

VII ZR 63/58

Verkündet
am 23. April 1959
Weitschek,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2343 035

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

des Installateurmeisters Hans K. in E., U.straße,
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

den Bauunternehmer Heinrich R. in A. in W.,
En. Straße,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 1959 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 7. Februar 1958 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat in den Jahren 1955 und 1956 in E[REDACTED] Bauten errichten lassen. Diese leitete seit dem 15. Oktober 1955 der Architekt von Sp[REDACTED]. Wegen der Ausführung der Erd-, Maurer-, Beton- und ähnlichen Arbeiten, die der Firma Ru[REDACTED] übertragen waren, kam es im Herbst 1955 zwischen dem Beklagten und Ru[REDACTED] zu Unstimmigkeiten. Der Beklagte beauftragte darauf den Kläger mit der Fertigstellung dieser Arbeiten. Später ließ er auch Mängel bei der Bauausführung Ru[REDACTED] vom Kläger beseitigen.

Die Rechnungen über die von ihm geleisteten Arbeiten übersandte der Kläger auf Weisung des Beklagten laufend dem Architekten von Sp[REDACTED]. Dieser prüfte sie, berichtigte sie auf einen Gesamtbetrag von 37.089,33 DM und leitete sie dem Beklagten zur Bezahlung zu. Durchschriften seiner Schreiben an den Beklagten ließ der Architekt dem Kläger zukommen.

Unter Berücksichtigung der Zahlungen des Beklagten von insgesamt 23.250 DM hat der Kläger die Begleichung des restlichen Werklohns von 13.839,33 DM nebst 10% Zinsen seit dem 1. November 1956 von dem Beklagten verlangt.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Im ersten Rechtszuge hat er zunächst allgemein eingewandt, der Kläger habe ihm teilweise nicht geleistete Arbeiten berechnet, zu viele Arbeitsstunden und Material angesetzt und zu Einheitspreisen vergabene Arbeiten im Stundenlohn abgerechnet. In der letzten mündlichen Verhandlung hat er noch geltend gemacht, der Kläger habe 138,62 qm Estrich ohne Bestellung hergestellt und das Abspritzen von Mauerwerk berechnet, das in Wirklichkeit seine, des Beklagten, Leute ausgeführt hätten.

Das Landgericht hat nach Vernehmung des Architekten als Zeugen der Klage in vollem Umfange stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt, soweit er zu mehr als 7.674,65 DM und 4 % Zinsen von dem eingeklagten Gesamtbetrage verurteilt worden ist.

Zur Begründung der Berufung hat er vorgetragen, die Rechnungen Nr. 1 - 10, 12, 13, 20, 22, 23 und 25 des Klägers seien hinsichtlich der angesetzten Arbeitsstunden und des Materials um 3.903,88 DM überhöht. Weiter habe er wegen unsachgemäßer Ausführung von Arbeiten sowie für anteiligen Strom- und Wasserverbrauch Gegenansprüche in Höhe von 242,66 DM. Für den nicht bestellten Estrich der Einfahrt und des Hofes seien 925,78 DM in Abzug zu bringen. Dem erteilten Auftrage zuwider habe der Kläger den Bau-schutt nicht zur Kippe gefahren, sondern auf dem Gelände des Beklagten verteilt. Für das Forträumen und Abfahren des Schutts hat der Beklagte dem Kläger 10 Raupenstunden zu je 20 DM = 200 DM sowie für Arbeitslohn und Lastkraftwagen 792,96 DM in Rechnung gestellt. Schließlich hat der Beklagte die Klageforderung um 100 DM wegen mangelhafter Ausführung des Estrichs, zusammen also um 6.164,68 DM, gekürzt. Den über 4 % hinausgehenden Zinsanspruch hat der Beklagte bestritten.

Der Kläger hat die Einwendungen des Beklagten als verspätet, größtenteils auch als nicht hinreichend begründet, bezeichnet und ist ihnen im einzelnen entgegengetreten.

Das Oberlandesgericht hat von der Klageforderung 100 DM nebst Zinsen abgesetzt, weil der Kläger zu der Beanstandung des Beklagten wegen des unrichtigen Gefälles des Ganges und des dort befindlichen Loches nicht Stellung genommen, die



Mängel auch nicht beseitigt habe. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage in dem im Berufungsrechtszuge geltend gemachten Umfange. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1) Wie zwischen den Parteien unstreitig ist, hat der Architekt von Speicher die Rechnungen des Klägers nicht nur auf ihre Richtigkeit und Angemessenheit geprüft, sondern dem Kläger auch Durchschriften der Schreiben übersandt, mit denen er dem Beklagten seine Prüfungsergebnisse mitteilte. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß dies mit Wissen und Willen des Beklagten geschehen ist. In der Übermittlung der Durchschriften an den Kläger erblickt der Berufungsrichter zwar kein den Beklagten bindendes selbständiges Anerkenntnis der Rechnungsbeträge; er meint aber, der Beklagte habe damit durch seinen von ihm bestellten Vertreter die Richtigkeit der Rechnungen rein tatsächlich bestätigt. Hieraus folgert das Gericht, der Kläger sei dadurch der Last enthoben, im einzelnen den Nachweis für die Richtigkeit der in Rechnung gestellten Beträge zu erbringen. Es sei mithin Sache des Beklagten, zu beweisen, daß und welche Rechnungen sein Architekt irrtümlich für richtig befunden habe sowie daß und inwieweit die Rechnungen unberechtigt seien.

Dem tritt die Revision entgegen. Sie ist der Ansicht, der Architekt sei weder im allgemeinen berechtigt, den Bauherrn in allen mit dem Bau zusammenhängenden Fragen wirksam zu vertreten. Allenfalls gelte dies für rein technische

Angelegenheiten, nicht aber dann, wenn es darum gehe, ob die nach dem Vertrage zu erbringenden Leistungen als vereinbarungsgemäß anzuerkennen seien oder nicht. Noch sei der Architekt in diesem Falle mit so weitgehenden Befugnissen ausgestattet gewesen, wie sie das Berufungsgericht annehme. von Sp[] sei nur zeitweilig an der Baustelle gewesen und habe daher nicht bescheinigen können, daß alle angegebenen Arbeiten auch tatsächlich ausgeführt worden seien. Er habe die Tagelohnzettel und Materialnachweise erst bei Rechnungserteilung geprüft. Die Rechnungsprüfung sei daher auch hier nur ein innerer, sich zwischen Architekten und Bauherrn abspielender Vorgang. An der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweispflicht des Klägers werde dadurch nichts geändert.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Es mag dahingestellt bleiben, zu welchen Rechtshandlungen ein Architekt von dem Bauherrn im allgemeinen als ermächtigt angesehen werden kann, namentlich dann, wenn der zwischen ihnen geschlossene Vertrag keine Bestimmungen über seine Vollmacht enthält, der Bauherr auch Dritten gegenüber nichts darüber verlauten läßt. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte in dem im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebenen, in den Entscheidungsgründen offenbar nur inhaltlich verwerteten Schreiben vom 16. Juli 1956 dem Kläger auf dessen unmittelbar an ihn gerichtete Bitte um Leistung weiterer Abschlagszahlungen geantwortet, er sei sehr erstaunt, daß der Kläger sich wegen der Abrechnungen und Zahlungen nicht mit seinem Architekten in Verbindung setze. Dieser sei, wie dem Kläger doch schon lange bekannt sein dürfte, sein Architekt für das gesamte Bauvorhaben. Der Beklagte bezeichnet damit den Architekten nicht nur als seinen Vertreter in allen das Bauvorhaben betreffenden technischen Fragen, sondern fordert den Kläger weiterhin auf,

auch die Verhandlungen über die Abrechnung und die Zahlung des Werklohns ausschließlich mit dem von ihm hierzu ermächtigten von Sp[REDACTED] zu führen.

Mit Rücksicht auf diese dem Architekten auch hinsichtlich der Rechnungsprüfung eingeräumte weitgehende Handlungsfreiheit und die mit Wissen und Willen des Beklagten vorgenommene Unterrichtung des Klägers von den Ergebnissen der Prüfung kann der Auffassung des Berufungsgerichts, die Überprüfung der Rechnungen sei kein innerer Vorgang zwischen dem Beklagten und seinem Architekten geblieben, sondern habe rechtliche Wirkungen auch im Verhältnis zum Kläger gehabt, aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Das Berufungsgericht legt die Mitteilungen des von Sp[REDACTED] an die Parteien unter Berücksichtigung der Besonderheiten des hier geübten Prüfungsverfahrens dahin aus, es handle sich um rechtsgeschäftliche Erklärungen des Architekten, daß er die in den Rechnungen aufgeführten Leistungen, soweit sie von ihm als richtig anerkannt würden, als erbracht bestätige. Diese Auslegung enthält keinen Rechts- oder Verfahrensverstoß. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei auf Grund der ihm mitgeteilten Prüfungsergebnisse der Verpflichtung enthoben, seine Forderungen im einzelnen zu begründen und nachzuweisen, und es liege nunmehr dem Beklagten ob, zu beweisen, daß und welche der Rechnungen sein Architekt irrtümlich für richtig befunden habe sowie in welcher Hinsicht und in welchem Umfange Rechnungen des Klägers unberechtigt seien, ist hier nach aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2) Auch im übrigen läßt das angefochtene Urteil keine Rechts- oder Verfahrensfehler erkennen.

a) Vor allem trifft es nicht zu, daß der Berufsrichter bei der Nichtzulassung der erst im zweiten Rechtszuge vorge-

brachten Einwendungen des Beklagten gegen den Klageanspruch den Begriff der groben Nachlässigkeit - für das Vorliegen einer Verschleppungsabsicht des Beklagten sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dargotan - im Sinne der §§ 279, 529 ZPO verkannt habe. Grobe Nachlässigkeit ist gegeben, wenn Behauptungen, Beweisantritte u. ä. unter besonders schwerer Außerachtlassung der bei der Prozeßführung erforderlichen Sorgfalt und insbesondere der auf den Gegner zu nehmenden Rücksicht verspätet vorgebracht werden (RG HRR 1932, 999; Rosenberg, Lehrb. 7. Aufl. § 76 III 4 a).

Wie aus den Feststellungen des Berufungsgerichts auf Grund des bei den Akten befindlichen Schriftwechsels hervorgeht, sind die in der Zeit vom 19. November 1955 bis zum 31. August 1956 erteilten Rechnungen des Klägers dem Beklagten mit den Prüfungsvermerken seines Architekten laufend, zuletzt mit Schreiben vom 23. Oktober 1956, übermittelt worden. Der Beklagte bestätigt dem Kläger selbst im Schreiben vom 16. Juli 1956, daß ihm von Speicher bis dahin Rechnungen im Gesamtbetrage von rund 22.000 DM übersandt habe. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszuge, die am 28. März 1957 stattfand, hat der Beklagte - abgesehen von zwei bestimmten Beanstandungen - sich im wesentlichen darauf beschränkt, die Höhe der in Rechnung gestellten Arbeitsstunden und Materiallieferungen unter Berufung auf das Gutachten eines Sachverständigen allgemein zu bestreiten. Erst in der Berufungsbegründung vom 8. Juli 1957 (S. 4 ff) hat er konkrete Einwendungen sowie Gegenansprüche vorgebracht. Aber auch diese boten, wie sich aus der gerichtlichen Auflage vom 15. August 1957 ergibt, keine genügende Grundlage für eine sofortige, umfassende Beweiserhebung und mußten in den Schriftsätzen vom 13. September 1957 und 4. Februar 1958 weiter ergänzt und unter Beweis gestellt werden.

Unter diesen Umständen liegt in der Nichtzulassung des neuen Vorbringens des Beklagten im zweiten Rechtszuge durch das Berufungsgericht kein Verfahrensverstoß. Der Rechtsstreit hätte, wenn die erstmals in der Berufungsinstanz aufgestellten Behauptungen des Beklagten berücksichtigt worden wären, auf Grund der Verhandlung am 7. Februar 1958 noch nicht entschieden werden können; vielmehr hätte die nunmehr erforderliche umfangreiche Beweisaufnahme, die auch die Anhörung eines gerichtlichen Sachverständigen einschloß, die Entscheidung um eine Reihe von Monaten verzögert.

Der Beklagte wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, bei sachgemäßer Prozeßführung in der Lage gewesen, die Einwendungen und Gegenansprüche alsbald nach Klageerhebung am 5. Dezember 1956 vorzubringen; denn die Rechnungen des Klägers lagen ihm seit Ende Oktober 1956 vollständig vor. Auch das Vorhandensein der angeblichen Gegenansprüche war ihm bis zum Beginn des Prozesses sicherlich bekannt.

Daß der Berufsrichter, wie die Revision meint, für die Beurteilung der groben Nachlässigkeit wesentliche Gesichtspunkte außer acht gelassen habe, trifft nicht zu.

Der Beklagte ist kein "nichtsachverständiger Bauherr." Nach der Aufschrift auf seinen Geschäftsbriefen ist er Inhaber eines Unternehmens für sanitäre, Zentralheizungs- und badetechnische Anlagen. Er ist also ähnlich wie der Kläger als selbständiger Unternehmer an Bauvorhaben beteiligt. Auf Grund seiner besonderen Sachkunde vermag er zweifelhafte Rechnungsposten eher zu erkennen und etwaige bei den Arbeiten des Klägers hervorgetretene Mängel schneller und mit größerer Sachkunde zu beurteilen als ein in Bausachen ganz unerfahrener Bauherr.

Der Beklagte durfte auch ohne gröblichen Verstoß gegen

die Grundsätze einer sorgfältigen und ordnungsmäßigen Prozeßführung ins einzelne gehende Einwendungen sowie etwaige ihm zustehende Gegenforderungen gegen den Klageanspruch nicht bis zur Vernehmung des Zeugen von Sp. zurückstellen. Dem Beklagten ist vom Landgericht bereits im Termin am 20. Dezember 1956 zur Einreichung einer ausführlichen Klagebeantwortung eine Ausschußfrist gesetzt worden. Dieser Auflage ist der Beklagte mit Schriftsatz vom 10. Januar 1957 nur ganz unzureichend nachgekommen, indem er auf das noch nicht vorgenommene Aufmaß der Arbeiten und auf eine mangelnde Aufschlüsselung der einzelnen Rechnungsposten verwiesen hat. Die Vernehmung des Zeugen von Sp. sollte sich nach dem Beweisbeschluß vom 1. Februar 1957 darauf erstrecken, ob der Kläger die in Rechnung gestellten Leistungen erbracht hat und ob seine Abrechnungen von dem Architekten geprüft und anerkannt worden sind. Angesichts dieser weiten Fassung des gerichtlichen Beschlusses hätte der Beklagte, wollte er sich nicht dem Vorwurf einer grob nachlässigen Prozeßbehandlung aussetzen, bis zum Beweistermin seine Einwendungen gegen die Rechnungen des Klägers genauer fassen und erklären müssen, welche Rechnungsposten ihm zu hoch oder ganz unbegründet erschienen; auch hätte er die Gründe hierfür angeben müssen. Alles das hat der Beklagte verabsäumt und dadurch in den Tatsachenzinstanzen den nach Lage der Umstände berechtigten Eindruck hervorgerufen, daß ihm an einer sorgfältigen und die Belange des Gegners achtenden Prozeßvorbereitung nichts oder wenig gelegen sei. Wenn er dem Einzelrichter des Landgerichts im Beweistermin eine Reihe von Unterlagen vorgelegt haben sollte, so hätte er damit seiner Pflicht zur Substantiierung seiner Einwendungen nicht genügt; denn es fehlte bis dahin an jeder schriftsätzlichen Ordnung und Verwertung jener Unterlagen, und der Einzelrichter konnte sie als zur Fragestellung an den Zeugen nicht geeignet außer Betracht lassen.

Endlich durfte sich der Beklagte angesichts der tat-

sächlich geübten Rechnungsprüfung durch den Architekten nicht darauf verlassen, er könne mit seinen Einwendungen so lange zurückhalten, bis der Kläger für die bestrittenen Leistungen Beweis antrat. Da es sich bei den vom Beklagten beanstandeten Posten vereinbarungsgemäß zum größten Teil um Lohnarbeiten handelte, bedurfte es bei ihnen keiner genauen Leistungsbeschreibung. Es war vielmehr, nachdem sein Architekt die Richtigkeit der angeführten Einzelpositionen bestätigt hatte, Sache des Beklagten, anzugeben, welche Rechnungen zu hoch waren und hinsichtlich welcher Einzelbeträge dies der Fall war.

b) Auch soweit die Beanstandungen der Revision die Rüge der Nichtzulassung der bereits im ersten Rechtszuge gemäß § 279 ZPO als verspätet zurückgewiesenen Einwendungen des Beklagten nach § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO betreffen, kann der Auffassung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Angesichts der auf das einverständliche Aufmaß des Zeugen von Sp. gestützten Behauptung des Klägers, an dem Abspitzen des Mauerwerks seien sowohl Leute des Klägers als auch Angestellte des Beklagten beteiligt gewesen, der Kläger habe nur die von seiner Seite ausgeführten Abspitzarbeiten in Rechnung gestellt, durfte sich der Beklagte nicht auf die zusätzliche Benennung eines Lehrlings als Zeugen für sein bisheriges Vorbringen beschränken. Vielmehr hätte er zu der von seiner Einlassung abweichenden Behauptung des Klägers Stellung nehmen, mindestens aber dessen Angaben, an dem Abspitzen seien auch seine Leute beteiligt gewesen, unter Antritt von Gegenbeweisen bestreiten müssen.

Ähnliches gilt für die Einlassung des Beklagten, er habe in Rechnung gestellte 138,62 - später 201,28 qm - Estrich für Hof und Einfahrt nicht bestellt, die Verlegung

des Estrichs sei auch entbehrlich gewesen. Hierzu führt das Berufungsgericht im übrigen ohne Rechtsverstoß aus, das Bestreiten des Beklagten sei schon dadurch widerlegt, daß der Beklagte, sein mit der Beaufsichtigung der Bauarbeiten beauftragter Angestellter G. und der baulleitende Architekt das Aufbringen des Estrichs widerspruchslos hätten geschchen lassen und daß der Architekt die über die Arbeiten ausgestellte Rechnung des Klägers als richtig anerkannt und damit die Bestellung - oder die etwa stillschweigende Genehmigung - der Arbeiten bestätigt habe.

3) Da gegen die angefochtene Entscheidung auch sonst aus Rechtsgründen keine Bedenken zu erheben sind, ist die Revision des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Winkelmann Erbel