

Verkündet
am 12. Juni 1961
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma F. Xaver L. [REDACTED] oHG., lithographische
Kunstanstalt in Z. [REDACTED] O. [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch ihren Gesellschafter Franz Xaver L. [REDACTED],
ebenda,

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Karl G. [REDACTED] oHG., Bauunternehmen für
Hoch-, Tief- und Straßenbau in F. [REDACTED], N. [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch ihren Gesellschafter Josef S. [REDACTED] in F. [REDACTED],
K. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Nürnberg vom 29. Dezember 1959 wird zurückge-
wiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat 1953 die Erd-, Beton- und Stahlbetonarbeiten für den Fabrikneubau der Beklagten in Z[REDACTED] bei F[REDACTED] ausgeführt. Der Architekt Si[REDACTED] der Beklagten hatte ihr den Auftrag im März 1953 mündlich erteilt. Dem Vertrag lagen Leistungsverzeichnisse für die Erd- und Maurerarbeiten (89.253,05 DM) und für die Beton- und Stahlbetonarbeiten (283.431,56 DM), zusammen über 372.684,61 DM zugrunde.

Während der Bauarbeiten wurden Einsparungen der vorgesehenen Massen vereinbart.

Während der Bauausführung wurde auch ein schriftlicher Bauvertrag entworfen und auf den 28. Februar 1953 zurückdatiert. Für die Klägerin hat ihn deren Mitinhaber H[REDACTED], die Beklagte hat ihn nicht unterzeichnet.

Die Klägerin hat der Beklagten insgesamt 324.367,52 DM in Rechnung gestellt und hiervon die Zahlungen sowie die Eigenleistungen der Beklagten durch Gestellung von Baumaterial und Arbeitskräften abgezogen. Den verbleibenden Restbetrag von 60.865,30 DM nebst Zinsen hat sie eingeklagt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Der Klageforderung hält sie - nunmehr noch - entgegen: es sei ein Pauschalpreis von 270.000 DM vereinbart worden; die Arbeiten der Klägerin seien mangelhaft; die Klägerin habe die Arbeiten nicht abgeschlossen, sie, die Beklagte, habe noch für 6.000 DM "Nacharbeiten" ausführen lassen; die Klägerin habe für die ihr zur Verfügung gestellten Arbeiter der Beklagten 550,89 DM zu wenig vergütet; die Klägerin habe von dem ihr zur Verfügung gestellten Baumaterial Mengen im Werte von mehr als 30.000 DM

- 3 -

veruntreut; wegen verspäteter Fertigstellung des Bauwerks schulde die Klägerin eine Vertragsstrafe von 69.500 DM.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 57.801,20 DM nebst Zinsen, das Oberlandesgericht nur im Betrage von 52.791,91 DM nebst Zinsen stattgegeben.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die volle Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Die Preisvereinbarung

Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß die Parteien keinen Pauschalpreis von 270.000 DM, sondern eine Abrechnung nach Massen und festgelegten Einheitspreisen vereinbart haben.

1.) Ein schriftlicher Vertrag gemäß der das Datum vom 28. Februar 1953 tragenden, den Betrag von 270.000 DM enthaltenden Urkunde ist nach seiner Ansicht nicht zustande gekommen, weil diese Urkunde nur von dem Mitinhaber der Klägerin Josef H., unterzeichnet worden sei, die Beklagte aber die Unterzeichnung verweigert habe.

Demgegenüber meint die Revision, die Vertragsurkunde habe nicht von beiden Parteien unterschrieben werden müssen, weil die Schriftform nicht vereinbart gewesen sei (§§ 127, 126 BGB). Die Beklagte habe durch ihren Architekten Si. die in dem Vertragsformular enthaltenen Bestimmungen der Klägerin als Angebot unterbreitet; diese habe es angenommen.

Daß auf diese Weise der Bauvertrag gemäß den in der Vertragsurkunde enthaltenen Bestimmungen zustande gekommen



sein soll, hat die Beklagte in den Vorinstanzen nicht vortragen. Mit dieser neuen Darstellung kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Zudem ergibt aber auch das Vertragsformular, daß die Beklagte als Bauherrin selbst unterschreiben sollte, und demgemäß hat ihr Architekt ihr die endgültige EntschlieÙung nämlich, die Unterzeichnung des schriftlichen Vertrags, überlassen, was die Beklagte allerdings abgelehnt hat.

Auf die Frage, ob sich aus den vorgedruckten und eingefügten Bestimmungen in der das Datum vom 28. Februar 1953 tragenden Urkunde die Vereinbarung eines Pauschalpreises überhaupt ergeben würde, braucht somit nicht eingegangen zu werden.

2.) Der Bekundung des Zeugen Si [REDACTED], der als Architekt der Beklagten für diese den mündlichen Bauvertrag mit der Klägerin geschlossen hat, entnimmt das Berufungsgericht, daß kein Pauschalpreis, sondern eine Abrechnung nach Massen und Einheitspreisen vereinbart worden ist.

Die sich gegen die Würdigung seiner Aussage durch das Berufungsgericht wendenden Revisionsangriffe sind unbegründet.

a) Das Berufungsgericht hat die vom Landgericht bereits vernommenen, von der Beklagten für das Gegenteil benannten Zeugen nochmals angehört und ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf Grund freier richterlicher Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, daß die Aussagen der übrigen Zeugen nicht geeignet sind, die Bekundung des Zeugen Si [REDACTED] zu widerlegen.

b) Dabei hat es unter die "übrigen Zeugen" auch die Zeugin Gr [REDACTED] gerechnet.

c) Daß die Bekundungen der Zeugen Si [REDACTED] und Dr. Gl [REDACTED] sich in einzelnen Punkten widersprechen, hat das Berufungsgericht nicht verkannt.

d) Die im Schriftsatz vom 22. September 1955 (S. 38) unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten, Josef H [REDACTED], der Mitinhaber der Klägerin, habe Si [REDACTED] gedroht, ihn zu vernichten, wenn er gegen die Klägerin aussage, hat das Landgericht (Urteil S. 11) bereits als nicht sachdienlich bezeichnet. Das Berufungsgericht (BU. S. 12) hat insoweit die Begründung des Landgerichts übernommen. Im Schriftsatz vom 24. Januar 1959 (S. 6) hat die Beklagte die angebliche Drohung H [REDACTED]s zudem anders dargestellt.

e) Die Zeugen Si [REDACTED] und Dr. Gl [REDACTED] sowie den Mitinhaber der Klägerin Josef H [REDACTED], wie von der Beklagten beantragt, zu beeidigen, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet (§§ 391, 452 ZPO).

II. Die Vertragsstrafe

Der die Zahlung einer Vertragsstrafe bei Fristüberschreitung durch die Klägerin vorsehende Vertragsentwurf ist nach der von der Revision zu Unrecht (vgl. oben I) angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts nicht zum Vertrag erhoben worden. Mündlich haben die Parteien - was das Berufungsgericht der Bekundung des Architekten Si [REDACTED] entnimmt - eine Vertragsstrafe nicht vereinbart.

Die Revision ist daher unbegründet, soweit sie sich gegen Versagung des Vertragsstrafenanspruchs wendet.

III. Die Mängel

Dem Gutachten des Sachverständigen Trost folgend haben das Landgericht und das Berufungsgericht nur für Kiesnester an der Kellerdecke sowie an Säulen und Außen-seiten, ferner für Schönheitsfehler an den Deckenunter-sichten und für die notwendige Beseitigung eines Anstrichs insgesamt 1.864,87 DM von der Forderung der Klägerin ab-gesetzt.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe sich dem Gutachten kritiklos angeschlossen. Der Sachverständige ha-be die von ihm angeführten Mängel fast nur unter dem Ge-sichtspunkt akuter Einsturzgefahr und richtiger Betonmi-schung beurteilt; die sich laufend vergrößernden Risse und die Schönheitsfehler der Decke habe er der Klägerin nicht angelastet.

Diese Rüge ist unbegründet.

1.) Für die Schönheitsfehler an den Decken hat das Be-rufungsgericht gemäß dem Gutachten 1.554.87 DM abgesetzt.

2.) Die Risse sind, wie auch die Revision betont, auf die verschiedenartige Bodenbeschaffenheit und die dadurch bedingte ungleiche Beanspruchung des Untergrunds zurückzu-führen. Nach dem Gutachten (S. 17) hat die Klägerin sie nicht zu vertreten, weil sie die Stahlbetonarbeiten nach den ihr übergebenen Werkzeichnungen des Architekten und den sich auf Probebohrungen stützenden Berechnungen sowie den Armierungszeichnungen des Statikers unter Befolgung der von diesen gegebenen Anordnungen ausgeführt hat, ihre Betonmischungen aber, von den unbedeutenden Kies-nestern abgesehen, gütemäßig nicht zu beanstanden sind. Dem Berufungsgericht ist beizupflichten, daß in Anbetracht

der der Klägerin übergebenen Pläne des Architekten und Berechnungen des Statikers es nicht ihre Sache war, den Baugrund nochmals auf seine Tragfähigkeit zu prüfen. Die Beklagte hat nicht behauptet, die Klägerin habe beim Ausheben der Fundamentgräben Zweifel an der Geeignetheit des Baugrundes bekommen können oder müssen. Aus § 4 Ziff. 3 VOB (B), wonach der Unternehmer den Bauherrn auf solche Bedenken hinzuweisen hat, kann die Revision deshalb nichts zugunsten der Beklagten herleiten.

IV. Die Nacharbeiten

Das Berufungsgericht unterscheidet zwischen den von der Klägerin durchgeführten, der Beklagten in Rechnung gestellten Erdarbeiten und den Erdmassen, die die Klägerin, wie die Beklagte behauptet, nach Beendigung der Bauarbeiten liegen gelassen habe und für deren Beseitigung die Beklagte der Klägerin 6.000 DM vom Rechnungsbetrag abziehen will.

1.) Seine Ansicht, daß eine objektive Feststellung der von der Klägerin bewegten Erdmassen heute nach Vollendung des Bauwerks nicht mehr möglich sei, bezieht sich nur auf die ausgeführten Erdarbeiten. Das verkennt die Revision.

Das Berufungsgericht folgt mit dem Landgericht insoweit der spezifizierten Aufstellung der Klägerin. Seine Erwägung, für deren Richtigkeit spreche auch der Umstand, daß die Klägerin für die Ausführung der vertraglich vorgesehenen Erdarbeiten statt des veranschlagten Betrags von 12.187,80 DM nur 9.701,43 DM berechnet hat, greift die Revision zu Unrecht an; die Erwägung des Berufungsgerichts hält sich im Rahmen der freien sachrichterlichen Würdigung der gegebenen Umstände.

Die Beklagte hat trotz Aufforderung des Berufungsgerichts das Nivellement, anhand dessen nach ihrer Behauptung die Erdbewegungen errechnet werden könnten, nicht vorgelegt. Diese Weigerung durfte das Berufungsgericht zu Lasten der Beklagten werten.

2.) Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten vorgelegten Lichtbilder von den zurückgelassenen Erdmassen nicht übersehen (BU. S. 15). Es erachtet jedoch mit Recht die Behauptung der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 38), sie habe für 6.000 DM von der Klägerin nicht erledigte Nacharbeiten ausführen lassen, nicht für substantiiert. Da die Arbeiten nach Aufmaß und Einheitspreisen vergeben waren und die Klägerin nicht ausgeführte Erdarbeiten nicht in Rechnung gestellt hat, kann die Beklagte hierfür keinen Betrag von der Rechnung der Klägerin absetzen.

V. Die Arbeitslöhne

Die Beklagte hat der Klägerin vereinbarungsgemäß Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Darüber hat sie von dem Bauführer L. wöchentlich Aufzeichnungen erhalten. Diese Belege hat der Sachverständige Trost geprüft. Er ist zu einem Gesamtbetrag von 15.040,21 DM gekommen, der der Beklagten gutzuschreiben sei. Die eigenen Aufzeichnungen der Beklagten haben das Landgericht und das Berufungsgericht nicht als geeignetes Beweismittel angesehen.

Die Rüge der Revision, die Klägerin habe nicht, wie die Beklagte zwecks Nachweises näherer Erstattungsansprüche von ihr verlangt hatte, ihre eigenen Lohnlisten vorgelegt, ist unberechtigt.

Nachdem die Beklagte in ihrer Klagebeantwortung die Vorlage der Lohnlisten der Klägerin zwecks Vergleichs und Abstimmung mit ihren eigenen Listen verlangt hatte, hat sich die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 14. September 1954 zu treuen Händen des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten hierzu bereit erklärt. Wenn die Beklagte von diesem Anerbieten keinen Gebrauch gemacht hat, kann sie sich nicht darauf berufen, das Gericht habe der Klägerin nicht die Vorlage der Lohnlisten aufgegeben. Zudem hat die Beklagte auch nicht dargetan, inwiefern sie durch einen Vergleich ihrer eigenen Aufzeichnungen mit den Lohnlisten der Klägerin einen höheren Gegenanspruch dartun will.

VI. Die Materialentnahmen

Die Beklagte hat, so stellt das Berufungsgericht fest, für ihre Behauptung, die Klägerin habe Baumaterial im Werte von mehr als 30.000 DM unbefugt entnommen, keinen Beweis angetreten.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Geständnis der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 6. Oktober 1954 (S. 28) außer acht gelassen, ist nicht gerechtfertigt. Die Klägerin hat entschieden bestritten, von der Beklagten bezahltes Material rechtswidrig an sich gebracht zu haben. Sie hat ferner mehrfach vorgetragen, daß sie in ihrer Endabrechnung die Zahlungen der Beklagten für die Baumaterialien vollständig abgesetzt habe. Dies hat die Beklagte nicht bestritten. Alsdann aber kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin nach Abschluß eines Betonierungsvorgangs übrig gebliebenen rüstlichen Zement abgefahren und anderweit verwendet und ob sie die gleiche Menge Zement zurückgeschafft hat.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel