

2087 050

43

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 178/63

URTEIL

Verkündet am

25. März 1965
Jodas, Justiz-
angestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Lucie L. S [REDACTED], B [REDACTED],
G [REDACTED] wog [REDACTED],

Beklagter, Widerklägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten Regierungsbaumeister und Baurat a.D.
Gerhard K [REDACTED], B [REDACTED], Pr [REDACTED] P [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 2. Juli 1963 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte und Frau Rosa M. übertrugen durch schriftlichen Vertrag vom 4. November 1957 dem Kläger die Architektenleistungen für ein Bauvorhaben in B. - Wi. .

In dem Vertrag wurden die Herstellungskosten auf rund 2 - 3 Millionen DM geschätzt. Nach Ausarbeitung der Pläne veranschlagte der Kläger die Kosten auf rund 2.228.000 DM, nach einer weiteren Bearbeitung auf 2.156.000 DM.

Der fertige Bau kostete 2.219.848,21 LM. Nach dieser Bausumme errechnete der Kläger sein Architektenhonorar auf 123.201,56 DM. Er hat hiervon ein Resthonorar von 19.100,78 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat mit zwei Gegenforderungen in Höhe von 7.854,45 und 8.284,59 DM aufgerechnet. Die erste Forderung leitet sie daraus her, daß die Bauunternehmung

- 3 -

Bo■■■■ & Kn■■■■ AG, die ihre Arbeiten für einen Pauschbetrag von 930.000 DM habe ausführen sollen, gegen sie ein Urteil über den Betrag von 7.854,45 DM wegen zusätzlicher, vom Kläger in Auftrag gegebener Arbeiten erwirkt habe. Die zweite Forderung begründet sie damit, daß durch eine Änderung des ursprünglichen Plans für die Fassade und die Anbringung größerer Fenster 8.284,59 DM Mehrkosten für Glaserarbeiten entstanden seien, während der Kläger ihr erklärt habe, eine Verteuerung trete nicht ein.

Ferner hat die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Zur Begründung trägt sie vor: Der Firma A■■■ - Gesundheitstechnik sei der Einbau der Be- und Entwässerungsanlagen sowie der Heizungs- und Warmwasseranlage zum Festpreis von 117.000 DM übertragen worden. Die Firma habe aber gegen sie wegen zusätzlicher Arbeiten, die der Kläger unter Mißbrauch seiner Vollmacht in Auftrag gegeben habe, weitere 19.881,07 DM eingeklagt.

Die Beklagte hat schließlich Widerklage auf Feststellung erhoben, der Kläger müsse ihr den Schaden ersetzen, der daraus entstehe oder entstehen könne, daß sie die zur Zeit im Streit befangene Forderung der Firma K■■■-Gesundheitstechnik von 19.881,07 DM nebst Zinsen und Kosten bezahlen müsse.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage entsprochen und durch Schlußurteil die Widerklage abgewiesen. Das Kammergericht hat die von der Beklagten gegen beide Urteile eingelegten Berufungen zurückgewiesen.

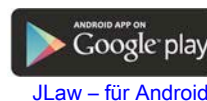
Mit ihrer Revision beantragt die Beklagte, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Entscheidungsgründe:

I.

Über Grund und Höhe des eingeklagten Honoraranspruchs besteht kein Streit mehr. Zu befinden ist nur noch über die von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen.

Aufrechnen kann sie mit den beiden Gegenforderungen im Betrage von 7.854,45 DM und 8.284,59 DM nicht.

1. Die Zulässigkeit der Aufrechnung mit der ersten Forderung verneint das Berufungsgericht, weil die Forderung nicht gleichartig mit der Klageforderung sei. Der von der Beklagten geltend gemachte Schaden bestehe darin, daß sie der Firma Bo[REDACTED] & Kn[REDACTED] AG 7.854,45 DM schulde. Ihr Ersatzanspruch gehe auf Befreiung von dieser Schuld. Daß sie bereits an die Firma Bo[REDACTED] & Kn[REDACTED] AG gezahlt habe und deshalb nunmehr Schadensersatz in Geld verlangen könne, mache die Beklagte nicht geltend.

Diese Begründung enthält keinen sachlichrechtlichen Fehler. Die auf § 139 ZPO gestützte Rüge, das Berufungsgericht habe die Beklagte fragen müssen, ob sie schon gezahlt habe, ist nicht begründet. Das hätte die Beklagte von sich aus vortragen können und müssen.

Ihr würde jedoch, wenn sie wegen des von der Firma Bo[REDACTED] & Kn[REDACTED] AG erwirkten Urteils Ansprüche gegen den Kläger hätte, jedenfalls ein Zurückbehaltungsrecht zustehen; auch auf dieses Recht hat sie sich im Rechtsstreit berufen (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 13. April 1962).

2. Auch mit der zweiten Forderung auf 8.284,59 DM kann die Beklagte nicht aufrechnen, weil diese nicht ihr allein zusteht.

Grundlage dieses Anspruchs ist der mit dem Kläger abgeschlossene Architektenvertrag. Zwar hat die Beklagte den Anspruch in den Tatsacheninstanzen auch aus unerlaubter Handlung des Klägers herzuleiten versucht. Deliktsansprüche hat das Kammergericht aber ohne Rechtsfehler verneint, und die Revision wendet dagegen nichts ein.

Der Kläger ist nicht von der Beklagten allein, sondern von ihr und Frau M. beauftragt worden. Beide hatten sich zu einem gemeinsamen Bauvorhaben zusammengesetzt und dadurch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet. Dahin geht der unstreitige Parteivortrag (Schriftsätze des Klägers vom 21. Dezember 1961 S. 1 und vom 5. März 1962 S. 11; Schriftsatz der Beklagten vom 13. April 1962 S. 2 f). Diese Gesellschaft hat den Architektenvertrag mit dem Kläger geschlossen, wie auch das Landgericht (Abs. 3 der Entscheidungsgründe des Teilurteils) festgestellt hat. Demgemäß stehen Ansprüche, die aus den Abmachungen mit dem Kläger hergeleitet werden, einschließlich der aus dem Architektenvertrag hergeleiteten Schadensersatzansprüche, den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu. Die Beklagte allein kann deshalb über diese Ansprüche nicht durch Aufrechnung verfügen.

Gleichwohl könnte sie, wenn die Gesellschafter einen Anspruch auf Schadensersatz haben, in Höhe dieses Anspruchs die Zahlung des Architektenhonorars verweigern. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) scheitert nicht daran, daß der Gegenanspruch der Beklagten nicht allein, sondern zusammen mit Frau M. zusteht (BGHZ 5, 173, 176; 38, 122, 125 f). Sie kann aber nicht nur dieses allgemeine Zurückbehaltungsrecht geltend machen, das zu einer Verurteilung Zug um Zug führt. Wenn eine aufrechen-

bare Gesellschaftsforderung besteht, hat sie auch in entsprechender Anwendung der §§ 770 Abs. 2 BGB, 129 Abs. 3 HGB ein Leistungsverweigerungsrecht, mit dem sie die Abweisung der Klage in Höhe des der Gesellschaft zustehenden Anspruch erreichen kann. Das hat der Bundesgerichtshof in der angeführten Entscheidung BGHZ 38, 122 für die Klage gegen einen als Gesamtschuldner belangten Miterben ausgeführt, der sich zur Abwehr der Klage auf Gegenansprüche beruft, die der Erbengemeinschaft zustehen. Was dort (aaO S. 127 f) für die Gewährung des Leistungsverweigerungsrechts in entsprechender Anwendung der §§ 770 Abs. 2, 129 Abs. 3 HGB ausgeführt ist, trifft auch für die Klage gegen einen als Gesamtschuldner in Anspruch genommenen Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu, der der Klage Gegenforderungen der Gesellschaft entgegenhält. Die Beklagte hat sich auch ausdrücklich darauf berufen, daß ihr ein Leistungsverweigerungsrecht nach den entsprechend anzuwendenden §§ 770 Abs. 2 BGB, 129 Abs. 3 HGB zustehe (S. 2 f des Schriftsatzes vom 13. April 1962).

3. Wie im folgenden ausgeführt wird, ist aber keine der Gegenforderungen auf die die Beklagte ihre Verteidigung stützt, begründet.

II.

Die Firma Bo[REDACTED] & Kn[REDACTED] AG hatte gemäß dem schriftlichen Auftrag vom 5. Juni 1958 die Arbeiten des Bauhauptgewerbes nach ihrem Angebot vom 29. Mai 1958 zu einem Pauschalpreis von 930.000 DM übernommen. Für zusätzliche Arbeiten, die nicht im Angebot enthalten waren, ist ihr in Höhe von 7.854,45 DM eine besondere Vergütung rechtskräftig zuerkannt worden.

1. Das Berufungsgericht verneint, daß der Kläger ein Garantieverprechen abgegeben habe, etwa über den Pauschbetrag von 930.000 DM hinausgehende Ansprüche der Firma Bo■■■■ & Kn■■■■ AG, insbesondere solche wegen zusätzlicher Arbeiten, persönlich zu erfüllen. Hierbei handelt es sich um eine dem Tatrichter zustehende Vertragsauslegung, die keine Verletzung sachlichen Rechts erkennen läßt und das Revisionsgericht bindet.

Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobenen Verfehrrensrügen greifen nicht durch.

U.a. rügt die Beklagte, daß das Gericht den von ihr als Zeugen benannten Horst Pl■■■■ nicht zu den auf S. 3 und 6 der Berufungsbegründung aufgestellten Behauptungen vernommen hat, nach der Vereinbarung der Parteien habe der Betrag von 930.000 DM einen Höchstbetrag darstellen sollen, der keinesfalls - jedenfalls nicht ohne Zustimmung der Beklagten - habe überschritten werden dürfen.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantritt nicht überschen. Es hält ihn für unerheblich und führt aus, die Beklagte habe nur nach Inhalt, Umfang und Zeitpunkt "unbestimmte und allgemein gehaltene Behauptungen in das Zeugnis des Horst Pl■■■■ gestellt". Aus ihnen könne nicht geschlossen werden, daß der Kläger ein selbständiges Garantieverprechen des Inhalts abgegeben habe, er wolle die Gefahr notwendiger zusätzlicher Arbeiten tragen.

Diese Beurteilung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Daß bei einem so umfangreichen Bauvorhaben zusätzliche, vom Angebot nicht erfaßte Arbeiten leicht notwendig werden konnten, entspricht der Lebenserfahrung. Auch die oben wiedergegebene Behauptung der Beklagten läßt erkennen, daß mit Mehrkosten zu rechnen war, wenn diese auch angeblich

nicht ohne Zustimmung der Beklagten aufgewandt werden durften. Schließlich geht schon aus dem der Firma Bo[REDACTED] & Kn[REDACTED] erteilten schriftlichen Auftrag hervor, daß selbst für die angebotenen Arbeiten es nicht unbedingt bei dem Preis von 930.000 DM zu bleiben hatte. Denn danach deckte der Baupreis nicht "Ausführungs- und Massendifferenzen", die 7 1/2 % des Pauschbetrags überstiegen. Dieser Auftrag ist nicht nur vom Kläger, sondern auch von der Beklagten unterschrieben worden.

Bei dieser Sachlage spricht nichts dafür, daß der Kläger das Risiko auf sich genommen haben sollte, mit seinem eigenen Vermögen für Ansprüche der Firma Bo[REDACTED] & Kn[REDACTED] einzustehen, die über den Pauschpreis von 930.000 DM hinaus etwa entstehen könnten; und das Vorbringen, für das Pl[REDACTED] benannt war, ist in der Tat nicht geeignet, den Schluß auf ein Garantieverprechen des Klägers zu rechtfertigen.

Die übrigen Beweisangebote, auf die die Revision verweist, brauchte das Berufungsgericht schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil sie alle nur in Schriftsätzen des ersten Rechtszugs enthalten und im Berufungsverfahren nicht wiederholt worden sind (BGHZ 35, 103).

2. Das Berufungsgericht führt aus, ein Anspruch auf 7.854,45 DM sei auch nicht aus schuldhafter Vertragsverletzung des Klägers gerechtfertigt. Aus dem Vorbringen der Beklagten könne sich allenfalls eine Nebenabrede ergeben, daß der Kläger sich im Rahmen der vorausgeschätzten Baukosten zu halten habe. Eine solche Abrede bedeute nicht, daß alle Mehrkosten vom Kläger zu tragen seien. Eine Verletzung einer solchen Nebenverpflichtung des Klägers liege hinsichtlich der zusätzlichen, durch Mehrarbeit verursachten

Kosten nicht vor, da diese nur 3 % ausmachten. Daß der Kläger sachwidrig zusätzliche Arbeiten vergeben habe, gehe aus dem Vorbringen der Beklagten nicht hervor. Bei einem Objekt von 930.000 DM könnten zusätzliche Kosten notwendig werden. Für die rund 24.000 DM kostenden Mehrarbeiten, die der Kläger vergeben habe, hätten die Beklagte und Frau M. zusätzliche Werte erhalten. Daß bestimmte Mehrarbeiten nicht nötig gewesen seien, habe die Beklagte nicht dargetan.

Auch diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen und stehen im Einklang mit dem Urteil des erkennenden Senats VII ZR 226/56 vom 7. Februar 1957 (VersR 1957, 298). Dort ist ausgeführt, daß dem Architekten bei der Kostenschätzung ein gewisser Spielraum zugebilligt werden muß und daß selbst eine Fehlschätzung von 27,7 %, die in jenem Fall vorlag, nicht ohne weiteres eine schuldhaftige Vertragsverletzung darstelle. Ohne Rechtsfehler berücksichtigt das Berufungsgericht auch, daß die Beklagte und Frau Marcus durch die Mehrarbeiten zusätzliche Werte erhalten haben. Der Senat hat in dem Urteil vom 7. Februar 1957 ausgeführt, daß der Bauherr keinen Schaden erleide, wenn die Wertsteigerung die Aufwendungen übertreffen sollte; ein Schaden liegt aber in der Regel auch schon dann nicht vor, wenn der durch notwendige zusätzliche Arbeiten geschaffene Wert der Vergütung für die Zusatzarbeiten gleichkommt.

Was die Revision gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts anführt, greift nicht durch:

a) Sie meint, von der Erlangung zusätzlicher Werte könne keine Rede sein, weil die Firma Bo. & Kn. AG die Arbeit zu einem Pauschpreis habe ausführen müssen. Hierbei ist überschen, daß der Pauschpreis nur für die im

Angebot der Firma Bo [REDACTED] & Kn [REDACTED] AG enthaltenen Arbeiten galt, nicht aber für zusätzliche Leistungen.

b) Die Beklagte weist auf ihre in den Tatsacheninstanzen aufgestellte Behauptung hin, daß der Kläger mit der Vergebung zusätzlicher Arbeiten seine Vollmacht überschritten habe. Damit allein ist ein Schaden noch nicht dargelegt. Wenn die zusätzlichen Arbeiten notwendig waren und der Bauherrin zusätzliche Werte verschafft haben, wovon nach dem Berufungsurteil auszugehen ist, hat die Bauherrin keinen Schaden erlitten.

c) Das gilt auch dann, wenn die Behauptung der Beklagten zutreffen sollte, die Zusatzarbeiten seien zum Teil infolge unzureichender Planung vom Kläger nicht von vornherein vorgesehen worden. Auch dann bleibt es dabei, daß ein Schaden nicht dargelegt ist, wenn die zusätzlichen Arbeiten notwendig waren und die für sie gezahlte Vergütung durch einen höheren Wert des Baus ausgeglichen wurde.

III.

Die Mehrkosten für die Fenster in Höhe von 8.284,59 DM sind dadurch entstanden, daß im Entwurf des Klägers kleinere Holzverkleidete Fenster vorgesehen waren, nachträglich aber anstelle der vorgesehenen Fassade eine Stahlkonstruktion mit größeren Fenstern aus stärkerem Glas in Auftrag gegeben und ausgeführt wurde. Die Beklagte behauptet, der Kläger habe ihr zugesichert, durch die veränderte Ausführung würden keine Mehrkosten entstehen.

1. Hierzu stellt das Berufungsgericht fest, die Beklagte sei mit der Änderung einverstanden gewesen. Es stehe außer Frage, daß größere und stärkere Fensterscheiben mehr kosteten.

Das habe auch die Beklagte gewußt. Sie berufe sich nur darauf, daß der Kläger erklärt habe, eine Verteuerung des Bauvorhabens trete nicht ein. Die Erklärung habe sich nach der Aussage des Zeugen Pl. [REDACTED] und dem eigenen Vorbringen der Beklagten auf die Kosten des Gesamtbauvorhabens bezogen. Daß sie unrichtig gewesen wäre, habe die Beklagte nicht dargetan. Es sei gut möglich, daß bei der vorgenommenen Ausführung andere Leistungen erspart worden und dadurch die Gesamtkosten gleich groß geblieben seien.

2. Auf Grund dieser Feststellungen hat das Berufungsgericht einen Ersatzanspruch der Beklagten wegen der Mehrkosten der Fenster rechtsfehlerfrei verneint. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision haben keinen Erfolg.

a) Daß das Berufungsgericht den Zeugen Plohm nicht nochmals vernommen hat, rügt die Revision schon deshalb erfolglos, weil die Beklagte die Vernehmung des Zeugen hierzu nicht im Berufungsverfahren beantragt hat.

b) Der Umstand, daß die Baukosten die Schätzung des Klägers um 3% überstiegen haben, hindert die Annahme nicht, daß die Mehrkosten für die Fenster durch Einsparungen bei anderen Positionen aufgefangen worden sind.

c) Die Revision rügt auch zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Die Beklagte stützt ihren Anspruch darauf, daß die Angabe des Klägers, die Mehrkosten für die Fenster würden an anderer Stelle eingespart werden, unrichtig gewesen sei. Das muß sie beweisen und die näheren Angaben, die der Kläger über die Einsparungen bei anderen Positionen gemacht und durch den von ihm vorgelegten "Nachweis der Kostenüberschreitung" erläutert hat (vgl. S. 25 f des Schrifts. vom 24. April 1962), widerlegen. Dazu hat sie nichts vorgetragen.

IV.

1. Das Berufungsgericht verneint ferner einen Anspruch der Beklagten bezüglich der 19.881,07 DM, welche die Firma K●-Gesundheitstechnik für zusätzliche Arbeiten beansprucht, die in den von ihr zum Festpreis von 117.000 DM angebotenen Arbeiten nicht enthalten waren. Es verweist darauf, daß der Kläger im Schriftsatz vom 27. Juni 1962 nähere Angaben darüber gemacht habe, wie es zu den Zusatzaufträgen an die Firma K●-Gesundheitstechnik gekommen sei, weshalb die Erteilung dieser Aufträge nötig gewesen sei und warum die später zusätzlich vergebenen Arbeiten noch nicht im ursprünglichen Leistungsverzeichnis der K●-Gesundheitstechnik hätten enthalten sein können. Demgegenüber habe die Beklagte keine Einzeltatsachen dafür vorgetragen, daß die Erteilung der zusätzlichen Aufträge abrede- und sachwidrig gewesen sei.

2. Fast alle von der Revision in diesem Zusammenhang als Übergangen gerügten Beweisantritte sind in Schriftsätzen des ersten Rechtszugs enthalten und im zweiten Rechtszug nicht wiederholt worden.

Mit der allgemein gehaltenen Behauptung in der Berufungsbegründung, daß der Kläger seine Weisungen und Vollmachten überschritten habe, konnte die Beklagte die Entstehung eines Schadens nicht dartun und die Darstellung des Klägers nicht widerlegen, daß die Zusatzaufträge sachgemäß und erforderlich waren. Betrafen sie aber notwendige Arbeiten, so ist eine Schädigung der Beklagten nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht brauchte daher den Zeugen Fl●●●●● zu der angeblichen Überschreitung der Vollmacht nicht zu hören.

V.

Schließlich wendet sich die Revision auch ohne Erfolg gegen die Abweisung der Widerklage.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Beklagte etwa nur auf Feststellung klagen könne, daß ihr und Frau H. ein Anspruch zustehe. Hiergegen ist nichts einzuwenden. Wenn es sich allerdings bei dem mit der Widerklage verfolgten Anspruch um eine Forderung der Gesellschaft handelte, so bestünden Bedenken, ob die Widerklage überhaupt zulässig wäre; dann würde nämlich der Beklagten insoweit nicht nur die sachliche Befugnis zur Geltendmachung des Anspruchs, sondern auch die Befugnis zur Prozeßführung fehlen (EGH VII ZR 264/60 vom 20. Dezember 1962 = WM 1963, 728). Nach der Fassung des Widerklageantrags macht aber die Beklagte keinen Anspruch der Gesellschaft geltend. Sie begehrt Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, der ihr durch eine Verurteilung in dem allein gegen sie von der K.-Gesundheitstechnik geführten Prozeß entsteht oder entstehen könnte. Daraus kann nur der Beklagten selbst ein Schaden erwachsen.

Daß die Widerklage sachlich unbegründet ist, ergibt sich aus dem oben unter IV Ausgeführten.

Nach allem ist die Revision mit der Kostenfolge
aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt

Finke