

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

X ZR 63/94

Verkündet am:
23. Januar 1996
Karst
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Peter J. [REDACTED], B. [REDACTED]straße 10, D. [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Pedro C. [REDACTED], F. [REDACTED]straße 14, N. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1996 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dipl.-Ing.

Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 19. April 1994 verkündete Grundurteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von dem Beklagten restlichen Werklohn für umfangreiche Arbeiten an dessen Geländewagen.

Anfang 1991 beauftragte der Beklagte den Kläger mit der Restaurierung seines Toyota Land Cruiser. Die Einzelheiten der Auftragserteilung sind zwischen den Parteien streitig. Der Kläger führte umfangreiche Instandsetzungsarbeiten aus. Die benötigten Ersatzteile wurden teils vom Beklagten, teils vom Kläger in dessen Namen bestellt und vom Beklagten direkt bezahlt. Soweit Ersatzteile nicht mehr im Handel erhältlich waren, änderte der Kläger lieferbare Teile entsprechend oder fertigte die benötigten Ersatzteile selbst.

Der Kläger stellte dem Beklagten für die durchgeführten Lackier- und Reparaturarbeiten einen Betrag von 13.199,95 DM in Rechnung. Hierauf entrichtete der Beklagte 4.651,95 DM. Den Restbetrag in Höhe von 8.548,-- DM machte der Kläger klageweise geltend.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung über die Umstände der Auftragserteilung der Klage bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen und bis auf die geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht durch Grundurteil die Klage für gerechtfertigt erklärt und die Revision zugelassen.



Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Restwerklohnklage. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die kraft Zulassung statthafte und auch im übrigen zulässige Revision führt zur Aufhebung des Grundurteils des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache.

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien unstreitig, daß der Kläger bei Auftragsvergabe Anfang Februar 1991 die Kosten der in Auftrag gegebenen Arbeiten mit 3.000,-- DM bis 4.000,-- DM angegeben hat. Die Parteien stritten darüber, ob in dieser Preisangabe eine den Kläger bindende Pauschalpreisabrede oder eine unverbindliche Kostenschätzung zu sehen sei, und insbesondere, welche konkreten Leistungen von dem genannten Preis erfaßt sein sollten. Das Berufungsgericht nimmt eine Höchstpreisgarantie an; der Kläger habe durch die Bezifferung der voraussichtlich entstehenden Reparaturkosten dafür eintreten wollen, daß sich die Vergütung für die in Auftrag gegebenen Arbeiten höchstens auf den Betrag von 4.000,-- DM stellen würde. Eine Unterschreitung dieser Höchstsumme habe jedoch möglich sein sollen.

Im Hinblick darauf sei der Beklagte beweispflichtig dafür, daß vom Auftrag nicht nur die Gesamtlackierung und der Ersatz von Frontgrill und Vorderkotflügeln, sondern eine komplette Restaurierung nebst Ersatz und Anpassung verschiedenster Fahrzeugteile umfaßt gewesen sei. Dieser Nachweis

sei dem Beklagten nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht gelungen. Das Berufungsgericht hat die Revision zu der Frage zugelassen, ob bei Streit über den Auftragsumfang einer Höchstpreisgarantie die Beweislast dem Auftragnehmer oder dem Auftraggeber obliege.

II. Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht läßt bei seiner Entscheidung wesentliche Beweislastgrundsätze außer acht, wie die Revision zu Recht geltend macht.

1. Gemäß § 631 Abs. 1 BGB wird der Unternehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung des versprochenen Werks, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, fingiert § 632 Abs. 1 BGB eine Vergütung (immer) als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Das Gesetz möchte mit dieser Regelung Dissensfolgen vermeiden. Es kommt sonach auf einen entsprechenden Willen des Bestellers nicht an. Entscheidend ist, ob die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Ist zwar eine Vergütung vereinbart, deren Höhe aber nicht bestimmt ist, besagt § 632 Abs. 2 BGB, daß bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe aber die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Der Gesetzgeber gibt mit diesem Regelungszusammenhang für die Vergütung einer Werkleistung zugleich Anhaltspunkte dafür, was der Unternehmer und was der Besteller zu beweisen hat, wenn es über die Frage einer Vergütung überhaupt oder deren Höhe zum Streit zwischen den Vertragsparteien kommt.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger dem Beklagten für die durchgeführten Lackier- und Reparaturarbeiten einen Betrag von 13.199,95 DM in Rechnung gestellt. Dieser Betrag war nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts zwischen den Parteien nicht als Vergütung im Sinne des § 631 Abs. 1 BGB vereinbart. Sie ergibt sich vielmehr aus den vom Kläger in Rechnung gestellten Einzelpositionen gemäß seiner Rechnung Nr. 23748 vom 8. Juli 1991. Da der Beklagte als Besteller behauptet, zwischen ihm und dem Kläger sei für die von ihm in Auftrag gegebenen Reparaturarbeiten eine Vergütungsvereinbarung in Höhe von 3.000,-- DM bis 4.000,-- DM zustande gekommen, muß der Kläger gemäß § 632 Abs. 2 BGB beweisen, daß die vom Beklagten behauptete Vereinbarung über die Höhe der Vergütung nicht getroffen worden ist (BGH, Urt. v. 26.03.1992 - VII ZR 180/91, WM 1992, 1288, 1289). Das ist die heute überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. hierzu Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 1991, Rdn. 10 zu § 632 BGB m.w.N. aus Lit. u. Rspr.; s.a. BGH, Urt. v. 26.09.1995 - X ZR 100/93, noch nicht veröffentl., Umdr. 8 ff.; s.a. OLG Hamm, Urt. v. 26.03.1993 - 12 U 203/92, NJW-RR 1993, 1490).

Diese Beweislastverteilung hat trotz der überwiegenden Gefolgschaft in Literatur und Rechtsprechung auch Kritik erfahren (vgl. hierzu die Nachweise bei Baumgärtel, aaO, Rdn. 13 ff. zu § 632 BGB). Die Kritik setzt vor allem daran, daß der vom Unternehmer zu führende Negativbeweis diesen in Beweisnot bringen kann. Diese Schwierigkeit für den Unternehmer kann aber nicht dazu führen, den sich aus §§ 631 Abs. 1 und 632 BGB ergebenden Regelungszusammenhang zu

sprengen. Zu Recht weist Baumgärtel darauf hin (aaO Rdn. 14 zu § 632 BGB), daß der positive Beweis der Vereinbarung einer niedrigeren Vergütung für den Besteller häufig ebenso schwer zu führen sein wird. Im Hinblick darauf besteht kein Anlaß, von der Beweislastverteilung nach der anerkannten Rechtsprechung abzugehen. Das notwendige Korrektiv schafft die Rechtsprechung seit langem dadurch (vgl. BGH, Urt. v. 26.03.1992 - VII ZR 180/91, WM 1992, 1288, 1289), daß der Besteller, der eine bestimmte Vergütungsabrede behauptet, diese Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung substantiiert darlegen muß. Sache des Unternehmers ist es dann, die geltend gemachten Umstände zu widerlegen, die für die behauptete Vereinbarung sprechen könnten. An diese Beweisführung des Unternehmers sind keine zu strengen Anforderungen zu stellen (BGH, aaO).

2. Diesen Grundsätzen wird das Berufungsurteil nicht gerecht; denn das Berufungsgericht kehrt die genannten Beweislastgrundsätze zum Nachteil des Beklagten um. Das Berufungsgericht geht (BU 8 Mitte) davon aus, daß der Kläger durch die Bezifferung der voraussichtlich entstehenden Reparaturkosten mit 3.000,-- DM bis 4.000,-- DM habe dafür einstehen wollen, daß sich die Vergütung für die in Auftrag gegebenen Arbeiten höchstens auf den Betrag von 4.000,-- DM stellen werde. Eine Unterschreitung dieser Höchstsumme habe jedoch möglich sein sollen. Daraus hat das Berufungsgericht den Schluß gezogen, es handele sich um eine Höchstpreisgarantie. Höchstpreis- und Festpreisgarantie haben gemeinsam, daß sich der Unternehmer bezüglich des von ihm genannten Höchstbetrages oder Festbetrages binden möchte. Bei der Höchstpreisgarantie kommt hinzu, daß der Unternehmer von vornherein eine

Unterschreitung des genannten Höchstbetrages nicht ausschließt. Bei beiden Sachverhaltsgestaltungen darf der Besteller aber darauf vertrauen, daß der genannte (Höchst-)Betrag nicht überschritten wird.

Entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung ändert die von ihm angenommene Höchstpreisgarantie an den genannten Grundsätzen für die Verteilung der Beweislast zwischen Unternehmer und Besteller nichts. Entsteht Streit wegen der geforderten Vergütung, muß der Unternehmer auch im Falle einer Höchstpreisgarantie den Beweis dafür führen, daß der von ihm geltend gemachte Anspruch begründet ist. Das gebietet das schutzwürdige Vertrauen des Bestellers, daß der vom Unternehmer - letztlich aus freien Stücken - genannte (Höchst-)Betrag nicht überschritten wird. Aus diesem Grunde ist der Kläger beweispflichtig dafür, daß von dem vom Beklagten erteilten Auftrag, dessen voraussichtliche Kosten der Kläger zunächst nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unstreitig auf 3.000,-- DM bis 4.000,-- DM geschätzt hat, nur die Gesamtlackierung und der Ersatz von Frontgrill und Vorderkotflügeln und nicht auch eine komplette Restaurierung nebst Ersatz und Anpassung verschiedenster Fahrzeugteile umfaßt war.

Das Berufungsurteil kann sonach keinen Bestand haben.

III. Für das weitere Verfahren wird auf folgendes hingewiesen:

Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt in der neuen Verhandlung anhand der aufgezeigten Grundsätze zu würdigen. Es dürfte hierzu eine weitere Aufklärung des Sachverhalts geboten sein. Einerseits nimmt das Berufungsgericht an, der Beklagte behaupte nicht, alle vom Kläger in Rechnung gestellten Arbeiten seien bei Auftragserteilung bereits besprochen und bei der Preiskalkulation vom Kläger berücksichtigt worden. Das wäre auch nicht erforderlich, wenn sich die Darstellung des Beklagten als zutreffend erweisen würde, er habe eine Gesamtrestaurierung seines Geländewagens in Auftrag gegeben und der Kläger habe hierfür einen Höchstbetrag von 3.000,-- DM bis 4.000,-- DM je nach Aufwand zuzüglich Ersatzteilen genannt. Andererseits hält es das Berufungsgericht entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung nicht für erwiesen (BU 12 2. Abs.), daß die Darstellung des Klägers zur ursprünglichen Auftragserteilung richtig ist. Es beurteilt die Aussage der Zeugin V [REDACTED], auf die das Landgericht seine Entscheidung maßgeblich gestützt hat, in einigen Punkten nicht für glaubhaft.

Zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts dürfte sich deshalb anbieten, die Zeuginnen de R [REDACTED] und V [REDACTED] erneut zu vernehmen, weil das Landgericht beide Zeuginnen in der Sitzung am 19. Februar 1993 gehört hat, in seinem der Klage stattgebenden Urteil letztlich aber der Darstellung der Zeugin V [REDACTED] gefolgt ist. Die Revisionserwiderung verweist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf, daß die erneute Einvernahme eines Zeugen gemäß § 398 Abs. 1 ZPO dann nicht im Ermessen des Berufungsgerichts steht, wenn es die Aussage eines Zeugen anders verstehen und würdigen möchte, als dies die Vorinstanz getan hat.

IV. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Rogge

Maltzahn

Broß

Melullis

Greiner