

BUNDESGERICHTSHOF

15
082

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 95/71

URTEIL

Verkündet am
22. Februar 1973
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Hildegard F [REDACTED], B [REDACTED], G [REDACTED]-
Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Karl G [REDACTED], Zentralheizung -
sanitäre Installation, W [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte : Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

15

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1973 durch die Richter Rietschel, Erbel, Schmidt, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 3. März 1971 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Jahren 1966/67 auf dem Gutshof der Beklagten Heizungs- sowie sanitäre Anlagen errichtet, ferner die Wasserversorgung und die Entwässerung ausgeführt. Sie hat die Beklagte auf Zahlung eines restlichen Werklohns von 77.962,34 DM nebst Zinsen verklagt. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 35.955,91 DM nebst Zinsen stattgegeben, ferner die Beklagte zur Zahlung von 3.000 DM Zug um Zug gegen Beseitigung von Mängeln verurteilt; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in Höhe weiterer 30.348,52 DM nebst Zinsen. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

- 3 -

Entscheidungsgründe:

I.

Die Arbeiten für die Entwässerung hat ganz überwiegend der Bauunternehmer D■■■■■ ausgeführt. Er hat dafür 47.248,51 DM berechnet. Die Klägerin hat der Beklagten die von D■■■■■ erbrachten Leistungen mit 77.556,94 DM in Rechnung gestellt. Die Parteien streiten darüber, ob D■■■■■ von der Klägerin als Subunternehmer beauftragt worden ist oder ob die Beklagte im Einverständnis mit der Klägerin die Entwässerungsarbeiten aus dem Gesamtauftrag herausgenommen, damit ausschließlich D■■■■■ beauftragt hat und deshalb der Klägerin dafür nichts schuldet.

Das Berufungsgericht ist, ebenso wie das Landgericht, zu dem Ergebnis gelangt, daß die Parteien den auch die Entwässerungsarbeiten umfassenden Gesamtvertrag insoweit nicht eingeschränkt haben, daß D■■■■■ also nicht anstelle der Klägerin Vertragspartner der Beklagten geworden ist, er vielmehr die Entwässerungsarbeiten als Subunternehmer der Klägerin ausgeführt hat.

II.

Das Berufungsgericht hat die vorgelegten Schriftstücke und die Aussagen der vernommenen Zeugen gewürdigt. Seine Beweiswürdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Rügen der Revision richten sich im wesentlichen gegen die übereinstimmende Würdigung der gegebenen Umstände und der erhobenen Beweise durch die beiden Tatrichter. Sie sind unbegründet.



1. Das Berufungsgericht hält den als Zeugen vernommenen Rechtsanwalt Dr. P. nicht etwa für persönlich unglaubwürdig. Es begründet eingehend, warum dessen Bekundung, er habe, für die Beklagte handelnd, mit der Klägerin und D. vereinbart, daß D. seine Leistungen unmittelbar der Beklagten berechne und auch von ihr Zahlung erhalte, keinen Vertrag zwischen der Beklagten und D. ergebe. Dafür führt es an, dem Zeugen seien die Einzelheiten der zuvor erfolgten Ausschreibung nicht bekannt gewesen; seiner Annahme, die Beklagte habe wegen der Erdarbeiten zunächst mit D. und erst später mit der Klägerin Verbindung aufgenommen, ständen die Urkunden des Ausschreibungsverfahrens entgegen. In Anbetracht dieser wesentlichen Irrtümer könne nicht ausgeschlossen werden, daß er auch darüber irre, ob die Klägerin nur aus steuerlichen Gründen mit der Ausstellung der Rechnung an die Beklagte und damit, daß die Beklagte unmittelbar 45.000 DM an D. zahlte, einverstanden war.

Bei dieser Sachlage bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, den Zeugen zu beeidigen. Zu Unrecht beruft sich die Revision insoweit auf BGHZ 43, 368. Dafür, daß das Berufungsgericht sein Ermessen, den Zeugen zu beeidigen, verkannt habe (§ 391 ZPO), spricht nichts.

2. Das Berufungsgericht hat hilfsweise die von der Beklagten behauptete Herausnahme der Entwässerungsarbeiten aus dem der Klägerin bereits erteilten Auftrag im Hinblick auf die vereinbarte Schriftform auch als Vertragsänderung nach § 127, 126, 125 BGB für nichtig erachtet. Daraus folgt nicht, wie die Revision meint,

daß es in der Wertung der Aussage des Zeugen Dr. P. [REDACTED] unsicher war. Aber auch wenn es Zweifel hatte, wie es dessen Aussage werten sollte, wäre eine Beeidigung des nach Ansicht des Berufungsgerichts sich irrenden Zeugen kein Mittel zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage gewesen.

3. Ob die Hilfsbegründung zutrifft und eine den Vertrag der Parteien abändernde Vereinbarung mangels Schriftform unwirksam wäre, braucht somit nicht geprüft zu werden.

4. Laut Beweisbeschuß vom 9. Juni 1969 sollte der Zeuge Dr. P. [REDACTED] nicht nur, wie die Revision meint, darüber vernommen werden, ob die Parteien vereinbart hatten, D. [REDACTED] solle als Subunternehmer der Klägerin direkt mit der Beklagten abrechnen (Ziff. I, 2 des Beweisbeschlusses), sondern ausweislich Ziff. I, 1 auch über den ursprünglichen Vertragsschluß. Das Berufungsgericht durfte deshalb bei der Wertung der Bekundung dieses Zeugen durchaus darauf abstellen, ob er über die Vorgänge bei der Vergabe der Entwässerungsarbeiten im Bilde war.

5. Dr. P. [REDACTED] hat nach Ansicht des Berufungsgerichts bei seiner Bekundung, mit der Klägerin sei vereinbart worden, sie solle die Koordination der Entwässerungsarbeiten übernehmen, verkannt, daß es einer solchen Vereinbarung nicht bedurfte, weil der Klägerin auf Grund des Vertrags der Parteien diese Verpflichtung bereits oblag.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe dabei übersehen, daß eine Koordination durch die Klägerin auch dann aufrecht erhalten werden mußte, wenn die Entwässerungsarbeiten aus dem der Klägerin erteilten Auftrag herausgenommen und ausschließlich D[REDACTED] übertragen wurden. Es ist jedoch nicht zu erkennen, daß das Berufungsgericht die Bekundung des Zeugen Dr. P[REDACTED] insofern mißverstanden hat.

6. Das Berufungsgericht sieht keinen Widerspruch in den Bekundungen der Zeugen Dr. F[REDACTED] und D[REDACTED] hinsichtlich der Absicht der Klägerin, nicht zweimal Umsatzsteuer zahlen zu müssen. Es entnimmt vielmehr den insoweit übereinstimmenden Bekundungen beider Zeugen, daß auch die Bekundung D[REDACTED], er habe den Auftrag von der Beklagten erhalten, äußerst fraglich sei.

7. Das Schreiben des Architekten Sc[REDACTED] vom 26. März 1968 an die Klägerin hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als für den Standpunkt der Klägerin sprechend gewertet. Das gleiche gilt für den Umstand, daß der Architekt die Rechnung der Klägerin geprüft hat.

8. Gegen die Erwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe keinen Anlaß gehabt, den wirtschaftlich für sie günstigen Auftrag für die Entwässerungsarbeiten aufzugeben, bestehen aus Rechtsgründen keine Bedenken.

9. Die weiteren Verfahrensrügen der Revision hat der Senat ebenfalls geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (EntlG Art. I, 4).

III.

Zur Höhe der Klageforderung führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte habe nicht gemäß § 2 Nr. 3 VOB (B) wegen Überschreitung des Mengenansatzes um mehr als 10 % vor der Abrechnung verlangt, daß neue Einheitspreise vereinbart würden; nach den Allgemeinen Vorbemerkungen zur Massen- und Kostenberechnung des Architekten hätten Mehr- und Minderleistungen auch ohne Einfluß auf die Einheitspreise bleiben sollen (BU S. 5).

Die Revision verweist auf das Schreiben des Architekten vom 26. März 1968, in dem er es abgelehnt hat, die in Rechnung gestellten Preise zu zahlen. Dieses Schreiben enthält jedoch nicht das Verlangen, die Einheitspreise gemäß § 2 Nr. 3 VOB (B) zu ändern. Auf die Vereinbarung, daß Mehr- oder Minderleistungen die Einheitspreise nicht beeinflussen sollten, geht die Revision nicht ein.

IV.

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

Rietschel

Erbel

Schmidt

Meise

Recken