Ib ZR 195/62

Verkündet
am 12. Juni 1963
Zug, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2546 070

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

In dem Rechtsstreit

der Kinobesitzerin Hedwig T[redacted] in B[redacted], H[redacted] Straße [redacted],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

den Architekten Karl O[redacted] in B[redacted], W[redacted],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth, Pehle und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 6. Dezember 1961 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte errichtete in den Jahren 1953 bis 1955 in B[redacted] ein Büro- und Geschäftshaus mit zwei Lichtspieltheatern ("Skala" und "Studio"). Nachdem die Planung abgeschlossen und die Baugenehmigung - ohne Kino - erteilt war, übertrug die Beklagte mit Vertrag vom 2. Juli 1953, geändert am 8. September 1953, dem Kläger und dem Architekten R[redacted] die gemeinschaftliche Ausführung des Baues ohne das - erst später geplante - "Studio"; der Kläger war gegenüber R[redacted] "federführend in allen das Werk betreffenden Angelegenheiten tätig" (§ 3 des Vertrages) und sollte ein Pauschalhonorar von 20 000 DM erhalten (§ 5), wobei eine Gesamtbausumme von 1 200 000 DM - ohne "Studio" - zugrunde gelegt wurde. Die Architekten verpflichteten sich der Beklagten gegenüber, sämtliche Abmachungen, besonders die Erteilung von Aufträgen für die Ausführung, nur im Einvernehmen mit der Beklagten oder deren Sohn zu treffen; von allen Aufträgen waren vor Abgang an die Unternehmer der Beklagten Durchschriften zur Einsichtnahme und Gegenzeichnung vorzulegen (§ 4).

Ein am 12. Februar 1954 von dem Architekten G[redacted] "nach Abstimmung mit dem Kläger" erstellter vorläufiger Finanzierungsplan war von einer Bausumme von 780 000 DM ausgegangen; die tatsächlichen Baukosten - einschließlich des "Studio" - betrugen 1 286 000 DM.

Zwischen den Parteien kam es gegen Ende der Bauausführung zu Unstimmigkeiten, weil die Beklagte gegen den Widerstand des Klägers weitere Unternehmer zugezogen hatte, ferner weil sie Bauhandwerkerrechnungen nicht durch den Kläger, sondern durch den Bauingenieur Gr[redacted] überprüfen ließ, und weil sie endlich die vereinbarten Raten des Honorars nicht an den Kläger zahlte.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Am 10. Februar 1955 schlossen die Parteien - der Architekt R[redacted] war Anfang Februar 1955 verstorben - vor dem Rechtsanwalt He[redacted] I eine schriftliche Vereinbarung, wonach der Kläger u.a. die am Bau noch fehlenden und zur Erreichung der Schlußabnahmebescheinigung des Bauaufsichtsamtes erforderlichen Arbeiten feststellen, die Abrechnung "nach seinem besten Wissen und Gewissen" aufstellen und "erforderlichenfalls" mit der Beklagten und den einzelnen Handwerkern abstimmen sollte; außerdem wurden Vereinbarungen über die Zahlung des nun mit 24 000 DM bezifferten Honorars an den Kläger getroffen.

Am 1. April 1955 erteilte die Baubehörde den Gebrauchsabnahmeschein für den Bau ohne "Studio"-Theater. Am 27.April 1955 schlossen die Parteien eine unstreitig als Vergleich gedachte Vereinbarung, über die folgende von beiden Parteien unterzeichnete "Aktennotiz" gefertigt wurde:

> "Frau Thiede zahlt an Herrn O[redacted] 1000.- DM am 28.4.55 ..... Am Montag, den 2. Mai 1955 wird sich Herr O[redacted] am Nachm. zur Verfügung stellen, um die Differenzen Bo[redacted] usw. mit der Fa. Mo[redacted] in der Wohnung von Frau T[redacted] zu klären. An diesem Tage zahlt Frau T[redacted] an Herrn O[redacted] weitere 1000.-DM. Als Restzahlung werden 7.000 DM vereinbart, die in drei Raten zu zahlen sind und zwar die erste Rate von einem Drittel am 3.6.55, die zweite Rate am 3.7.55, die dritte Rate am 3.9.55.
>
> Von der Restzahlung von 7000.- DM sind wir davon ausgegangen, daß von Herrn O[redacted] die Zahlung vom 9.6.54 von 1000.- DM nachgewiesen werden muß, weil Herr O[redacted] diese Zahlung in seiner Aufstellung nicht berücksichtigt hat.
>
> Herr O[redacted] verpflichtet sich, wie bei Herrn Dr. He[redacted] festgelegt, für die Abnahme des Gesamtobjektes einschl. des Studio-Kinos zu sorgen. Diese Vereinbarung wurde getroffen, um gerichtlichen Streitigkeiten aus dem Wege zu gehen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinsichtlich des Studio-Kinos wird Herr O[redacted] an ihn gerichtete Anfragen erledigen und bei der Abnahme zur Verfügung stehen."

Der Kläger behauptet, daß in dieser Vereinbarung der erste Satz des vorletzten Absatzes über die "Abnahme des Gesamtobjektes" ganz gestrichen worden sei, während die Beklagte vorträgt, daß in diesem Satz nur die Worte "einschl. des Studio-Kinos" gestrichen und durch den nachträglich angefügten letzten Absatz ersetzt worden seien.

Nach Abschluß des Vergleiches ergaben sich weitere Streitigkeiten zwischen den Parteien vor allem daraus, daß sich die Arbeiten der Firma Be[redacted]- und Mo[redacted] und der von der Beklagten zugezogenen Firma Bo[redacted] schwer abgrenzen ließen und die Beklagte mit den aus diesem Grund vom Kläger an den Rechnungen der erstgenannten Firma vorgenommenen Abstrichen nicht zufrieden war. In der Folge lehnte der Kläger die weitere Tätigkeit für die Beklagte ab, weil es an dem erforderlichen Vertrauen fehle; die Beklagte verweigerte die Zahlung des noch ausstehenden Honorars von 7 000 DM.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 7 000 DM nebst 5 % Zinsen seit der jeweiligen Fälligkeit der Teilbeträge zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,
hilfsweise sie nur Zug um Zug gegen die Erstellung näher bezeichneter Abrechnungen durch den Kläger zu verurteilen.

Ferner hat die Beklagte die Aufrechnung mit folgenden vom Kläger bestrittenen Gegenansprüchen erklärt:

1. Schadensersatz wegen der Gebühren des Bauingenieurs Gramberg (vgl. S. 2 Abs. 3);
2. Verfahrenskosten aus sechs Rechtsstreiten, die sie mit Handwerkern infolge der mangelhaften Rechnungsprüfung des Klägers habe führen müssen;
3. Schadensersatzforderungen von zusammen rund 14 000 DM, da drei Firmen diesen Betrag zu Unrecht erhalten hätten;
4. Schadensersatzforderung von rund 5 000 DM wegen mangelhafter Planung und Abdichtung der Koksfüllschächte;
5. Schadensersatzforderung wegen Überschreitung des Kostenvoranschlags und der Bauzeiten.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Beklagte zur Zahlung von 6 552,77 DM nebst 4 % Zinsen seit der jeweiligen Fälligkeit der Teilbeträge verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen; der Kläger habe das Vertragsverhältnis berechtigt gekündigt und müsse seinen Honoraranspruch um den auf die nicht mehr erbrachten Abrechnungsleistungen entfallenden Teil kürzen lassen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und im zweiten Rechtszug neu geltend gemacht, der Kläger habe Forderungen der Firma Be[redacted] und Mo[redacted] in Höhe von "Zehntausenden von Marken" zu Unrecht anerkannt; in Höhe der "vom Gericht zu ermittelnden Zuvielzahlung" stehe ihr gegen den Kläger ein Schadensersatzanspruch zu, mit dem sie "in erster Linie und mit Vorrecht vor den anderen Beanstandungen" aufrechne; hilfsweise hat sie, ebenfalls mit Vor-

rang vor dem weiteren Vorbringen, ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, weil der Kläger sie von Wechselverbindlichkeiten gegen die genannte Firma freistellen müsse.

Der Kläger hat seinen Klageanspruch auf 5 950 DM ermäßigt.

Die Beklagte hat unter Aufrechterhaltung ihrer bisherigen Anträge Widerklage erhoben mit dem Antrage,

> festzustellen, daß der Kläger verpflichtet ist, der Beklagten allen Schaden bis zur Höhe von 10 000 DM aus der Verletzung seiner Pflichten .... zu ersetzen, insbesondere aus der Tatsache, daß er die Rechnungen nicht vollständig überprüft und den Bau nicht ordnungsgemäß abgerechnet hat.

Der Kläger hat beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen, soweit Klageabweisung in Höhe von 5 950 DM nebst Zinsen beantragt und Widerklage erhoben worden ist.

Das Oberlandesgericht hat mit rechtskräftigem Teilversäumnisurteil vom 17. November 1961 die Klage insoweit abgewiesen, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 5 950 DM nebst 4 % Zinsen von diesem Betrag verurteilt worden war. Mit dem hier angefochtenen Urteil hat es die Berufung der Beklagten im übrigen zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision begehrt die Beklagte Abweisung der Klage und die ihrem Widerklageantrag entsprechende Feststellung; der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten gegen die Honorarforderung des Klägers in erster Linie erklärte Aufrechnung mit einem gegen den Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht zugelassen (§ 529 Abs. 5 ZPO), weil die Geltendmachung der Aufrechnung in dem anhängigen Verfahren nicht sachdienlich sei. Die Revision greift diese Verfahrensweise nicht an; damit ist sie der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nicht unterstellt.

Dasselbe gilt für die Begründung, mit der das Berufungsgericht das von der Beklagten hilfsweise, aber mit Vorrang vor dem übrigen Vorbringen geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nicht zugelassen hat; es muß daher nicht entschieden werden, ob es zutrifft, daß § 529 Abs. 5 ZPO auch auf das Zurückbehaltungsrecht anzuwenden ist, wenn es wie eine Aufrechnung wirkt (Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. Anm. 5 A zu § 529), und ob ferner, wenn diese Frage zu bejahen wäre, das von der Beklagten wegen ihres angeblichen Anspruchs auf Freistellung von Wechselverbindlichkeiten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht die Wirkung einer Aufrechnung hätte und deshalb dem § 529 Abs. 5 ZPO unterfiele. Daß das angefochtene Urteil das hierzu gehörende tatsächliche Vorbringen der Beklagten auch nach § 529 Abs. 3 ZPO als verspätet zurückgewiesen hat, ist ebenfalls nicht gerügt.

II. Die Revision geht mit dem Berufungsgericht davon aus, daß die Vereinbarung der Parteien vom 27. April 1955 - in der sie auf die Vereinbarung vom 10. Februar 1955 Bezug nehmen - einen Vergleich darstellt. Zwar unterliegt die Frage, ob die Vereinbarung nach ihrer Rechtsnatur ein Vergleich ist, nicht der Verfügung der Parteien; es würde daher

für die Annahme, es sei ein Vergleich geschlossen, nicht genügen, daß das angefochtene Urteil diese Tatsache als zwischen den Parteien unstreitig bezeichnet (BU S. 4). Es ergibt sich aber aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe, daß die Parteien den Streit über das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis im Wege des gegenseitigen Nachgebens beseitigen wollten (§ 779 BGB); damit sind die sachlichrechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben, ihre Vereinbarung rechtlich als Vergleich zu würdigen (vgl. BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 1 zu § 779), mit dem die bis zu seinem Abschluß entstandenen Streitigkeiten bereinigt werden sollten.

1. Die Revision rügt unter Berufung auf §§ 286, 551 Nr. 7 ZPO, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die Beklagte möglicherweise von diesem Vergleich zurückgetreten sei. Abgesehen davon, daß sich das angefochtene Urteil ausdrücklich mit der Frage auseinandersetzt, ob die Beklagte gemäß § 326 BGB vom Vergleich zurücktreten konnte (BU S. 13), scheitert die Rüge schon daran, daß sie sich mit dem eigenen Vortrag der Beklagten in Widerspruch setzt. Das Urteil nimmt an der bezeichneten Stelle in zulässiger Weise auf den Schriftsatz vom 28. August 1956 Bezug, in dem die Beklagte ausführt, daß sie nach dem 27. April 1955 nicht vom Vertrage zurückgetreten sei, daß sie dem Kläger keine Frist unter Androhung der im § 326 BGB bezeichneten Folgen gesetzt habe, und daß sie weiterhin "von dem Kläger die restlose Erfüllung des Vertrages verlangen" müsse. Für ihre in der Revisionsverhandlung vorgetragene Auffassung, die Beklagte sei lediglich vom Vergleich zurückgetreten, nicht aber von dem Architektenvertrag, sie schulde daher dem Kläger allenfalls den Rest von dem im ursprünglichen Vertrag vorgesehenen Gesamthonorar von 20 000 DM, nicht aber von dem im Vergleich zugrunde gelegten Honorar von 24 000 DM, konnte die Revision keine Erklärung der Beklagten anführen,

in welcher ein solcher Rücktritt vom Vergleich erblickt werden könnte.

Bei dieser Sachlage muß nicht erörtert werden, ob der Wortlaut des Vergleichs, wie das angefochtene Urteil ausführt, die Auslegung zuläßt, daß "die genau terminierte Zahlungspflicht der Beklagten" von der Erfüllung der dem Kläger obliegenden Pflichten in einer Weise unabhängig sein sollte, die der Beklagten die Ausübung der im § 326 BGB vorgesehenen Rechte abschnitt.

2. Dagegen führt die Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß der Kläger durch vertragswidriges Verhalten der Beklagten zur Kündigung des Vertrages veranlaßt worden sei, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

a) Das Oberlandesgericht würdigt den zwischen den Parteien bestehenden Architektenvertrag als Dienstvertrag, der den Kläger, da er Dienste höherer Art auf Grund besonderen Vertrauens zu leisten gehabt habe, jederzeit zur Kündigung berechtigt habe (§ 627 Abs. 1 BGB). Eine solche Kündigung des Klägers sei spätestens in seinem Schriftsatz vom 27. Oktober 1956 mit der Erklärung ausgesprochen worden, eine weitere Zusammenarbeit mit der Beklagten sei für ihn unzumutbar. Die ihm nach § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehende Vergütung könne auch nicht nach Satz 2 dieser Vorschrift gemindert werden oder ganz wegfallen, da er durch ein vertragswidriges Verhalten der Beklagten zu seiner Kündigung veranlaßt worden sei; denn diese habe ihn "fortgesetzt der Unfähigkeit, Parteilichkeit und schließlich sogar einer falschen Aussage vor Gericht bezichtigt, ihm auch Unterlagen vorenthalten und im übrigen entgegen der vom Kläger gewünschten und von ihr selbst am 10. Februar 1955 anerkannten 'Voraussetzung' weiterhin den Architekten

Gr[redacted] zugezogen". Ein Ersatzanspruch gemäß § 627 Abs. 2 BGB stehe der Beklagten nicht zu, da der Kläger nicht ohne wichtigen Grund gekündigt habe, jedenfalls aber die Klägerin sich die noch ausstehenden Dienste (abschließende Überprüfung von Handwerkerrechnungen) anderweit beschaffen könne. Der Kläger müsse sich jedoch nach § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Herabsetzung seines ihm nach dem Vergleich zustehenden Honoraranspruchs gefallen lassen, da er die ihm obliegende Rechnungsprüfung nicht im vollen Umfange durchgeführt habe; der danach gebotene Abzug sei jedoch nicht höher als der Betrag von 1 050 DM, um den der Kläger die Klageforderung ermäßigt hat.

Das Oberlandesgericht hat zwar den abzuziehenden Betrag nicht ausdrücklich mitgeteilt, doch ergibt er sich aus der folgenden - im Urteil im einzelnen begründeten - Berechnung:

Insgesamt seien Rechnungen im Gesamtbetrag von 1 200 000 DM zu überprüfen gewesen; davon habe der Kläger bezüglich eines Betrages von 237 673,76 DM seiner Prüfungspflicht nicht genügt - d. i. rund ein Fünftel -. Von dem nach dem Vergleich abweichend von dem ursprünglichen Vertrag sich ergebenden Gesamthonorar von 24 000 DM entfielen 20 v.H., also 4 800 DM, auf die Arbeiten der Rechnungsprüfung.

Daraus ergibt sich für die unterlassene Prüfung ein Anteil von rund 960 DM.

Die Darlegungen des angefochtenen Urteils halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

b) aa) Der das Rechtsverhältnis der Parteien bestimmende Schuldgrund wurde durch den Vergleich vom 27. April 1955

nicht umgeschaffen (BGB-RGRK Anm. 24 zu § 779), so daß sich die beiderseitigen Rechte und Pflichten nach den für den Architektenvertrag maßgebenden Grundsätzen bestimmen. Die Frage, ob ein solcher Vertrag Dienst- oder Werkvertrag ist, hat der Bundesgerichtshof dahin entschieden, daß jedenfalls der die Bauplanung sowie die Oberleitung und örtliche Bauaufsicht umfassende Architektenvertrag in aller Regel ein Werkvertrag ist (BGHZ 31, 224); ob etwas anderes dann gilt, wenn dem Architekten nicht die Planung oblag, sondern wenn Bauleitung und örtliche Bauaufsicht oder eine davon den alleinigen Gegenstand des Architektenvertrages bilden, ist in jener Entscheidung offen gelassen, doch wird dazu bemerkt, daß insoweit eine andere Beurteilung am Platze sein könnte (aaO S. 228). Für den vorliegenden Fall braucht nicht entschieden zu werden, ob ein Architektenvertrag, der die Oberleitung und die örtliche Bauaufsicht, nicht aber die Planung zum Gegenstand hat, in jedem Falle als Dienstvertrag anzusehen ist (so OLG Oldenburg, MDR 1958, 424); denn in dem hier zu beurteilenden Vertrag ist im besonderen die Eigenverantwortlichkeit des Klägers durch die weitgehende Überwachungs- und Prüfungsbefugnis der Beklagten nach § 4 des Vertrages so weit eingeschränkt, daß es rechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn der Berufungsrichter die Regeln des Dienstvertrages (§§ 611 ff BGB) anwandte.

bb) Dagegen sind die vom Berufungsgericht zur Frage der Kündigung des Klägers angestellten Erwägungen rechtlich nicht unbedenklich.

Der Bundesgerichtshof hat in der erwähnten Entscheidung (BGHZ 31, 224, 228) ausgesprochen, daß die Leistungen eines Architekten, dem alle Aufgaben von der Planung bis zur örtlichen Bauaufsicht obliegen, entgegen der Meinung des Reichsgerichts (RGZ 82, 285, 287) als Dienste höherer Art anzu-

sehen wären, die auf Grund eines besonderen Vertrauens nicht nur in die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern auch zu der Person des Architekten übertragen werden; ob dies auch dann gilt, wenn die Dienste des Architekten erst nach Abschluß der Planung beansprucht werden, wird in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend bejaht (OLG Hamm, SJZ 1950, 571; OLG Schleswig, SchlHAnz 1955, 155; OLG Koblenz, NJW 1958, 634; Staudinger/Neumann, BGB 11. Aufl. Randn. 4 zu § 627; Roth-Gaber, Kommentar zum Vertragsrecht und zur Gebührenordnung für Architekten, 6. Aufl. S. 209; a.M. noch BGB-RGRK Anm. 1 zu § 627 BGB unter Hinweis auf RGZ 82, 285), muß aber für den vorliegenden Fall nicht entschieden werden. Denn die von der Revision angegriffenen Darlegungen des Berufungsgerichts beziehen sich in gleicher Weise darauf, ob die Beklagte dem Kläger einen wichtigen Grund zur Kündigung gemäß § 626 BGB gegeben hat, wie darauf, ob dem Kläger ein wichtiger Grund für die Kündigung zur Unzeit (§ 627 Abs. 2 BGB) zur Seite stand.

Der Berufungsrichter hat eine Kündigung zur Unzeit mit der Begründung verneint, daß die Beklagte, wie sich auch aus dem Gutachten des Sachverständigen Schuld ergebe, durchaus in der Lage gewesen sei, sich die vom Kläger geschuldeten Dienste anderweit zu beschaffen. Die Revision beanstandet zu Recht, daß diese Feststellung unter Übergehung des Beweisantritts durch einen Sachverständigen dafür getroffen wurde, daß viele Arbeiten nur aus der persönlichen Sachkenntnis des bauleitenden Architekten genau überprüft werden könnten; die damit unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten, daß ein nachträglich zugezogener Architekt die bereits abgeschlossenen Arbeiten der Bauhandwerker nicht in der gleichen Weise überprüfen könne wie der bauleitende Architekt, der die Arbeiten schon während der Ausführung überwacht hatte, entspricht in so hohem Maße der Lebenserfahrung, daß die gegenteilige Feststellung nicht mit der bloßen Bezugnahme auf ein unter anderen

Gesichtspunkten erstelltes Gutachten des Architekten Schuld, in dem zu dieser Frage nicht Stellung genommen war, begründet werden durfte.

Unabhängig davon hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil (BU S. 15) einen den Kläger zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grund darin gesehen, daß die Beklagte beim Bau laufend in die Planungen des Klägers eingegriffen und zum Teil - ohne ihn vorher zu verständigen - weitere Firmen zugezogen, daß sie schon vor dem Vergleich die Tätigkeit des Klägers dauernd beanstandet, ihm Vorwürfe gemacht und eigenmächtig mit Handwerkern abgerechnet habe, daß sie ferner Gr[redacted] zugezogen und auch nach dem Vergleich dem Kläger Vorwürfe gemacht und seine Tätigkeit laufend beanstandet habe. Die Revision rügt zutreffend, daß damit großenteils ein Verhalten der Beklagten, das vor dem Abschluß des Vergleichs lag, in unzulässiger Weise als Grund für die Kündigung des Vertragsverhältnisses herangezogen wird. Das Berufungsgericht geht bei der Prüfung der von der Beklagten geltend gemachten Gegenansprüche davon aus (BU S. 20 ff), daß der Vergleich vom 27. April 1955 "sämtliche bis dahin aufgetretenen Differenzen beilegen sollte und die Beklagte sich damit aller bis dahin entstandenen Ersatzansprüche begeben habe; dann ist es aber auch dem Kläger verwehrt, seine Kündigung auf Gründe zu stützen, die er im Verhalten der Beklagten vor dem genannten Tage findet; soweit es sich aber darum handelt, daß die Beklagte nach dem Abschluß des Vergleichs Vorwürfe erhoben und das Verhalten des Klägers beanstandet hat, kann dieses Verhalten nicht als wichtiger Grund zur Kündigung gemäß § 626 oder § 627 Abs. 2 BGB gewertet werden, ohne daß Feststellungen darüber getroffen würden, ob die Vorwürfe der Beklagten wegen der nicht ausgeführten Abrechnungsarbeiten berechtigt oder aber so unbegründet waren, daß sie dem Kläger

die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar erscheinen ließen. In diesem Zusammenhang wäre auch festzustellen gewesen, ob die Beklagte den Architekten Gr[redacted] gegen den Willen des Klägers nicht nur nach Abschluß der "Vereinbarung" vom 10. Februar 1955 (BU S. 14 unten), sondern auch noch nach dem Vergleich vom 27. April 1955 beschäftigt hat und ob sie, wenn das der Fall wäre, gegen die "Vereinbarung" verstoßen hätte, in welcher der Kläger die Fertigstellung der Arbeiten zugesichert hatte "unter der Voraussetzung, daß er dabei nichts mit Herrn Gr[redacted] zu tun hat". Die von der Revision gegebene Auslegung dieser Vereinbarung, daß der Kläger damit nichts gegen eine Weiterbeschäftigung Gr[redacted] durch die Beklagte habe einwenden, sondern nur eine unmittelbare Zusammenarbeit mit ihm habe ausschließen wollen, liegt nach dem Wortlaut so nahe, daß es der Feststellung besonderer Umstände bedürfte, um jede Beschäftigung Gr[redacted] als vertragswidrig ansehen zu können.

Da insoweit die tatsächlichen Feststellungen für eine rechtliche Nachprüfung, vor allem in der Richtung, ob und in welchem Umfang der Kläger eine Teilvergütung gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen kann, nicht ausreichen, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

3. Die Revision beanstandet ferner die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich durch den Vergleich der Mehrzahl ihrer Gegenansprüche begeben.

a) Das Urteil legt im einzelnen dar (BU S. 20 - 22), daß die Beklagte kein Leistungsverweigerungsrecht aus den von ihr gegen den Kläger geltend gemachten Schadensersatzansprüchen herleiten könne, weil diese Ansprüche entweder von vornherein unbegründet gewesen seien (Anspruch wegen

mangelhafter Planung und Abdeckung der Kokseinfüllschächte), weil die geschuldete Rechnungsprüfung durch den als Gesamtschuldner verpflichteten Architekten R[redacted] vorgenommen worden sei (Anspruch auf Ersatz der in dem Rechtsstreit gegen die Firma L[redacted] entstandenen Kosten; BU S. 22 unter g), oder - in der Mehrzahl der Fälle - weil die Beklagte die Ansprüche zum Gegenstand des Vergleichs vom 27. April 1955 gemacht und sie insoweit mangels Vorbehalts verloren habe.

b) Nur die zuletzt angeführte Begründung greift die Revision an. Sie meint, daß es der Beklagten mit dem Vergleich nur darauf angekommen sei, daß der Bau abgenommen und daß mit den Handwerkern abgerechnet würde. Das Berufungsgericht habe den § 286 ZPO dadurch verletzt, daß es die Aussage des Zeugen K[redacted] - eines Angestellten der Beklagten nicht gewürdigt habe, wonach die Vergleichsverhandlungen nur auf Druck des Bankprokuristen Dr. M[redacted] zustandegekommen seien, dessen Bankhaus der Beklagten Kredit gewährt habe; Dr. M[redacted] aber habe als entscheidenden Inhalt des Vergleichs die Zahlungsweise für das Resthonorar des Klägers und die ordnungsgemäße Abrechnung insbesondere mit der Firma Mo[redacted] angesehen, während die übrigen im Vergleich nicht erwähnten Streitpunkte "für ihn nicht interessant gewesen" seien. Schadensersatzansprüche seien nicht Gegenstand der Vergleichsverhandlung gewesen; das könne entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht aus dem Entwurf eines nicht abgesandten Briefes der Beklagten an den Kläger vom 27. April 1955 entnommen werden. Dieser Revisionsangriff dringt nicht durch.

c) Der Berufungsrichter hat zur Auslegung des Vergleichsinhalts auf den nicht abgesandten Brief der Beklagten vom 27. April 1955 in Verbindung mit ihrem Schriftsatz

57

vom 26. August 1955 Bezug genommen (BU S. 20). In dem Briefentwurf hatte die Beklagte die Beanstandungen zusammengefaßt, die sie bis dahin gegen den Kläger vorzubringen hatte; sie hatte ferner die Schäden zusammengestellt, die ihr nach ihrer Auffassung aus dem Verschulden des Klägers wegen der Überschreitung des Kostenvoranschlags, der verspäteten Fertigstellung einzelner Bauabschnitte, der mangelnden Koordinierung und Überwachung verschiedener Firmen sowie der unterlassenen Abnahme und Abrechnung entstanden waren. Da sie in dem angeführten Schriftsatz selbst vortrug, daß der Inhalt dieses Briefentwurfs Gegenstand der Vergleichsverhandlungen vom 27. April 1955 gewesen sei, konnte das Oberlandesgericht aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten ohne Rechtsfehler den Schluß ziehen, daß der Vergleich auch alle in dem Briefentwurf angeführten Streitpunkte erledigen sollte, zumal er nach seinem Wortlaut den Zweck hatte, "gerichtlichen Streitigkeiten aus dem Wege zu gehen". Die von der Revision angeführte Aussage des Bankprokuristen stand diesem Schluß denkgesetzlich um so weniger im Wege, als er nur bekundete, welche Punkte des Vergleichs für ihn von Interesse waren; da sein Interesse als Vertreter des kreditgewährenden Bankhauses in anderer Richtung ging als das Interesse der Parteien, konnte seine Aussage ohnehin nur von begrenztem Wert für die Erforschung des Parteiwillens sein, soweit sie sich nicht ausdrücklich darauf bezog. Die Revision greift daher insoweit lediglich die Beweiswürdigung des Urteils an.

Bei dieser Sachlage konnte der Berufungsrichter im Ergebnis unerörtert lassen, welche der von den Parteien behaupteten Fassungen des vorletzten Absatzes des Vergleichs in Wahrheit vereinbart wurde; er mußte daher auch nicht feststellen, was dann, wenn nur die Worte "einschl. des Studio-Kinos" gestrichen wurden, mit der Verpflichtung

des Klägers gemeint sein sollte, "für die Abnahme des Gesamtobjektes zu sorgen". Diese Verpflichtung nahm Bezug auf die Vereinbarung vom 10. Februar 1955, in der ausdrücklich von der "Schlußabnahmebescheinigung des Bauaufsichtsamtes" die Rede war; der Gebrauchsabnahmeschein der Baubehörde war aber bereits am 1. April 1955 für das Büro- und Geschäftshaus einschließlich des Skala-Theaters erteilt worden, während das Studio-Kino unstreitig aus dem Vergleich gestrichen worden ist.

III. Die von der Beklagten erhobene Widerklage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Klägers hat das Berufungsgericht als unzulässig behandelt, soweit die Beklagte den ihr entstandenen Schaden beziffert hat, weil insoweit Leistungswiderklage möglich sei; im übrigen hat es sie als unbegründet abgewiesen, weil die von der Beklagten erhobenen Ansprüche wegen pflichtwidriger Anerkennung der von der Firma Be[redacted]- und Mo[redacted] vorgelegten Rechnungen durch den Vergleich vom 27. April 1955 erledigt seien.

1. Die Revision meint, daß das Rechtsschutzinteresse für die Feststellungswiderklage bezüglich der von der Beklagten bezifferten Ansprüche jedenfalls insoweit gegeben sei, als die Geltendmachung dieser Ansprüche im Wege der Aufrechnung vom Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 5 ZPO nicht zugelassen wurde; wenn schon die Beklagte nicht die Aufrechnung im Rechtsstreit erklären könne, müsse sie mindestens im Wege der Widerklage die Feststellung des Bestehens dieser Ansprüche erreichen können. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zwar kann ein Interesse an der Feststellungsklage nicht ausnahmslos dann verneint werden, wenn eine entsprechende Leistungsklage erhoben werden kann; vielmehr werden überall dort, wo das Feststellungsverfahren nach den Besonderheiten des einzelnen Falles zu einer

abschließenden oder prozeßwirtschaftlich sinnvollen Entscheidung führt, gegen die Zulassung dieses Verfahrens keine prozessualen Bedenken bestehen (BGHZ 2, 250, 253). So liegt es aber hier nicht. Die Zulassung der Feststellungsklage würde im Gegenteil dazu führen, daß die durch die Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO erreichte Straffung des Rechtsstreits wieder zunichte gemacht würde, ohne daß damit die Führung eines weiteren Rechtsstreits auf Leistung des von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzes erübrigt würde. Damit erweist sich die Feststellungsklage aus ähnlichen Gründen als unzulässig wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall, in dem sie nur dazu dienen sollte, dem Gegner die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts abzuschneiden, ohne daß ein weiterer Rechtsstreit über den Gegenanspruch dadurch vermieden wurde (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1953 - V ZR 162/52).

2. Dagegen dringt die Revision durch, soweit sie sich dagegen wendet, daß die Ansprüche wegen der angeblich pflichtwidrigen Anerkennung der von der Firma Be[redacted]- und Mo[redacted] vorgelegten Rechnungen durch den Vergleich erledigt seien. Denn diese Auffassung des Berufungsgerichts steht im Widerspruch zu seinen tatsächlichen Feststellungen.

Der Kläger hat nach Abschluß des Vergleichs, nämlich am 22. Juni und am 12. Juli 1955 die von der Firma Bo[redacted] in Rechnung gestellten Arbeiten überprüft und danach am 22. Juli 1955 eine Endabrechnung erstellt; erst darauf kam es zu weiteren Streitigkeiten, da die Beklagte mit den vom Kläger an den Rechnungen der Firma Be[redacted]- und Mo[redacted] vorgenommenen Abstrichen nicht zufrieden war (BU S. 4). Da die Arbeiten beider Firmen schwer voneinander abzugrenzen waren (BU S. 3), liegt es nahe, daß die Abrechnung mit

den beiden Firmen nur gleichzeitig fertiggestellt werden konnte. Das Berufungsgericht konnte daher, auch wenn die Abrechnung mit der Firma Bo[redacted]- und Mo[redacted] schon in dem - zum Gegenstand der Vergleichsverhandlungen gemachten - Briefentwurf vom 27. April 1955 erwähnt war, nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß alle von der Beklagten auf diese Abrechnung gestützten Ansprüche bereits vor diesem Tage entstanden seien; es mußte vielmehr prüfen, ob und in welchem Umfange solche Ansprüche auf Abrechnungsarbeiten des Klägers gegründet werden konnten, die nach dem Abschluß des Vergleichs auf Grund der sich daraus ergebenden Verpflichtungen ausgeführt oder vertragswidrig nicht vorgenommen wurden.

Auch aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Es war deshalb aufzuheben und die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Wilde Krüger-Nieland Jungbluth Pehle Mösl