

Verkündet
am 15. November 1956
Woitscheck, Justiz-
obersekretär als Ur-
kundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

Versäumnisurteil

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Adolf H. [REDACTED] in R. [REDACTED] F. [REDACTED]straße [REDACTED]

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Fritz S. [REDACTED], Architektur- und Baugeschäft,
Inhaber Fritz S. [REDACTED], in R. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. November 1956 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann
und H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Ur-
teil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 11. Februar 1955 aufgehoben
und die Sache zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revisions-
instanz, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat durch die Beklagte ein Haus auf seinem Grundstück in R██████ planen und bauen lassen. Die Arbeiten wurden von 1947 an abschnittsweise ausgeführt und bezahlt. Im Jahre 1949 wurden das erste Obergeschoß, das Treppenhaus und die Ladenräume im Erdgeschoß ausgebaut; dafür wurden dem Kläger noch insgesamt 10 880,25 DM in Rechnung gestellt, von denen er 6 000... DM bezahlt hat. Wegen des Restbetrages von 4 880,25 DM fand am 24. Mai 1949 in der Wohnung des Klägers eine Besprechung statt, in deren Verlauf sich die Parteien dahin einigten, daß 680,25 DM von der Rechnung gestrichen werden sollten, so daß an die Beklagte noch 4 200.- DM zu zahlen waren. Zur Abdeckung dieser Schuld gab der Kläger der Beklagten einen Scheck über 1 200.- DM und ermächtigte sie, bei der Stadtgemeinde Remscheid einen Betrag von 3 000.- DM in Empfang zu nehmen, den der Kläger als Wohnungsbauzuschuß erhalten sollte. Die Stadt zahlte diesen Betrag jedoch nicht aus.

Da sich der Kläger weigerte, den Restbetrag von 3 000.-- DM zu zahlen, erhob die Beklagte beim Amtsgericht in Remscheid Klage gegen ihn und erwirkte ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung von 3 000.- DM nebst Zinsen.

Der Kläger erhob nunmehr seinerseits Klage mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 6 500.- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August 1950 zu verurteilen. Er hat vorgetragen, das von der Beklagten erstellte Haus weise zahlreiche Mängel auf. Da die Beklagte im Hinblick auf die Vereinbarung vom 24. Mai 1949 jegliche Mängelansprüche ablehne, mache er nunmehr Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend, die er auf mindestens 20 000.- DM beziffere; davon werde ein Teilbetrag von 6 500.- DM verlangt.

- 3 -

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie ist der Auffassung, daß der Kläger in der Besprechung vom 24. Mai 1949 auf alle Mängelansprüche verzichtet habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es schließt sich der Auffassung der Beklagten an. Der Vergleich vom 24. Mai 1949 umfasse allerdings nicht die erst nach seinem Abschluß aufgetretenen Mängel. Hierfür stehe dem Kläger aber nur ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 350.- DM zu, der durch Aufrechnung erloschen sei.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Er macht noch weitere Mängel geltend und behauptet schließlich, daß das Grundstück selbst dann, wenn die vorhandenen Mängel ausgebessert würden, einen Minderwert wegen der Minderwertigkeit der gesamten Bauausführung habe. Er hat unter Erhöhung des Klageanspruchs beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 9 500.- DM nebst 4 % Zinsen aus 6 500.- DM seit dem 1. August 1950 und aus 3 000.- DM seit dem 19. März 1954 zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter. Durch Schriftsatz vom 3. November 1956 hat er ihn im einzelnen aufgegliedert. Er beantragt gegen die Beklagte, die in der Verhandlung nicht vertreten gewesen ist, Versäumnisurteil im Sinn seines im Berufungsrechtszug gestellten Antrages, hilfsweise Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Entscheidungsgründe:

Dem Hilfsantrag des Klägers = Revisionsklägers ist durch Versäumnisurteil stattzugeben, weil teils der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt, teils die



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



vom Kläger erhobenen Verfahrensrügen diese Rechtsfolge rechtfertigen (vgl §§ 557, 331 ZPO).

1.) Das Berufungsgericht sieht es auf Grund der Aussagen des Zeugen Jäger und der näheren Umstände als erwiesen an, daß durch einen bei der Besprechung vom 24. Mai 1949 vereinbarten Vergleich etwaige Ansprüche des Klägers wegen der damals bekannten und von den Parteien erörterten Mängel ausgeschlossen worden sind.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

a) Die Revision wendet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Vergleich vom 24. Mai 1949 sei dahin zustandegekommen, daß mit einem Forderungsnachlaß von 680,25 DM die Ansprüche des Klägers wegen der damals bekannten Mängel ausgeglichen sein sollten. Das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der Inhaber der Beklagten bei seiner persönlichen Vernehmung am 15. Mai 1953 dies selbst nicht behauptet, vielmehr zugestanden habe, die Ermäßigung habe sich auf einen vom Kläger damals bestrittenen Rechnungsposten von 642,97 DM bezogen.

Diese Rüge ist nicht begründet, denn das Berufungsgericht vertritt insoweit keine von der Auffassung der Revision abweichende Ansicht. In dem Urteil wird nicht darauf abgestellt, daß der Nachlaß nur wegen der von dem Kläger gerügten Mängel erfolgt sei. Das Berufungsgericht hat - und das übersieht die Revision - weiter festgestellt, daß ohne Rücksicht darauf, wofür der Nachlaß gewährt worden ist, die Parteien auch über die geltend gemachten Mängel gesprochen haben und der Kläger daraufhin die Erklärung, es sei jetzt alles in Ordnung, abgegeben hat. Wenn das Berufungsgericht aus dieser Erklärung den Schluß zieht, der Kläger habe damit auf die

Geltendmachung von etwaigen Mängelrügen verzichten wollen, so liegt das auf dem Gebiet der allein dem Tatrichter obliegenden freien Beweiswürdigung.

Damit erledigt sich auch der weitere Hinweis der Revision, der Kläger habe nach den Behauptungen des Zeugen J. nur erklärt, die Unebenheiten im Verputz selbst in Ordnung bringen zu wollen. Nicht auf diese Erklärung kommt es entscheidend an, sondern darauf, daß, wie das Berufungsgericht feststellt, der Kläger abschließend die Frage, ob die Parteien jetzt geschäftlich vollkommen klar seien, bejaht hat.

b) Die Revision greift ferner die Glaubwürdigkeit des Zeugen Jäger an und meint, das Berufungsgericht habe Widersprüche in dessen Aussagen nicht hinreichend gewürdigt.

Auch das geht fehl. Dem Berufungsgericht ist das Vorliegen gewisser Widersprüche nicht entgangen; es ist aber der Auffassung, daß dadurch die Glaubwürdigkeit der hier entscheidenden Aussage J.'s über die endgültige Verzichtserklärung des Klägers nicht erschüttert sei. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen J. liegt im übrigen auf dem Gebiet der einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht verschlossenen freien Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

c) Der Hinweis der Revision auf die nach dem Vergleich dem Kläger von der Beklagten übersandte Rechnung über 1 253.- DM Bauleitungsgebühr liegt neben der Sache. Gleichviel, welche Bewandtnis es mit dieser Forderung hat, wird dadurch die Entscheidung der Frage, ob der Kläger auf die Geltendmachung seiner Mängelansprüche verzichtet hat, nicht berührt; denn dieser Verzicht ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bei

der Erörterung der der Beklagten zustehenden Gebühr, sondern bei der Erörterung der geltend gemachten Mängel ausgesprochen worden.

d) Der Kläger ist der Auffassung, ein Verzicht auf seine Mängelansprüche sei völlig unwahrscheinlich. Es sei undenkbar, daß er im Hinblick auf Mängel, für deren Beseitigung ein Kostenaufwand von 10 000 bis 20 000 DM erforderlich sei, sich mit einem Nachlaß von 680,25 DM zufrieden gegeben habe, der sich überdies noch nicht einmal auf seine Mängelrügen beziehe. Das Berufungsgericht kommt demgegenüber zu dem Ergebnis, daß die damals erörterten Mängel dem Kläger nicht so erheblich erschienen sein können, weil er sonst nicht eine Restforderung von 4 200.- DM anerkannt und noch im Vorprozeß vergleichsweise 1500.- DM, später sogar 1 750.- DM angeboten hätte.

Dazu rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Klägers nicht berücksichtigt, er habe hinsichtlich der Gebührenforderung trotzdem sehr wohl zu einem solchen Anerkenntnis kommen können, weil er damals keine Schadensersatzansprüche habe stellen wollen, sondern sich darauf verlassen habe, die Beklagte werde die gerügten Mängel beseitigen. Der Kläger habe also nur auf sein Recht, die Zahlung zu verweigern, bis die Mängel beseitigt seien, verzichtet, nicht aber auf die Geltendmachung der Mängelansprüche.

Dieser Angriff der Revision geht fehl. Auch er enthält nur einen unzulässigen Angriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung. Hatte der Kläger Mängelbeseitigungsansprüche in dem behaupteten Umfang, so dürfte dem Tatrichter schon der Verzicht auf das hierwegen bestehende Zurückbehaltungsrecht unverständlich erscheinen, vollends unbegreiflich aber der Verzicht, zu dem der Kläger im

Vorprozeß bereit war, als bereits feststand, daß die Beklagte nicht gewillt war, noch irgendwelche Mängelbeseitigungsansprüche anzuerkennen. Das kann selbst dann nicht verständlich werden, wenn der Kläger, wie er behauptet, bei seinen Vergleichsangeboten im Vorprozeß infolge einer Nervenkrankung unter seelischem Druck gestanden hat.

e) Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts läßt somit weder einen Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze noch die Nichtbeachtung wesentlicher Tatsachen erkennen. Es ist infolgedessen davon auszugehen, daß der Kläger bei der Besprechung vom 24. Mai 1949 darauf verzichtet hat, wegen der ihm damals bekannten Mängel noch irgendwelche Ansprüche geltend zu machen.

2.) Hinsichtlich der Schadensersatzansprüche des Klägers für die Mängel, die sich erst nach der Verhandlung zwischen den Parteien vom 24. Mai 1949 gezeigt haben, kommt das Berufungsgericht zu der Auffassung, daß deren Geltendmachung durch den Vergleich vom 24. Mai 1949 nicht ausgeschlossen worden sei. Es bejaht aber solche Schadensersatzansprüche nur in vier Fällen in einem Gesamtbetrag von 1 081,10 DM, die indes durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung der Beklagten in Höhe von unstreitig mindestens 1 500.- DM erloschen seien.

Hierzu ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

a) Der Kläger beanstandet, daß der Betonboden im Erdgeschoß Rißbildungen aufweist. Er macht hierfür einen Schadensbetrag in Höhe von 2 176,83 DM geltend.

Das Berufungsgericht sieht diese Behauptung des Klägers als zutreffend an, verneint aber einen Schadensersatzanspruch, weil die Herstellung des Betonbodens "unstreitig" von dem Mieter, Apotheker H., nicht aber von dem Kläger in Auftrag gegeben worden sei, so daß

auch nur H. [REDACTED] etwaige Schadensersatzansprüche geltend machen könne; im übrigen habe sich H. [REDACTED] mit der Beklagten auch schon verglichen.

Die Revision rügt hierzu, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Klägers nicht berücksichtigt, daß dieser Fußboden nur zu zwei Dritteln in den damals von H. [REDACTED] gemieteten Räumen gelegen habe, für das restliche Drittel H. [REDACTED] also einen Auftrag nicht habe erteilen können. Auch die unter Beweis gestellte weitere Behauptung des Klägers, Herbke habe seine Abmachungen mit der Beklagten nur in Vertretung und für Rechnung des Klägers getroffen, der Kläger könne daher aus eigenem Recht Mängelansprüche geltend machen, habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt und den hierfür gestellten Beweisantrag des Klägers übergangen.

Diese Rügen sind begründet. Das Berufungsgericht hat in der Tat die von dem Kläger aufgestellte, von der Beklagten nicht einmal bestrittene Behauptung, daß der bemängelte Fußboden nur zu zwei Dritteln in den damaligen Mieträumen des H. [REDACTED] sich befinde, nicht berücksichtigt. Das ist aber ein für die Entscheidung wesentlicher Tatumstand; denn wenn die Behauptung des Klägers zutrifft, dann spricht manches dafür, daß H. [REDACTED] die Herstellung des Fußbodens nicht im eigenen Namen und für eigene Rechnung in Auftrag gegeben hat. Das Berufungsgericht hätte sich deshalb hiermit auseinandersetzen müssen.

Zu Unrecht sieht es das Berufungsgericht auch als "unstreitig" an, daß der Apotheker H. [REDACTED] und nicht der Kläger die Anlegung des Fußbodens in Auftrag gegeben hat. Der Kläger hatte das Gegenteil unter Beweis gestellt. Das Berufungsgericht hätte dazu Stellung nehmen und den

angebotenen Beweis erheben müssen. Auch diese Behauptungen des Klägers waren für die Entscheidung erheblich, denn wenn H. [REDACTED] im Auftrag und für Rechnung des Klägers gehandelt hat, dann ist der Kläger auch berechtigt, etwaige Schadensersatzansprüche wegen einer mangelhaften Ausführung des Fußbodens zu stellen; diese Ansprüche würden dann durch die Abmachungen zwischen Herbke und der Beklagten möglicherweise nicht berührt.

Schließlich hat das Berufungsgericht zu diesem Punkt übersehen, daß das Landgericht dem Kläger für diesen Mangel bereits einen Schadensersatzanspruch von 150.- DM zuerkannt hat, der durch Aufrechnung erloschen ist. Insoweit hat das Landgericht, da die Beklagte keine Berufung eingelegt hat, rechtskräftig über die Forderung des Klägers entschieden. Das hätte ohne Rücksicht darauf, zu welchem Ergebnis das Berufungsgericht im übrigen kam, von diesem beachtet werden müssen.

b) Der Kläger trägt vor, die Hinterfront des Hauses weise eine Ausbuchtung auf, für deren Beseitigung 746,90 DM als Schadensersatz in Anschlag gebracht werden. Das Berufungsgericht stellt auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen L. [REDACTED] fest, die Ausbuchtung betrage nur etwa 2 - 3 cm. Da sie nur unerheblich ins Auge falle, die Standfestigkeit des Hauses nicht beeinträchtige und das Haus im Wert nicht mindere, könne sie als Mangel nicht angesehen werden.

Hierzu rügt die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Mangels einen vertraglichen Anspruch auf mangelfreie Errichtung der Hinterfront gehabt habe und sich daraus ein Anspruch auf Ersatz der zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Unkosten ergebe.

Diese Rüge ist nicht begründet. Die Gewährleistungsansprüche aus Werkvertrag sind in den §§ 633 bis 635 BGB abschließend geregelt. Voraussetzung für einen Anspruch des Klägers auf Minderung oder Schadensersatz ist also, daß überhaupt ein Fehler im Sinne des § 633 Abs 1 BGB vorliegt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist aber die Ausbuchtung von nur 2 - 3 cm so geringfügig, daß sie überhaupt nicht als Fehler im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann. Diese Feststellung, die auf dem Gebiet der freien Beweiswürdigung liegt, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen.

c) Der Kläger verlangt wegen fehlerhafter Anlegung der Fundamente der Nordwand Schadensersatz in Höhe von 4 500.- DM. Das Berufungsgericht kommt auf Grund des Sachverständigengutachtens zu dem Ergebnis, daß die Fundamente nicht fehlerhaft angelegt, insbesondere auch in der notwendigen Tiefe ausgeführt worden seien.

Die Revision rügt hierzu Nichtbeachtung der Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 17. März 1954, wonach der von der Beklagten gemachte Fehler insbesondere auch darin bestehe, daß die Fundamente der Nordwand auf die Böschung aufgesetzt worden seien und diese nicht vorher abgetragen worden sei. Dabei verkennt die Revision aber, daß der Sachverständige L. das Aufsetzen der Fundamente auf die Böschung schon vorher als nicht fehlerhaft angesehen hatte. Die nach Erstattung dieses Gutachtens abgegebenen Erklärungen des Klägers, der selbst nicht behauptet, daß ein Abtragen der Böschung vereinbart worden sei, laufen also nur auf eine Kritik an dem Gutachten hinaus. Das Berufungsgericht, das sich den Inhalt des Gutachtens zu eigen macht, war verfahrensrechtlich nicht gehalten, sich mit dieser Kritik des Klägers noch im einzelnen auseinanderzusetzen.

d) Das Berufungsgericht bezeichnet es in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen als Mangel, daß im Keller der Fuchs (der vom Feuerraum zum Schornstein führende Zugkanal) fehlt, wodurch die Beheizung des Ladens beeinträchtigt werde. Es sieht den Schaden des Klägers, da es nur mit erheblichen Kosten möglich sei, den Fuchs jetzt noch einzubauen, in dem durch dessen Fehlen verursachten Minderwert des Hauses, den es mit dem Sachverständigen auf 500 DM schätzt.

Die Revision rügt hierzu, der Kläger könne nicht nur den Minderwert des Hauses verlangen, sondern vollen Schadensersatz in Höhe von mindestens 1000.- DM, da es unerheblich sei, ob der nachträgliche Einbau eines Fuchses mit erheblichen Kosten verbunden sei.

Diese Rüge hat Erfolg. Nach § 633 Abs 2 Satz 2 BGB ist der Unternehmer zwar berechtigt, die Beseitigung eines Mangels zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Aus dem Hinweis des Berufungsgerichts, daß es nur noch mit erheblichen Kosten möglich sei, den Fuchs nachträglich einzubauen, ergibt sich noch nicht, daß dieser nachträgliche Einbau "einen unverhältnismäßigen Aufwand" erfordert, so daß Beseitigung des Fehlers und deshalb auch ein Schadensersatz in Höhe der Beseitigungskosten nicht verlangt werden können.

Weiterhin rügt die Revision zu diesem Mangel, daß der Beweisantrag des Klägers im Schriftsatz vom 17. März 1954 von dem Berufungsgericht nicht berücksichtigt worden sei. Der Kläger hat dort behauptet und unter Beweis gestellt, daß das Fehlen des Fuchses im Gegensatz zu der Auffassung des Sachverständigen, die Beheizung des Ladens werde dadurch nur "gering" beeinträchtigt, infolge dauernder Verqualmung des Raumes zu einer sehr erhebli-

chen Beeinträchtigung der Benutzbarkeit des Ladens führe.

Auch diese Rüge greift durch. Der Kläger hat hier eine von dem Sachverständigen in seinem Gutachten nicht gewürdigte Tatsache vorgetragen. Diese hätte - ihre Richtigkeit unterstellt - dazu führen können, daß das Berufungsgericht den Minderwert des Hauses infolge Fehlens des Fuchses höher angesetzt hätte oder daß das Berufungsgericht zu der Auffassung gekommen wäre, der Kläger könne nicht nur den Minderwert des Hauses, sondern die Kosten für den Einbau des Fuchses verlangen.

e) Der Kläger hat weiter beanstandet, daß der Bodenbelag im Kellergeschoß statt der erforderlichen Stärke von 10 cm nur eine solche von 4 cm habe und minderwertig sei; dadurch sei ihm ein Schaden von mindestens 2 500.- DM entstanden.

Das Berufungsgericht stellt auf Grund des Sachverständigengutachtens fest, daß der Betonfußboden in einer Stärke von 9 - 9,5 cm ausgeführt worden sei, also mit einer Abweichung von weniger als 10 % gegenüber dem erforderlichen Maß, die nicht als Mangel angesprochen werden könne; auch die Qualität der ausgeführten Arbeit sei nicht zu beanstanden.

Dazu rügt die Revision, daß das Berufungsgericht die Ausführungen des Klägers in dem Schriftsatz vom 17. März 1954 nicht berücksichtigt habe. Der Kläger hat dort vorgetragen, daß der Sachverständige seinem Gutachten nur eine Stichprobe von etwa 10 cm Ausdehnung zu Grunde gelegt habe; anlässlich eines Rohrbruchs, bei dem ein großer Teil des Bodenbelags habe entfernt werden müssen, habe sich aber herausgestellt, daß der Bodenbelag an anderen Stellen nur 4 - 4,5 cm stark sei. Diese von dem Kläger unter Beweis gestellte Behauptung ist erheblich. Ihre Richtigkeit

unterstellt, könnte sie dazu führen, dem Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz zuzuerkennen. Das Berufungsgericht hätte diesen Vortrag des Klägers also berücksichtigen und den erforderlichen Beweis erheben müssen.

Hinzukommt, daß in diesem Fall das Landgericht (ebenso wie im Falle der Schadhaftigkeit des Betonbodens im Erdgeschoß) dem Kläger bereits 150.- DM zugesprochen hat, die durch Aufrechnung erloschen sind. Insoweit hat also das Landgericht, da die Beklagte keine Berufung eingelegt hat, eine Forderung des Klägers bereits rechtskräftig bejaht. Das hätte ohne Rücksicht auf die Rechtslage im übrigen vom Berufungsgericht berücksichtigt werden müssen.

f) Der Kläger verlangt Schadensersatz in Höhe von mindestens 2000.- DM dafür, daß die Beklagte für die Fensterstürze und Abdeckungen ausgeglühte Eisenträger verwendet habe, die nicht die erforderliche Tragfähigkeit hätten.

Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, der Kläger sei damit einverstanden gewesen, daß Träger aus einem bombenzerstörten Haus verwendet würden. Eine Ersatzpflicht der Beklagten hierfür komme daher nur in Frage, wenn die Träger in ihrer Brauchbarkeit außergewöhnlich herabgesetzt wären und die Beklagte den Kläger hierauf nicht hingewiesen hätte. Nach dem Gutachten des Sachverständigen L., dem sich das Berufungsgericht anschließe, hätten die Eisenträger eine hinreichende Tragfähigkeit; das ergebe sich daraus, daß sich bisher keine Risse gebildet hätten; bei mangelnder Tragfähigkeit der Eisenträger hätten solche Rißbildungen inzwischen aber eintreten müssen.

Hierzu rügt die Revision, daß der Beweis für die Tragfähigkeit der Träger in dieser Weise nicht erbracht werden könne. Es müßte erst, wofür Beweis angetreten worden sei, ihre Stärke ermittelt und dann weiter festgestellt werden,

ob ausgeglühte Träger mit diesen Maßen die erforderliche Tragfähigkeit hätten.

Diese Rüge ist nicht begründet. Nicht die Stärke der Träger, die sich übrigens aus der Liste der Lieferfirma ergibt, steht im Streit, sondern nur, ob die Träger durch die Bombenzerstörung des Hauses, in dem sie sich vorher befanden, in ihrer Tragfähigkeit eine erhebliche Einbuße erlitten haben. Der Sachverständige hat dies schon ohne eine chemische Untersuchung des Eisens allein auf Grund der Tatsache, daß sich bisher keine Rißbildungen gezeigt haben, bejahen zu können geglaubt, und das Berufungsgericht hat sich dem angeschlossen. Das liegt auf dem Gebiet der einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht nicht unterliegenden freien Beweiswürdigung und enthält auch keinen Verstoß gegen Erfahrungssätze.

g) Der Kläger hat ferner vorgetragen, die Beklagte habe eine um 174,52 DM übersetzte Rechnung der Firma R [REDACTED] und Ra [REDACTED] für Plattenverlegung nicht beanstandet, weil sie übersehen habe, daß der Kläger die Platten selbst geliefert habe.

Das Berufungsgericht verneint einen Ersatzanspruch und führt dazu aus: Der Kläger habe sich zu diesem Punkt in Widersprüche verwickelt. Einmal habe er behauptet, diese Firma habe für die hier in Streit stehende Plattenverlegung 174,52 DM zuviel berechnet; später habe er vorgetragen, diese Arbeiten bezögen sich auf die (hier nicht im Streit stehende) spätere Wiederherstellung des Bodens, die wegen mangelhafter Ausführung der Arbeit notwendig gewesen sei. Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Kläger offensichtlich mißverstanden hat. In den beiden Schriftsätzen vom 2. Januar 1952 und vom 2. August 1952 stellt der Kläger in der Tat die gleiche Behauptung

auf, daß er die Platten für die erste Verlegung selbst geliefert habe und daß sie ihm trotzdem von der Firma R [REDACTED] und Ra [REDACTED] in Rechnung gestellt worden seien. Mit dem Hinweis auf die spätere Neuverlegung der Platten wollte der Kläger nur sagen, daß die von der Beklagten zu den Akten gegebene Erklärung der Firma R [REDACTED] und Ra [REDACTED], wonach Platten von dieser Firma geliefert worden seien, sich auf die zweiten Arbeiten, die hier keine Rolle spielen, beziehe. Das Berufungsgericht hätte also dem Beweisangebot des Klägers zu seinen bestrittenen Behauptungen nachgehen müssen und diese nicht nur als widerspruchsvoll abtun dürfen.

h) Ein weiterer Vorwurf des Klägers gegen die Beklagte geht dahin, sie habe ihn bei der Berechnung der Putzarbeiten überfordert, indem sie statt 2,90 DM je qm 5,90 DM je qm verlangt habe, wodurch sich ein zuviel berechneter Betrag von 1 407,96 DM ergebe. Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Klägers auf Rückgewähr dieses Mehrbetrags verneint, da die Beklagte, die die Putzarbeiten auch selbst ausgeführt habe, diesen Preis mit dem Kläger vereinbart habe und der Kläger sich selbst nach der Angemessenheit des Preises hätte erkundigen können.

Die hiergegen erhobene Rüge der Revision ist im Ergebnis nicht begründet. Es kann zwar zweifelhaft sein, ob die Beklagte nicht verpflichtet gewesen wäre, auch dann, wenn sie die Arbeiten selbst ausführte, den Kläger über den angemessenen Preis aufzuklären und keinen höheren Preis anzusetzen. Doch kann das auf sich beruhen, denn ein etwaiger Zahlungsanspruch des Klägers wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, jedenfalls durch die Vereinbarung vom 24. Mai 1949 ausgeschlossen worden.

i.) Der Kläger beansprucht schließlich noch Ersatz des durch die von ihm gerügten Mängel eingetretenen allgemeinen Minderwerts des Hauses. Diesen Anspruch hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgelehnt, daß der Minderwert des Hauses wegen des Fehlens des Fuchses bereits mit 500.- DM eingesetzt worden sei, die übrigen Mängel aber, soweit für sie noch Gewährleistungsansprüche gestellt werden könnten, nach ihrer Beseitigung keinen Minderwert des Hauses mehr hinterließen.

Soweit sich das auf die von dem Berufungsgericht bereits zugunsten des Klägers anerkannten Mängel bezieht, ist es zwar rechtlich nicht zu beanstanden. Die Rüge der Revision muß aber insofern zum Erfolg führen, als zu diesen Mängeln möglicherweise noch weitere hinzutreten (Risse im Betonboden des Erdgeschosses, mangelhafter Bodenbelag im Kellergeschoß, Fehlen des Fuchses), die unter Umständen dazu führen können, daß auch nach ihrer Beseitigung ein geminderter Verkehrswert des Hauses verbleibt (vgl hierzu BGHZ 9, 98). Diese Frage kann aber erst geprüft werden, wenn über die Berechtigung der noch offenstehenden Mängelansprüche entschieden worden ist.

k) Den Anspruch des Klägers auf Herabsetzung des angeblich überhöhten Honorars hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgelehnt, daß diese Forderung durch den Vergleich vom 24. Mai 1949 erledigt sei.

Das wird von der Revision zu Unrecht gerügt, da dieser Forderung auf jeden Fall das rechtskräftige Urteil des Amtsgerichts Remscheid vom 30. November 1949, durch das u.a. über die Honorarforderungen der Beklagten entschieden worden ist, entgegensteht.

3.) Das angefochtene Urteil kann somit insoweit nicht aufrecht erhalten werden, als es die unter 2 a, d, e, g und i behandelten Ansprüche des Klägers für ungerechtfertigt erklärt hat. Da die insoweit von dem Kläger behaupteten Schadensbeträge den in dem Rechtsstreit beanspruchten Betrag übersteigen, ist, obwohl die Revision in den übrigen Punkten unbegründet ist, der erkennende Teil des Berufungsurteils voll aufzuheben. Die noch offenstehenden Ansprüche können nur durch den Tatrichter geprüft werden. Deshalb ist die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben wird, zurückzuverweisen.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Dr.Winkelmann

Meyer