

Verkündet
am 29. Juni 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2211 089

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Johann R. [REDACTED] in G. [REDACTED], Am K. [REDACTED],
Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten Friedrich-Wilhelm S. [REDACTED] in G. [REDACTED]
[REDACTED], M. [REDACTED] Straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm (Westf.) vom 11. Dezember 1959 wird zurück-
gewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betraute im Januar 1952 den Beklagten als Architekten mit dem Wiederaufbau seines großenteils kriegszerstörten Wohn- und Geschäftshauses in G [REDACTED] [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED], einschließlich der Verhandlungen über die Finanzierung des Bauvorhabens aus öffentlichen Mitteln.

Der Beklagte vergab die Bauarbeiten an eine kurze nach der Auftragserteilung gegründete Gesellschaft, die unter der Bezeichnung "Bau- und Handelsgesellschaft mbH" auftrat, jedoch niemals ins Handelsregister eingetragen worden ist. Gesellschafter waren die Ehefrau des Beklagten, der Maurer Sz [REDACTED] und der Installateur Sc [REDACTED]. Die beiden letztgenannten haben keine Einlage geleistet und sind bald wieder ausgeschieden. Danach setzte die Ehefrau des Beklagten das Geschäft allein fort. Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe die Gesellschaft und seine Frau nur zum Schein vorgeschoben, um neben dem Architektenhonorar auch den Gewinn als Bauunternehmer einheimsen zu können; er sei der wahre Herr und Inhaber der Bauunternehmung gewesen.

Im Herbst 1952 wurde mit dem Wiederaufbau begonnen. Ende 1952 entstanden Differenzen zwischen den Parteien. Der Kläger kündigte mit Schreiben vom 22. Januar 1953 dem Beklagten den Architektenvertrag und am 14. April 1953 auch der "Bau- und Handelsgesellschaft" den Bauvertrag. Der Wiederaufbau war damals zu einem erheblichen Teile bereits durchgeführt, inwieweit im einzelnen, ist streitig. Der Kläger ließ den Wiederaufbau in der Folge durch den Architekten B [REDACTED] zu Ende führen.

Da der Beklagte über die bis zur Kündigung des Klägers erbrachten Architekten- und Bauleistungen und über die ihm zugeflossenen Baugelder trotz Aufforderung nicht abrechnete, erwirkte der Kläger gegen ihn (im Rechtsstreit 2 C 946/53 AG Gelsenkirchen) am 29. Oktober 1953 ein Urteil, durch welches der Beklagte zur Erteilung der Abrechnung verurteilt wurde. Das Urteil ist rechtskräftig.

Als der Beklagte immer noch nicht abrechnete, ließ sich der Kläger durch Beschluß des Amtsgerichts Gelsenkirchen vom 2. Dezember 1953 gemäß § 887 ZPO ermächtigen, "die Abrechnung auf Kosten des Schuldners durch einen Architekten vornehmen zu lassen". Der Beklagte hat hiergegen kein Rechtsmittel eingelegt.

In Ausführung des Beschlusses vom 2. Dezember 1953 ließ der Kläger durch den Architekten B. die Abrechnung vom 30. Dezember 1953 fertigen. B. kam zu dem Ergebnis, der Beklagte habe zu beanspruchen:

für Bauarbeiten	23.574,83 DM
für Architektenleistungen	2.698,-- DM
für Auslagen	769,25 DM.

Der Beklagte habe daher, da ihm aus der Finanzierung des Bauvorhabens insgesamt 33.749,13 DM zugeflossen seien, 6.705,05 DM (rechnerisch richtig: 6.707,05 DM) zuviel erhalten.

Der Kläger hat demgemäß im vorliegenden Rechtsstreit vom Beklagten Rückzahlung von 6.705 DM nebst Zinsen begehrt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat die Richtigkeit der Abrechnung B. bestritten. Er hat be-



hauptet, die "Bau- und Handelsgesellschaft" habe Bauleistungen für insgesamt 61.594,41 DM erbracht, aber nur 30.249,13 DM erhalten. Die restlichen 3.500 DM bis zur Gesamtsumme von 33.749,13 DM habe er selbst als Architektenhonorar zu beanspruchen gehabt.

Der Kläger hat demgegenüber vorgetragen: Der Beklagte müsse die Abrechnung B[REDACTED]s gegen sich gelten lassen, weil diese im Wege der Zwangsvollstreckung eingeholt worden sei. Zumindest treffe den Beklagten die Beweislast für die Unrichtigkeit dieser Abrechnung. Den Beweis dafür habe er nicht erbracht. Er rechne so, als ob das Gebäude vollständig neuerrichtet worden wäre. In Wirklichkeit seien bei Beginn des Wiederaufbaus durch den Beklagten wesentliche Teile des Gebäudes vorhanden gewesen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben, gestützt auf Gutachten des Sachverständigen Diesselhorst, die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis erbracht, daß die Abrechnung B[REDACTED]s falsch sei und daß er (Beklagter) sowie die "Bau- und Handelsgesellschaft" insgesamt nicht mehr erhalten hätten, als ihnen für ihre Leistungen zustehe.

Die Revision bringt in erster Linie vor, der Beklagte sei an die Abrechnung B■■■■s gebunden, weil der Kläger diese eingeholt habe auf Grund eines rechtskräftigen Gerichtsbeschlusses gemäß § 887 ZPO, der wiederum die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Titel des Klägers gegen den Beklagten darstelle.

Die Rüge ist nicht begründet.

1) Auf Grund des rechtskräftigen Urteils vom 29. Oktober 1953 steht nur fest, daß der Beklagte zur Abrechnung verpflichtet ist. Durch den rechtskräftigen Beschluß vom 2. Dezember 1953 ist dem Beklagten lediglich der Einwand abgeschnitten, die Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO sei unzulässig, etwa weil die von ihm zu erteilende Abrechnung eine unvertretbare Handlung sei. Der Beklagte ist aber durch die Rechtskraft des Urteils und des Beschlusses nicht gehindert, eine nachgewiesene Unrichtigkeit der Abrechnung B■■■■ geltend zu machen.

Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob der Beklagte an der späteren Berichtigung einer selbst gefertigten Abrechnung möglicherweise deswegen gehindert wäre, weil darin ein Anerkenntnis zu sehen wäre. Denn die Abrechnung B■■■■s kann, wenn sie auch den im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkten Ersatz für die vom Beklagten geschuldete Abrechnung darstellt, doch jedenfalls insoweit nicht als "eigene" Abrechnung des Beklagten behandelt werden, daß aus ihr ein "Anerkenntnis" des Beklagten abgeleitet werden könnte.

2) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob - wie die Revision meint - der Kläger für eine fehlerhafte Abrechnung B■■■■s dem Beklagten nur nach § 831 BGB haftet.

3) Die Revision trägt vor, die Auffassung des Berufungsgerichts führe dazu, daß der Beklagte, der sich mit Vorbedacht der Abrechnung entzogen habe, durch sein vertragswidriges Verhalten die Befreiung von seiner Leistungspflicht erreiche. Damit unterstellt die Revision die Richtigkeit der Abrechnung B■■■■s, obwohl diese nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nachgewiesenermaßen falsch ist.

II.

Der Sachverständige Diesselhorst hat auf Grund einer umfassenden Schätzung die Gesamtvergütung für die von der "Bau- und Handelsgesellschaft" erbrachten Bauleistungen (ohne die zusätzlichen Leistungen für Umänderungen, Trümmerbeseitigung und dergl.) mit 41.320 DM ermittelt und rund 300 DM für Mängel abgesetzt (S. 14 des 2. Gutachtens vom 27. Mai 1958 in Verbindung mit S. 15-16 des 1. Gutachtens vom 19. Mai 1956).

Das Berufungsgericht macht sich diese Berechnung zu eigen und führt hierzu weiter aus: Eine andere Möglichkeit der Berechnung bestehe unter den gegebenen Umständen nicht. Mit Rücksicht auf die vom Sachverständigen eingeräumten Unsicherheitsfaktoren seiner Berechnung sei von den 41.000 DM in entsprechender Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO noch ein Abstrich von 20 % = 8.200 DM zu machen. Zu den sich dann ergebenden 32.800 DM komme noch das Architektenhonorar des Beklagten, das unstreitig mindestens 2.698 DM betrage. Die Summe beider Ansätze übersteige schon den Betrag, welcher dem Beklagten und der "Bau- und Handelsgesellschaft" insgesamt zugeflossen sei (33.749,13 DM).

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht den § 287 Abs. 2 ZPO zu Unrecht angewandt habe.

1) Das Berufungsgericht wendet den § 287 Abs. 2 ZPO "entsprechend" an. In der Tat weicht der vorliegende Fall von den Voraussetzungen des § 287 Abs. 2 ZPO insoweit ab, als nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Aufklärung aller für die Höhe der Forderung des Klägers maßgebenden Umstände nicht nur "mit Schwierigkeiten verbunden", sondern sogar unmöglich ist. Es bestehen aber keine Bedenken, auch in einem solchen Falle und dann erst recht § 287 Abs. 2 ZPO anzuwenden, wenn, wie es hier der Fall ist, nicht der Grund, sondern nur die Höhe der Forderung streitig ist. Denn obwohl diese Bestimmung eine Ausnahmenvorschrift darstellt, trifft doch der darin zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Gedanke auch auf die Fälle zu, in welchen die nach § 286 ZPO normalerweise erforderliche Aufklärung nicht nur schwierig, sondern sogar unmöglich ist. Schon das Reichsgericht (RGZ 139, 172, 174) hat die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO in einem Falle gebilligt, in welchem das Berufungsgericht eine genaue Aufklärung der Höhe des Anspruchs als "völlig unmöglich" bezeichnet hatte (vgl. auch die Entscheidung des erkennenden Senats vom 27. März 1961 VII ZR 1/60).

2) Die Revision meint, wer, wie der Beklagte, Abrechnung zu erteilen habe (vgl. §§ 675, 666, 259 BGB), könne nicht durch einen Sachverständigen seine Pflicht erfüllen, der sich mit einer "globalen Schätzung" begnügen müsse. Vielmehr müsse sich der Beklagte, da ihm die Beweislast obliege, voll entlasten. Wenn ein Beklagter den Entlastungsbeweis führen müsse, sei § 287 Abs. 2 ZPO überhaupt nicht anwendbar.

Die Rüge ist nicht begründet.

Die Beweislast wirkt sich erst dann zum Nachteil der beweispflichtigen Partei aus, wenn der Beweis nicht erbracht ist. Auch über § 287 ZPO kann aber ein Beweis geführt werden. Hält daher das Gericht eine Behauptung unter Anwendung des § 287 ZPO für bewiesen, so darf es den Beweispflichtigen nicht als beweisfällig behandeln. Eine Anwendung des § 287 ZPO ist auch in Fällen verschuldeter Beweisnot nicht etwa grundsätzlich ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall war allerdings bei der Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen, daß der Beklagte abrechnungspflichtig war, wie rechtskräftig feststeht, und daß er seine Abrechnungspflicht grob verletzt hat. Daraus sich ergebende Unklarheiten müssen daher zu seinen Lasten gehen.

Das hat das Berufungsgericht aber auch nicht übersehen. Es hat wegen der vom Beklagten zu vertretenden "Unsicherheitsfaktoren" in der Schätzung des Sachverständigen davon noch einen Abstrich von 20 % = 8.200 DM gemacht und ist so zu Summen gelangt, welche nach seiner Überzeugung der Bau- und Handelsgesellschaft (32.800 DM) und dem Beklagten (2.698 DM) mit Sicherheit mindestens zustehen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III.

1) Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nach § 287 ZPO ist für das Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbar, nämlich nur darauf, ob das Berufungsgericht grundsätzlich falsche oder offenbar unsachliche Erwägungen angestellt oder wesentliche Tatsachen außer acht ge-

lassen hat (BGHZ 3, 162, 175-176; 6, 62; Wieczorek ZPO § 287 E II b; Stein-Jonas ZPO 18. Aufl. § 287 III 4). Hier sind derartige Rechtsfehler nicht zu erkennen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte in der "globalen Schätzung" Diesselhorsts keine hinreichende und brauchbare Grundlage für die Bewertung der Leistungen der "Bau- und Handelsgesellschaft" sehen dürfen, und hätte zu dem Ergebnis kommen müssen, der Sicherheitsgrad dieser Schätzung reiche nicht aus, um den Beweis als erbracht anzusehen.

In dieser Rüge liegt ein unzulässiger Angriff auf die allein dem Tatrichter vorbehaltene Beweismwürdigung.

2) Das Berufungsgericht stellt auf Grund von Zeugnisaussagen fest, die "Bau- und Handelsgesellschaft" unter der Leitung des Beklagten habe außer dem vollständigen Rohbau als weitere Leistungen auch Teile des Innenputzes sowie Dachdecker-, Klempner-, Zimmerer- und Terrazzoarbeiten ausgeführt.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß diese in der Vertragszeit der Parteien geleisteten, z.T. über die Erstellung des Rohbaus hinausgehenden Arbeiten weder von der "Bau- und Handelsgesellschaft" ausgeführt noch vom Beklagten bezahlt worden seien. Vielmehr habe der Kläger die betreffenden Handwerker selbst unmittelbar bezahlt.

Der Sachverständige hat es (S. 16 seines 1. Gutachtens) als ungeklärt bezeichnet, ob die von ihm (S. 10 aaO) erörterten Innenputz-, Klempner-, Zimmerer-, Dachdecker- und Terrazzoarbeiten, die noch während der Vertragszeit der Parteien ausgeführt wurden, vom Kläger unmittelbar bezahlt worden sind.

Er hat aber darauf hingewiesen, daß der Kläger selbst in der endgültigen Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 16. Mai 1955 (Bl. 302 der Akten der Stadt Gelsenkirchen) die Summe der von ihm bezahlten Baurechnungen mit nur 2.088,75 DM angegeben hat. Hiergegen hat der Kläger nichts vorgebracht. Das Berufungsgericht durfte daher davon ausgehen, daß der Kläger keinesfalls mehr als für 2.088,75 DM Rechnungen bezahlt hat.

Dieser Posten stellt einen der vom Berufungsgericht erwähnten "Unsicherheitsfaktoren" des Gutachtens Diesselhorst dar. Das Berufungsgericht hat wegen dieser Unsicherheitsfaktoren die vom Sachverständigen errechnete Summe um 8.200 DM gekürzt. Damit ist auch der obengenannte Posten von höchstens 2.088,75 DM berücksichtigt. Wie die Revision dazu kommt, diesen Posten mit 11.211 DM zu beziffern, ist nicht ersichtlich und könnte auch in der Revisionsverhandlung nicht aufgeklärt werden.

Im übrigen bot auch der Sachvortrag des Klägers in den Tatsacheninstanzen dem Berufungsgericht keine genügende Möglichkeit, zu einer vollständigen Klärung dieses Zweifelspunktes zu gelangen.

a) Die von der Revision angeführte S. 3 des Schriftsatzes vom 7. Januar 1958 (= Bl. 372 GA) und die diesem Schriftsatz beiliegenden Fotokopien von Quittungen und Zahlungsanzeigen lassen nicht erkennen, daß diese Zahlungen des Klägers sich auf die hier in Betracht kommenden Arbeiten bezogen hätten.

b) Die weitere von der Revision angeführte Schriftsatzstelle (S. 13 des Schriftsatzes vom 25. Juni 1956 = Bl. 269 GA) gibt zwar die von der Revision aufgegriffene Behauptung des Klägers wieder, enthält aber keinen substantiierten Beweisantritt.

Der allgemeine Hinweis des Klägers auf die "Rechnungen in der Rechnungsmappe" ist angesichts des umfangreichen Inhalts dieser Mappe unsubstantiiert. Der Kläger hätte schon im einzelnen die Rechnungen bezeichnen müssen, aus denen sich die unmittelbare Bezahlung der betreffenden Handwerkerrechnungen durch ihn ergeben sollte. Auch die Revisionsbegründung läßt in diesem Zusammenhang eine substantiierte Darlegung vermissen.

c) Der Zeuge Bockler hat zwar ausgesagt, der Kläger habe Rechnungen für Klempner-, Zimmerer-, Dachdecker- und Terrazzoarbeiten bezahlt. Er hat aber keine Zahlen genannt. Das Berufungsgericht konnte daher aus seiner Aussage keine sicheren Schlüsse ziehen. Es wäre Sache des Klägers gewesen, im einzelnen darzulegen, was er selbst an Arbeiten bezahlt hat. Das hat er nicht getan.

d) Der von der Revision aufgegriffene Beweistritt des Klägers im Schriftsatz vom 18. Februar 1957, daß die "Handwerker (insbesondere Zimmermann, Dachdecker und Klempner)" vom Beklagten kein Geld erhalten hätten, ist ebenfalls unsubstantiiert.

3) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe "ohne Sachverständigen" entschieden. Das geht fehl; denn das Berufungsgericht hat den Sachverständigen Diesselhorst wiederholt eingehend schriftlich und mündlich gehört und sein Urteil auf dessen Gutachten aufgebaut.

Ein Obergutachten beizuziehen war das Berufungsgericht nicht gezwungen. Es lag in seinem von dem Revisionsgericht nicht nachprüfaren Ermessen, ob es das tun wollte oder nicht (§ 412 ZPO).

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte in den Ausführungen des Klägers, die Gutachten des Sachverständigen Diesselhorst seien falsch, mindestens einen Antrag auf persönliche Vernehmung Diesselhorsts erblicken müssen.

Das geht fehl. Im übrigen hat auch der Einzelrichter des Berufungsgerichts in der Verhandlung vom 27. November 1958 die Sach- und Rechtslage mit den Parteien, mit Diesselhorst und mit Bockler eingehend erörtert, wie die Verhandlungsniederschrift ergibt.

IX.

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Dr. Vogt