

Verkündet
am 26. November 1956
Jodas, Justizange-
stellter als Urkunds-
beamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Ait F [REDACTED] in E [REDACTED], C [REDACTED]-
straße,

Beklagten, Widerklägers, Berufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Fräulein Adelheid K [REDACTED] in E [REDACTED], H [REDACTED]
R [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. November 1956 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und
H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Oldenburg vom 5. April 1955 aufge-
hoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte im Jahre 1950 den Beklagten, ihr im Krieg zerstörtes und 1944 nur unvollständig wiederhergestelltes Haus in E [REDACTED] aufzubauen. Der Beklagte führte die Arbeiten nur zum Teil durch; insbesondere unterließ er es, den Außenputz anzubringen. Die Klägerin zahlte an ihn 38 000 DM.

Sie hat behauptet, der Beklagte habe den schlüsselfertigen Wiederaufbau zum Preise von 38 700 DM übernommen. Die verbleibenden Restarbeiten müsse sie von anderen Unternehmern ausführen lassen. Hierdurch sowie durch von dem Beklagten verschuldete Mängel sei ihr ein erheblicher Schaden entstanden. Sie hat deswegen Klage erhoben mit dem Antrag,

den Beklagten zur Zahlung von 2000 DM zu verurteilen.

Der Beklagte hat

Klageabweisung und im Wege der Widerklage Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 12 721,71 DM nebst Zinsen

erbeten. Er hat behauptet, daß kein Festpreis vereinbart sei, so daß er die übliche Vergütung beanspruchen könne. Sie betrage 41 168,71 DM; hinzutrete ein Betrag von 9 553 DM, den er an Handwerker entrichtet habe. Demnach habe er noch 12 723,71 DM zu fordern.

Das Landgericht hat die Klägerin für die Vereinbarung eines Festpreises als beweispflichtig erachtet. Es hat diesen Beweis nicht für erbracht angesehen und die Klage deswegen abgewiesen. Auf die Widerklage hat es die Klägerin zur Zahlung von 8 792,71 DM nebst Zinsen verurteilt.

- 3 -

Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dem Klageantrag entsprochen und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision erbittet der Beklagte die Zurückweisung der Berufung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Beklagten hinsichtlich der Nichtvereinbarung eines Festpreises für beweispflichtig erachtet, ist unbegründet.

Das Gesetz geht in § 632 Abs 2 BGB davon aus, daß die Parteien das Entgelt im allgemeinen der Höhe nach bestimmen werden. Deswegen ist derjenige, der eine hiervon abweichende Regelung behauptet und sich darauf stützt, daß die übliche Vergütung verlangt werden könne, hierfür beweispflichtig (vgl u.a. RG WarnRspr 1923/24 Nr 135, BGH in Betrieb 1954, 104).

Im vorliegenden Falle beansprucht der Beklagte die übliche Vergütung, während die Klägerin behauptet, es sei ein Festpreis von 38 700 DM vereinbart worden. Nach dem Gesagten war es daher Sache des Beklagten nachzuweisen, daß die Höhe der Vergütung nicht festgelegt worden ist.

2. An diesen negativen Beweis dürfen keine unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden. Das Gericht wird sich deshalb regelmäßig damit begnügen können, daß der Beweispflichtige die Umstände widerlegt, die für die Vereinbarung eines Festpreises sprechen könnten; gelingt ihm dies in ausreichendem Maße, so ist



es nunmehr Sache des anderen Teils, die sich hieraus ergebenden Folgerungen zu entkräften (vgl. RG Gruch 62, 657).

Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze an sich nicht verkannt; es wägt in eingehender Würdigung die für und gegen die Vereinbarung eines Festpreises sprechenden Gründe gegeneinander ab und gelangt zu dem Ergebnis, daß der Beklagte seiner Beweispflicht nicht nachgekommen sei. Die Begründung ist jedoch in einem wesentlichen Punkte widerspruchsvoll. Abgesehen hiervon ist das Oberlandesgericht zum Teil von unrichtigen Erfahrungssätzen ausgegangen.

a) Die Klägerin hatte zwecks Durchführung des Baues den Antrag auf Gewährung eines Darlehens von 46 000 DM u. a. bei der Sparkasse in N. gestellt. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Höhe dieses Betrages nicht der Annahme entgegenstehe, es sei ein niedrigerer Festpreis vereinbart worden; die Klägerin habe nämlich außer den Baukosten noch Beträge für die Kreditbewilligung, die Sicherstellung dieser Kredite und deren Verzinsung bis zur Erzielung von Mieteinnahmen aufbringen müssen; ferner pflege jeder vorsichtige Bauherr mit unvorhergesehenen zusätzlichen Kosten zu rechnen.

Diese Erörterungen stehen mit dem Inhalt des Kreditantrages, der nach den im Urteilstatbestand getroffenen Feststellungen Gegenstand der Verhandlung vor dem Berufungsgericht war, nicht im Einklang. In der Anlage zu dem Darlehensantrag werden nämlich die von dem Oberlandesgericht errechneten Einsätze ausdrücklich berücksichtigt, und zwar Geldbeschaffungskosten mit 300 DM, Aufwendungen für die dingliche Sicherung mit 500 DM, Baupolizei- und Abnahmegebühren mit 150 DM sowie Kosten für Unvorhergesehenes mit 300 DM, insgesamt also

1250 DM. Eine Spalte für "Bauzinsen" ist vorgesehen, aber nicht ausgefüllt worden. Danach ist anzunehmen, daß solche Aufwendungen während der Bauzeit nicht entstanden sind; sollte dies doch der Fall gewesen sein, so kämen für das fragliche halbe Jahr rund 1265 DM hinzu. Es ergäbe sich also für alle von dem Berufungsgericht zur Erklärung des Unterschieds hervorgehobenen Posten ein Betrag von äußerstenfalls 2500 DM. Er entspricht nicht annähernd der wirklichen Differenz zwischen dem angeblichen Festpreis von 38 700 DM und dem in dem Darlehensantrag angegebenen Kostenbetrag von 46 000 DM.

Auch die Annahme des Oberlandesgerichts (§ 11 des Urteils), daß in diesem Antrag die reinen Baukosten tatsächlich mit 38 700 DM veranschlagt worden seien, ist mit den darin enthaltenen Angaben nicht vereinbar. Richtig ist, daß die Baukosten mit 69 200 DM angegeben worden sind. Die Grundstücks- und Erschließungskosten mit 2 624 DM, das Architektenhonorar mit 3 010,20 DM und die Kosten für Außenanlagen mit 200 DM sind hierin aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht enthalten, wie die Zusammenstellung unter I E der Anlage zum Antrag eindeutig ergibt. Von den mit 69 200 DM angesetzten Baukosten geht also nur der Schätzwert der Ruine in Höhe von 24 650 DM ab, so daß für die von dem Beklagten auszuführenden Arbeiten 44 550 DM verbleiben.

In dem Finanzierungsplan, in dem ein aufzubringender Betrag von 76 284,20 DM aufgeführt wird, werden zwar andere Zahlen angegeben; aber auch aus ihnen ergibt sich, daß die Arbeiten des Beklagten mit erheblich mehr als 38 700 DM bewertet worden sind. Schließlich scheinen die kreditgebenden Stellen den Antrag ebenfalls in diesem

Sinne aufgefaßt zu haben; denn sie haben, wie die Klägerin im Schriftsatz vom 11. Juni 1952 vorträgt, den über 38 700 DM hinausgehenden Betrag gesperrt und die Auszahlung davon abhängig gemacht, daß er für die Fertigstellung des Baues verwendet wird.

Die Parteien haben also in dem Antrag auf Zuteilung der erforderlichen Kredite übereinstimmend erklärt, daß die Baukosten nicht unbeträchtlich höher als 38 700 DM sein würden. Dabei ist zu beachten, daß der Vordruck nach der eigenen Behauptung der Klägerin (Schriftsatz vom 30. November 1951) von dem Beklagten ausgefüllt und von ihr selbst unterschrieben worden ist.

Die somit widerspruchsvollen Feststellungen über den Inhalt des Antrags zwingen zur Aufhebung des Urteils. Es kann auf dem Fehler, der auf die allgemeine Sachrüge zu beachten ist, beruhen; denn es ist möglich, daß das Oberlandesgericht hinsichtlich der Vereinbarung eines Festpreises zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es sich nach den in dem Antrag enthaltenen Zahlen gerichtet hätte.

Unter diesen Umständen braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob die sich auf den gleichen Darlehensantrag beziehende Revisionsrüge aus § 286 ZPO den gesetzmäßigen Erfordernissen entspricht.

b) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß bei solch umfangreichem und kostspieligem Bauvorhaben der Preis nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht offengelassen zu werden pflege.

Ein solcher Erfahrungssatz besteht mindestens dann nicht, wenn es sich um den Aufbau eines teilweise zerstörten Hauses handelt. Der Umfang der Arbeiten und die dafür notwendigen Aufwendungen lassen sich für den

Unternehmer in einem solchen Fall regelmäßig nur schwer übersehen, weil sich häufig erst bei der Durchführung ergibt, inwieweit stehen gebliebene Reste verwendet werden können. Deshalb pflegt sich der Unternehmer unter solchen Voraussetzungen entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts im allgemeinen nicht durch einen Festpreis zu binden.

c) Die Klägerin hat einigen Handwerkern unmittelbar Aufträge erteilt. Das Oberlandesgericht meint, daß dieser Umstand der Vereinbarung eines Festpreises nicht entgegenstehe..

Dieser Gedankengang ist ohne nähere Erläuterung nicht schlüssig. Die Klägerin hatte keine Veranlassung, sich den Handwerkern gegenüber persönlich zu verpflichten, wenn der Beklagte die schlüsselfertige Herstellung für eine bestimmte Summe übernommen hatte; tat sie es aber dennoch, so hätte es für sie nahegelegen, Rückstellungen zu machen und nicht den vollen Betrag von 38 000 DM an den Beklagten auszus zahlen.

Die zu b und c erwähnten Mängel können das Ergebnis ebenfalls beeinflusst haben; das Urteil ist daher auch aus diesem Grunde aufzuheben.

Glanzmann

Rietschel

Scheffler

Heimann-Trosien

Meyer