

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 224/63

URTEIL

Verkündet am
6. Mai 1965
Pohl,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bäckermeisters Ludwig R [REDACTED], A [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten Diplomingenieur August N [REDACTED],
A [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 8. Mai 1963 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Architektenvertrag vom 21. September 1959 übertrug der Beklagte dem Kläger für den geplanten Neubau eines Geschäfts- und Wohnhauses auf seinem Grundstück A [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED], wie jetzt nicht mehr streitig ist, die Ausarbeitung der Pläne, die künstlerische und technisch-geschäftliche Oberleitung sowie die örtliche Bauaufsicht. Die Vergütung des Klägers war nach der GOA 1950 unter Anwendung der Bauklasse IV zu errechnen. Der vorgedruckte Inhalt des Vertrages entspricht dem bei Roth-Gaber, GOA, 2. Aufl. 1952, abgedruckten Muster. § 13 lautet:

- "1. Auftraggeber und Architekt können den Vertrag nur aus wichtigem Grunde kündigen, und zwar ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.
2. Wird aus einem Grunde gekündigt, den der Auftraggeber zu vertreten hat, so behält der Architekt den Anspruch auf die ganze vertragliche Vergütung, jedoch unter Abzug ersparter Aufwendungen. Diese werden mit 40 vH des Honorars für die vom Architekten noch nicht geleisteten Arbeiten vereinbart.
3. Wird aus einem Grunde gekündigt, den der Architekt zu vertreten hat, so steht dem Architekten nur die Vergütung für die bis zur Kündigung geleisteten Arbeiten zu."

Der Kläger fertigte Vorentwurf, Entwurf und Bauvorlagen für den ersten und zweiten Bauabschnitt.

Mit Schreiben vom 3. Februar 1960 kündigte der Beklagte den Vertrag. Der Kläger antwortete am 5. Februar 1960, der Beklagte habe zur Kündigung keinen Grund gehabt; er (Kläger) sei daher berechtigt, gemäß § 13 Ziff. 2 des Vertrages seine gesamte vertragliche Vergütung abzüglich 40 % des Honorars für noch nicht geleistete Arbeiten zu verlangen. Demgemäß hat er in seiner Abrechnung vom 19. Februar 1960 und mit der Klage für bereits geleistete Arbeiten 14.398,21 DM, für noch nicht geleistete Arbeiten 19.583,33 DM (60 %), für Aufmaße 566,40 DM, insgesamt 34.547,94 DM nebst Zinsen gefordert.

Der Beklagte ist der Ansicht, seine Kündigung sei aus mehreren wichtigen, vom Kläger zu vertretenden Gründen gerechtfertigt. Es sei ihm ein Schadensersatzanspruch erwachsen, mit dem er aufrechne.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von insgesamt 33.750,43 DM nebst 8,5 % Zinsen stattgegeben: davon 13.931,41 DM für geleistete Arbeiten, 19.252,62 DM für nicht geleistete Arbeiten, 566,40 DM für Aufmaße.



Der Beklagte hat Berufung eingelegt. Während des Berufungsverfahrens hat er die Klageforderung in Höhe von 13.931,41 DM anerkannt und durch Zahlung erfüllt, worauf die Parteien die Hauptsache insoweit für erledigt erklärt haben.

Das Berufungsgericht hat die 13.931,41 DM von der Urteils-
summe abgesetzt. Außerdem hat es die Zinsen auf 4 % ermäßigt.
Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Ziele völliger Abweisung der Klage, soweit diese nicht durch Zahlung erledigt ist. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat für den Beklagten ein wichtiger Grund zur Kündigung nicht bestanden.

Die Revision meint demgegenüber, der Beklagte habe aus einem vom Kläger zu vertretenden wichtigen Grunde gekündigt. Diesem stehe daher nach § 13 Nr. 3 des Vertrages nur die Vergütung für die geleisteten Arbeiten zu, die er unstreitig erhalten hat.

Die Parteien sind darüber einig, daß der Vertrag sein Ende gefunden hat; der Kläger hat, mag er dem Beklagten auch das Recht zur Kündigung bestreiten, sich mit dieser dann doch einverstanden erklärt. Nunmehr streiten die Parteien nur darüber, ob der Kläger für die von ihm nicht erbrachten Leistungen 60 % seines Honorars fordern kann, wie in § 13

Nr. 2 des Vertrages vorgesehen, oder ob er dafür nichts verlangen kann, wie in § 13 Nr. 3 des Vertrages bestimmt ist.

Ob der Beklagte überhaupt einen wichtigen Grund zur Kündigung hatte, kann unter diesen Umständen auf sich beruhen. War das nicht der Fall, so kann er keinesfalls besser stehen als in dem im Vertrag nicht erwähnten Fall, daß ihm ein von keiner Partei zu vertretender wichtiger Kündigungsgrund zustand. Im folgenden brauchen daher nur die 3 Möglichkeiten behandelt zu werden, daß ein dem Bauherrn zustehender Kündigungsgrund von ihm selbst, vom Architekten oder von keinem von beiden zu vertreten ist. Die ersten beiden Fälle sind in § 13 Nr. 2 und 3 des Vertrages ausdrücklich geregelt. Über den dritten Fall meint das Berufungsgericht, da er im Vertrage nicht geregelt sei, verbleibe es insoweit bei der gesetzlichen Regelung des § 649 BGB.

Das letztere trifft allerdings in dieser Form nicht zu; denn § 649 BGB läßt eine jederzeitige Kündigung des Bestellers zu, § 13 des Vertrages aber nur eine Kündigung aus wichtigem Grunde. Außerdem enthält § 649 BGB nicht die in § 13 des Vertrages vorgesehene und auch vom Berufungsgericht angewandte Pauschalierung der anzurechnenden Ersparnisse auf 40 % des Honorars. Das Berufungsgericht meint aber ersichtlich das Richtige. Es legt die von ihm als lückenhaft erkannte Vertragsbestimmung des § 13 nach Sinn und Zweck der entsprechenden gesetzlichen Regelung ergänzend aus. Nach der gesetzlich bestehenden Rechtslage verliert der Unternehmer seinen (ggf. gemäß § 649 BGB zu kürzenden) Werklohnanspruch für noch nicht erbrachte Leistungen bei einer Kündigung des Bestellers nur dann, wenn er sich eines den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens schuldig gemacht hat (vgl. die Urteile des Senats BGHZ 31, 224, 229; VII ZR 147/60 vom 7. Dezember 1961; VII ZR 204/61 vom 20. Mai 1963; VII ZR 117/62 vom 20. Juni 1963; VII ZR 185/62 vom 23. März 1964).

Das rechtfertigt eine ergänzende Vertragsauslegung des § 13 dahin, daß auch hier nur in den Fällen, in denen der Architekt den Kündigungsgrund zu vertreten hat, die in § 13 Nr. 3 vorgesehene Rechtsfolge eintritt, während in allen anderen Fällen der Vertragsbeendigung durch Kündigung, also auch dann, wenn der Kündigungsgrund des Bauherrn von keiner Partei zu vertreten ist, sich die Rechtsfolgen nach § 13 Nr. 2 des Vertrages bestimmen. Ebenso ist es, wie oben erwähnt, in dem Fall, daß der Architekt einer an sich nicht berechtigten Kündigung des Bauherrn zugestimmt hat. Da es sich um einen vielfach angewandten Mustervertrag handelt, ist das Revisionsgericht selbst zur Vertragsauslegung befugt.

Der Beklagte muß daher, um den Vergütungsanspruch des Klägers auszuräumen, den Nachweis erbringen, daß seine Kündigung aus einem vom Kläger zu vertretenden Grunde berechtigt war. Diesen Nachweis hat er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erbracht.

I.

Die Revision sieht einen wichtigen Kündigungsgrund vor allem im Verhalten des Klägers gegenüber dem Schreinermeister Staab im Jahre 1955, als er von diesem das Angebot für den Bau der Firma Auto-D [REDACTED] einholte. Der Beklagte hat behauptet, der Kläger habe St [REDACTED] damals veranlaßt, sein Angebot um 314 DM zu erhöhen und dafür Arbeiten in der Wohnung des Klägers auszuführen.

St [REDACTED] hatte in der Tat derartiges erzählt. Der Kläger hatte darauf 1958 Privatklage gegen ihn erhoben. Diese löste ein Strafverfahren gegen den Kläger und St [REDACTED] wegen Betrugs und Untreue aus. Durch rechtskräftiges Urteil des Amtsgerichts

A [REDACTED] vom 18. April 1959 wurden beide mangels Beweises freigesprochen. Darauf kam es am 4. September 1959 zu einem Vergleich in dem Privatklageverfahren: St [REDACTED] hielt seine Behauptung nicht aufrecht und übernahm die Kosten, der Kläger nahm die Privatklage zurück.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts meint die Revision, trotz des Freispruchs und des Vergleichs sei an dem Kläger so viel Verdacht hängen geblieben, daß die Kündigung des Beklagten aus wichtigem Grunde gerechtfertigt sei.

Auf den Verdacht allein kommt es jedoch nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob der Kläger den Verdacht verschuldet hat oder nicht. Denn nur ein vom Kläger zu vertretender Kündigungsgrund läßt nach § 13 Nr. 3 des Vertrages seinen Anspruch auf Vergütung für die noch nicht geleisteten Arbeiten entfallen. Ein Kündigungsgrund, den der Kläger nicht zu vertreten hat, kann auch kein "den Vertragszweck erheblich gefährdendes Verhalten" des Klägers im Sinne der Rechtsprechung zu § 649 BGB sein (vgl. die o.a. Urteile des Senats). Denn ein solches Verhalten setzt ebenfalls ein Verschulden (Vertretenmüssen) voraus.

1.) Das Berufungsgericht stellt auf Grund der von ihm urkundlich verwerteten Straf- und Privatklageakten fest, der Kläger habe St [REDACTED] seinerzeit veranlaßt, sein Angebot darauf zu überprüfen, ob er richtig kalkuliert habe, und St [REDACTED] habe auf diese Anregung des Klägers hin sein Angebot um 314 DM auf 2.305 DM erhöht. Es hält für glaubwürdig, daß der Kläger die Anregung gegeben hat, weil er annahm, St [REDACTED] habe sich verrechnet. Es stellt weiter fest, der Kläger habe Staab etwa um die gleiche Zeit mit Arbeiten in seiner neuen Wohnung betraut. Alle weiteren Behauptungen des Beklagten über die damaligen Vorgänge hält es für nicht erwiesen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist es also möglich, daß St. den Kläger verleumdet hat. In solchem Fall kann aber keine Rede davon sein, daß der Kläger den Verdacht, der etwa gegen ihn noch fortbestehen sollte, verschuldet und zu vertreten hätte, wie die Revision meint. Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt reicht für eine solche Feststellung nicht aus. Wer durch Verleumdung in Verdacht gerät, hat das in der Regel nicht zu vertreten (vgl. auch BGHZ 29, 275, 277).

2.) Die Revision meint, schon die Anregung des Klägers gegenüber St., seine Kalkulation auf einen Rechenfehler zu überprüfen, sei eine schuldhafte Vertragsverletzung des Klägers gegenüber der damaligen Bauherrin (Fa. D.) gewesen, zu deren Gunsten der Kläger einen Kalkulationsirrtum St. hätte ausnutzen müssen.

Das trifft nicht zu. Vielmehr ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß der Kläger nicht gegen seine Vertragspflichten gegenüber der Fa. D. verstieß, wenn er bei St. anregte, sein Angebot auf Rechenfehler zu überprüfen. Daraus hätte die Fa. D. keinen wichtigen Kündigungsgrund herleiten können; erst recht kann das nicht der Beklagte, der von den damaligen Vorgängen nicht unmittelbar berührt ist.

3.) Die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins sind bei dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht anwendbar.

4.) Es durfte dem Inhalt der Straf- und Privatklageakten entnehmen, daß der Kläger die Arbeiten St. in seiner Wohnung voll bezahlt hatte, ohne dessen Vergütung um 314 DM zu kürzen. Andernfalls wäre unverständlich, daß St. un-

streitig versucht hat, 314 DM (als angeblich zuviel gezahlt) an den Kläger zurückzuzahlen.

5.) Mit dem Vergleich im Privatklageverfahren sowie den Briefen St[REDACTED] an den Kläger vom 16. Dezember 1957 und an dessen Anwalt vom 28. Dezember 1957 brauchte sich das Berufungsgericht im Urteil nicht weiter auseinanderzusetzen. Denn auch mit diesen Urkunden konnte der Beklagte nicht den ihm obliegenden Nachweis erbringen, daß der Kläger den gegen ihn etwa noch fortbestehenden Verdacht zu vertreten hätte.

6.) Die Revision meint, da der Kläger durch seine Privatklage die - vom Berufungsgericht für begründet erklärte - Zeugnisverweigerung St[REDACTED] im vorliegenden Rechtsstreit verursacht habe, müsse er sich (in entsprechender Anwendung von § 444 ZPO) so behandeln lassen, als ob Staab die Behauptung des Beklagten bestätigt hätte.

Das geht fehl. Lücken in der Beweisführung gehen nur dann zu Lasten der nicht beweispflichtigen Partei, wenn diese die Unaufklärbarkeit schuldhaft herbeigeführt hat (BGH IM Nr. 2 zu § 282 ZPO; Nr. 19 zu § 611 BGB mit Nachweisen; Urteil des Senats VII ZR 30/61 vom 20. September 1962 S. 16). Im vorliegenden Fall steht aber nicht fest, daß der Kläger die Zeugnisverweigerung St[REDACTED] durch seine Privatklage verschuldet hätte. Falls St[REDACTED] ihn verleumdet hatte, was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts möglich ist, war es das gute Recht des Klägers, dieser Verleumdung mit Hilfe einer Privatklage entgegenzutreten. Er war nicht etwa dem Beklagten gegenüber verpflichtet, die Privatklage zu unterlassen, nur weil sie möglicherweise den Beklagten später in Beweisschwierigkeiten bringen konnte. Das gleiche gilt für den im Privatklageverfahren abgeschlossenen Vergleich.

7.) Der Beklagte hatte sich auf das Zeugnis des Geschäftsführers W[REDACTED] der Fa. D[REDACTED] berufen.

Das Berufungsgericht bezeichnet dieses Beweismittel als ungeeignet. Die Aussagen W[REDACTED] im Strafverfahren ergäben, daß er aus eigenem Wissen keine Angaben darüber machen könne, was der Kläger 1955 mit St[REDACTED] besprochen habe. Der Beklagte habe auch nichts Gegenteiliges behauptet und keine bestimmten Einzeltatsachen bezeichnet, über die der Zeuge aus seinem Wissen hätte aussagen sollen.

Die Revision meint, der Beklagte habe sich nicht auf das zu verlassen brauchen, was W[REDACTED] im Strafverfahren ausgesagt habe; er habe Anspruch auf eine erneute Vernehmung W[REDACTED] im gegenwärtigen Rechtsstreit gehabt.

Das Berufungsgericht hat jedoch den Beweisantritt ohne Prozeßverstoß als unsubstantiiert abgelehnt. Bei der gegebenen Sachlage und angesichts der bereits vorliegenden Aussagen des Zeugen im Strafverfahren hätte der Beklagte in der Tat im einzelnen darlegen müssen, was denn eigentlich der Zeuge W[REDACTED] aus eigenem Wissen (und nicht bloß auf Grund von Mitteilungen St[REDACTED]) über die behaupteten Vorgänge bekunden könne. Daran fehlt es. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht W[REDACTED] nicht zu vernehmen.

8.) Der Beklagte hatte den Baurat K[REDACTED] als Zeugen dafür benannt, daß ihm "der eine oder der andere frühere Auftraggeber des Klägers" erzählt habe, "sie wären bei ihm schwer hereingefallen".

Auf diesen völlig unsubstantiierten Beweisantrag brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen. Es hat ihn mit Recht als unschlüssig abgelehnt.

9.) Der Beklagte hatte durch den Architekten Sch[REDACTED] als Zeugen unter Beweis gestellt, der Kläger habe eine Zusammenarbeit mit diesem abgelehnt.

Das war unstreitig, aber auch unerheblich. Der Kläger war dem Beklagten gegenüber nicht vertraglich verpflichtet, sich diesem die Zusammenarbeit mit einem anderen Architekten aufdrängen zu lassen. Wenn er das ablehnte, so lag darin keine schuldhafte Vertragsverletzung.

Fehl geht die Annahme der Revision, insoweit sei das Berufungsurteil nicht mit Gründen versehen (§ 551 Nr. 7 ZPO).

10.) Dasselbe gilt für die Ansicht der Revision, es liege ein mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB) des Klägers darin, daß er den Beklagten seinerzeit nicht gefragt habe, weshalb diese kein Vertrauen mehr zu ihm habe. Abgesehen davon macht der Kläger auch keinen Schadensersatzanspruch geltend.

II.

Das Berufungsgericht hält auch alle weiteren vom Beklagten vorgetragenen Kündigungsgründe für nicht gerechtfertigt. Von dem Vorbringen der Revision hierzu bedarf nur noch folgendes der Erörterung:

1.) Das Berufungsgericht verneint eine Leistungsverzögerung des Klägers als wichtigen Kündigungsgrund.

a) Es hat diese auch im Zusammenhang mit den vom Beklagten sonst noch vorgetragenen Kündigungsgründen gewürdigt. Die Revision vermißt das zu Unrecht.

b) Sie meint, die Verzögerung zwischen der Fertigstellung der Pläne für den 1. Bauabschnitt (2. Oktober 1959) und ihrer Einreichung beim Bauamt (1. Februar 1960) sei erheblich und vom Beklagten zu vertreten; insbesondere habe er die Unterschriften der Nachbarn nicht rechtzeitig eingeholt.

Das kann auf sich beruhen. Nach § 11 Nr. 4 Satz 2 des Vertrages hat der Auftraggeber nur im Falle des Verzugs des Architekten das Recht, "nach Setzung einer angemessenen Frist vom Verträge zurückzutreten, wenn er nicht innerhalb der Frist erfüllt wird".

Mit Recht entnimmt das Berufungsgericht dieser vertraglichen Sonderregelung, daß eine Leistungsverzögerung des Architekten als Kündigungsgrund gemäß § 13 des Vertrages ausscheidet, da die Rechte des Bauherrn in solchem Falle in § 11 Nr. 4 des Vertrages abschließend geregelt sind.

c) Unstreitig hat der Beklagte den Kläger weder durch Mahnung in Verzug gesetzt (§ 284 Abs. 1 BGB), noch ihm eine Nachfrist gemäß § 11 Nr. 4 Satz 2 des Vertrages gesetzt. Der Beklagte hatte in den Tatsacheninstanzen auch nicht behauptet, daß die Erfüllung des Vertrages für ihn infolge der Verzögerung zwischen dem 2. Oktober 1959 und dem 1. Februar 1960 kein Interesse mehr gehabt hätte (§ 326 Abs. 2 BGB).

Da es somit schon an der erforderlichen Mahnung und Nachfristsetzung fehlt, kommt es auf das weitere Vorbringen der Revision zu diesem Punkte nicht an. Im übrigen hat das Berufungsgericht aber auch rechtsfehlerfrei festgestellt,

daß der Kläger das Bauvorhaben nicht schuldhaft verzögert hat.

2.) Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte habe dem Kläger keine Frist gemäß §§ 633, 634 BGB gesetzt, damit er in den Plänen enthaltene Mängel beseitige. Es ist, dem Sachverständigen B. folgend, der Auffassung, die technische Durcharbeitung der Bauvorlagen sei "so vorbildlich, daß man heute selten Entwürfe von solchem Niveau zu sehen bekommt".

Die Revision beruft sich demgegenüber darauf, daß der Beklagte den Architekten Sch. als Zeugen dafür benannt hatte, die Pläne des Klägers seien mangelhaft und wären von der Baubehörde nie genehmigt worden.

Die Rüge geht schon deswegen fehl, weil eine Vernehmung Sch. zu dieser Beweisfrage in Wahrheit kein Zeugenbeweis, sondern ein Sachverständigenbeweis gewesen wäre, zu dessen Erhebung das Berufungsgericht nicht verpflichtet war, zumal es bereits einen Sachverständigen gehört hatte.

Es ist aber auch nicht ersichtlich, warum es dem Kläger unmöglich gewesen sein sollte, seine Pläne etwaigen Beanstandungen und Wünschen der Baubehörde anzupassen. Der Beklagte hatte in dieser Richtung nichts Substantiiertes dargelegt, auch nicht behauptet, daß der Kläger das etwa abgelehnt hätte. Die erstmals in der Revisionsbegründung aufgestellte, übrigens ebenfalls unsubstantiierte Behauptung, eine Abänderung der Pläne sei gar nicht möglich gewesen, ist unbeachtlich.

3.) Zur Höhe des Klageanspruchs erhebt die Revision keine Einwendungen. Insoweit ist auch kein materieller Rechtsfehler des Berufungsgerichts erkennbar.

III.

Das Berufungsgericht verneint den vom Beklagten aus einer Leistungsverzögerung des Klägers hergeleiteten und zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch. Das Landgericht, auf dessen Urteil es insoweit verweist, hatte dazu ausgeführt, nach § 11 Nr. 4 Satz 1 des Vertrages hafte der Kläger nur bei Verzug; dafür habe der Beklagte nichts vortragen.

Diese Begründung ist rechtsfehlerfrei. Da die Leistungen des Klägers nicht nach dem Kalender bestimmt waren, bedurfte es einer Mahnung des Beklagten, um ihn in Verzug zu setzen (§ 284 BGB). Eine solche Mahnung hatte der Beklagte nicht behauptet. Damit entfällt auch ein Anspruch des Beklagten auf Ersatz eines Verzögerungsschadens (§ 286 ZPO); denn auch dieser setzt Schuldnerverzug des Klägers voraus.

IV.

Nach alledem ist die Revision des Beklagten nicht begründet. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt