6c

BUNDESGERICHTSHOF 2070 002

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 39/65
und 171/66

URTEIL

Verkündet am

21. Dezember 1967
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Baufirma Friedrich H[redacted], Inhaber Heinrich G. S[redacted], H[redacted], R[redacted]str. [redacted],

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Land Nordrhein-Westfalen, dieses vertreten durch den Direktor des Landschaftsverbandes Rheinland, Köln-Deutz,

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

1.) Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des 4a-Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 22. Dezember 1964 aufgehoben und das Teilurteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Köln vom 7. Juni 1963 teilweise abgeändert:

a) In Höhe von 85.933,06 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 20. Dezember 1958 wird die Klage abgewiesen.

b) In Höhe von 6.500,34 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 20. Dezember 1958 wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

2.) Die Revision der Klägerin gegen das Schlußurteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 15. Februar 1966 wird zurückgewiesen.

3.) Von den Kosten der Revisionsinstanz trägt die Klägerin 19/20; die Entscheidung über 1/20 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

Die Klägerin fordert restlichen Werklohn dafür, daß eine Arbeitsgemeinschaft (Arge), bestehend aus ihr und der Hanns-K[redacted]-Baugesellschaft mbH (Fa. K[redacted]) in den Jahren 1957 - 1958 Erd- und Entwässerungsarbeiten beim Neubau der Autobahn Remscheid-Kamen im Abschnitt "Blombachtal" (bei Wuppertal) ausgeführt hat. Der Konkursverwalter der - 1958 in Konkurs gefallenen - Fa. K[redacted] hat im Jahre 1959 sämtliche Forderungen gegen die Beklagte aus diesem Bauauftrag an die Klägerin abgetreten.

Im Vorprozeß 2 O 326/58 LG Düsseldorf hatte die Arge im Jahre 1958 gegen die Beklagte einen Teilbetrag von 50.000 DM nebst Zinsen eingeklagt. Dieser Prozeß wurde durch Klagerücknahme auf Grund eines außergerichtlichen Vergleichs vom 16. Dezember 1958 erledigt. In diesem Vergleich heißt es:

".....

2.) Die am 7.11.1958 eingereichte und von beiden Vertragsteilen als vollständig und endgültig anerkannte Schlußrechnung - Teil A und B - des A.N. (Auftragnehmer = Arge) endet mit einer Gesamtforderung von DM 2.293.064,61. Davon werden seitens des A.G. (Auftraggeber = Beklagte) bestritten und nicht anerkannt:

a) einschließlich kleinerer Korrekturen in der Massenermittlung die Errechnung der Transportentfernungen bis zu einer Gesamtminderungssumme von DM 84.496,41;

b) die Erstattungspflicht der vom A.N. nachgewiesenen Tariflohnerhöhungen (Teil B der Schlußrechnung), die von der Schlußrechnung mit DM 84.468,20 abgesetzt werden (.....);

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

c) weiterhin rechnet der A.G. gegen die Schlußforderung auf mit einem Schadensersatzanspruch von DM 18.000 aus Forderungen der Bundesbahn für Langsamverkehr, der vom A.G. gegen den A.N. geltend gemacht worden ist.

3.) Der A.N. erkennt diese drei Abzüge nicht an und behält sich vor, ihrethalben erneut Klage zu erheben, sobald die Überprüfung der Schlußrechnung vom Autobahn-Neubauamt Wuppertal abgeschlossen ist. Alle übrigen vom A.N. erhobenen Forderungen, insbesondere die aus Teil C der Schlußrechnung sind jedoch hiermit erledigt und der A.N. verzichtet auf ihre weitere Geltendmachung.

4.) Danach verbleibt eine unbestrittene Abrechnungssumme von

DM 2.106.100 .

Dieser stehen folgende vom A.N. hiermit anerkannten, bisherigen finanziellen Leistungen des A.G. gegenüber:

aus Abschlagszahlungen		DM 1.987.800,--
aus Hochwasserschaden 38.138,71 DM	Aufrechnung	46.491,71
aus Sicherheitsposten Buba (= Bundesbahn) 8.353,-- DM	Aufrechnung	
aus Rechnung für Gutachten		81,--
insgesamt also		DM 2.034.372,71

so daß der beiderseitig unbestrittene Differenzbetrag von DM 71.728 für eine sofortige Abschlagszahlung verbleibt, über welche ... bis zum 18.12.1958 ein Barscheck ausgehändigt wird.

....."

Am 30. August 1960 erteilte die Arge, durch den als Treuhänder für ihre Abwicklung tätigen Baudirektor H[redacted], der Beklagten eine "Schlußrechnung über die drei Vorbehalte 2 a, b und c des Vergleichs vom 16. Dezember 1958". Danach hat die Klägerin noch beansprucht:

aus Vorbehalt 2 a	71.534,57 DM
aus Vorbehalt 2 b	84.468,20 DM
aus Vorbehalt 2 c	11.842,20 DM
zusammen	167.844,97 DM.

Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen hat sie in erster Instanz zuletzt gefordert.

Die Beklagte hat die Klageforderung nach Grund und Höhe bestritten und hat mit Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage in Höhe von 137.604,31 DM nebst Zinsen stattgegeben. Diese Verurteilung hat die Beklagte in Höhe von 7.407,33 DM nicht angefochten.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil das landgerichtliche Urteil in Höhe von 92.433,40 DM nebst Zinsen bestätigt. Durch Schlußurteil hat es in Höhe von 37.763,58 DM nebst Zinsen das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen.

Gegen das Teilurteil des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten, gegen sein Schlußurteil die Revision der Klägerin. Diese erstrebt die völlige Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, die Beklagte die Abweisung der Klage in Höhe des vom Berufungsgericht zuerkannten Betrages. Jede Partei beantragt, die Revision des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten gegen das Teilurteil (92.433,40 DM):

Das Berufungsgericht errechnet den von ihm zuerkannten Betrag von 92.433,40 DM wie folgt:

Lohnmehrkosten (Vorbehalt 2 b):	84.468,20 DM
Langsamverkehr (Vorbehalt 2 c):	+ 11.842,20 DM
zusammen:	96.310,40 DM
abzüglich unstreitiger	- 3.877,-- DM
Urteilssumme:	92.433,40 DM.

I. Lohnmehrkosten (84.468,20 DM):

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Erstattung der Lohnmehrkosten Geschäftsgrundlage des Vertrages gewesen sei, was das Landgericht angenommen hatte. Es meint, die Beklagte sei jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zu dieser Erstattung verpflichtet, und zwar wegen Äußerungen des Landesbauamtmanns Seyfert vom Landschaftsverband Rheinland gegenüber dem Bauingenieur Ladisch der Arge, deren - vom Berufungsgericht als unstreitig bezeichneter - Inhalt sich aus dem Aktenvermerk Ladischs vom 12. Februar 1957 ergibt. (So der insoweit eine Tatbestandsberichtigung ablehnende Beschluß des Berufungsgerichts vom 11. Juni 1965, S. 3 - 6). Dieses geht im einzelnen von folgendem Sachverhalt als unstreitig aus.

Die Arge hatte am 6. Dezember 1956 der Beklagten ein Vertragsangebot zum Festpreis von 1.785.000 DM gemacht, das um 200.000 DM unter dem nächsthöheren Angebot lag. Nachdem die Zuschlagsfrist am 3. Januar 1957 abgelaufen war, erteilte die Beklagte der Arge am 8. Januar 1957 fernmündlich den Zuschlag mit dem Vorbehalt, daß noch über einige Punkte des Angebots eine Zusatzvereinbarung zu treffen sei. Am 16. Januar 1957 nahm die Arge die Arbeiten auf. Durch eine Mitteilung in der Zeitschrift "Bauindustrie" vom 24. Januar 1957 wurde bekannt, daß auf Grund von am 19. Januar 1957 abgeschlossenen Tarifverhandlungen ab 1. April 1957 der Tariflohn um 9,6 % erhöht werde. Am 7. Februar 1957 legte die Beklagte durch das Autobahn-Neubauamt Wuppertal der Arge die schriftliche Ausfertigung des Hauptvertrages sowie eine Zusatzvereinbarung zur Unterschrift vor, in der es unter Ziffer 1 heißt:

> "1. Die Zuschlagsfrist lief am 3. Januar 1957 ab. Der Zuschlag konnte jedoch erst am 8. Januar 1957 erteilt werden. Der Auftragnehmer wird aus Anlaß dieser verspäteten Zuschlagserteilung keinerlei Zusatzforderungen stellen. Vielmehr gilt nach wie vor die von ihm anerkannte Ziff. 2 der BVL (= Besondere Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauarbeiten auf Landstraßen), wonach die Angebotspreise Festpreise sind, die während der Ausführung der Bauarbeiten ausnahmslos unverändert bleiben."

Am folgenden Tage, dem 8. Februar 1957, fand das oben genannte Gespräch zwischen dem Landesbauamtmann S[redacted] und L[redacted] statt, das dieser in seinem Aktenvermerk vom 12. Februar 1957 schildert. Danach trug L[redacted] Bedenken gegen die Zusatzvereinbarung vor, weil darin trotz der Lohnerhöhung an den Angebotspreisen als Fest-

preisen festgehalten wurde. S[redacted], so heißt es dann in dem Aktenvermerk wörtlich weiter,

> "antwortete, daß bei dieser Lohnerhöhung von Seiten des Landschaftsverbandes noch eine besondere Regelung getroffen würde. Wie dieselbe aussehe, könne er jetzt noch nicht sagen, jedoch würden unbillige, vom Unternehmer nicht zu vertretende Härten vermieden. Nähere definitive Angaben zu diesem Punkt könne er jedoch noch nicht machen. Er wies jedoch ausdrücklich darauf hin, daß, wenn wir die Zusatzvereinbarung mit dem vorgeschriebenen Text nicht unterschreiben würden, dies gleichbedeutend mit der Nichtannahme des Auftrages durch die Arge sei. Herr S[redacted] empfahl mir zu unterschreiben, und wir sollten uns zu gegebener Zeit wegen der Lohnerhöhung an den Landschaftsverband wenden und dann nähere Angaben erhalten.
>
> Da zwischenzeitlich größere Leistungen auf der Baustelle getätigt und Geldmittel für die Durchführung der Arbeiten in Gestalt von Abschlagszahlungen dringend erforderlich waren, habe ich die Zusatzvereinbarung unterschrieben."

Da die von der Beklagten zunächst geleisteten Abschlagszahlungen die nach dem 1. April 1957 eingetretene Lohnerhöhung nicht berücksichtigten, sah sich die Arge nicht mehr in der Lage, ihre Arbeiter voll auszuzahlen. Es bestand die Gefahr, daß die Arbeiter wegliefen und die Baustelle stillgelegt werden mußte. Als die Beklagte auf diese Lage hingewiesen wurde, erklärte sie sich bereit, vorbehaltlich einer endgültigen Regelung zunächst die eingetretene Lohnerhöhung bei den Abschlagszahlungen zu berücksichtigen. Auf diese Weise erhielt die Arge auf die Mehraufwendungen, die sie infolge der Lohnerhöhung zu tragen hatte, bei mehreren Abschlagszahlungen insgesamt 53.000 DM. Mit Schreiben vom 12. März 1958 teilte jedoch die Beklagte der Arge

mit, daß nach erfolgter genauer Überprüfung die Kosten der Lohnerhöhung nicht erstattungsfähig seien und die darauf von ihr bereits geleisteten Vorschüsse von 53.000 DM von den weiter zu leistenden Abschlagszahlungen bzw. der zu erwartenden Schlußrechnung in Abzug zu bringen seien. Die Erstattung der Mehrkosten ist dann auch durch den Erlaß des für die Entscheidung zuständigen Bundesverkehrsministers vom 13. Mai 1958 abgelehnt worden.

1.) Die Revision wendet sich zunächst dagegen, daß das Berufungsgericht die im Aktenvermerk Ladischs wiedergegebenen Äußerungen S[redacted] als unstreitig angesehen und einen von der Beklagten hierzu gestellten Antrag auf Tatbestandsberichtigung abgelehnt hat.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Tatbestand des Berufungsgerichts liefert Beweis für das mündliche Parteivorbringen (§ 314 ZPO). Er ist für das Revisionsgericht bindend, soweit keine Verfahrensrügen durchgreifen (§ 561 Abs. 1 ZPO). Der Beschluß des Berufungsgerichts über die Ablehnung der beantragten Tatbestandsberichtigung ist unanfechtbar (§ 320 Abs. 4 Satz 4 ZPO). Er kann vom Revisionsgericht nicht nachgeprüft werden (BGH LM Nr. 5 zu § 320 ZPO; Stein-Jonas 18. Aufl. § 320 Anm. V).

Auch für die Revisionsinstanz ist also davon auszugehen, daß S[redacted] L[redacted] gegenüber die in dessen Aktenvermerk wiedergegebenen Äußerungen getan hat.

2.) Das Berufungsgericht meint, S[redacted] habe dadurch schuldhaft bei L[redacted] (der Arge) die falsche Vorstellung erweckt, der Landschaftsverband sei zu einer angemessenen Berücksichtigung der durch die Lohnerhöhung entstehenden Mehraufwendungen der Arge in der Lage und

bereit. Es legt die im Aktenvermerk L[redacted] festgehaltenen Äußerungen S[redacted] dahin aus, daß dieser damit der Arge den Ersatz ihrer durch die Lohnerhöhung bedingten Mehraufwendungen "zugesichert" habe (S. 14, 17, 18 des Berufungsurteils).

a) Diese Auslegung ist unmöglich, wie die Revision mit Recht rügt. Unstreitig gibt der Aktenvermerk L[redacted] die Äußerungen S[redacted] richtig und vollständig wieder. Davon geht auch das Berufungsgericht aus.

Aus diesen Äußerungen S[redacted] in ihrem Gesamtzusammenhang durfte L[redacted] keine "Zusicherung" entnehmen. S[redacted] hat zwar davon gesprochen, daß bei dieser Lohnerhöhung von Seiten des Landschaftsverbandes noch eine besondere Regelung getroffen würde. Er hat aber hinzugefügt, wie diese Regelung aussehe, könne er jetzt noch nicht sagen. Er hat zwar geäußert, unbillige, vom Unternehmer nicht zu vertretende Härten würden vermieden werden. Er hat das aber wieder dahin eingeschränkt, nähere definitive Angaben zu diesem Punkt könne er noch nicht machen. Er hat L[redacted] zwar empfohlen, den Vertrag für die Arge zu unterzeichnen. Er hat aber über das weitere Verfahren lediglich gesagt, die Arge solle sich zu gegebener Zeit wegen der Lohnerhöhung an den Landschaftsverband wenden und werde dann nähere Angaben erhalten.

Aus diesen Äußerungen S[redacted] insgesamt konnte und durfte L[redacted] nicht mehr schließen, als daß über eine künftige Regelung der Lohnerhöhungsfrage zwischen den Vertragsparteien noch alles offen war. Er konnte daraus nicht eine "Zusicherung" S[redacted] entnehmen, daß die Beklagte demnächst, in Abänderung des Vertrages vom

8. Februar 1957, zur Übernahme der Lohnmehrkosten, d.h. zu einer entsprechenden Erhöhung des Werklohnanspruchs der Arge bereit sein werde. S[redacted] hat, wie seine Äußerungen in ihrer Gesamtheit zwingend ergeben, in dieser Richtung keine Zusagen gemacht.

Seine Äußerungen waren so unbestimmt, daß L[redacted] aus ihnen nicht das Vertrauen schöpfen konnte, die Beklagte werde sich künftig zur Übernahme der Lohnmehrkosten bereit finden.

b) Bei dieser Sachlage kommt es nicht darauf an, ob L[redacted] auf Grund der Äußerungen S[redacted] irrig angenommen hat, der Landschaftsverband sei selbst befugt, die von der Arge erhoffte Zusatzvereinbarung zu treffen, während darüber in Wirklichkeit der Bundesverkehrsminister zu entscheiden hatte. Dieser Umstand wäre nur dann von Bedeutung, wenn S[redacted] im Namen des Landschaftsverbandes Zusicherungen gemacht oder Äußerungen getan hätte, aus denen die Arge das berechtigte Vertrauen auf das Zustandekommen der ihr erwünschten Zusatzvereinbarung hätte herleiten dürfen. Nach dem oben Gesagten fehlt es schon daran.

c) Die Klägerin kann sich auch nicht darauf stützen, daß S[redacted] im Aktenvermerk L[redacted] als "Leiter der Vertragsabteilung" des Landschaftsverbandes bezeichnet ist, während er, wie sich aus dem berichtigten Berufungsurteil ergibt, nur "Landesbauamtmann" des Landschaftsverbandes war. Es braucht nicht geprüft zu werden, ob sich für die Klägerin günstige Rechtsfolgen ergeben würden, wenn S[redacted] sich Ladisch gegenüber fälschlich als "Leiter der Vertragsabteilung" bezeichnet hätte.

Denn das hat die Klägerin nicht behauptet. Ein von S[redacted] nicht veranlaßter etwaiger Irrtum L[redacted] über die Stellung S[redacted] beim Landschaftsverband kann der Klägerin nichts nützen.

d) Der Senat hat bereits mehrfach entschieden, daß aus dem Abbruch von Vertragsverhandlungen Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen im allgemeinen nicht hergeleitet werden können, sondern nur dann, wenn der andere Teil aus den Verhandlungen das Vertrauen schöpfen und nähren durfte, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen. (Vgl. z.B. das Urteil VII ZR 224/60 vom 17. Mai 1962 = WM 1962, 936; s. auch BGH NJW 1967, 2199).

Auch im vorliegenden Fall behauptet die Klägerin, sie habe auf das Zustandekommen eines Vertrages vertraut, nämlich eines den ursprünglichen Vertrag abändernden Zusatzabkommens über die Tragung der Lohnmehrkosten. Der vorliegende Fall unterscheidet sich allerdings von den früher entschiedenen Fällen dadurch, daß es dort überhaupt nicht zum Vertragsschluß gekommen war, hier dagegen die Klägerin einen ihr nachteiligen Vertrag abgeschlossen hat in der Hoffnung auf das Zustandekommen einer späteren, ihr günstigen Vertragsänderung (vgl. Nirk, Festschrift für Philipp Möhring, S. 395 mit zahlreichen Nachweisen). Immerhin läßt sich die oben angeführte Rechtsprechung auch hier insoweit verwerten, als daraus zu entnehmen ist, daß an die Voraussetzungen eines Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen keine zu geringen Anforderungen gestellt werden dürfen.

e) Aus alledem ergibt sich, daß die Arge auf Grund der unstreitigen Äußerungen Seyferts, wie sie im Aktenvermerk L[redacted] wiedergegeben sind, nicht das Vertrauen schöpfen und nähren durfte, die Beklagte werde die der Arge aus der Lohnerhöhung entstehenden Lohnmehrkosten durch eine entsprechende Erhöhung des vereinbarten Festpreises (Werklohns der Arge) ganz oder teilweise übernehmen. Wenn L[redacted] bei dieser Sachlage am 8. Februar 1957 den Vertrag mit dem ursprünglichen Festpreis für die Arge unterschrieben hat, so geschah das bewußt auf das Risiko der Arge. Dieser war das Zustandekommen des Vertrages und die Fortführung der Arbeiten ersichtlich so viel wert, daß sie die Ungewißheit über das spätere Zustandekommen einer ihr günstigeren Regelung in der Frage der Lohnmehrkosten bewußt in Kauf nahm.

3.) Das Berufungsgericht erörtert nicht, ob sich zu Gunsten der Klägerin daraus etwas ergeben könnte, daß die Beklagte (d.h. wohl "der Landschaftsverband") etwa ein Jahr lang "unter Vorbehalt" Abschlagszahlungen an die Arge geleistet hat, in denen auch Beträge für Lohnmehrkosten in Höhe von insgesamt 53.000 DM enthalten waren.

Wären diese Zahlungen "ohne Vorbehalt" geleistet worden, so hätten sich daraus allerdings möglicherweise für die Klägerin günstige Rechtsfolgen ableiten lassen. Angesichts des von der Beklagten gemachten Vorbehalts durfte die Arge jedoch nicht darauf vertrauen, daß es bei diesen vorläufigen Zahlungen endgültig verbleiben werde, sondern sie mußte mit einer Rückbelastung in Höhe der vorschußweise gezahlten Lohnmehrkosten rechnen, auch noch nach einem Jahr.

4.) Da schon aus den oben zu 2 und 3 angeführten Gründen ein Anspruch der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen hier ausscheidet, kommt es nicht mehr auf das an, was Berufungsgericht und Revision sonst noch zu dieser Anspruchsgrundlage ausgeführt haben. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß nicht unbedenklich ist, was das Berufungsgericht zur Schadenshöhe sagt (S. 19 - 20 des Berufungsurteils). Es hat dabei anscheinend übersehen, daß der Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen nicht auf Ersatz des Erfüllungsschadens, sondern nur auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet ist (vgl. das Urteil des Senats VII ZR 64/61 vom 8. Januar 1962 = WM 1962, 347).

5.) Die vom Berufungsgericht offen gelassene Frage, ob die Erstattung der Lohnmehrkosten durch die Beklagte Geschäftsgrundlage ihres Vertrages mit der Arge geworden sei, ist zu verneinen. Es kann nichts Geschäftsgrundlage sein, wovon das Gegenteil ausdrücklicher Vertragsinhalt ist. In Ziffer 1 der Zusatzvereinbarung vom 8. Februar 1957 hat die Arge sich in Kenntnis der Lohnerhöhung ausdrücklich verpflichtet, ihre Werkleistungen zu den ursprünglich vorgesehenen Festpreis zu erbringen. Sie hat sich somit verpflichtet, die Kosten der Lohnerhöhung selbst aufzufangen und nicht auf die Beklagte abzuwälzen. Dann kann ihre etwaige Hoffnung, es werde demächst zu einer den Vertrag in diesem Punkt zu ihren Gunsten abändernden Zusatzvereinbarung kommen, nicht Geschäftsgrundlage des Vertrages vom 8. Februar 1967 sein.

6.) Nach alledem hat die Klägerin keinen Anspruch auf Ersatz der Lohnmehrkosten durch die Beklagte. Ihre Klage ist insoweit abzuweisen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

II. Langsamverkehr (11.842,20 DM - 3.877 DM = 7.965,20 DM):

Durch den Bau der Autobahn senkte sich ein in der Nähe liegendes Bundesbahngleis. Die Bundesbahn mußte vorübergehend einen Langsamverkehr einrichten. Dadurch entstanden rund 18.000 DM Unkosten, welche die Bundesbahn auf die Beklagte abwälzte. Zwischen der Beklagten und der Arge war zunächst streitig, ob für diese Unkosten die Arge oder ein anderer Unternehmer ersatzpflichtig sei, der mit dem Bau der über die Autobahn führenden "Blombachtalbrücke" betraut war. Aus diesem Grunde kam es zu dem Vorbehalt 2 c des Vergleichs vom 16. Dezember 1958.

Später (1959) einigten sich die Beteiligten vergleichsweise dahin, daß die Brückenbaufirma den größeren Teil der Unkosten übernahm, während die Arge die restlichen 6.157,80 DM zu tragen hatte. Da sie von der Beklagten wegen der Langsamfahrkosten vorher mit 18.000 DM belastet worden war, waren ihr nunmehr also 11.842,20 DM davon wieder gutzubringen. Davon gehen ab eine unstreitige, aber von der Klägerin in ihrer Abrechnung nicht berücksichtigte Abschlagszahlung der Beklagten von 3.300 DM, sowie 577 DM Minderung wegen Beton-Mindergüte, welche die Klägerin anerkannt hat, zusammen also 3.877 DM. Dieser Betrag ist bereits in dem Urteil des Landgerichts und im Teilurteil des Oberlandesgerichts abgesetzt worden. Gegen diese Urteile hat die Klägerin Rechtsmittel nicht eingelegt. Der Abzugsposten von 3.877 DM ist daher nicht Gegenstand der Revision.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe auch den Restbetrag von 11.842,20 DM - 3.877 DM = 7.965,20 DM durch Aufrechnung und Zahlung getilgt (vgl. S. 14 - 16, 21 der Berufungsbegründung, Bd. II Bl. 314 - 316, 321 GA).

Das Berufungsgericht hält die Klage insoweit für begründet, weil die Beklagte sich nicht von der im Vergleich vom 16. Dezember 1958 anerkannten "unbestrittenen Abrechnungssumme " von 2.106.100 DM lösen und daher nicht mehr mit dem Einwand gehört werden könne, diese Abrechnungssumme sei falsch. (Vgl. auch S. 6 - 8 des Beschlusses des Berufungsgerichts vom 11. Januar 1965, mit dem dieses insoweit eine Tatbestandsberichtigung abgelehnt hat.)

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen des Berufungsurteils das Vorbringen der Beklagten nicht erschöpfend würdigen. Denn die Beklagte hatte behauptet, daß eine Tilgung des noch strittigen Betrages von 7.965,20 DM auch dann eingetreten sei, wenn die Abrechnungssumme von 2.106.100 DM zu Grunde gelegt werde.

1.) Die Beklagte leitet die Tilgung in Höhe von 7.850 DM her aus Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen die Arge auf Vertragsstrafe wegen verspäteter Erteilung der Schlußrechnung. Auf diese Gegenforderung kann die Beklagte jedoch nicht mehr zurückgreifen, weil sie durch den Vergleich vom 16. Dezember 1958 mit erledigt ist, wie sich zwingend aus dessen Ziffer 4 ergibt. Dort sind nämlich nur drei andere Aufrechnungsposten aufgeführt und von der Forderung der Klägerin abgesetzt, nicht aber ein Anspruch auf Vertragsstrafe wegen verspäteter Schlußrechnungserteilung. Das läßt

keinen anderen Schluß zu, als daß die Beklagte auf eine derartige etwaige Vertragsstrafe vergleichsweise verzichtet hat.

2.) Für den Gegenanspruch der Beklagten wegen Erstattung von Vermessungskosten in Höhe von 1.464,80 DM gilt dagegen dasselbe wie für die oben genannten 577 DM Minderung wegen Beton-Mindergüte. Auch diesen Gegenposten hat die Klägerin anerkannt (S. 5 ihres Schriftsatzes vom 5. Juni 1961). Sie meint zwar in ihrer Revisionsbeantwortung, das sei nur unter der - nicht eingetretenen - Bedingung geschehen, daß die unbestrittene Abrechnungssumme des Vergleichs nicht bindend und die Gesamtabrechnung daher noch voll nachprüfbar sei. Das kann jedoch der angeführten Schriftsatzstelle und auch dem sonstigen Vortrag der Klägerin nicht entnommen werden. Die Klage ist daher auch in Höhe dieser 1.464,86 DM nebst Zinsen abzuweisen.

3.) In Höhe des Restbetrages von 6.500,34 DM (7.965,20 - 1.464,86 DM) ist die Sache noch nicht entscheidungsreif. Die Beklagte hat nämlich auch Tilgung durch Zahlung behauptet. Dieser Einwand ist vom Berufungsgericht nicht beschieden. Insoweit muß daher die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

4.) Die Klägerin meint, durch den Vergleich vom 16. Dezember 1958 habe sie drei rechtlich selbständige Forderungen erhalten, entsprechend den 3 Vorbehalten des Vergleichs. Deswegen könne eine auf die unstreitige Teilforderung geleistete Zahlung nicht auf einen der drei Vorbehaltsposten des Vergleichs verrechnet werden.

Zu einer solchen Auslegung des Vergleichs war jedoch das Berufungsgericht nicht genötigt; der Wortlaut bietet dazu keinen Anhaltspunkt. Es ist auch nicht einzusehen, warum die Parteien es hätten verhindern wollen, bei einer Überzahlung des unstreitigen Teils der Forderung den Überschuß auf die vorbehaltenen Forderungen zu verrechnen, wenn und soweit diese sich als begründet erweisen.

B. Revision der Klägerin gegen das Schlußurteil (37.763.58 DM):

I.

Die Klägerin beanstandet, daß im Termin zur Verkündung des Berufungs-Schlußurteils ein anderer Richter den Vorsitz geführt hat als im letzten Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht. Die Klägerin sieht darin einen Verstoß gegen die §§ 136, 310, 551 Nr. 1 ZPO.

Die Rüge geht fehl. Bei der Verkündung eines Urteils brauchen nicht dieselben Richter anwesend zu sein, die das Urteil gefällt haben (Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. § 56 I 1 b S. 251). § 551 Nr. 1 ZPO ist in einem solchen Fall nicht anwendbar. Das Gericht, in dessen Gegenwart verkündet wird, ist nicht das "erkennende" Gericht im Sinne dieser Vorschrift (Stein-Jonas ZPO 18. Aufl. § 551 II 1; Wieczorek ZPO § 551 B I b; vgl. auch RG JW 1902, 543 Nr. 2).

II.

In seinem Schlußurteil hat das Berufungsgericht einen Teilbetrag der Klage in Höhe von 37.763,58 DM nebst Zinsen abgewiesen. Die Klage war insoweit auf folgende Positionen der Schlußrechnung der Arge von November 1958 gestützt:

Pos. 7 des Nachtrags	I (7 N I)	13.326,65 DM
aus Pos. 56 des Nachtrags	II (56 N II)	6.507,08 DM
aus Pos. 57 des Nachtrags	II (57 N II)	17.929,85 DM
zusammen		37.763,58 DM.

Die Beklagte macht geltend, auch diese, an sich unstreitigen Positionen seien durch ihre Zahlungen getilgt. Sie habe nämlich im Rahmen des Vorbehalts Nr. 2 a des Vergleichs vom 16. Dezember 1958 an der Schlußrechnung folgende berechtigten Abstriche gemacht (vgl. S. 14 der Berufungsbegründung):

Korrekturen wegen Doppelberechnung von Erdbaupositionen	73.817,42 DM
Korrekturen der Vordersätze (Massen) in den übrigen Positionen	2.814,18 DM
Korrektur auf Grund der Preisänderung im Nachtrag II	4.881,78 DM
Korrektur wegen falscher Abrechnung von zwei Positionen als Taglohnarbeiten, die im Nachtrag II unter den Pauschalpreis gefallen seien,	672,39 DM
zusammen:	82.185,77 DM.

Davon seien allerdings die 7.407,33 DM abzusetzen, deretwegen sie (Beklagte) das Urteil des Landgerichts nicht angefochten hat.

Die Klägerin ist dagegen der Auffassung, die Abstriche der Beklagten seien durch den Vorbehalt Nr. 2 a des Vergleichs vom 16. Dezember 1958 nicht gedeckt und daher unzulässig, weil durch den Vergleich miterledigt. Sie seien auch im übrigen unberechtigt.

1.) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte sei durch den Vergleich vom 16. Dezember 1958 nicht gehindert, die vorgenannten Abstriche zu machen; diese Abstriche lägen noch im Rahmen des Vorbehalts 2 a des Vergleichs. Auf Grund der Zeugenaussagen Sch[redacted] und H[redacted] sei erwiesen, daß die Beklagte im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses die Schlußrechnung der Argo noch nicht abschließend geprüft gehabt habe, daß sie aber bei einer überschläglichen Durchsicht auf eine Reihe von Fehlern gestoßen sei, die sie veranlaßt hätten, vorsorglich rund 85.000 DM einzubehalten und im Vergleich den Vorbehalt 2 a zu machen. Der Umstand, daß dieser Vorbehalt nicht auf eine runde Summe, sondern auf den genauen Betrag von 84.496,41 DM laute, erkläre sich daraus, daß man im Vergleich zu der runden "unbestrittenen Abrechnungssumme" von 2.106.100 DM habe gelangen wollen.

Auf Grund des Beweisergebnisses stellt somit das Berufungsgericht fest, daß der Vorbehalt 2 a des Vergleichs - über seinen engeren Wortlaut hinaus - nach dem übereinstimmenden Willen der Vergleichsschließenden folgenden Inhalt hatte: Bis zur Höhe des Vorbehalts von 84.496,41 DM sollte die Beklagte trotz des Vergleichs noch befugt sein, sich bei ihrer späteren Prüfung der Schlußrechnung ergebende berechtigte Abstriche vorzunehmen.

Diese tatrichterliche Beweiswürdigung ist rechtsfehlerfrei und bindet das Revisionsgericht.

Was die Revision dagegen vorbringt, erschöpft sich durchweg in unzulässigen Angriffen gegen diese Beweiswürdigung.

a) Ein Widerspruch im Berufungsurteil ist insoweit nicht ersichtlich.

b) Der Beweisantritt Dr. F[redacted] war unerheblich. Den Vergleich vom 16. Dezember 1958 hat im Namen der Beklagten nicht Dr. F[redacted], sondern S[redacted] unterzeichnet. Deshalb kommt es für den Inhalt des Vergleichs nicht darauf an, welche Vorstellungen Dr. F[redacted] darüber hatte, da er die Beklagte beim Abschluß des Vergleichs nicht vertreten hat.

c) Die Würdigung des Berufungsgerichts wird auch der damaligen Interessenlage der Beteiligten gerecht. Die Arge war dringend auf eine weitere größere Abschlagszahlung der Beklagten angewiesen. Diese hatte aber damals die Schlußrechnung der Arge noch nicht prüfen können, sondern hatte nur auf Grund eines groben Überschlags Unstimmigkeiten in Höhe von rund 85.000 DM festgestellt. Unter diesen Umständen ist es verständlich, daß die Beklagte Wert darauf legte, der Vorbehalt 2 a des Vergleichs solle alle Beanstandungen der Schlußrechnung decken, welche bei der späteren Prüfung sich möglicherweise noch ergeben könnten, und daß die Arge sich auf dieses Verlangen der Beklagten einließ. Waren die Vergleichsschließenden aber darüber einig, daß der Vorbehalt diesen weiteren Inhalt haben sollte, wie das

Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, so ist nicht der engere Wortlaut des Vorbehalts 2 a ("einschließlich kleinerer Korrekturen in der Massenermittlung die Errechnung der Transportentfernungen") für den Inhalt des Vertrags maßgebend, sondern der festgestellte übereinstimmende Willen der für die Vertragsteile handelnden Personen.

2.) Unter der Voraussetzung, daß die Abstriche der Beklagten sachlich gerechtfertigt sind, würden unstreitig die bisherigen Leistungen der Beklagten ausreichen, um die gesamte Werklohnforderung der Klägerin zu tilgen, einschließlich der Positionen 7 N I, 56 N II und 57 N II.

Deswegen kommt es nicht darauf an, daß die Beklagte für den Einwand der Erfüllung die Beweislast trifft.

3.) Die Entscheidung über den mit der Revision der Klägerin weiterverfolgten Klageanspruch hängt somit davon ab, ob der Klägerin in Höhe der Abstriche der Beklagten ein Werklohnanspruch zusteht oder nicht. Hierfür ist die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig.

a) Mit der Berufung auf die Positionen 7 N I, 56 N II und 57 N II ihrer Schlußrechnung vom November 1958 kann sie ihrer Darlegungspflicht nicht genügen, wie die obigen Ausführungen ergeben.

b) Auch die Berufung auf ihre Schlußrechnung vom November 1958 insgesamt führt sie nicht weiter. Denn diese Schlußrechnung basiert unstreitig auf ihrem Mas-

senverteilungsplan vom 6. Oktober 1958. Dieser Massenverteilungsplan ist aber, was ebenfalls unstreitig ist, von der Beklagten als falsch verworfen und durch einen Massenverteilungsplan vom 3. März 1959 ersetzt worden, den sich die Klägerin unstreitig zu eigen gemacht und den sie als richtig hingenommen hat.

c) Die Klägerin hat allerdings pauschal behauptet, auch nach diesem neuen Massenverteilungsplan vom 3. März 1959 sei ihre Forderung gerechtfertigt.

Mit Recht hat das Berufungsgericht diese Behauptung der Klägerin als unsubstantiiert und nicht unter Beweis gestellt erachtet. Die Klägerin hätte eine neue, dem Massenverteilungsplan vom 3. März 1959 angepaßte spezifizierte Abrechnung vorlegen müssen. Ihre Schlußrechnung vom 30. August 1960 (über die drei Vorbehalte des Vergleichs) erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß die Klage insoweit als unschlüssig abweisen.

d) Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte ihre Beanstandungen der Schlußrechnung vom November 1958 und ihre Behauptung, der Massenverteilungsplan vom 3. März 1959 rechtfertige ihre Abstriche, genügend substantiiert hat. Die Ausführungen der Revision zu diesem Punkte liegen daher neben der Sache. Zuerst mußte die Klägerin ihre Forderung auf Grund des Massenverteilungsplans vom 3. März 1959 neu schlüssig darlegen. Erst danach konnte es auf das Bestreiten dieser Darlegungen durch die Beklagte ankommen.

Im übrigen hat die Beklagte aber auch substantiiert bestritten. Aus der bei den Akten befindlichen Schlußrechnung der Arge mit den von der Beklagten auf Grund ihrer Prüfung angebrachten Korrekturen konnte die Klägerin nämlich entnehmen, welche einzelnen Positionen der Schlußrechnung die Beklagte bestritten hatte und in welcher Höhe; eine Begründung brauchte die Beklagte dazu nicht zu geben.

Da die Beklagte die Prüfung der Schlußrechnung erst am 11. Juli 1960 abgeschlossen hat, liegt dieser Prüfung auch bereits der neue Massenverteilungsplan vom 3. März 1959 zu Grunde.

e) Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch nicht gegen § 139 ZPO verstoßen. Nachdem der Massenverteilungsplan vom 6. Oktober 1958 durch den abweichenden vom 3. März 1959 ersetzt worden war, lag es auf der Hand, daß die Klagebegründung dem angepaßt werden mußte. Das mußte der Klägerin auch ohne entsprechenden Hinweis des Gerichts klar sein, nachdem die Beklagte die erheblichen Abstriche von der Schlußrechnung gemacht hatte.

4.) Nach alledem ist die Klage insoweit mit Recht abgewiesen worden und die Revision der Klägerin daher zurückzuweisen.

Glanzmann Rietschel Erbel
Vogt Finke