

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 249/72

URTEIL

Verkündet am

20. Dezember 1973

Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Vermessungsingenieurs Anton G [REDACTED], F [REDACTED],
W [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W. R [REDACTED] & Co., vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin Baugesellschaft W. R [REDACTED] mbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Bauunternehmer Waldemar R [REDACTED] früher in K [REDACTED], jetzt in T [REDACTED], M [REDACTED] Straße,

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Schmidt, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 21. November 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betraute den Kläger durch drei Aufträge vom 3./7. August 1965, 13./18. April 1966 und 20. Mai 1966 mit Vermessungsarbeiten zur Durchführung und Abrechnung von Erd- und Entwässerungsarbeiten, die ihr vom Autobahnneubauamt (ANA) in K[REDACTED] für die Straßenbauvorhaben L[REDACTED] H[REDACTED] und B[REDACTED] übertragen waren. Für seine Leistungen sollte der Kläger Pauschalvergütungen erhalten, und zwar für L[REDACTED] und B[REDACTED] 1,5 %, für H[REDACTED] 1,3 % der jeweiligen Abrechnungssumme für die Erd- und Entwässerungsarbeiten der Beklagten. Auf die Vergütungen des Klägers sollte die Beklagte von den Abschlagszahlungen, die sie für die Bauarbeiten erhielt, den vereinbarten Prozentsätzen entsprechende Abschläge an den Kläger zahlen.

- 3 -

Der Kläger führte seine Arbeiten nicht zu Ende. Beim Auftrag B[REDACTED] vereinbarten die Parteien im Juni 1966, daß der Kläger seine Arbeiten nur noch bis zum 1. Juli 1966 fortsetzen und alsdann abrechnen sollte. Die Aufträge L[REDACTED] und H[REDACTED] kündigte der Kläger mit Schreiben vom 28. Juni 1966 unter Hinweis auf § 16 der Vertragsbestimmungen zur Gebührenordnung der Ingenieure vom 3. April 1956 (im folgenden: GOI/VB). Als Begründung führte er an, die Beklagte habe vertragswidrig seit April 1966 ihm zustehende Abschlagszahlungen in Höhe von rund 23.980 DM nicht geleistet.

Der Kläger erteilte der Beklagten Rechnung unter dem 3. Juli 1966 über 6.250 DM für seine Leistungen auf der Baustelle B[REDACTED] und unter dem 15. Juli 1966 über 17.863 DM für Sonderleistungen auf der Baustelle I[REDACTED]. Die Vergütung für die in beiden Rechnungen aufgeführten Einzelleistungen berechnete er nach Zeitaufwand.

Die Beklagte zahlte nicht.

Der Kläger hat 44.110,80 DM nebst Zinsen eingeklagt. Er hat vorgetragen, die Berechnung nach Zeitaufwand für Bensberg sei auf Grund einer Vereinbarung mit der Beklagten geschehen. Eine andere Abrechnung sei nach den Bestimmungen der GOI auch gar nicht möglich. Die hierfür insoweit verlangte Vergütung von 6.250 DM sei angemessen.

Die in der Rechnung vom 15. Juli 1966 aufgeführten Sonderleistungen I[REDACTED] seien Arbeiten, die er zum Teil wegen fehlerhafter Baumaßnahmen der Beklagten sowie wegen schuldhafter Vernichtung von Vermessungspunkten durch Leute der Beklagten doppelt und im übrigen auf Grund zusätzlicher Aufträge ausgeführt habe.



Für den Auftrag L [REDACTED] verlange er 11.760 DM
und für den Auftrag H [REDACTED] 8.237,80 DM.

Die Beklagte hat bestritten, mit dem Kläger eine Abrechnung nach Zeitaufwand vereinbart zu haben. Die von diesem zu Unrecht als Sonderleistungen bezeichneten Arbeiten seien bereits Gegenstand des Vertrages vom 3./7. August 1965. Der Kläger habe sie zum Teil auch gar nicht erbracht. Im übrigen seien seine Leistungen unvollständig und mangelhaft. Wegen der Mängel habe sie Gegenansprüche von insgesamt 51.490,29 DM. Mit diesen hat sie vorsorglich aufgerechnet. Im Berufungsrechtszug hat sie für den Fall, daß die Aufrechnung nicht zum Zuge kommt, durch Hilfswiderklage einen Teilbetrag von 35.285,96 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat dem Kläger - unter Abweisung der Mehrforderung - 35.285,96 DM nebst Zinsen zuerkannt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage ganz abgewiesen (das Urteil ist veröffentlicht in BauR 1973, 324). Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die "Gebührenordnung der Ingenieure mit Vertragsbestimmungen" in der Fassung vom 3. April 1956 Bestandteil der drei Verträge der Parteien geworden ist. Davon gehen jetzt auch beide Parteien aus.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 16. Oktober 1972 folgende Abrechnung seiner Ansprüche vorgenommen:

a) L [REDACTED] (1,5 % von 5.350.119 DM)	80.251,78 DM
b) H [REDACTED] (1,3 % von 1.598,169 DM)	20.776,20 DM
c) B [REDACTED] (Abrechnung nach Zeit)	6.250,-- DM
Sonderleistungen L [REDACTED] (Abrechnung nach Zeit)	<u>15.904,66 DM</u>
insgesamt	123.182,64 DM
abzüglich gezahlter	<u>48.990,-- DM</u>
verbleiben	74.192,64 DM.

Wegen der Berechnung seiner Ansprüche für L [REDACTED] und H [REDACTED] hat er sich auf § 18 Abs. 1 GOI/VB gestützt, welcher lautet: "Kündigt der Ingenieur aus einem Grunde, den der Auftraggeber zu vertreten hat, so behält der Ingenieur den Anspruch auf die vertragliche Vergütung."

Er hat behauptet, keine Aufwendungen erspart zu haben.

I. L [REDACTED] und H [REDACTED]:

1. Das Berufungsgericht führt aus, dem Kläger stehe nach Auflösung der Verträge L [REDACTED] und H [REDACTED] kein Anspruch auf Abschlagszahlungen mehr zu. In Wirklichkeit verlange er auch nicht Abschlags-, sondern Schlußzahlung. Dieser Anspruch sei jedoch noch nicht fällig.

Es könne offen bleiben, ob die Beklagte den Kündigungsgrund zu vertreten habe. Wenn das der Fall sei, so behalte allerdings der Kläger nach § 18 Abs. 1 GOI/VB den Anspruch auf die vertragliche Vergütung. Dieser An-

spruch sei aber nach § 3 Abs. 3 Satz 1 GOI/VB erst mit Erteilung der Schlußrechnung fällig. Der Kläger habe bislang eine Schlußrechnung nicht erteilt. Sie könne nicht in dem Schriftsatz des Klägers vom 16. Oktober 1972 gesehen werden. Denn es fehle als notwendiger Bestandteil einer jeden Schlußrechnung ein nach Einzelleistungen und dafür angesetzten Teilvergütungen aufgeschlüsseltes prüfungsfähiges Leistungsverzeichnis. Dies sei auch bei der hier vereinbarten Pauschalvergütung erforderlich. Denn nur dadurch könne die Beklagte die Forderung des Klägers im einzelnen prüfen und eine etwaige Minderung wegen mangelhafter oder nicht erbrachter Einzelleistungen beziffern.

2. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - der Kläger trotz Beendigung der Vertragsverhältnisse doch noch Abschlagszahlungen fordern konnte, solange er nicht in der Lage war, Schlußrechnung zu erteilen, und sein Anspruch auf Schlußzahlung, wie das Berufungsgericht meint, noch nicht fällig war (vgl. Hochstein in einer Anmerkung zum Berufungsurteil in BauR 1973, 326). Denn der Kläger hat jedenfalls seit dem Schriftsatz vom 16. Oktober 1972 selbst nicht mehr Abschlagszahlung, sondern nur noch Schlußzahlung gefordert. Das hat er auch in der Revisionsverhandlung bestätigt.

b) Der Anspruch auf Schlußzahlung wird zwar erst mit der Erteilung der Schlußrechnung fällig (§ 3 Abs. 3 Satz 1 GOI/VB). Zu Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Schriftsatz des Klägers vom 16. Oktober 1972 enthalte keine genügende Schlußrechnung. Der Sinn der Vereinbarung einer Pauschal-

vergütung liegt gerade darin, die sonst nach Einzelleistungen vorzunehmende und oft sehr schwierige Abrechnung zu vereinfachen und etwaige Mehr- oder Minderleistungen, die sich zwangsläufig bei der Abwicklung des Auftrages ergeben und nicht immer im einzelnen vorausbedacht werden können, außer Betracht zu lassen. Deshalb ist die Angabe der Einzelleistungen und deren Einzelbewertung in der Schlußrechnung überflüssig. Sie zu fordern, widerspricht gerade dem Sinn und Zweck der Pauschalvereinbarung.

Im übrigen kommt es für eine etwaige Minderung entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht auf den Wert der mangelhaften oder unvollständigen Einzelleistungen, sondern auf den Minderwert des durch die Einzelleistungen hergestellten Werkes an. Eine Bewertung der Einzelleistungen ist daher für die Minderung in aller Regel ohne Bedeutung.

c) Dem Kläger steht dann, wenn er - wie das Berufungsgericht unterstellt - den Vertrag aus einem wichtigen, von der Beklagten zu vertretenden Grunde gekündigt hat, die vertragliche Pauschalvergütung zu (vgl. § 18 Abs. 1 GOI/VB). Trifft das zu, so brauchte er in der Schlußrechnung nicht die Einzelleistungen anzugeben und zu bewerten. Vielmehr genügte es, wie in dem Schriftsatz vom 16. Oktober 1972 geschehen, unter Hinweis auf den Vertrag die Pauschalvergütung nach den Baukosten prozentual zu errechnen.

Zwar ist § 18 Abs. 1 GOI/VB, wie der Senat in seinem Urteil BGHZ 60, 353 entschieden hat, ergänzend dahin auszulegen, daß sich der Ingenieur auf seinen vertraglichen Vergütungsanspruch anrechnen lassen muß, was er an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner

Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Dies darzulegen und zu beweisen, ist jedoch Sache dessen, der sich auf die Anrechnung beruft, also nicht Sache des Klägers, sondern der Beklagten (vgl. auch die Regelung in § 649 BGB).

d) Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob die Beklagte dem Kläger tatsächlich einen wichtigen, von ihr zu vertretenden Grund zur Kündigung gegeben hat. Ist dies zu verneinen, so hat der Kläger gemäß § 18 Abs. 2 GOI/VB nur einen Anspruch auf Vergütung seiner bisherigen Leistungen. Deren Wert ist nach dem Verhältnis zu den vertraglich übernommenen Leistungen zu schätzen. Hierzu hat das Berufungsgericht bisher nichts festgestellt. Der Kläger hatte die erbrachten Leistungen mit 0,8 v.H. der Baukosten bewertet.

II. Bensberg:

1. Das Berufungsgericht lehnt den nach Zeitaufwand berechneten Anspruch von 6.250 DM mit der Begründung ab, daß eine derartige Abrechnungsvereinbarung nicht bewiesen und auch nach § 18 Abs. 2 GOI/VB ausgeschlossen sei. Maßstab sei bei einverständlicher vorzeitiger Auflösung des Vertrages die vereinbarte Pauschalvergütung, von der der Kläger einen Anteil entsprechend dem Verhältnis der erbrachten zu den übernommenen Leistungen verlangen könne.

2. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Nach Abschnitt A Nr. 2 Abs. 8 GOI ist für Leistungen des Ingenieurs, die in der Gebührenordnung

nicht aufgeführt sind, die Gebühr auf der Grundlage der Leistungen zu berechnen, die ihnen nach Art und Umfang am nächsten stehen, anderenfalls nach dem Zeitaufwand. Der Kläger hat vorgetragen, er habe nach Zeitaufwand berechnen dürfen, weil seine Arbeiten keiner der in der GOI angeführten Leistungen entsprochen hätten und eine andere Berechnung als nach Zeitaufwand nicht möglich gewesen sei. Hierzu hat das Berufungsgericht bisher keine Stellung genommen. Es wird darüber unter Umständen einen Sachverständigen hören müssen.

b) Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, gemäß § 18 Abs. 2 GOI/VB sei eine Berechnung der bisherigen Leistungen nach Zeitaufwand ausgeschlossen. Dort wird gesagt, daß bei Kündigung aus einem Grund, den weder der Ingenieur noch der Auftraggeber zu vertreten hat, der Ingenieur Vergütung für seine bisherigen Leistungen verlangen kann. Das Berufungsgericht wendet diese Bestimmung entsprechend auch bei einverständlicher Vertragsauflösung an. Daß die Vergütung nicht nach Zeitaufwand berechnet werden dürfte, ist der Bestimmung nicht zu entnehmen.

c) Dagegen ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Vereinbarung über die Vertragsauflösung dahin auslegt, daß dem Kläger ein Anteil der Pauschalvergütung entsprechend dem Verhältnis der erbrachten zu den übernommenen Leistungen habe zustehen sollen.

d) Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob die Abrechnung nur nach Zeitaufwand möglich ist und

den Anteil der Pauschalvergütung nicht übersteigt, der den erbrachten und in der Rechnung aufgeführten Leistungen im Verhältnis zu den gesamten Auftragsleistungen entspricht. Sollte sich ergeben, daß eine Berechnung der Auftragsleistungen nach den einzelnen Vergütungssätzen der GOI möglich ist, so wird danach der Vergütungsanteil für die erbrachten Leistungen zu bemessen sein. Erst wenn auch eine entsprechende Anwendung der Sätze der GOI nicht möglich ist, darf die zu zahlende Quote der Pauschalvergütung nach dem Verhältnis des Zeitaufwands der erbrachten gegenüber dem der insgesamt zu erbringenden Leistungen des Klägers ermittelt werden.

III. Sonderleistungen Longerich:

1. Das Berufungsgericht sieht den ebenfalls nach Zeitaufwand berechneten Anspruch auf Zahlung von 15.904,66 DM für Sonderleistungen, die der Kläger in seiner Rechnung vom 15. Juli 1966 zu Nr. I, II, V, VI, VII und VIII (nur Vermessung der Kiesgruben - Tachymeteraufnahmen -) aufgeführt hat, als unbegründet an. Es läßt offen, ob diese Leistungen des Klägers sämtlich Sonderleistungen sind. Nach seiner Ansicht sind sie bis auf die Vermessung der Kiesgruben nach Abschnitt A Nr. 2 Abs. 8 GOI nicht nach Zeitaufwand zu berechnen, da sie vertraglichen Einzelleistungen vergleichbar seien, die wiederum den in der GOI angeführten Leistungen gleichgesetzt werden könnten. Auch diese Leistungen seien wie die entsprechenden von der Pauschalvergütung umfaßten Einzelleistungen zu vergüten. Das Verhältnis der Einzelleistung zur Gesamtleistung habe der Kläger jedoch nicht dargetan.

Die in Nr. VIII der Rechnung aufgeführte Vermessung von Kiesgruben könnte zwar nach Zeitaufwand berechnet werden. Der Kläger habe aber den Zeitaufwand für diese Leistungen nicht ausreichend angegeben.

2. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Das Berufungsgericht stellt nicht fest, welche in der GOI aufgeführten Leistungen nach "Art und Umfang" mit denen verglichen werden können, die der Kläger als "Sonderleistungen" (z. T. Mehrfachleistungen) erbracht hat. Der Hinweis auf die vertraglichen Einzelleistungen reicht nicht aus, da auch insoweit nicht festgestellt ist, daß diese den in der GOI angeführten Leistungen gleichzusetzen sind.

Im übrigen kann der Kläger hier die übliche, angemessene Vergütung verlangen (§ 632 Abs. 2 BGB) und nicht einen nach der Pauschalvergütung zu berechnenden Teil. Denn für diese Sonderleistungen war eine nach der Pauschalvereinbarung zu bemessende Vergütung nicht vorgesehen. Dem Kläger kann nicht auf diese Weise ein in der Pauschalvergütung liegendes Risiko aufgebürdet werden, das er mangels Vereinbarung nicht übernommen hat. Maßgebend sind daher allein die in der GOI vorgesehenen Vergütungen, die nach Zeitaufwand zu berechnen sind, sofern die Leistungen in der GOI nicht aufgeführt sind oder mit solchen nach "Art und Umfang" nicht verglichen werden können.

b) Den vom Landgericht geschätzten Zeitaufwand für die Vermessung der Kiesgruben (2/3 der angesetzten 2 1/2 Tage)

hat sich der Kläger im Berufungsrechtszug zu eigen gemacht. Dafür, daß er den Zeitaufwand genauer hätte darlegen können, wie das Berufungsgericht meint, ist nichts dargetan, zumal ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang dieser Arbeiten mit der zugleich berechneten Vermessung der Dammschüttung besteht, die das Landgericht nicht als Sonderleistung anerkannt hat und deren Bezahlung der Kläger nicht weiter verfolgt.

c) Das Berufungsgericht wird nunmehr auch die zu diesem Anspruch wegen Sonderleistungen erforderlichen Feststellungen treffen müssen.

IV.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Schmidt

Meise

Recken

Doerry