



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 202/00

Verkündet am:
9. Dezember 2002
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich und die Richter Prof. Dr. Henze, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und die Richterin Münke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 2 wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. Mai 2000 im Kostenpunkt, soweit er nicht die Pflicht der Klägerin zur Tragung der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 und 3 betrifft, und insoweit aufgehoben, als es der Beklagten zu 2 Werklohnansprüche für die Positionen 4.2 ("Bodenbehandlungsanlage vorhalten") und 4.3.1 ("Boden lösen und lagern") aberkennt.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien hatten sich 1989 zur Durchführung von Bodensanierungs- sowie Erd- und Tiefbauarbeiten beim Bau eines Teilstücks der Autobahn A 33

im Bereich Schloß H. zu einer sog. Dach-Arbeitsgemeinschaft (Dach-ARGE) zusammengeschlossen. Die ARGE erhielt den Auftrag. Die Parteien erbrachten ihre jeweiligen eigenständigen Leistungen als Nachunternehmer der ARGE. Nach Beendigung der Arbeiten kam es zwischen ihnen über die Aufteilung des der ARGE gezahlten Werklohns und des Kontoguthabens der ARGE zum vorliegenden, mit Klage und Widerklage geführten Rechtsstreit.

Soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, streiten die Parteien darüber, ob der Beklagten für die Leistungskomplexe "Bodenbehandlungsanlage vorhalten" und "Boden lösen und lagern" ein Anteil an dem von dem Auftraggeber entsprechend seinem Vertrag mit der ARGE hierfür gezahlten Werklohn zusteht.

Das Landgericht hat die für die Positionen 4.2 ("Bodenbehandlungsanlage vorhalten") und 4.3.1 ("Boden lösen und lagern") gezahlte Vergütung dem Gutachten des Sachverständigen T. folgend zwischen den Parteien im Verhältnis 76 % Klägerin und 24 % Beklagte geteilt. Das Berufungsgericht hat der Klägerin hinsichtlich beider Positionen jeweils das zugesprochen, was sie der ARGE berechnet hat. Die Differenz zu der der ARGE vom Auftraggeber für jene Positionen vertragsgemäß zu zahlenden (höheren) Vergütung hat es als Gewinn der ARGE behandelt und zwischen den Parteien hälftig geteilt. Mit ihrer Revision wendet sich die Beklagte u.a. gegen diese für sie ungünstige Aufteilung des Werklohns.

Insoweit hat der Senat die Revision angenommen, im übrigen hat er sie nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt im Umfang der Annahme zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, daß sich ein Leistungsanteil der Beklagten hinsichtlich der Position "Bodenbehandlungsanlage vorhalten" nicht feststellen lasse. Der Sachverständige T. habe der Beklagten 24 % der Vergütung zugebilligt, ohne indes Feststellungen getroffen oder nähere Plausibilitätserwägungen dazu angestellt zu haben, ob die Beklagte insoweit überhaupt tätig gewesen sei.

Die Revision rügt mit Recht, daß sich das Berufungsgericht damit, ohne insoweit eigene Sachkunde darzulegen, über die Auffassung des Sachverständigen T. hinweggesetzt hat, an der dieser bei seiner Anhörung in der Berufungsverhandlung ausweislich des darüber gefertigten Berichterstattevermerks festgehalten hat.

Dem Sachverständigen zufolge war die der ARGE gezahlte Vergütung für das Einrichten wie das Vorhalten der Bodenbehandlungsanlage zwischen den Parteien nach dem Anteil aufzuteilen, der ihrem Anteil an der Durchführung der übrigen unter dem Titel 4 in Auftrag gegebenen Leistungen, 76 % Klägerin und 24 % Beklagte, entspricht. Er hat dieses - vom Berufungsgericht für die Position "Einrichtung der Anlage" auch akzeptierte - Vorgehen bei der Erläuterung seines Gutachtens vor dem Landgericht damit begründet, daß es bei derartigen Positionen nicht üblich sei, die Vergütung in aller Akribie danach zu verteilen, wer die einzelnen Arbeiten jeweils ausgeführt hat. Mit diesem Argument hat er

der - jedenfalls für die in Rede stehende Position des "Vorhaltens der Anlage" geltenden - Tatsache Rechnung getragen, daß es insoweit nicht um exakt nach Massen und Zeitaufwand zu erfassende Tätigkeiten ging, sondern um die laufende Überwachung der Gebrauchstüchtigkeit und Funktionstüchtigkeit der Anlage und ggf. die Beseitigung auftretender Mängel mit dem dafür vorgehaltenen Gerät. Es handelt sich bei dem Vorhalten der Anlage um eine pauschale Leistung, wie sich auch darin zeigt, daß sie pauschal angeboten und ebenso auch pauschal abgerechnet worden ist. Das Berufungsgericht hat weder dargetan, daß und weshalb gleichwohl eine Aufteilung, wie sie der Sachverständige für geboten erachtet hat, hier nicht in Betracht kommt, noch daß es insoweit über entsprechende eigene Sachkunde verfügt.

Sein Vorwurf, der Sachverständige hätte Feststellungen treffen oder Plausibilitätsüberlegungen dazu anstellen müssen, ob die Beklagte überhaupt tätig geworden sei, geht fehl. Richtig ist zwar, daß die Beklagte keinen Anteil am Werklohn für das Vorhalten der Bodenbearbeitungsanlage zu beanspruchen hätte, sondern nur am ARGE Gewinn zu beteiligen wäre, wenn sie überhaupt keine als Vorhalten anzusehenden Leistungen erbracht hätte. Das ist jedoch nicht festgestellt und kann mit Rücksicht auf die Aussage des vom Berufungsgericht als Zeuge vernommenen Mitarbeiters K. der Klägerin auch kaum festgestellt werden. K. hat erklärt, die Beklagte habe die im Rahmen der Position 4.1 "Einrichten der Bodenbehandlungsanlage" von ihr angelegten Straßen während der Bodensanierung mit einem Radlader in Ordnung gehalten.

2. Das Berufungsgericht hat der Beklagten auch einen Vergütungsanteil für die Position "Boden lösen und lagern" mit der Begründung aberkannt, ein Leistungsanteil ihrerseits sei nicht erweislich. Den in der Berufungsverhandlung

vernommenen Zeugen P. und K. zufolge habe die Beklagte sich an den Arbeiten nicht beteiligt, der Sachverständige T. habe seine ursprünglich gegenteilige Auffassung revidiert und die Arbeiten allein der Klägerin zugeschrieben.

Diese Ausführungen halten ebenfalls revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Sie lassen, wie die Revision mit Recht beanstandet, außer acht, daß es einer Zeugenvernehmung in der Berufungsinstanz jedenfalls zum Grund einer Vergütungsforderung nicht bedurfte, weil Leistungen der Beklagten, die der Position 4.3.1 zuzurechnen sind, zwischen den Parteien bereits in erster Instanz unstreitig waren und von der Klägerin auch im Berufungsverfahren nicht wieder in Abrede gestellt worden sind. Sie verkennen zudem die Reichweite der Erklärung des Sachverständigen T. in der Berufungsverhandlung.

In der mündlichen Verhandlung des Landgerichts vom 3. März 1999 haben die Parteien zur Position 4.3.1 unstreitig gestellt, daß die Klägerin den Boden aufgehoben, aufgeladen und gelagert hat, die Beklagte jedoch an der Aushubstelle die notwendigen, aber nicht ausgeschriebenen Planierarbeiten durchgeführt und die Böschung profiliert hat. Hierauf und auf die Erklärung des Sachverständigen T. im Termin vom 3. März 1999 gestützt, daß es auch insoweit bei dem von ihm in seinem Gutachten vom 31. August 1998 mit 4,20 DM/m² für die Leistung der Beklagten als angemessen erachteten Quadratmeterpreis bleibe, hat das Landgericht der Beklagten eine Vergütung von 65.593,36 DM zugesprochen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin gemeint, die Beklagte habe den Einbau des Bodens vorgenommen, hierfür einen Preis von 4,20 DM/m² allerdings für zu hoch gehalten, aber sie hat nicht bestritten, daß die Beklagte die Planier- und Böschungsarbeiten ausgeführt hat. Diese Arbeiten gehörten dem vom Berufungsgericht eingeholten Ergänzungsgutach-

ten des Sachverständigen vom 25. Januar 2000 zufolge zur Position 4.3.1. Nach dem Vorbringen der Klägerin konnte es in der Beweisaufnahme vor dem Berufungsgericht daher allenfalls noch um die Höhe des der Beklagten für die unstreitigen Arbeiten zustehenden Werklohns gehen, nicht aber um den Grund dieses Anspruchs.

Daß die Zeugenaussagen einen Leistungsanteil der Beklagten nicht bestätigt haben, besagt auch nicht etwa, daß die Beklagte keine Planier- und Böschungsarbeiten ausgeführt hat. Denn die Zeugen haben sich nur zu den in der Positionsüberschrift genannten Tätigkeiten "Boden lösen, laden und lagern" geäußert, nicht zu an der Bodenentnahmestelle ausgeführten sonstigen Leistungen. Sie sind von den Beteiligten offensichtlich in dieser Hinsicht auch nicht befragt worden.

Das Berufungsgericht mißversteht den Sachverständigen, wenn es annimmt, er habe auch die unstreitig zur Position 4.3.1 gehörenden Planier- und Böschungsarbeiten letztlich allein der Klägerin zugeschrieben. Dessen Äußerung in der Berufungsverhandlung, hinsichtlich der Position 4.3.1 sei er ursprünglich von einer Leistung der Beklagten ausgegangen, das habe sich jedoch nicht als richtig erwiesen, den Einbau des Bodens in die Zelte habe die Klägerin vorgenommen, bezieht sich offensichtlich gerade nicht auf die unstreitigen, von der Beklagten nach dem Lösen und Abfahren des kontaminierten Bodens an der Aushubstelle vorgenommenen Arbeiten, die das Auffüllen und Ausgleichen der entstandenen Senken betrafen.

3. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es nach ergänzender Anhörung der Parteien über die Verteilung des Werklohns für die streitigen Positionen neu befindet und auf der sich dann ergebenden Basis

über Klage und Widerklage entscheidet. Es wird dabei auch zu berücksichtigen haben, daß die Beklagte für die Position 4.2 in erster Instanz selbst nur den über die der Klägerin gegen die ARGE zustehende Vergütung hinausgehenden Betrag von 225.000,00 DM für sich reklamierte, worauf die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung hingewiesen hat.

Röhrich

Henze

Goette

Kurzwelly

Münke