

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 136 u. 212/68

URTEIL

Verkündet am

16. März 1970

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma W. R. [REDACTED] & Co., Inhaber Waldemar R. [REDACTED],
K. [REDACTED], H. [REDACTED] Ring [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

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

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Regie-
rungspräsidenten in K. [REDACTED], dieser vertreten durch den Kanzler
der Universität zu K. [REDACTED], Albertus-M. [REDACTED] platz,

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin werden die Urteile des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 7. Mai und 18. Oktober 1968 und ferner das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Köln vom 30. Mai 1967, soweit dieses die Klage in Höhe von 72.418,64 DM abgewiesen hat, aufgehoben.

Der Anspruch von 72.418,64 DM auf Erstattung ungedeckter Gemeinkosten ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs wird die Sache an das Landgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten der Rechtsmittel zu befinden hat.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Durch Schreiben des "Staatsneubauamts für Universitätsbauten K■■■■" (das später in "Staatshochbauamt für die Universität K■■■■" umbenannt worden ist) vom 2. Oktober 1957 wurde der Kläger auf Grund seines Angebots vom 3. September 1957 beauftragt, die Rohbauarbeiten für die Seminargebäude der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität K■■■■ auszuführen.

Dem Angebot und Auftrag wurden neben der VOB "Besondere Bedingungen" zugrundegelegt, deren Nr. 11 lautete:

"Änderung der Massen:

Der Auftraggeber bzw. dessen Vertreter behält sich vor, den Umfang der Lieferungen und Leistungen zu verringern oder zu vergrößern, bzw. einzelne Positionen fortfallen zu lassen. Eine Änderung der Einzelpreise wird hierdurch nicht bedingt."

Nach Nr. 19 bedurften zusätzliche, nicht im Angebot enthaltene Arbeiten eines schriftlichen Auftrags des Staatsneubauamts.

Während der Ausführung des Baus wurden die Pläne geändert, insbesondere die Dachkonstruktionen vereinfacht. Das Staatsneubauamt erteilte schriftlich drei Zusatzaufträge. Wegen der Planänderungen und wegen Massenkürzungen erbrachte die Klägerin weniger Leistungen, als im Angebot vorgesehen waren. Die (bezahlte)



Schlußrechnung lautete auf 1.250.660,41 DM; das Angebot hatte mit 1.546.017,60 DM abgeschlossen.

Die Klägerin machte im Jahre 1961 Nachforderungen geltend, vor allem 88.312,90 DM für Baustellengemeinkosten, die wegen der Verminderung ihrer Leistungen ungedeckt geblieben seien, und außerdem 9.355 DM für den Umbau einer Krananlage. Das Staatsneubauamt lehnte diese Forderungen mit Schreiben vom 30. Oktober 1961 ab. Nach weiterem Schriftwechsel, bei dem die Klägerin im Jahre 1962 noch 8.330 DM für Beseitigung von Bodenmassen beanspruchte, fand am 20. Februar 1963 eine Besprechung der Klägerin mit dem Staatshochbauamt statt. Hierüber fertigte der Leiter des Amts, Oberregierungsbaurat I [REDACTED], einen Aktenvermerk, den er der Klägerin zuleitete. In dem Vermerk ist zunächst niedergelegt, daß das Staatshochbauamt die beiden Forderungen von 9.355 und 8.330 DM ablehne. Weiter heißt es:

"Der Punkt 2 (ungedekte Gemeinkosten aus Minderleistungen) wird grundsätzlich, aber nicht der Höhe nach, anerkannt. Eine Entscheidung über die Höhe der zu vergütenden Gemeinkosten soll die Preisprüfungsstelle des Regierungspräsidenten fällen. ... Die Fa. Rapien erklärt außerdem, daß sie die vom Regierungspräsidenten zu treffende Entscheidung ... vorbehaltlos anerkennen wird."

Das Staatshochbauamt legte seine Vorgänge dem Regierungspräsidenten - Dezernat 34 - in K [REDACTED] vor. Die Preisprüfungsstelle des Regierungspräsidenten - Dezernat 52.2 - nahm unter dem 17. April 1963 dahin Stellung,

daß die Klägerin ungedeckte Gemeinkosten in Höhe von 72.918,64 DM erstattet verlangen könne; wegen der beiden anderen Nachforderungen sei eine Einigung auf 50 % = 8.500 DM erstrebenswert! Diese Stellungnahme leitete der Regierungspräsident - Dezernat 34 - an den Kanzler der Universität K [REDACTED] weiter. In der Begleitverfügung des Regierungspräsidenten vom 10. Juni 1963 ist bemerkt, daß die Stellungnahme seines Dezernats 52.2 nur in baupreisrechtlicher Hinsicht verwandt werden könne; vertragliche Belange würden von ihr nicht berührt, wie sie auch fehlende Vereinbarungen nicht ersetzen könne. Unter dem 12. August 1963 teilte daraufhin das Staatshochbauamt der Klägerin mit, daß es keine ihrer Mehrforderungen anerkenne.

Mit der Klage hat die Klägerin die drei strittigen Nachforderungen geltend gemacht und im ersten Rechtszug zuletzt Zahlung von 90.103,64 DM nebst Zinsen begehrt, davon 72.418,64 DM für ungedeckte Gemeinkosten. Wegen dieses Anspruchs beruft sie sich auf § 2 Nr. 3 und Nr. 5 VOB/B, das "Anerkenntnis" in der Besprechung vom 20. Februar 1963 und die Stellungnahme der Preisprüfungsstelle.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage in Höhe von 81.773,64 DM abgewiesen (72.418,64 DM für ungedeckte Gemeinkosten und 9.355 DM für Umbau einer Krananlage).

Das Oberlandesgericht hat die Berufung durch Teilurteil zurückgewiesen, soweit sie den Anspruch von 72.418,64 DM (ungedeckte Gemeinkosten) betraf. Nachdem dann die Parteien über den Anspruch auf Zahlung von

9.355 DM und die durch ihn verursachten Kosten einen Vergleich geschlossen hatten, hat es durch Schlußurteil die Kosten der Berufung zu 7/8 der Klägerin und zu 1/8 dem beklagten Land auferlegt.

Die Klägerin hat gegen Teil- und Schlußurteil Revision eingelegt. Der Bundesgerichtshof hat beide Revisionsverfahren zwecks gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbunden. Die Klägerin beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 72.418,64 DM nebst Zinsen zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits, soweit nicht durch Vergleich erledigt, zu tragen. Das beklagte Land beantragt, die Revisionen zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt rechtsfehlerfrei fest, daß die "Besonderen Bedingungen" (im folgenden BB) Vertragsinhalt geworden sind. Die Ausführungen der Revision geben keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung.

II.

Nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß § 11 der BB der Regelung in § 2 VOB/B vorgeht; dies ergibt sich sowohl aus Nr. 1 a der BB als auch aus § 1 Nr. 2 VOB/B.

Die Revision begründet ihre gegenteilige Ansicht wie folgt: Nach § 2 Nr. 3 VOB/B blieben Mehr- oder

Minderleistungen bis zu 10 % unberücksichtigt. Mit über diesen Rahmen hinausgehenden Abweichungen habe man bei Vertragsschluß nicht gerechnet. Deshalb könne § 11 BB sich nur auf den Fall beziehen, daß Mehr- oder Minderleistungen weniger als 10 % ausmachten. Im vorliegenden Fall betrage die Minderleistung 19,3 %. Dies bedeute jedenfalls "einen teilweisen Wegfall der Vertragsgrundlage".

Dieses Vorbringen bleibt ohne Erfolg.

Die Ansicht, Nr. 11 BB betreffe nur Abweichungen bis zu 10 %, ist verfehlt. Gerade für die Überschreitung des in § 2 Nr. 3 angegebenen Satzes von 10 % hat Nr. 11 BB Bedeutung.

Der Umstand allein, daß die Parteien bei Vertragsschluß mit einer Minderleistung von mehr als 10 % nicht gerechnet haben mögen, genügt nicht, um der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Änderung der Geschäftsgrundlage einen Anspruch zuzubilligen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sie, indem sie sich auf die BB einließ, das Wagnis einer über 10 % hinausgehenden Minderleistung übernommen. Bei dieser Sachlage könnte die Klägerin sich auf eine Änderung der Geschäftsgrundlage allenfalls berufen, wenn ein Festhalten am Vertrag einschließlich Nr. 11 BB für sie eine untragbare Härte bedeuten würde. Dafür hat sie jedoch nichts vorgetragen, wie das Berufungsgericht näher darlegt. Demgegenüber beschränkt sich die Revision auf den Hinweis, die Regelung des § 2 Nr. 3 VOB/B gebe eine "Richtlinie" für das, was zumutbar sei, und

diese Richtlinie sei "hier um 90 % überschritten". Damit, daß die Minderung der Leistungen - wenn auch erheblich - über den in § 2 Nr. 3 VOB/B genannten Prozentsatz hinausging, sind die Voraussetzungen für einen Anspruch wegen Änderung der Geschäftsgrundlage jedoch nicht dargetan. Die Klägerin hätte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, Angaben darüber machen müssen, inwiefern der wirtschaftliche Erfolg des Auftrags durch Festhalten an den Vertragsbedingungen beeinträchtigt wurde.

III.

Demnach kommt es entscheidend darauf an, ob eine Verpflichtung, wie die Klägerin geltend macht, durch ein in der Besprechung vom 20. Februar 1963 abgegebenes Schuldanerkennntnis begründet worden ist.

1. Hierzu führt das Berufungsgericht aus:

Die Erklärung des Oberregierungsbaurats Lohmann, der Anspruch auf Ersatz für ungedeckte Gemeinkosten werde grundsätzlich anerkannt, stelle jedenfalls kein selbständiges Schuldanerkennntnis im Sinne des § 781 BGB dar. In Betracht komme allenfalls ein bestätigendes Schuldanerkennntnis. Zweck eines solchen Anerkenntnisses sei, ein schon bestehendes Schuldverhältnis dem Streit der Parteien zu entziehen. Ein bestätigendes Anerkenntnis könne die Bedeutung haben, die Einwendung auszuschließen, die ursprüngliche Schuld habe nicht bestanden; in diesem Fall müsse jedoch der dem Anerkenntnis zugrundeliegende Sachverhalt geeignet sein, den vertraglich bestätig-

ten Anspruch auf irgendeine Weise zu stützen. Das sei hier nicht der Fall, da der Klägerin im Hinblick auf Nr. 11 BB kein Anspruch zugestanden habe. Darauf könne sich das beklagte Land weiterhin berufen. Dieses Ergebnis rechtfertige sich auch nach der Interessenlage. Für Oberregierungsbaurat I [REDACTED] habe kein ersichtlicher Anlaß bestanden, seinen bisher eingenommenen ablehnenden Standpunkt aufzugeben; die Klägerin habe keine Bereitschaft I [REDACTED] voraussetzen können, die Rechtstellung des beklagten Landes erheblich zu verschlechtern. Die "grundsätzliche Anerkennung" sei nur dahin zu verstehen, daß I [REDACTED] die Auffassung des Staatshochbauamts habe äußern und sie im Rahmen der vom Regierungspräsidenten anzustellenden Prüfung habe zur Geltung bringen sollen.

2. Soweit das Berufungsgericht ein selbständiges Schuldanerkenntnis verneint, ist ein Rechtsfehler nicht erkennbar und ein Revisionsangriff nicht erhoben.

Nicht zu folgen ist der Ansicht des Berufungsgerichts, es liege auch kein wirksames bestätigendes Schuldanerkenntnis vor.

a) Iaß ein derartiges Anerkenntnis unter Umständen eine Verpflichtung auch dann begründen kann, wenn eine solche vorher nicht bestand, ist, wenn diese Frage auch umstritten ist, in Rechtsprechung und Schrifttum mehrfach bejaht worden (vgl. dazu BGH NJW 1963, 2316; BGH WM 1966, 1280; Sellert, NJW 1968, 230; Wilckens, AcP 163, 137). Zu bejahen ist die Frage jedenfalls dann, wenn das Anerkenntnis das Ergebnis von Vergleichsverhandlungen darstellt, die einen Streit

über das Bestehen der Schuld zum Gegenstand hatten, wenn es also vergleichsweise gegeben wird. Wie der Vergleich insgesamt dient dann das Anerkenntnis der Beseitigung dieses Streits und ist hinsichtlich seiner Wirksamkeit wie der Vergleich selbst (vgl. § 779 BGB) zu beurteilen. Ob etwas anderes gilt, wenn nicht alle Merkmale des Vergleichs nach § 779 BGB gegeben sind, sondern nur ein "vergleichsähnlicher" Sachverhalt vorliegt (vgl. das angeführte Urteil NJW 1963, 2316), bedarf hier keiner Entscheidung.

b) Denn es bestehen keine Bedenken, das Ergebnis der Besprechung vom 20. Februar 1963 als Vergleich anzusehen, wenn hier zunächst einmal unterstellt wird, daß Oberregierungsbaurat L. [REDACTED] überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben hat (dazu unten c). Wie die Revision mit Recht hervorhebt, haben beide Seiten nachgegeben; das Staatshochbauamt hat seine Einwendungen gegen den Grund des Anspruchs fallen lassen; wegen der Höhe hat sich die Klägerin der Entscheidung der Preisprüfungsstelle des Regierungspräsidenten unterworfen.

c) Nicht haltbar ist die Auffassung des Berufungsgerichts, der Leiter des Staatshochbauamts habe keine verbindliche Erklärung zum Schuldgrund abgegeben, sondern ohne Verpflichtungswillen nur seine eigene Auffassung geäußert.

Über die Angelegenheit bestand, als die Besprechung stattfand, rund 1 1/2 Jahre Streit. In dem während dieser Zeit geführten Schriftwechsel hatten die Klägerin sowie das Staatshochbauamt ihren ent-

gegengesetzten Standpunkt mehrfach vertreten. Die Besprechung vom 20. Februar 1963 sollte dazu dienen, den Streit zu bereinigen. Das Ergebnis war die Einigung, daß das Staatshochbauamt den Anspruch wegen der ungedeckten Gemeinkosten grundsätzlich anerkannte und daß wegen der Höhe die Preisprüfungsstelle angegangen werden sollte. Dies konnte die Klägerin nach den vorausgegangenen langen Auseinandersetzungen nur als ein verbindliches Anerkenntnis dem Grunde nach verstehen, nicht als bloße Zusage L [REDACTED], dem Regierungspräsidenten eine Zahlung auf die ungedeckten Gemeinkosten vorzuschlagen, wie das Berufungsgericht meint. Für diese Ansicht des Berufungsgerichts spricht nach dem Inhalt des Aktenvermerks nichts; dort ist klar zum Ausdruck gekommen, daß der Regierungspräsident nur noch mit der Höhe des Anspruchs befaßt werden sollte.

3. Das von L [REDACTED] erklärte Schuldanerkenntnis ist nur wirksam, wenn er befugt war, es abzugeben. Das ist zu bejahen.

a) Bauherr und Vertragspartner ist unstreitig das beklagte Land. Dieses weist zutreffend darauf hin, daß es bei der Vorbereitung, Ausführung und Abrechnung der Universitätsbauten vom Kanzler der Universität K [REDACTED] vertreten wird. Die Revisionsantwort verweist insoweit auf § 65 Abs. 7 Satz 1 der Verfassung der Universität Köln (abgedruckt im Amtsblatt des Kultusministeriums NRW 1963, 224). Die Verfassung ist freilich, wie sich aus ihrem § 92 ergibt, erst am 1. Januar 1964 in Kraft getreten, also nach der Besprechung und dem Anerkenntnis vom 20. Februar 1963. Die gleiche Regelung galt aber

schon vorher (§ 13 Abs. 4 Satz 1 der Vereinbarung vom 24. Oktober 1960 zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der Stadt K[REDACTED] über die Universität K[REDACTED], Amtsblatt des Kultusministeriums 1960, Beilage zu Nr. 12). § 13 Abs. 4 Satz 2 der Vereinbarung ist (ebenso wie in § 65 Abs. 7 Satz 3 der Universitätsverfassung) auf die Anweisung vom 1. August 1895 über die Behandlung der Universitäts-Bausachen (Centralblatt für die gesamte Unterrichtsverwaltung in Preussen 1895, 607) verwiesen. Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 dieser Anweisung werden die Bauverträge von dem Lokalbaubeamten, vorbehaltlich der Genehmigung des Kurators, abgeschlossen. Dem Lokalbaubeamten entspricht heute der Leiter des Staatshochbauamts, dem Kurator der Kanzler der Universität Köln.

b) Im vorliegenden Fall ist im Bauauftrag als auftraggebende Stelle das Staatsneubauamt für Universitätsbauten K[REDACTED] aufgeführt. Das Auftragsschreiben enthält nichts über den Vorbehalt einer Genehmigung. Es ist auch nichts darüber vorgetragen, daß der Kanzler den Bauvertrag nachträglich genehmigt hätte. Es kann deshalb nur angenommen werden, daß er von vornherein dem Abschluß durch das Staatsneubauamt zugestimmt bzw. es zum Abschluß ermächtigt hat, sei es speziell für den vorliegenden Bauvertrag, sei es generell für alle Bauverträge, welche Universitätsbauten betrafen. Diese Annahme rechtfertigt sich auch deshalb, weil nach dem Vortrag des beklagten Landes (Schriftsatz vom 22. April 1965) der Leiter des Staatshochbauamts (früher Staatsneubauamt) "üblicherweise und routinemäßig..... die im Laufe eines Neubaus notwendigen Aufträge" vergibt (sich nach die-

sem Vortrag der Kanzler jedoch vorbehalten hat, in allen wichtigen Einzelfällen über die Aufträge selbst zu entscheiden).

In gleicher Weise wie der Hauptauftrag vom 2. Oktober 1957, also durch Schreiben des Staatsneubauamts, sind noch drei Nachtragsaufträge, zum Teil von erheblichem Umfang, erteilt worden (am 12. August 1958 über 74.673,20 DM, am 30. Juni 1960 über 3.347,70 DM, am 6. Oktober 1960 über 93.819,96 DM).

Das Amt hat auch die gesamten Verhandlungen über die Abrechnung der Leistungen der Klägerin und schließlich auch über die in diesem Prozeß streitige Nachforderung geführt.

Auf Grund dieser Umstände ergibt sich klar, daß der Kanzler seine Befugnis, das Land "bei der Vorbereitung, Ausführung und Abrechnung" des vorliegenden Bauvertrags zu vertreten, in vollem Umfang auf das Staatshochbauamt übertragen und dieses ermächtigt hat (wie "üblich und routinemäßig"), alle dieses Bauvorhaben betreffenden Maßnahmen zu ergreifen und insofern auch die erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen abzugeben. Diese Ermächtigung deckt auch die Regelung der bei der endgültigen Abrechnung auftretenden Streitpunkte, darunter des Streits über die Nachforderung wegen ungedeckter Gemeinkosten. Daß der Kanzler bezüglich des Bauvertrags mit der Klägerin sich irgendeine Entscheidung selbst vorbehalten hätte, ist nicht vorgetragen.

Der Anspruch auf Erstattung ungedeckter Gemeinkosten ist daher wegen des Anerkenntnisses vom 20. Februar 1963 dem Grunde nach gerechtfertigt.

IV.

Über seine Höhe ist dagegen noch vom Tatrichter zu entscheiden, und zwar nach billigem Ermessen.

Die Klägerin sieht in der Vereinbarung, daß die Preisprüfungsstelle über die Höhe entscheiden solle, eine Schiedsgutachtenabrede (§§ 317 ff BGB) und meint, die Äußerung der Preisprüfungsstelle sei ein verbindliches Schiedsgutachten, das den Anspruch der Höhe nach auf 72.418,64 DM festgelegt habe.

Dem ist nicht zu folgen. Ein Schiedsgutachtenvertrag wird schon deshalb zu verneinen sein, weil nicht, wie es die §§ 317 ff BGB vorsehen, ein Dritter, sondern eine Dienststelle des beklagten Landes die Leistung bestimmen sollte. Diese Frage kann aber auf sich beruhen. Denn jedenfalls ist eine Bestimmung der Leistung im Sinne der §§ 317 ff BGB nicht getroffen worden. Als solche Bestimmung kommt nur eine nach außen in Erscheinung tretende Äußerung des Regierungspräsidenten in Betracht. Die Stellungnahme der Preisprüfungsstelle gegenüber einer anderen Abteilung der Behörde des Regierungspräsidenten ist, wie auch das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nur ein innerdienstlicher Vorgang. Den Parteien hat die Preisprüfungsstelle ihre Äußerung nicht zugeleitet. Maßgebend kann nur die abschließende Stellungnahme des Regierungspräsidenten vom 10. Juni 1963 sein.

Diese enthält keine Bestimmung im Sinne des § 317 BGB, sondern die Feststellung, die Äußerung der Preisprüfungsstelle habe nur Bedeutung für die baupreisrechtliche Zulässigkeit; die Verantwortung für die Klärung der Angelegenheit treffe allein das Staatshochbauamt. Der Regierungspräsident hat auch seine Stellungnahme - mit der Äußerung der Preisprüfungsstelle - der Klägerin gar nicht mitgeteilt. Danach ergibt sich, daß der Regierungspräsident eine Bestimmung nicht treffen wollte; sie ist deshalb durch Urteil zu treffen (§ 319 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Das Ergebnis ändert sich nicht, wenn der Einschaltung des Regierungspräsidenten - einer Stelle des beklagten Landes - die Bedeutung beigelegt wird, daß die Bestimmung der Leistung einer Vertragspartei, hier dem Schuldner, übertragen worden ist (§ 315 Abs. 1 BGB). Nach der in dieser Vorschrift enthaltenen Auslegungsregel ist die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen. Das hat auch bei dieser Betrachtungsweise durch Urteil zu geschehen, weil die Bestimmung verzögert worden ist (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB).

V.

Nach allem sind die angefochtenen Urteile des Oberlandesgerichts aufzuheben, ebenso das Urteil des Landgerichts, soweit es den Anspruch auf Erstattung ungedeckter Gemeinkosten betrifft. Da die Voraussetzungen des § 304 ZPO gegeben sind, wird der Anspruch auf Erstattung der Gemeinkosten dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Zur Verhandlung

über den Betrag des Anspruchs wird die Sache nach §§ 565, 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen, das den Betrag nach billigem Ermessen zu bestimmen hat, wobei es sich nach der Sachlage der Hilfe eines Sachverständigen wird bedienen müssen.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Finke

Schmidt