsetzung eines vereinbarten Pauschalpreises (vgl. Urteil des Senats NJW 1974, 1864), kann jedoch nicht ohne zusätzliche Feststellungen die Annahme begründen, wegen der tatsächlich zu hohen Massenansätze bestehe ein Mißverhältnis im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB zwischen vereinbarten Werkleistungen und Pauschalpreis. Entsprechendes gilt, wenn später einzelne Positionen anders als ursprünglich vorgesehen ausgeführt werden oder ersatzlos entfallen.

3. Zum Wert der von der GmbH als Gegenleistung vertraglich zugesagten Werkleistungen hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Es hat lediglich den objektiven Wert der von der GmbH tatsächlich erbrachten Werkleistungen ermittelt.

Das wäre allerdings unschädlich, wenn sich zugesagte und erbrachte Leistungen des Beklagten im wesentlichen decken würden. Das ist aber nicht der Fall:

Es sind z.B. die von der GmbH zugesagten und mit 2.176 DM in ihre Preisgestaltung eingegangenen Arbeiten zur Herstellung eines Terrassenbodens vom Sachverständigen und vom Berufungsgericht bei der Bewertung der Werkleistungen unberücksichtigt geblieben, weil sie grob mangelhaft und völlig wertlos seien. Bei den Werkleistungen zur Position "Fundamentsperre" hat das Berufungsgericht den Aufwand für Füllen der Bohrlöcher mit Dichtungsmaterial mit 409,23 DM als nicht erbracht abgesetzt. Das mit 420 DM in den Pauschalpreis eingegangene "Glasbausteinfenster" ist als nicht geliefert bei der Bewertung der zugesagten Werkleistungen nicht be-

rücksichtigt worden. Der Wertberechnung des Berufungsgerichtes liegen die von ihm selbst festgestellten und nicht die von der GmbH bei der Preisgestaltung angenommenen Massen zugrunde. In Fällen der Änderung der Ausführungsart oder des Wegfalls von vorgesehenen Teilleistungen ist nicht der Wert der ursprünglich vorgesehenen, sondern der Wert der erbrachten Leistungen berücksichtigt worden.

4. Bei dieser Sachlage kann der vom Berufungsgericht ermittelte Wert der von der GmbH erbrachten Werkleistungen kein ausreichender Maßstab sein für den Wert der mit dem Werkvertrage zugesagten Werkleistungen.

An anderweitigen tatrichterlichen Feststellungen zum Wert der zugesagten Werkleistungen fehlt es und damit zugleich an ausreichenden Feststellungen des Berufungsgerichtes, aus denen auf ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB anhand einer Abwägung zwischen den vertraglich vereinbarten gegenseitigen Leistungen geschlossen werden könnte. Sind aber schon in dieser Hinsicht die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB bislang nicht festgestellt, so kann bis jetzt auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Werkvertrag nichtig, eine zu sichernde Werklohnforderung nicht entstanden und der Beklagte um das Grundpfandrecht ungerechtfertigt bereichert ist.

II.

1. Im Zusammenhang mit seiner erneuten Prüfung nach § 138 Abs. 2 aF BGB wird das Berufungsgericht auf den Wert der versprochenen Leistungen in handwerklich-fachgerechtem und mangelfreiem Zustand abzustellen haben. Soweit die GmbH später nicht alle zugesagten und zum Teil nur mangelhafte Leistungen erbracht hat, berührt das nicht die Wirksamkeit des Werkvertrages, sondern begründet vertragliche Ansprüche der Klägerin auf Erfüllung, Gewährleistung, Schadensersatz oder Herabsetzung des Pauschal-Werklohns.

2. Falls Nichtigkeit des Werkvertrages nach § 138 Abs. 2 aF BGB zu verneinen sein sollte, wird das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin zu den Vorgängen vor und bei Abschluß des Werkvertrages (S. 3 - 5 der Berufungsbegründung) auch unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 aF BGB zu prüfen haben.

Vogt

Meise

Recken

Doerry

Obenhaus