

22

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 4/75

URTEIL

Urteilsformel an Verkündungs-
Statt zugestellt

a) dem Beklagten
am 24. Mai 1976

b) der Klägerin
am 21. Mai 1976

Werner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Georg W [REDACTED], M [REDACTED]-A [REDACTED],
Peter-B [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Bauunternehmung Bernhard W a [REDACTED],
Inhaberin Gertrud Wa [REDACTED], G [REDACTED], H [REDACTED]-straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

ld

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren (§ 128 Abs. 2 ZPO) am 29. April 1976 durch die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 14. November 1974 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte übertrug mit Schreiben seines Architekten Horst vom 29. Mai 1969 der Klägerin die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten an mehreren Wohnhausneubauten in M[REDACTED]-Me[REDACTED]; die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. Der Inhalt des vom Architekten eingeholten Angebots der Klägerin vom 12. Mai 1969 ist teilweise umstritten. Vor allem streiten die Parteien darüber, ob eine gesonderte Berechnung der Mehrwertsteuer und nachträglicher Lohnerhöhungen im Baugewerbe vereinbart worden ist.

- 3 -

Die Klägerin beendete ihre Arbeiten an vier Häusern, um die es in diesem Rechtsstreit geht, im Herbst 1970. Sie hat als restlichen Werklohn für diese vier Häuser 47.495,66 DM nebst Zinsen eingeklagt. Der Beklagte hat Höhe und Fälligkeit der Forderung bestritten, hilfsweise eine Minderung wegen Baumängel verlangt.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben, das Oberlandesgericht der Klägerin nur 35.953,27 DM nebst Zinsen zugesprochen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Beide Parteien haben sich mit der Entscheidung ohne weitere mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht erachtet als erwiesen, daß die gesonderte Berechnung der Mehrwertsteuer sowie nachträglicher Lohnerhöhungen von den Parteien vereinbart worden ist. Zwar sei die Urschrift des Angebots der Klägerin vom 12. Mai 1969 nicht zu den Gerichtsakten gelangt, sondern lediglich eine Ablichtung mit bestimmten Mängeln (Anlageheft 1). Soweit erforderlich, sei jedoch der Inhalt durch die eidliche Aussage des Architekten Ho[REDACTED]



klargestellt worden. Das gelte insbesondere für die streitige Frage, ob die Überwälzung der damals bevorstehenden Lohnerhöhungen und der Mehrwertsteuer vereinbart worden sei. Bei seinen Einwänden gegen die Richtigkeit der Aussage berücksichtige der Beklagte nicht genügend, in welchen Zustand die Abrechnung des Bauvorhabens nicht ohne sein oder des Architekten Zutun gekommen sei. So sei die Ausschreibung nicht in der üblichen, in der VOB vorgesehenen Weise vorgenommen, sondern die Klägerin erst nachträglich beteiligt worden; sie habe auch keinen vollständigen Angebotstext erhalten. Ein Zusammenwirken der Klägerin und des Architekten Horst zum Schaden des Beklagten habe dieser nicht schlüssig dargelegt.

Gegen diese tatrichterliche Beweiswürdigung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Die Klägerin hat dem Berufungsgericht die Fotokopie eines an den Architekten Ho[REDACTED] gerichteten Begleitschreibens zu ihrem Angebot vom 12. Mai 1969 vorgelegt, in dem es u.a. heißt:

"Die zur Zeit gültige Mehrwertsteuer von 11 % wird gesondert berechnet. ... Eventuelle Lohnerhöhungen werden gesondert berechnet. ..."

Der Architekt Ho[REDACTED] hat bekundet, daß ein solches Schreiben dem Angebot der Klägerin beigelegt habe. Die Vorlage des Originals kann vom Absender nicht erwartet werden; dieses müßte zunächst in die Hände des Adressaten, also des Zeugen Ho[REDACTED] gelangt sein, der behauptet, es später an den Beklagten weitergegeben

zu haben. Die insofern verbliebene Unklarheit kann nicht zu Lasten der Klägerin gehen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

2. Der mehrfach vernommene und auf seine Aussage vereidigte Architekt Ho[REDACTED] hat bekundet, die Mehrwertsteuer- und Lohnerhöhungsklauseln seien im Angebot der Klägerin enthalten gewesen. Da er eine Leistungsbeschreibung für die ihm empfohlene Klägerin mit Ausnahme der Stahlbetonarbeiten nicht mehr zur Hand gehabt habe, habe er Ablichtungen eines bereits eingegangenen Angebots unter Abdeckung der Preisspalte gefertigt und der Klägerin zur Verfügung gestellt. Es könne aber sein, daß die Gesamt-Zusammenstellung am Schluß des Angebots von der Klägerin selbst gefertigt worden sei. Die ihm bei der Vernehmung auf den abgelichteten Schlußseiten des Angebots vorgewiesenen handschriftlichen Vermerke hätten auf dem Angebot gestanden.

Bei diesen Vermerken handelt es sich um handschriftliche Zusätze der Tochter der Klägerin, nämlich um die Hinzusetzung des Mehrwertsteuerbetrags auf der vorletzten Angebotsseite und um eine Klausel auf der letzten Seite unter dem Datum:

"Eventuell in Kraft tretende Lohnerhöhungen sind zu vergüten in voller Höhe einschl. 50 % Zuschlag für lohngebundene Kosten."

Diese beiden Schlußseiten sind nicht Kopien eines anderen Angebots mit handschriftlichen Originaleintragungen der Einheitspreise der Klägerin, sondern Kopien einer anderen Vorlage samt den handschriftlichen Zusätzen.

3. Der Beklagte hat vor dem Berufungsgericht und auch in der Revisionsinstanz zu Recht darauf hingewiesen, daß die Entstehung des Angebots der Klägerin, insbesondere der beiden Schlußseiten, sehr fragwürdig ist, so daß diese Unterlagen nicht als Beweismittel für den streitigen Vertragsinhalt gewertet werden können. Allem Anschein nach sind die beiden Schlußseiten nachträglich durch die handschriftlichen Zusätze ergänzt worden. Es kann sogar das ganze Angebot nachträglich erstellt worden sein, weil es sich dabei, abgesehen von der Originalausschreibung der Stahlbetonarbeiten, allem Anschein nach nicht um eine Ablichtung des einzigen am 29. Mai 1969 bereits eingegangenen Konkurrenzangebots (mit abgedeckter Preisspalte) handelt. Dies alles hat aber das Berufungsgericht auch nicht verkannt, wenngleich es von Feststellungen insoweit abgesehen hat.

Das Berufungsgericht beschränkt sich auf die Bemerkung, die Ablichtungen im Anlageheft 1 litten an bestimmten Mängeln. Aus den weiteren Ausführungen zu einer mit Zustimmung des Architekten vorgenommenen Umdatierung und zu einem vom Architekten möglicherweise ohne Beteiligung der Klägerin begangenen Urkundendelikt ergibt sich jedoch deutlich, daß auch das Berufungsgericht von einer nachträglichen Herstellung von Beweisurkunden ausgegangen ist und jedenfalls dem Angebotstext im Anlageheft 1 keinen Beweiswert zumißt.

4. Die nachträgliche Herstellung von Beweismitteln ohne Wissen und Zustimmung des Betroffenen erregt zwar leicht den Verdacht, daß der Urkundeninhalt nicht den Tatsachen entspricht. Ein solcher Verdacht kann aber

ausgeräumt werden. Es ist nicht auszuschließen, daß eine Urkunde gerade wegen des Fehlens von Beweisen nachträglich erstellt wird und das tatsächlich Vereinbarte auch zutreffend wiedergibt. Ob das der Fall ist, unterliegt tatrichterlicher Feststellung unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Glaubwürdigkeit von Zeugen.

5. Die Ungereimtheiten in der Entstehung und im Inhalt des Angebots der Klägerin beeinträchtigen zwar auch die Glaubwürdigkeit des Zeugen Ho[REDACTED], dessen zum Teil wechselnde und widersprüchliche Aussagen nicht allein mit Vergeßlichkeit und Durcheinander in seinem Einmannbüro erklärt werden können. Für sein Verhalten kennzeichnend ist, daß er zunächst behauptet hat, alle in seinen Besitz gelangten Vertragsunterlagen an den Beklagten oder den Sachverständigen Fußmann herausgegeben zu haben. Auf wiederholtes Drängen des Beklagten hat er dann aber doch ein Päckchen "Original-Nachtragsangebote" der Klägerin übergeben und so durch sein Verhalten den Anschein erweckt, daß diese Unterlagen erst nachträglich hergestellt wurden. Insofern wirkt die Fragwürdigkeit der Beweisurkunden wegen ihrer Entstehung unmittelbar auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen zurück.

Diese vom Berufungsgericht nicht verkannten Umstände haben es aber nicht gezwungen, der Aussage des Zeugen jeglichen Beweiswert abzusprechen. Ausweislich der Vernehmungsprotokolle hat es sich die Beweiswürdigung nicht leicht gemacht, sondern dem Zeugen immer wieder die fragwürdigen Umstände der Entstehung des Hauptangebots und der Nachtragsangebote vorgehalten. Wenn es dann im Ergeb-

nis dem Zeugen geglaubt hat, daß die gesonderte Berechnung der Mehrwertsteuer und der Lohnerhöhungen bereits Gegenstand des Angebots, in welcher Form auch immer, und nicht erst einer späteren, vom Beklagten nicht genehmigten Vereinbarung zwischen Klägerin und Architekt war, so kann darin ein Rechtsfehler nicht gesehen werden. Der Beklagte hat keinen Grund vortragen können, weshalb Architekt Ho [REDACTED] die Klägerin wider besseres Wissen zum Nachteil des Beklagten begünstigt haben sollte.

6. Der Beklagte wird durch dieses Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht unbillig belastet. Das Angebot der Klägerin ist selbst unter Hinzurechnung der Mehrwertsteuer noch günstiger als die beiden Konkurrenzangebote. Ob Architekt Ho [REDACTED] dem Beklagten am 29. Mai 1969 nur das Nettoangebot der Klägerin genannt oder die Mehrwertsteuer zugeschlagen hat, ist ohne Belang. Unstreitig hat der Beklagte später die Auftragserteilung seitens seines Architekten genehmigt. Es kommt daher nur darauf an, ob die Klägerin die Mehrwertsteuer- und Lohnerhöhungsklauseln zum Gegenstand ihres Angebots gemacht hatte. Dies hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt.

Der Beklagte ist daher verpflichtet, die geforderten 1.260,16 DM für Lohnerhöhungen sowie 11 % Mehrwertsteuer auf den gesamten Nettowerklohn (= 19.022,40 DM) zu zahlen.

II.

Für die übrige der Klägerin zugesprochene Werklohnforderung geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Architekt Ho[REDACTED] zwar die meisten Rechnungen der Klägerin geprüft und nach Berichtigung für in Ordnung befunden hat, den Beklagten damit jedoch nicht hat binden wollen, so daß ein Anerkenntnis namens des Beklagten nicht vorliegt. Das Berufungsgericht folgt daher für die Höhe der Restforderung der Klägerin dem Gutachten des Architekten K[REDACTED] und macht wegen eines ungeklärt gebliebenen, nur unter hohem Kostenaufwand zu klärenden Differenzbetrages von mehr oder weniger 1.000 DM von der Ermächtigung des § 287 Abs. 2 ZPO Gebrauch.

Auch die hiergegen von der Revision vorgetragene Einwendungen bleiben ohne Erfolg.

1. Es trifft zwar zu, daß das Berufungsgericht keine Feststellungen über die rechtzeitige Zusendung und Annahme der Nachtragsangebote sowie über die Massenberechnung getroffen hat. Das Berufungsgericht ist jedoch eben wegen unzureichender Feststellungen über Nachträge bei der Beauftragung des Sachverständigen von der Bestimmung des § 2 Nr. 7 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (1952) ausgegangen. Der Sachverständige ist zutreffend angewiesen worden zu prüfen, ob die erbrachten und in Rechnung gestellten Arbeiten im Hauptangebot enthalten sind und ob andernfalls die Leistungen für die Durchführung des Vertrages notwendig waren und dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprachen. Dabei konnte das Berufungsgericht auf Grund der Aussage des Zeugen Ho[REDACTED] jedenfalls davon ausgehen, daß ihm die Nachtragsarbeiten unverzüglich angezeigt worden waren.

Dieses Verfahren läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Der Sachverständige K[REDACTED] hat zwar das Ergebnis seiner Prüfung nicht schriftlich begründet, ist dazu aber vom Berufungsgericht eingehend vernommen worden. Es darf davon ausgegangen werden, daß das Ergebnis unter Beachtung der Weisungen des Berufungsgerichts erarbeitet worden ist. Insoweit erhebt auch die Revision keine Rüge.

3. Es ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht wegen einer ohne Originalunterlagen nicht zu klärenden Differenz von $\pm$ 1.000 DM von der Ermächtigung des § 287 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht hat, anstatt dem Sachverständigen die Feststellung der genauen Restforderung aufzugeben.

4. Der Sachverständige K[REDACTED] hat allerdings in seinem Gutachten vom 18. April 1974 Rechnungen der Klägerin berücksichtigt, die in der zur Klagebegründung dienenden Aufstellung der Klägerin, wie sie im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegeben ist, nicht enthalten sind und zum Teil im Parallelprozeß vor dem Landgericht Münster (4 O 125/71) geltend gemacht worden sind (Rechnungen vom 28., 29. und 30. Dezember 1970 für die Häuser L[REDACTED], He[REDACTED] und Sc[REDACTED], nicht für Haus B[REDACTED]).

Dieses Verfahren des Sachverständigen erscheint jedoch sachgerecht, weil der Parallelprozeß sonst andere Bauvorhaben betrifft. Da die Parteien insofern Einwendungen nicht erhoben haben und auch die Revision dies nicht rügt, kann davon ausgegangen werden, daß die Parteien damit einverstanden sind. Der Klägerin wird da-

durch nicht mehr zugesprochen, als sie verlangt hat. Sie hat Gelegenheit, ihre zweite Klage um die hier berücksichtigten 2.219,01 DM zu ermäßigen.

5. Die vom Sachverständigen errechnete und vom Berufungsgericht unter Berücksichtigung einer Minderung von 2.000 DM zugesprochene Restforderung ist auch fällig, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat.

Die Gesamtabrechnung der Klägerin ist nach den Ausführungen des Sachverständigen, die das Berufungsgericht sich zu eigen macht, prüfbar. Sie ist auch zum überwiegenden Teil schon von Architekt Horst geprüft worden.

III.

Die von der Revision sonst noch erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO).

Die Revision des Beklagten ist daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Girisch

Meise

Recken

Doerry

Bliesener