

VII ZR 58/63

Verkündet
am 2. Juli 1964
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2228 005

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Josef P [REDACTED], V[REDACTED]/Landkreis B[REDACTED],
W[REDACTED]straße,

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Gebrüder E[REDACTED] GmbH., Bauunternehmung,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Wilhelm und Josef
E[REDACTED], B[REDACTED], Bo[REDACTED] T[REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 21. Februar 1963 wird zurückgewiesen, soweit
der Beklagte zur Zahlung von 27.536,52 DM nebst
Zinsen verurteilt worden ist.

Wegen des weiteren Betrags von 2.815,22 DM
nebst Zinsen und im Kostenpunkt wird das Urteil
aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von den Kosten der Revision hat der Beklagte
9/10 zu tragen; die Entscheidung über 1/10 wird
dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Auftrag des Beklagten im Jahre 1958 auf dem Grundstück K■■■■str. ■■■ - ■■■ in B■■■ ein Bürogebäude mit Garagenhalle sowie eine Lagerhalle im Rohbau errichtet.

Ihre Schlußrechnung vom 11. Januar 1960 über 255.673,20 DM setzte die Klägerin wegen Beanstandungen des Beklagten zunächst auf 251.055,23 DM herab. Da der Beklagte weitere Einwände erhob, ließ die Klägerin die Rechnung durch den Architekten Tr■■■■ als Sachverständigen prüfen. Dieser gelangte in seinem Gutachten vom 25. Juli 1960 zu einem Gesamtergebnis von 249.772,34 DM.

Der Beklagte hat der Klägerin 205.000 DM gezahlt. Den Restbetrag von 44.772,34 DM nebst Zinsen hat die Klägerin eingeklagt.

Im Termin vom 30. März 1961 vor einem Mitglied der Kammer des Landgerichts haben die Parteien erklärt:

"Die Parteien verzichten für heute auf die Durchführung der Beweisaufnahme.

Die Parteien vereinbaren folgendes:

Anhand des Gutachtens des Architekten Tr■■■■ vom 25.7.1960 und der Unterlagen der beiden Parteien soll durch den Architekten Tr■■■■ in Zusammenarbeit mit dem Architekten A■■■■ jun. und dem Bauingenieur Sch■■■■ (= Bauingenieur der Klägerin) überprüft werden, wie die endgültige Abrechnung auch unter Berücksichtigung der von dem Beklagten geltend gemachten Mängel auszusehen hat. Das Ergebnis dieser Überprüfung wird der Architekt Tr■■■■ mitteilen, wobei er gleichzeitig evt. abweichende Standpunkte der Parteien vorträgt. Über diese Abweichungen hätte dann das Gericht

- 3 -

gegebenenfalls nach Beweisaufnahme, zu entscheiden."

Auf Grund einer Ortsbesichtigung und Besprechung hat der Architekt Tr[REDACTED] das Ergänzungsgutachten vom 15. Mai 1961, das mit einem Endbetrag von 247.991,81 DM abschließt, erstellt. Die vom Beklagten aufrecht erhaltenen Einwände sind darin im einzelnen aufgeführt.

Die Klägerin hat sich dem Ergänzungsgutachten angeschlossen und die Klageforderung mit Zustimmung des Beklagten auf 42.991,81 DM ermäßigt.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Zunächst hat er einzelne Positionen des Ergänzungsgutachtens gelten lassen und gegen andere Einwände erhoben. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ist er jedoch wieder wie zu Beginn des Prozesses von der von seinem Architekten ermittelten Endsumme von 237.670,65 DM ausgegangen; hiervon seien, so hat er geltend gemacht, außer den gezahlten 205.000 DM, einzelne Beträge, die insgesamt 15.455,29 DM ausmachten, abzuziehen.

Das Landgericht ist in seinem Teilurteil von dem im Ergänzungsgutachten ermittelten Endbetrag von 247.991,81 DM ausgegangen, der sich um die gezahlten 205.000 DM auf 42.991,81 DM vermindere. Von den zusammen 15.455,29 DM ausmachenden Beanstandungen des Beklagten hat es die zur Aufrechnung gestellte Forderung auf Ersatz von 2.815,22 DM Mehrkosten für Gipsdielwände, die ein anderer Unternehmer eingebaut hat, für unbegründet erklärt; die Entscheidung über weitere $(15.455,29 - 2.815,22 =) 12.640,07$ DM betreffenden Einwände des Beklagten hat es dem Schlußurteil vorbehalten. Demgemäß hat es der Klägerin $(42.991,81 - 12.640,07 =)$ 30.351,74 DM nebst Zinsen zuerkannt.

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



Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, soweit das Landgericht ihr stattgegeben hat. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Parteien haben, so stellt das Berufungsgericht fest, für die Leistungen der Klägerin nicht einen - durch die Zahlung des Beklagten ausgeglichenen - Festpreis von 205.000 DM vereinbart. Der Beklagte hat der Klägerin außer dem Bürogebäude mit Garagenhalle, auf das sich deren erstes, unter Berücksichtigung eines Nachlasses von 1,5 % mit 204.807,30 DM abschließendes Angebot vom 19. Januar 1959 bezieht, auch gemäß dem Angebot vom 5. Februar 1959 über 21.100,55 DM die Errichtung der Lagerhalle übertragen. Gegen die Behauptung des Beklagten, mit dem im ersten Angebot errechneten Endbetrag hätten alle Arbeiten abgegolten sein sollen, spricht nach Ansicht des Berufungsgerichts ferner die Tatsache, daß der Architekt A. [REDACTED] des Beklagten die Rechnungen der Klägerin wiederholt geprüft und selbst einen Betrag von 237.655,75 DM errechnet hat.

1.) Der Beklagte macht im Revisionsverfahren erstmals geltend, der Sachverständige Tr. [REDACTED] habe in seinen Gutachten nicht die nach § 2 Ziff. 3 VOB (B) mögliche Ermäßigung der Einheitspreise berücksichtigt.

Diese Rüge ist schon deshalb nicht schlüssig, weil die Revision nicht darlegen kann, daß der Beklagte die Vereinbarung eines neuen Preises gemäß dieser Vorschrift von der Klägerin verlangt hat.

2.) Der Beklagte hat vielmehr - und zwar erstmals im Berufungsverfahren - die Behauptung aufgestellt, es sei ein Pauschalpreis vereinbart worden (Berufungsbegründung S. 10, Schriftsatz vom 21. Januar 1963 S. 1, 2). Das Berufungsgericht stellt jedoch fest, daß das nicht zutrifft.

a) Darin, daß der Architekt A. [REDACTED] des Beklagten die Rechnungen der Klägerin wiederholt geprüft und selbst einen den vom Beklagten behaupteten Pauschalpreis übersteigenden Betrag von 237.655,75 DM errechnet hat, durfte das Berufungsgericht unbedenklich ein Beweisanzeichen dafür sehen, daß kein Pauschalpreis vereinbart worden ist. Der Architekt A. [REDACTED] hat das dem Angebot der Klägerin zugrunde liegende Leistungsverzeichnis aufgestellt und der Klägerin mit Schreiben vom 14. Februar 1959 namens des Beklagten den Bauauftrag erteilt. Er kannte also die getroffenen Vereinbarungen.

b) Den von der Revision als übergangen gerügten Beweis-antrag in der Berufungsbegründung (S. 10), der Kostenan-schlag habe für die Parteien verbindlich sein sollen, hat das Berufungsgericht damit beschieden, daß es auf das Verhalten des Beklagten im ersten Rechtszug verweist. Die Vereinbarung vor dem Landgericht vom 30. März 1961 (vgl. unten II), wonach der Architekt Tr. [REDACTED] die einzelnen Rechnungsposten prüfen und das Gericht über die verbleiben-den Streitpunkte entscheiden sollte, ergibt, daß der Beklagte selbst nicht den Endbetrag im Angebot der Klägerin als verbindlichen Festpreis für das Bauvorhaben angesehen hat.

c) Auch über die weitere von der Revision aufgegriffene Behauptung des Beklagten (Berufungsbegründung S. 10), die Klägerin habe noch wenige Tage vor der Aufstellung der Schlußrechnung erklärt, man komme mit dem Angebotsbetrag sehr gut zurecht, es seien vielleicht wenige Tausend Mark

mehr, brauchte das Berufungsgericht keinen Beweis zu erheben. Eine solche Erklärung würde nicht für, sondern gegen die Vereinbarung eines Festpreises sprechen.

3.) Daß der Architekt A [REDACTED] nachträglich eine dem Beklagten ungünstige Preisänderung mit der Klägerin vereinbart habe, hat der Beklagte in den Vorinstanzen nicht behauptet. Es kommt deshalb nicht darauf an, zu welchen Vereinbarungen der Beklagte seinen Architekten ermächtigt hatte.

4.) Die im Angebot vom 19. Januar 1959 mit 12.495 DM eingesetzten Gipsdielwände hat die Klägerin zwar nicht ausgeführt; sie hat sie aber auch nicht in Rechnung gestellt. Die Schlußrechnung braucht jedoch deshalb nicht, wie die Revision meint, um 12.495 DM unter dem Angebotsendbetrag zu bleiben, denn die Klägerin hat zusätzliche und Mehrleistungen erbracht.

II.

Mit der Vereinbarung vom 30. März 1961 vor dem Richter der Zivilkammer des Landgerichts haben die Parteien, wie bereits ausgeführt, zu klären versucht, inwieweit man sich in gemeinsamer Verhandlung mit dem Architekten Tr [REDACTED] einigen konnte. Soweit eine Einigung nicht zustande kam, sollte das Gericht entscheiden.

So hat schon das Landgericht die Vereinbarung aufgefaßt. Es hat deshalb weder das ursprüngliche Gutachten des Sachverständigen Tr [REDACTED] vom 25. Juli 1960 noch dessen Ergänzungsgutachten vom 15. Mai 1961 als für die Parteien verbindlich angesehen, sondern alle Einwände des Beklagten gegen das Ergänzungsgutachten in der Weise berücksichtigt, daß es

die Entscheidung über die vom Beklagten beanstandeten Posten - mit Ausnahme der Position "Gipsdielwände" - dem Schlußurteil vorbehalten hat. Es ist jedoch dem Beklagten nicht gefolgt, als dieser nachträglich statt von dem Ergänzungsgutachten wieder von der von seinem Architekten A. anfangs errechneten Endsumme von 237.670,65 DM ausgehen wollte.

1.) Die Revision will die Vereinbarung der Parteien vom 30. März 1961 dahin verstanden wissen, daß lediglich die von der Klägerin tatsächlich erbrachten Leistungen hätten festgestellt werden sollen.

Eine solche Beschränkung der Aufgabe des Sachverständigen Tr., kann der Vereinbarung jedoch nicht entnommen werden. Vielmehr sollte, ausgehend von dem Gutachten Tr. vom 25. Juli 1960 und den Unterlagen der Parteien, unter Berücksichtigung der vom Beklagten beanstandeten Mängel gemeinsam geprüft werden, wie sich die Abrechnung endgültig gestalten sollte.

2.) Nach der Vereinbarung vom 30. März 1961 sollte das Gericht nur noch über die Punkte entscheiden, in denen alsdann die Parteien noch voneinander abwichen.

Das Landgericht hat nicht nur die gegen das erste Gutachten Tr., sondern auch die noch nachträglich vom Beklagten gegen dessen Ergänzungsgutachten namentlich im Schriftsatz vom 21. Juni 1961 vorgebrachten Einwände berücksichtigt und auch die Entscheidung hierüber dem Schlußurteil vorbehalten. Damit hat es die Vereinbarung zugunsten des Beklagten eng ausgelegt.

Daß es jedoch im übrigen von dem Ergänzungsgutachten ausgegangen ist und es abgelehnt hat, die nachträglich vom Beklagten im Schriftsatz vom 9. Januar 1962 wieder aufgegriffene, von dessen Architekten A. [REDACTED] früher ermittelte Endsumme von 237.670,65 DM seiner Entscheidung zugrunde zu legen, entspricht der Vereinbarung vom 30. März 1961.

3.) Die Revision legt nicht dar, daß und inwieweit im Ergänzungsgutachten hinsichtlich der vom Landgericht in seine Entscheidung einbegriffenen Positionen in unzulässiger Weise zum Nachteil des Beklagten von den vereinbarten Einheitspreisen abgewichen sein soll.

4.) Die Vereinbarung vom 30. März 1961 haben die Parteien in Anwesenheit ihrer Prozeßbevollmächtigten getroffen. Die Revision führt keine Umstände an, die dem Berufungsgericht hätten Anlaß zur Prüfung geben müssen, ob ein versteckter Einigungsmangel vorlag, oder ob ein nach § 119 BGB erheblicher, zur Anfechtung berechtigender Irrtum dem Beklagten oder seinem Prozeßbevollmächtigten unterlaufen ist.

III.

Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe die von ihr preiswert angebotenen Gipsdielwände nicht liefern können. Nach mehrmaliger vergeblicher Mahnung habe sein Architekt A. [REDACTED] im Einverständnis mit der Klägerin einer anderen Firma den Auftrag erteilt. Diese habe 2.815,22 DM mehr berechnet als die Klägerin in ihrem Angebot verlangt hatte.

Das Berufungsgericht verneint mit dem Landgericht einen Anspruch des Beklagten auf Ersatz der Mehrkosten aus §§ 5 Ziff. 4, 8 Ziff. 3 VOB (B), weil er nicht nachgewiesen habe, daß er der Klägerin unter der Androhung, ihm diesen Teil des Auftrags zu entziehen, eine Nachfrist zur Vertragserfüllung

gesetzt habe. Die Klägerin habe auch nicht durch ihren Ingenieur Sch[REDACTED] einen Schadensersatzanspruch wirksam anerkannt, denn da ein solcher Anspruch nicht bestanden habe, hätte es eines abstrakten Schuldanerkenntnisses bedurft; die dafür erforderliche Schriftform (§ 781 BGB) sei aber nicht gewahrt.

Insoweit greift die Revision das Urteil mit Recht an.

Der Architekt A[REDACTED] hat bekundet, er habe dem Ingenieur Sch[REDACTED] der Klägerin beim gemeinschaftlichen Aufmaß gesagt, die Klägerin müsse den Mehrpreis der Gipsdielwände tragen. Sch[REDACTED] habe erwidert, das müßten sie wohl schlucken, er müsse aber mit seinem Chef darüber sprechen. Am anderen Morgen habe er ihm dann mitgeteilt, der Abzug gehe nach Rücksprache mit seinem Chef klar.

Hat der Ingenieur Sch[REDACTED] mit Ermächtigung der Klägerin dem Architekten A[REDACTED] des Beklagten entsprechend dessen Verlangen erklärt, der Rechnungsbetrag werde um den Mehrpreis der Gipsdielwände gekürzt, so wurde damit nicht ein abstraktes, formbedürftiges Schuldanerkenntnis erklärt. Vielmehr haben alsdann die Parteien, ohne daß es auf die Voraussetzungen des § 5 Ziff. 4, 8 Ziff. 3 VOB (B) ankam, den Werkvertrag dahin geändert, daß der Werklohnanspruch der Klägerin um den Mehrpreis der Gipsdielwände ermäßigt wurde. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Bekundung des Architekten A[REDACTED] zutrifft.

Das Berufungsurteil war daher insoweit aufzuheben, als der Klägerin 2.815,22 DM nebst Zinsen zuerkannt sind.

IV.

Die Revision des Beklagten erweist sich demnach als unbegründet, soweit der Beklagte zur Zahlung von 27.536,52 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Wegen der Mehrkosten der Gipsdielwände im Betrage von 2.815,22 DM nebst Zinsen und im Kostenpunkt ist das angefochtene Urteil aufzuheben und insoweit die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Von den Kosten der Revision sind dem Beklagten schon jetzt 9/10 aufzuerlegen; die Entscheidung über 1/10 bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten (§ 97 ZPO).

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke