

2211 034

VII ZR 19/60

Verkündet
am 13. April 1961
Voitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Bauingenieurs Robert E n [REDACTED] in D [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, Revisionsklägers
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Hanns E [REDACTED], Hoch-, Tief-, Stahlbetonbau,
G [REDACTED], Am E [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. April 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien,
Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschluß-
revision der Klägerin wird das Teilurteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 20. November 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfah-
rens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahre 1956 beim Wiederaufbau des Hauses des Beklagten in D■■■■■■, F■■■■■■straße■■■■, die Maurer-, Beton- und andere Arbeiten ausgeführt.

Der Architekt L■■■■■■ des Beklagten hatte mit ihr einen Pauschal festpreis von 43.000 DM vereinbart. Nachforderungen irgendwelcher Art durfte die Klägerin nicht stellen. Notwendig werdende Mehrleistungen sollte die Klägerin nur nach vorhergehender Anzeige sowie-im Rahmen der Angebotspreise liegender Preisvereinbarung und schriftlicher Bestätigung durch den Architekten ausführen. Ohne vorherige Verständigung erbrachte Mehrleistungen brauchte der Architekt nicht anzuerkennen und der Beklagte nicht zu bezahlen. Die Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) sollten gelten.

Im Verlaufe der Bauarbeiten ergaben sich Abweichungen zwischen dem vom Architekten aufgestellten, dem Vertrage zugrunde gelegten Leistungsverzeichnis und den nach den Bauplänen tatsächlich erforderlichen Arbeiten; teils waren mehr Massen (Mehrleistungen) zu erbringen, teils im Leistungsverzeichnis nicht aufgeführte Arbeiten (Zusatzarbeiten) auszuführen. Die Mehrleistungen erbrachte die Klägerin, ohne zuvor hierüber eine schriftliche Vereinbarung zu treffen. Über die Zusatzarbeiten unterbreitete sie dem Beklagten drei schriftliche Nachtragsangebote. Die beiden ersten vom 2. August 1956 und 6. Dezember 1956 hat der Beklagte in Höhe von 1.743,40 DM und 415,50 DM anerkannt. Über die in dem dritten Nachtragsangebot vom 9. Januar 1957 über 3.715,20 DM aufgeführten Leistungen haben sich die Parteien nicht geeinigt.

- 3 -

Bei den Verhandlungen der Parteien über die Bezahlung der Mehrleistungen vertrat der Beklagte den Standpunkt, daß diese mit dem vereinbarten Pauschalpreis von 43.000 DM abgegolten seien. Darauf erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 29. Januar 1957 den Rücktritt vom Vertrag. In einem auf Antrag der Klägerin durchgeführten Beweissicherungsverfahren erstattete der Dipl.-Ing. Mataré ein schriftliches Gutachten über die von der Klägerin ausgeführten Arbeiten. Unter Zugrundelegung dieses Gutachtens stellte die Klägerin die Schlußrechnung vom 26. März 1957 aus. Diese enthält einen Endbetrag von 63.823,88 DM und lautet unter Berücksichtigung der vom Beklagten gezahlten 37.500 DM über einen Restbetrag von 26.323,88 DM. Hierauf hat der Beklagte weitere 4.000 DM gezahlt.

Die Klägerin hat 26.323,88 DM nebst Zinsen, abzüglich der gezahlten 4.000 DM, eingeklagt.

Sie hat behauptet, der Architekt L. habe, was sie vor Abschluß des Vertrags nicht habe feststellen können, das Leistungsverzeichnis bewußt unrichtig aufgestellt. Deshalb habe sie den Vertrag angefochten.

Nach ihrer Ansicht ist auch die Geschäftsgrundlage des Vertrags entfallen, weil die ihr erst später übergebenen Baupläne größere Massen erfordert hätten, als aus dem ihrem Angebot zugrundegelegten Leistungsverzeichnis ersichtlich gewesen sei.

Die Klägerin hat ferner vorgetragen, der Architekt L. habe es während der Bauarbeiten verstanden, ihren Bauführer und ihren Polier ohne die verlangten schriftlichen Bestätigungen zur Ausführung der Mehrarbeiten zu bewegen, indem er diesen versichert habe, die Sache sei



Hinweis: Auf Teile der Urteilsammlung sind als Patentrecht nach § 87a ff. UrhG geschützt.

bercits geregelt oder die schriftliche Vereinbarung folge demnächst. Auch habe der Beklagte selbst im Herbst 1956 die Bezahlung der Mehrleistungen ausdrücklich zugesagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Ausgehend von der Pauschalsumme von 43.000 DM und den von ihm anerkannten Beträgen von 1.743,40 DM für die ersten und 415,50 DM für die zweiten, sowie eines Teilbetrags von 717,80 DM für die dritten Nachtragsarbeiten hat er nach Abzug der von ihm gezahlten (37.500 DM + 4.000 DM =) 41.500 DM eine Restforderung der Klägerin von 4.376,70 DM errechnet. Gegen diese hat er Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Arbeiten und vorzeitiger Einstellung des Baues zur Aufrechnung gestellt.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil zur Zahlung von 4.205,30 DM nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage bis zur Höhe von 17.425,72 DM abgewiesen. Über einen Betrag von 4.692,86 DM hat es noch nicht entschieden. Das Berufungsgericht hat ebenfalls durch Teilurteil der Klägerin zu dem vom Landgericht zugesprochenen Betrag von 4.205,30 DM zusätzlich weitere 11.453,60 DM nebst Zinsen zuerkannt.

Die Revision des Beklagten zielt auf die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin hat Anschlußrevision eingelegt; mit ihr erstrebt sie die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 546,40 DM nebst Zinsen. Beide Parteien bitten, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt darauf ab, daß nach dem Vertrag erforderliche Mehrarbeiten zu bezahlen seien, sofern die Parteien über deren Ausführung vorher eine schriftliche Vereinbarung getroffen hätten. Es ist der Auffassung, daß weder die Geschäftsgrundlage der Festpreisvereinbarung entfallen sei, noch der Beklagte den Vertrag wegen arglistiger Täuschung habe anfechten können. Die Klägerin müsse daher ihre im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Arbeiten nicht nach Aufmaß und Einheitspreisen, sondern nach dem vereinbarten Festpreis abrechnen. Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Insoweit greifen die Parteien das Urteil auch nicht an.

II.

1.) Obwohl über die Mehrleistungen, deren Bezahlung die Klägerin begehrt, nicht die nach dem Vertrag vorgesehene schriftliche Vereinbarung hinsichtlich Umfang und Vergütung getroffen worden ist, kann die Klägerin nach Ansicht des Berufungsgerichts dennoch deren Bezahlung verlangen.

a) Den Bekundungen der Zeugen La■■■■, K■■■■ und W■■■■, die die Klägerin am Bau eingesetzt hatte, entnimmt das Berufungsgericht, daß der Architekt L■■■■ trotz wiederholter Hinweise, das Leistungsverzeichnis enthalte teilweise nicht die erforderlichen Massen und auch nicht alle notwendigen Leistungen, es immer wieder verstanden habe, die Leute der Klägerin zur Ausführung der Arbeiten zu bewegen, ohne die von ihm verlangten schriftlichen Bestätigungen auszustellen. Er habe erklärt, es werde schon ein Weg gefunden werden, es brauche nicht jede Einzelheit

besonders abgerechnet zu werden; nach Fertigstellung des Baues solle eine Gesamtaufstellung vorgenommen werden. Daß man einen Weg für die Abrechnung der Mehrleistung finden werde, habe nach der Bekundung des Zeugen La [REDACTED] auch der Beklagte selbst, nachdem er auf die Unstimmigkeiten in der Massenaufstellung hingewiesen worden sei, wiederholt erklärt.

b) In der Weigerung des Beklagten, die Mehrleistungen der Klägerin, zu denen diese sich im Vertrauen auf die Zusagen des Architekten L [REDACTED] habe bestimmen lassen, schriftlich anzuerkennen, sieht das Berufungsgericht eine positive Vertragsverletzung, die den Beklagten der Klägerin gegenüber zum Schadensersatz verpflichte. Die Klägerin könne verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Architekt L [REDACTED] sie nicht durch seine Versprechungen hingehalten hätte. In diesem Falle hätte sie sich die Mehrleistungen vor der Ausführung schriftlich anerkennen lassen, womit ihr Vergütungsanspruch entstanden wäre.

2.) Den Antrag des Beklagten, den Architekten L [REDACTED] darüber zu vernehmen, daß er die von den Zeugen La [REDACTED], K [REDACTED] und W [REDACTED] bekundeten Erklärungen nicht abgegeben habe, hat das Berufungsgericht gemäß § 279 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Hierzu führt es aus, der Beklagte habe den Antrag erst in dem in der letzten mündlichen Verhandlung vom 18. September 1959 überreichten Schriftsatz vom 17. September 1959 gestellt. Er hätte aber schon unmittelbar nach Erlaß des Beweisbeschlusses vom 5. Dezember 1958 dessen Ergänzung beantragen können. Zumindest hätte er alsbald nach der Vernehmung der drei Zeugen im März 1959 den Architekten L [REDACTED] als Gegenzeugen benennen müssen.

Alsdann hätte dieser vor der letzten mündlichen Verhandlung vom 18. September 1959 vernommen werden können, ohne daß dadurch die Entscheidung des Rechtsstreits verzögert worden wäre. Die Benennung L. [REDACTED] in dem Schriftsatz vom 17. September 1959 sei grob fahrlässig verspätet. Durch dessen nunmehrige Vernehmung wäre die im angefochtenen Urteil getroffene Teilentscheidung verzögert worden.

Mit Recht rügt die Revision, die Zurückweisung des Antrags, L. [REDACTED] als Gegenzeuge zu vernehmen, sei durch § 279 ZPO nicht gedeckt.

Der Beklagte hatte bereits in seiner Klagebeantwortung vom 17. Mai 1957 (S. 10) vor dem Landgericht durch Benennung L. [REDACTED] unter Gegenbeweis gestellt, daß er sich zur Bezahlung der Massendifferenzen nicht bereit erklärt habe. Er hatte ein Schreiben L. [REDACTED] vom 24. Januar 1955 vorgelegt, worin dieser erklärte, es bleibe bei der Pauschalabrede.

Diesen früheren Beweisantritt hat das Berufungsgericht zwar nicht übersehen. Seiner Ansicht, er sei unerheblich gewesen und habe nicht die in dem Beweisbeschluß vom 5. Dezember 1958 enthaltenen Beweisfragen betroffen, kann jedoch nicht beigetreten werden.

Wenn das Berufungsgericht glaubte, dem Beweisantrag nicht sicher entnehmen zu können, ob der Beklagte persönlich oder sein Architekt L. [REDACTED] die von der Klägerin behaupteten Äußerungen nicht getan haben sollte, so hätte es, wie die Revision mit Recht hervorhebt, den Beklagten über den Sinn seines Beweisantritts befragen müssen (§ 139 ZPO). Im übrigen konnte das damalige Beweiserbieten des Beklagten nur als Erwiderung auf den Sachvortrag und die

Beweisanträge der Klägerin in der Klageschrift verstanden werden. In dieser (S. 3, 4) hatte die Klägerin nicht nur behauptet, sie habe die Arbeiten weitergeführt, weil der Beklagte (persönlich) dem Zeugen La [REDACTED] erklärt habe, er werde Mehrleistungen, die sich als notwendig herausstellen sollten, bezahlen (Beweis: La [REDACTED]), sondern sie hatte auch K [REDACTED] und W [REDACTED] (S. 7, 8) für die gleichen Erklärungen L [REDACTED] als Zeugen benannt, über die das Berufungsgericht gemäß seinem Beschluß vom 5. Dezember 1958 Beweis erhoben hat. Demnach mußte die Klageerwiderung so aufgefaßt werden, daß der Beklagte seinen Architekten L [REDACTED] den Zeugen K [REDACTED] und W [REDACTED] als Gegenzeugen gegenüberstellen wollte. In seiner Berufsbeantwortung vom 27. Oktober 1958 hat der Beklagte auf seinen erstinstanzlichen Sachvortrag verwiesen und damit den Beweisantritt aufrecht erhalten.

Der schon vor dem Landgericht gestellte und in der Berufsbeantwortung des Beklagten aufrechterhaltene Antrag, L [REDACTED] als Gegenzeugen zu den durch die Zeugen La [REDACTED] K [REDACTED] und W [REDACTED] von der Klägerin unter Beweis gestellten Behauptungen zu vernehmen, stand daher, als das Berufungsgericht seinen Beweisbeschluß vom 5. Dezember 1958 erließ, nach wie vor zur Entscheidung.

Auf dieses Beweiserbieten einzugehen, hatte das Berufungsgericht um so mehr Anlaß, als es, wie es dies im angefochtenen Urteil getan hat, aus den durch die Zeugen La [REDACTED], K [REDACTED] und W [REDACTED] unter Beweis gestellten Behauptungen der Klägerin folgern will, daß Löcher für sämtliche Mehrleistungen der Klägerin Bezahlung oder eine spätere schriftliche Vereinbarung zugesagt habe. In Anbetracht der zahlreichen und verschiedenartigen Mehrleistungen hätte das Berufungsgericht jedoch prüfen müssen, hinsichtlich

welcher Arbeiten L. [REDACTED] solche Zusagen gemacht haben soll. Die Klägerin hatte z.B. selbst in ihrer Klageschrift (S. 6) und in ihrer Berufungsbegründung (S. 11) eingeräumt, daß ihre Arbeiter noch vorhandene Teile des Unterbetons und des Estrichs im Keller erneuert hätten, ohne den Architekten vorher zu befragen. Zwar hat das Berufungsgericht über diese im Nachtragsangebot Nr. 3 enthaltenen beiden Positionen 1) und 2) noch nicht entschieden. Das Vorbringen der Klägerin zeigt aber, daß schon im Hinblick auf das Pauschalabkommen hinsichtlich jeder von der Klägerin behaupteten Mehrleistung geprüft werden muß, ob diese aus den von ihr angeführten Erklärungen L. [REDACTED]s einen Vergütungsanspruch herleiten kann.

Das Berufungsgericht stellt zwar zutreffend fest, daß, wenn der Beklagte nach der Vernehmung der Zeugen La. [REDACTED] K. [REDACTED] und W. [REDACTED] im März 1959 die des Architekten L. [REDACTED] beantragt hätte, dieser, ohne daß die getroffene Entscheidung hätte hinausgezögert werden müssen, bis zur letzten mündlichen Verhandlung hätte vernommen werden können. Das rechtfertigt aber nicht die Anwendung des § 279 ZPO; vielmehr hätte das Berufungsgericht beim Erlass seines Beweisbeschlusses den immer noch zur Entscheidung stehenden Beweisantritt des Beklagten berücksichtigen und gegebenenfalls auf seine Ergänzung hinwirken müssen.

Das angefochtene Urteil beruht auf den Feststellungen, die das Berufungsgericht den Bekundungen der Zeugen La. [REDACTED], K. [REDACTED] und W. [REDACTED] entnommen hat. Da aber das Berufungsgericht, falls es L. [REDACTED] und den weiter benannten Zeugen S. [REDACTED] vernommen hätte, diese Feststellungen möglicherweise nicht getroffen hätte, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung,

auch über die Kosten der Revision und der Anschlußrevision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III.

Unbegründet ist die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das im Beweissicherungsverfahren eingeholte Gutachten des Sachverständigen Mataré deshalb nicht verwerten dürfen, weil es nicht den Vorschriften der §§ 491, 492 ZPO entspreche. Es kann dahingestellt bleiben, ob der auf Wioczorek ZPO § 492 Anm. II und Stein-Jonas-Schönke ZPO § 492 Anm. I, 2 gestützten Ansicht der Revision beizutreten ist, daß die Einholung eines schriftlichen Gutachtens ohne Vernehmung des Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren regelmäßig nicht zulässig ist. Im vorliegenden Falle ist davon auszugehen, daß der Beklagte mit der bloßen Einholung des schriftlichen Gutachtens einverstanden war. Er hat den die Beweissicherung anordnenden Beschluß des Amtsgerichts erhalten. Daraus ersah er, daß der Sachverständige ein schriftliches Gutachten erstatten sollte. Der Sachverständige hat beide Parteien zu den Besichtigungen und Besprechungen hinzugezogen. Der Beklagte war durch seinen Architekten L. vertreten. Daß das Amtsgericht nur ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen eingeholt hat, ohne diesen zu Protokoll zu vernehmen (§ 492 Abs. 2 ZPO), hat der Beklagte im Beweissicherungsverfahren nicht beanstandet. Das rechtfertigt den Schluß, daß er dieses Verfahren gebilligt hat. Dann kann er sich auch nicht mehr auf den etwaigen Mangel des Beweissicherungsverfahrens berufen, den er durch sein Verhalten in jenem Verfahren selbst mit herbeigeführt hat.

Dagegen wird der Beklagte in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht Gelegenheit haben, die unter II

der Revisionsbegründung aufgeführten Einwendungen gegen einzelne Positionen der Mehrleistungen geltend zu machen. Soweit sich die Einwendungen auf die in den drei Nachtragsangeboten enthaltenen Positionen beziehen, können sie allerdings nicht berücksichtigt werden; denn der Beklagte hat eingeräumt, daß er die in den Nachtragsangeboten Nr. 1 und 2 enthaltenen Leistungen in der vom Berufungsgericht angenommenen Höhe bezahlen muß, und über die im Nachtragsangebot Nr. 3 aufgeführten Leistungen hat das Berufungsgericht in seinem Teilurteil noch nicht entschieden. Die Einwendungen des Beklagten gegen die nicht in den Nachtragsangeboten aufgeführten Mehrleistungen der Klägerin gehen vor allem dahin, daß diese von der Pauschalvereinbarung umfaßt waren. Diese Einwendung hat der Beklagte, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, auch ausreichend substantiiert.

IV.

Das Landgericht hat die Aufrechnung des Beklagten für unbegründet erklärt, weil dieser die behaupteten Gegenforderungen nicht ausreichend spezifiziert habe. Damit hat es in einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung ausgesprochen, daß die zur Aufrechnung gestellten Forderungen bis zur Höhe von 4.205,30 DM unbegründet sind, also nicht bestehen (§ 322 Abs. 2 ZPO). Da der Beklagte keine Berufung eingelegt hat, ist das landgerichtliche Urteil insoweit rechtskräftig geworden. Daß die Gegenforderung 4.205,30 DM übersteigen soll, ist dem bisherigen Vortrag des Beklagten nicht zu entnehmen.

V.

Das Oberlandesgericht hat eine Gesamtforderung von 57.158,90 DM für begründet erachtet, nämlich die Pauschalforderung von 43.000 DM, für Mehrleistungen 12.000 DM,

für die Nachtragsleistungen Nr. 1 1.743,40 DM und Nr. 2 415,50 DM. Hiervon hat es abgezogen die vom Beklagten gezahlten 41.500 DM und die vom Landgericht der Klägerin zuerkannten 4.205,30 DM. Demgemäß hat es der Klägerin weitere 11.453,60 DM zugesprochen. Über die im Nachtrag Nr. 3 aufgeführten, noch der Aufklärung bedürftigen Arbeiten hat es nicht entschieden.

Das Landgericht ist von einem Betrag von 4.376,70 DM ausgegangen, den der Beklagte unter Abzug seiner Zahlungen noch zu schulden eingeräumt hatte. In dem vom Beklagten anerkannten Betrag waren aus dem Nachtragsangebot Nr. 3 717,80 DM enthalten. Hiervon hat das Landgericht in seinem Teilurteil 171,40 DM unberücksichtigt gelassen, weil nicht ersichtlich sei, welche Position des Nachtrags Nr. 3 die betreffen. Deshalb hat es der Klägerin $(4.376,70 - 171,40 =)$ 4.205,30 DM zugesprochen. Aus dem Nachtrag Nr. 3 sind somit $(717,80 - 171,40 =)$ 546,40 DM in dem vom Landgericht der Klägerin zuerkannten Betrag von 4.205,30 DM enthalten.

Mit ihrer Anschlußrevision rügt die Klägerin, das Berufungsgericht habe, da es die Entscheidung über die sich aus dem Nachtrag Nr. 3 ergebende Forderung offengelassen habe, nicht über den vom Landgericht aus dem Nachtrag Nr. 3 zugesprochenen Teilbetrag von 546,40 DM dadurch entscheiden dürfen, daß es auch diesen in den 4.205,30 DM enthaltenen Betrag von der für begründet erachteten Forderung von 57.158,90 DM abzog.

Die Anschlußrevision ist begründet. Das Berufungsgericht hat in seinem Teilurteil über die sich aus dem Nachtragsangebot Nr. 3 ergebenden Forderungen nicht entscheiden wollen. Es hat aber nicht berücksichtigt, daß das Landgericht hieraus bereits der Klägerin einen Teilbetrag

von (717,80 - 171,40 =) 546,40 DM gemäß dem Anerkenntnis des Beklagten zugesprochen hatte. Das Berufungsgericht hätte in seiner Aufstellung (BU. S. 21) den Betrag von 546,40 DM von der von ihm errechneten Urteilssumme nicht absetzen dürfen. Das wird es in der neuen Verhandlung berücksichtigen müssen.

Dr. Winkelmann Heimann-Trosien Erbel

Dr. Vogt

Finke