

VII ZR 25/62

Verkündet
am 1. April 1963
Voitschek, 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 Baumeisters Max G [REDACTED], H [REDACTED] - K [REDACTED],
[REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die " O [REDACTED] " Gemeinnützige Wohnungsbau- und Siedlungs-
genossenschaft eGmbH, H [REDACTED], A [REDACTED] str. [REDACTED], gesetzlich ver-
treten durch ihren Vorstand, dieser bestehend aus dem Architekten
Siegfried S [REDACTED], dem Wirtschaftsberater Dr. Ernst B [REDACTED] und dem
Kaufmann Karl G [REDACTED], sämtlich in H [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 1. April 1963 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
31. Oktober 1961 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der schon mehrfach als Bauunternehmer für die Beklagte Häuser errichtet hatte, erhielt auf Grund eines Kostenanschlages vom 25. November 1953 durch Schreiben der Beklagten vom 20. Mai 1954 den Bauauftrag für einige Wohnhäuser des Bauvorhabens "F [REDACTED] II" in H [REDACTED].

Im Herbst 1954 nahm die Beklagte ein neues Vorhaben "H [REDACTED] O [REDACTED]" in Angriff. Mit den Arbeiten wurde am 14. Oktober 1954 begonnen; im November 1955 war der Bau fertig. Auch zu diesen Bauarbeiten wurde der Kläger neben anderen Unternehmern herangezogen. Wegen der Eilbedürftigkeit war der Bau weder ausgeschrieben noch ein Kostenvoranschlag erstellt worden. Die Parteien waren sich jedoch darüber einig, daß sich die Vergütung des Klägers nach den für den Bau "F [REDACTED] II" vereinbarten Preisen unter Berücksichtigung inzwischen eingetretener Preiserhöhungen richten sollte.

Der Kläger hat der Beklagten über seine Arbeiten die Rechnungen Nr. 12 und 13 vom 20. und 24. März 1956 erteilt. Nach den darauf gesetzten Prüfungsvermerken des Bauleiters P [REDACTED] der Beklagten vom 23. und 26. März 1956 hatte der Kläger unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen von 74.000 DM noch einen Betrag von 13.989,46 DM zu fordern. Hier- von hat er weitere 3.600 DM als irrtümlich zuviel berechnet abgesetzt und den verbleibenden Betrag von 10.389,46 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Er hat behauptet, die Klageforderung ergebe sich aus seinen von dem Bauleiter P [REDACTED] geprüften und berichtigten

- 3 -

Rechnungen. Ihnen lägen die für den Bau "F [REDACTED] II" vereinbarten Preise unter Beachtung der späteren Lohn- und Materialpreiserhöhungen zugrunde. Die Preiserhöhungen habe der gleichfalls an den Bauten "F [REDACTED] II" und "H [REDACTED] C [REDACTED]" beteiligte Bauunternehmer K [REDACTED] zugleich in seinem, des Klägers, Namen mit dem hierzu ermächtigten Bauleiter P [REDACTED] ausgehandelt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Nach ihrer Ansicht steht dem Kläger über die Preise für "F [REDACTED] II" hinaus nur ein Aufschlag für Lohnsteigerungen von 2 % zu. Diese Erhöhung sei, so hat sie geltend gemacht, in den von P [REDACTED] berichtigten Rechnungen berücksichtigt. Preiserhöhungen für Baumaterialien könne der Kläger nicht beanspruchen, da sie, die Beklagte, das Baumaterial selbst gestellt und zu den für "F [REDACTED] II" vereinbarten Preisen dem Kläger berechnet habe. Andere Preisabreden seien nicht getroffen worden. Ihr Bauleiter P [REDACTED] sei zu abweichenden Preisvereinbarungen nicht bevollmächtigt gewesen. Ihre Vorstandsmitglieder hätten dessen Absprachen mit dem Kläger auch nicht genehmigt. Dem Kläger ständen deshalb nur 69.919,07 DM zu. Den darüber hinaus gezahlten Betrag von 4.080,93 DM nebst Zinsen hat die Beklagte mit der Widerklage zurückverlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Im Berufungsverfahren hat der Kläger behauptet, die Beklagte habe mit dem Bauunternehmer K [REDACTED] zugleich für ihn, den Kläger, von den für "F [REDACTED] II" vereinbarten Preisen unabhängige Preise ausgehandelt. Die Vorstandsmitglieder K [REDACTED] und M [REDACTED] der Beklagten hätten diese Preise genehmigt, und er habe sie seinen Rechnungen zugrunde gelegt. Die Beklagte hat dies bestritten.



Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen abgesehen von einem Teil der mit der Widerklage geltend gemachten Zinsen, die es abgewiesen hat.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagsanspruch weiter und erstrebt er die Abweisung der Widerklage. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die vor Baubeginn zwischen dem Kläger und den damaligen Vorstandsmitgliedern der Beklagten, K [REDACTED] und M [REDACTED], getroffene Preisabrede ging, so stellt das Berufungsgericht fest, dahin, daß die Preise für den Bau "F [REDACTED] II" auch dem Bauvorhaben "H [REDACTED] C [REDACTED]" zugrundegelegt werden sollten, jedoch sollten zwischenzeitliche Lohn- und Materialpreiserhöhungen sowie Abweichungen in der Bauausführung berücksichtigt werden. Daß diese Preisabrede getroffen wurde, hält das Berufungsgericht auf Grund der Bekundungen der früheren Vorstandsmitglieder der Beklagten, K [REDACTED] und M [REDACTED], des damaligen Bauleiters der Beklagten P [REDACTED] und des Bauunternehmers K [REDACTED] für erwiesen.

Die Revision greift diese Feststellung an. Ihre Rügen sind aber unbegründet.

1. Unerheblich ist, daß nach der Bekundung des Zeugen K [REDACTED] die Preisvereinbarung in einer "Vorbesprechung" getroffen worden ist. Damit wollte der Zeuge nicht die endgültige Wirksamkeit dieser Vereinbarung in Zweifel ziehen, sondern nur zum Ausdruck bringen, daß diese Besprechung vor Beginn der Bauarbeiten stattgefunden hat; so spricht der Zeuge H [REDACTED] auch nur von einer "Besprechung" vor Baubeginn.

2. Für entscheidend konnte das Berufungsgericht jedenfalls erachten, daß beide Zeugen die von der Beklagten behauptete grundsätzliche Preisvereinbarung bestätigt haben. Ausgehandelt werden sollten nach der Bekundung des Zeugen K [REDACTED] durch Lohn- und Preiserhöhungen sowie durch technische Abweichungen von dem Bau "F [REDACTED] II" bedingte Preisänderungen. Diese waren gemäß der grundsätzlichen Preisvereinbarung festzulegen.

3. Dem Zeugen P [REDACTED] war, wie er bekundet, die zwischen dem Kläger und den Vorstandsmitgliedern K [REDACTED] und M [REDACTED] getroffene grundsätzliche Preisvereinbarung bekannt. Daß P [REDACTED] mit den Bauunternehmern die durch Lohn- und Preissteigerungen sowie durch Abweichungen von dem Bau "F [REDACTED] II" bedingten Preisänderungen besprechen sollte, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. P [REDACTED] ist dabei jedoch von der grundsätzlichen Preisvereinbarung abgewichen. Gerade daraus ergibt sich der Streit der Parteien über die Höhe der Werklohnforderungen des Klägers.

4. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die grundsätzliche Preisvereinbarung des Klägers mit den Vorstandsmitgliedern K [REDACTED] und M [REDACTED] zwar noch nicht bestimmt, aber bestimmbar war, und daß diese Preisvereinbarung deshalb wirksam ist. Auf ihrer Grundlage mußten die Preise im einzelnen festgelegt werden. Daß die Parteien "in technischer Hinsicht"

und "in den Maßen" einig sind und nur über die Preisgestaltung streiten, hat der Kläger in seinem Schriftsatz vom 20. September 1961 (S. 5) selbst betont. Die Auffassung der Revision, es handle sich insoweit um einen offenen Einigungsmangel (§ 154 BGB), ist deshalb nicht richtig.

5. Polster hat bekundet, daß seine weitere Vereinbarung, die er mit dem zugleich im Namen des Klägers verhandelnden Unternehmer K. [REDACTED] getroffen hat, der Genehmigung des Vorstandes der Beklagten bedurfte. Zum Abschluß verbindlicher Preisabsprachen war er nicht ermächtigt. Die erforderliche Genehmigung mußte von mindestens zwei Vorstandsmitgliedern (§§ 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 GenG) erteilt werden. Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß K. [REDACTED], der bis Ende September 1955 Vorstandsmitglied war, die spätere Preisvereinbarung P. [REDACTED] mit K. [REDACTED] genehmigt hat. Daß auch M. [REDACTED], wie der Kläger behauptet, die Genehmigung erteilt habe, hält es nicht für erwiesen.

a) Die Ansicht der Revision, M. [REDACTED] habe seine Genehmigung dadurch erteilt, daß er in die Verhandlungen P. [REDACTED] mit K. [REDACTED] eingewilligt habe, ist nicht richtig. M. [REDACTED] hat zwar am Ende der Beweisaufnahme vom 22. März 1961 durch den Einzelrichter des Berufungsgerichts erklärt, er erinnere sich nunmehr, daß auch er P. [REDACTED] beauftragt habe, "die Preise im einzelnen hinsichtlich der Lohnerhöhungen, Materialpreiserhöhungen und Sonderleistungen mit den Bauunternehmern für die "H. [REDACTED] O. [REDACTED]" auszuhandeln". Damit hat er seine vorangegangene Bekundung aber nur insoweit berichtet, als er vorher erklärt hatte, er wisse nicht mehr, ob er P. [REDACTED] ausdrücklich beauftragt habe, die Preise mit

K[REDACTED] oder dem Kläger zu vereinbaren. Seine Bekundung, daß derartige Abreden der Zustimmung des Vorstandes bedurft hätten, hat er jedenfalls nachträglich nicht geändert. Zudem hat auch P[REDACTED] als Zeuge erklärt, seine Absprachen mit den Bauunternehmern hätten, um wirksam zu werden, erst noch der Genehmigung des Vorstandes bedurft. Demnach kann der Revision nicht zugestimmt werden, daß M[REDACTED] durch seine Einwilligung in die Verhandlungen P[REDACTED]s mit K[REDACTED] deren Ergebnis genehmigt habe. Im übrigen ist auch das zwischen P[REDACTED] und K[REDACTED] erzielte Verhandlungsergebnis von der Beklagten nicht gebilligt worden, wie das Berufungsgericht festgestellt hat.

b) Die Preise im einzelnen mußten für den Bau "H[REDACTED] O[REDACTED]" mit den Bauunternehmern festgelegt werden, weil darüber nur die grundsätzliche Preisvereinbarung zwischen dem Kläger und den Vorstandsmitgliedern K[REDACTED] und M[REDACTED] bestand. Hiermit hat die Beklagte ihren Bauleiter P[REDACTED] beauftragt. Dieser hatte sich dabei an die grundsätzliche Preisvereinbarung zu halten. Ob er das getan hat, bedurfte der Prüfung. Abweichungen mußte der Vorstand genehmigen.

Das Berufungsgericht hat der Bekundung M[REDACTED]s, er habe die Abrechnungen P[REDACTED]s nachgeprüft und, da er damals als Vorstandsmitglied beurlaubt gewesen sei, seinen Vertretern erklärt, die Sache gehe vereinbarungsgemäß in Ordnung, keine Genehmigung durch M[REDACTED] entnommen. Diese Würdigung der Zeugenaussage durch den Tatrichter läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht. Daß darauf der Vertreter M[REDACTED]s die Genehmigung erteilt habe, hat der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt, selbst nicht behauptet.

An die Absprachen P [REDACTED] mit den Bauunternehmern ist die Beklagte auch nicht, wie die Revision meint, nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht gebunden; denn das Berufungsgericht stellt fest, P [REDACTED] habe bei diesen Verhandlungen klargestellt, daß die mit ihm getroffenen Treuabreden noch vom Vorstand der Beklagten genehmigt werden müßten.

c) Der Kläger hat nach Schluß der letzten Verhandlung vor dem Berufungsgericht in dem nachgereichten Schriftsatz vom 13. Oktober 1961 beantragt, die mündliche Verhandlung nochmals zu eröffnen und M [REDACTED] und K [REDACTED] darüber zu vernehmen, daß M [REDACTED] ihm persönlich gegenüber die von P [REDACTED] ausgehandelten Preise genehmigt habe. Das Berufungsgericht hat diesem Antrag nicht stattgegeben, weil die Zeugen zur Frage, ob M [REDACTED] die Preise genehmigt habe, eingehend gehört worden seien und deshalb zu ihrer erneuten Vernehmung kein Anlaß bestehe.

Diese Ablehnung verstößt nicht gegen Verfahrensvorschriften. Eine Pflicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung besteht nur, wenn sich aus einem nachträglichen Vorbringen ergibt, daß in der geschlossenen Verhandlung für das Gericht ein unbeachtet gebliebener Anlaß gegeben war, nach § 139 ZPO den Sachverhalt weiter aufzuklären (RGZ 102, 266; BGH LM Nr. 1a zu ZPO § 156). Ein solcher Anlaß bestand hier nicht. Schon in seinem Schriftsatz vom 3. August 1956 (S. 3) an das Landgericht hatte der Kläger behauptet, M [REDACTED] habe unmittelbar ("direkt") ihm gegenüber die von P [REDACTED] und K [REDACTED] errechneten Preise bestätigt. Die im nachgereichten Schriftsatz genannten Zeugen K [REDACTED] und M [REDACTED] sind sowohl im landgerichtlichen als auch im Berufungsverfahren eingehend darüber vernommen worden, ob sie die Ver-

einbarung P [REDACTED] mit K [REDACTED] genehmigt haben. Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht den Beweisantrag vom 13. Oktober 1961 sogar dann nach § 398 ZPO ablehnen können, wenn er vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung gestellt worden wäre.

6. Die Behauptung des Klägers im Schriftsatz vom 22. September 1961 (S. 5), P [REDACTED] habe die Preise mit K [REDACTED] vor oder kurz nach Beginn der Bauarbeiten abgesprochen, hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 6. Oktober 1961 (S. 3) bestritten. Sie hat dort darauf hingewiesen, daß der Kläger selbst früher eine andere Darstellung gegeben habe, daß keiner der Zeugen angegeben habe, warum die Preise ausgehandelt worden sein sollten, daß keine Aufzeichnung darüber vorliege und daß der Unternehmer K [REDACTED], der mit P [REDACTED] verhandelt hat, erklärt habe, keine Aufzeichnungen zu besitzen.

Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß außer den Berichtigungen der Rechnungen des Klägers durch P [REDACTED] eine bestimmte Preisvereinbarung besteht, die vom Vorstand der Beklagten hätte genehmigt werden können.

Die Folgerung der Revision, der Kläger habe die Bauarbeiten im Vertrauen auf die Preisvereinbarungen K [REDACTED] mit P [REDACTED] ausgeführt, ist deshalb nach dem festgestellten Sachverhalt nicht gerechtfertigt. Maßgebend blieb vielmehr die grundsätzliche Preisvereinbarung, die der Kläger mit den seinerzeitigen Vorstandsmitgliedern K [REDACTED] und M [REDACTED] getroffen hat. Das wußte der Kläger. Die Beklagte verstößt deshalb nicht wider Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sie an dieser Vereinbarung festhält.

II.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß K [REDACTED] bei seinen Besprechungen mit P [REDACTED] auch nicht für sich selbst eine bindende Vereinbarung erreicht hat. Er hat sich deshalb später mit der Beklagten gütlich geeinigt.

Auf diese nachträgliche Sonderabmachung zwischen K [REDACTED] und der Beklagten kann sich der Kläger nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht berufen.

Die Revision will die Wirksamkeit dieser Vereinbarung für den Kläger daraus herleiten, daß die Beklagte allen Bauunternehmern die gleiche Behandlung zugesagt habe.

Ob die Beklagte zu Beginn der Bauarbeiten eine solche Zusage gemacht hat, läßt das Berufungsgericht dahingestellt. Es meint, eine solche Zusage habe nur die Verhandlungen P [REDACTED] mit den Bauunternehmern betroffen, nicht aber für die spätere gütliche Einigung K [REDACTED] mit der Beklagten gegolten.

Diese Auslegung des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden. Daß K [REDACTED] diese Vereinbarung zugleich im Namen des Klägers getroffen habe, behauptet der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt, selbst nicht.

III.

Das Berufungsgericht hat Materialpreissteigerungen deshalb nicht berücksichtigt, weil die Beklagte unstreitig den weitaus größten Teil der Baustoffe zur Verfügung gestellt und der Kläger nicht dargelegt habe, in welchem Umfang er selbst Baustoffe geliefert habe.

Die Ansicht der Revision, die Beklagte müsse dartun, welche Baustoffe der Kläger geliefert habe, ist auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung begründet, aus dem heraus der Widerklage stattgegeben worden ist. In ihrem Schriftsatz vom 20. Juli 1956 hat die Beklagte ausgeführt, daß sie das Baumaterial "bis auf verschwindend geringe Ausnahmen" selbst gekauft habe und daß deshalb Materialpreiserhöhungen nicht zu berücksichtigen seien. Dem ist der Kläger im Schriftsatz vom 3. August 1956 beigetreten mit den Worten, die Beklagte habe die Baumaterialien "durchweg bis auf verschwindend kleine Posten" gekauft. Unter diesen Umständen war es Sache des Klägers, die "verschwindend kleinen Posten" näher darzulegen, wenn er daraus etwas herleiten wollte. In Wirklichkeit haben die Parteien nicht über den Umfang vom Kläger gelieferter Baumaterialien gestritten, sondern nur darüber, ob P. mit K. von der grundsätzlichen Preisvereinbarung abweichende Preise vereinbart und die Beklagte solche Abweichungen genehmigt hat.

Der Unternehmerzuschlag zu den Materialpreisen ist zugunsten des Klägers berücksichtigt (BU S. 16).

IV.

Die Revision ist somit unbegründet.

Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten der Revision zu tragen.

Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Meyer Dr. Vogt