

VII ZR 11/63

Verkündet
am 12. November 1964
Pohl,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundes-
schatzminister, Bonn,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] -
gegen

1.) den Dipl.-Ing. Herbert H. [REDACTED] in
D. [REDACTED]/C. [REDACTED], Co. Street,

2.) den Dipl.-Ing. Walter P. [REDACTED] in
D. [REDACTED]/C. [REDACTED], U. [REDACTED] B.,

beide vertreten durch Herbert Ha. [REDACTED], Wü. [REDACTED],
K. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf
die mündliche Verhandlung vom 12. November 1964 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heilmann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finko
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Bamberg vom 25. Oktober 1962
wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 6. März 1956 schlossen die Kläger, die damals als Architekten in Wü[REDACTED] tätig waren, mit der Beklagten einen Vertrag, nach welchem sie die örtliche Bauleitung bei einem für die US-Armee bestimmten Wohnbauvorhaben (Projekt NAC [REDACTED] und [REDACTED]) übernahmen. Hierfür wurde ihnen eine mit 1,2 % aus der vorläufigen Bausumme berechnete Pauschalsumme von 9.828 DM versprochen.

Nach dem Bauzeitplan sollten das Projekt NAC [REDACTED] am 8. August und das Projekt NAC [REDACTED] am 3. August 1956 fertig gestellt werden. Diese Termine wurden wegen zahlreicher Änderungs- und Ergänzungswünsche der amerikanischen Dienststellen mit deren Einverständnis wiederholt verschoben, zuletzt bis Mitte Dezember 1956. Von der vereinbarten Vergütung zahlte die Beklagte an die Kläger nach Abzug von 4 % Umsatzsteuer (393,12 DM) nur 9.434,88 DM aus.

Die Kläger sind der Auffassung, daß der Abzug der Umsatzsteuer nicht berechtigt sei. Außerdem machen sie eine Vergütungsnachforderung von 6.244,45 DM geltend mit der Begründung, daß ihnen durch die von ihnen nicht zu vertretenden Bauzeitverlängerungen erhebliche Mehraufwendungen entstanden seien, die durch die vereinbarte Vergütung nicht gedeckt seien. Ihre Forderung haben sie an die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank Filiale Würzburg abgetreten. Diese hat die Kläger ermächtigt, die Forderung im eigenen Namen für sie geltend zu machen.

Die Kläger haben Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 6.637,57 DM nebst Zinsen an die Zessionarin zu verurteilen.

- 3 -

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Den Abzug der Umsatzsteuer hält sie für gerechtfertigt. Im übrigen hat sie vorgetragen, die Aufwendungen der Kläger seien durch die vereinbarten Pauschalvergütung voll abgegolten. Eine Erhöhung der Gebühr wegen der Bauzeitverlängerungen sei im Vertrag nicht vorgesehen. Eine solche könnten die Kläger nach § 4 Abs. 3 Satz 1 des Vertrags nur beanspruchen, wenn sich die Gesamtbaukostensumme um mehr als 10 % erhöht hätte, was unstreitig nicht der Fall sei. Mit Bauzeitverlängerungen hätten die Kläger von Anfang an rechnen und diese einkalkulieren müssen; deshalb liege auch kein "Härtefall" im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 2 des Vertrages vor.

Vorsorglich hat die Beklagte mit einer Schadensersatzforderung von 2.199,26 DM aufgerechnet. Ein Schaden in dieser Höhe sei ihr durch Mehraufwendungen entstanden, die sie gehabt habe, weil die Kläger nicht die sog. "Form 290" erstellt und die Bestandspläne überprüft hätten, wozu sie vertraglich verpflichtet gewesen wären. Ferner rechnet die Beklagte mit rückständigen Steuerforderungen auf.

Schließlich macht die Beklagte noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend, weil die Kläger ihr nicht die Bautagebücher übergeben hätten, wozu sie nach dem Vertrag verpflichtet seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger wurde die Beklagte verurteilt, an die Zessionarin 6.619,30 DM (6.226,18 DM Nachvergütung und 393,12 DM zu Unrecht einbehaltene Umsatzsteuer) nebst Zinsen zu bezahlen. Wegen des Restes von 18,27 DM wurde die Berufung zurückgewiesen. Die Entscheidung über die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Steuerforderungen wurde vorbehalten.



Gegen dieses Urteil hat die Beklagte unter Beschränkung auf die Nachvergütungsforderung der Kläger von 6.226,18 DM Revision eingelegt mit dem Antrag, insoweit die Berufung der Kläger zurückzuweisen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision. In der mündlichen Verhandlung haben die Kläger ihr Einverständnis erklärt, daß die Bautagebücher, die sie bei Gericht vorgelegt haben, der Beklagten ausgehändigt werden. Die Beklagte hat daraufhin den Einwand des Zurückbehaltungsrechts fallen lassen.

Entscheidungsgründe:

1.) a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Aufwendungen der Kläger durch das vereinbarte Pauschalhonorar grundsätzlich abgegolten sein sollten, und zwar auch dann, wenn diese Aufwendungen durch eine Verlängerung der Bauzeiten sich erhöhten. Die Kläger könnten sich daher für ihre Nachforderung nicht auf die Bestimmungen der §§ 670, 675 BGB, § 10 Abs. 5 GOA oder § 2 der VO Pr 66/50 berufen. Ein Rechtsgrund für die geltend gemachte Nachforderung könne vielmehr nur in § 4 Abs. 3 Satz 2 des Vertrags gefunden werden, wonach "in Härtefällen der Architekt die Entscheidung der vorgesetzten Dienststelle beantragen" kann. Ein solcher Härtefall liege hier vor, da die von den Klägern nicht zu vertretende Hinausschiebung der Fertigungsfristen zu einer unvorhergesehenen und den Klägern ohne zusätzliches Entgelt nicht mehr zuzumutenden Verlängerung der Bauzeit geführt habe.

b) Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen der Beklagten sind nicht begründet.

aa) Das Berufungsgericht legt die Bestimmung des § 4 Abs. 3 Satz 2 des Vertrags dahin aus, daß bei Vorliegen eines Härtefalls dem Architekten ein Anspruch auf Ersatz seiner Mehraus-

lagen zustehe. Die Fassung "kann ... beantragen" besage nicht, daß die Entscheidung darüber, ob ein Härtefall vorliege, dem nicht nachprüfbaren Ermessen der vorgesetzten Dienststelle anheimgestellt sei. Weigere sich diese, einen Härtefall anzuerkennen, obwohl ein solcher gegeben sei, so könne über die Forderung gemäß § 315 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 BGB vom Gericht entschieden werden.

Diese Auslegung läßt - entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung - keinen Rechtsfehler erkennen. Sie ist, da es sich um einen Individualvertrag handelt, für das Revisionsgericht bindend.

Die Auffassung der Beklagten, daß es sich bei der nach § 4 Abs. 3 Satz 2 des Vertrags zu treffenden Entscheidung der vorgesetzten Dienststelle um einen Verwaltungsakt handle, der nur im verwaltungsgerichtlichen Verfahren angefochten werden könne, geht fehl. Der Vertrag ist auf rein privatrechtlicher Grundlage geschlossen worden; für vertragsgestaltende Verwaltungsakte ist kein Raum.

Auf die Frage, ob es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen Werk- oder Dienstvertrag handelt, kommt es in diesem Zusammenhang für die Entscheidung nicht an, da bei Bejahung eines Härtefalls die Erhöhung des Werklohns ebenso gerechtfertigt wäre wie die eines Dienstlohns.

bb) Das Berufungsgericht stellt fest, daß sich die für beide Projekte vorgesehene Bauzeit von 150 Tagen um 85,30 und 59,33 % verlängert habe. Diese von den Klägern nicht zu vertretene Verlängerung sei so erheblich, daß ihnen nicht zugemutet werden könne, die dadurch entstandenen Mehraufwendungen zu tragen. Das Berufungsgericht verkennt dabei nicht,

daß die Kläger schon von Anfang an mit einer gewissen Verlängerung der vorgesehenen Bauzeit zu rechnen hatten, wie sie sich durch voraussehbare Vorkommnisse wie etwa schlechtes Wetter oder Straßensperren und auch infolge von Wünschen des Auftraggebers ergeben konnten; insoweit mußten sie nach Ansicht des Berufungsgerichts auch in Kauf nehmen, daß die dadurch entstehenden Mehraufwendungen durch die Pauschalvergütung abgegolten seien. Es ist der Auffassung, daß die Kläger mit einer Verlängerung der Bauzeit um drei bis vier Wochen hätten rechnen müssen, so daß sie für etwaige Mehraufwendungen bis zum 31. August 1956 keinen Ersatz verlangen könnten.

Anders verhalte es sich jedoch mit der darüber hinausgehenden Verlängerung der Bauzeit, die auf die von den amerikanischen Dienststellen veranlaßten Sonderwünsche zurückzuführen sei. Die hierdurch entstandenen Mehraufwendungen zu tragen, könne den Klägern nicht zugemutet werden; die Verneinung eines Härtefalls durch die Beklagte entspreche daher nicht der Billigkeit.

Das wird mit der Revision zu Unrecht angegriffen. Es ist zwar richtig, daß die amerikanischen Dienststellen Änderungswünsche äußern konnten, daß sich damit die Fertigstellungstermine verschieben und daß eine solche Möglichkeit in gewissem Umfange auch für die Kläger voraussehbar war. Damit ist aber, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, noch nicht gesagt, daß die Kläger in solchen Fällen sich trotzdem mit der ursprünglich vereinbarten Pauschalvergütung begnügen, in jedem Fall also das Zeitrisko tragen müssen. Die Grenze dieses Zeitriskos zu bestimmen, liegt nach § 315 Abs. 3 BGB im Ermessen des Tatrichters. Das Berufungsgericht hat sie unter Berücksichtigung des jedem derartigen Vertrags innewohnenden Risikos auf den 31. August 1956 festgesetzt. Es ist nicht ersichtlich, daß es damit die Grenzen seines tatrichterlichen Ermessens überschritten hat.

cc) Die Beklagte trägt im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen H. vor, die im Vertrag vorgesehene Bauzeit von 150 Tagen sei von vornherein zu kurz bemessen gewesen; die Kläger hätten deshalb schon bei Vertragsschluß damit rechnen müssen, daß selbst ohne etwaige spätere Änderung der Pläne die Bauvorhaben längere Zeit als 150 Tage in Anspruch nehmen würden, und sie hätten sich deshalb auch schon von Anfang an darauf einrichten können. Die Beklagte rügt, daß das Berufungsgericht das nicht berücksichtigt habe.

Diese Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht hat hierzu ausführlich Stellung genommen (BU S. 15, 16). Daß die ursprünglich vorgesehene Bauzeit für beide Projekte auch ohne Änderungen des Bauplans zu kurz bemessen war, ist im Urteil nicht festgestellt. Jedenfalls hat die Beklagte bei Vertragsschluß selbst den ursprünglichen Fertigstellungstermin unter Zugrundelegung einer Bauzeit von 150 Tagen festgesetzt. Daß diese unmöglich einzuhalten war, hat sie nicht behauptet.

Die sich auf das Gutachten des Sachverständigen stützende Behauptung der Beklagten, die Kläger hätten durch die Verlängerung der Bauzeit Ersparnisse gemacht, insbesondere den Bauingenieur Hodek zugleich anderweitig einsetzen können und eingesetzt, sieht das Berufungsgericht durch dessen Zeugnisaussage als widerlegt an (BU. S. 19, 20). Dann verstößt es aber gegen Treu und Glauben, wenn sie jetzt den Klägern vorhält, sie hätten sich auf die von ihr selbst angenommene Bauzeit nicht verlassen dürfen.

dd) Die Beklagte trägt schließlich noch unter Hinweis auf das Gutachten des Sachverständigen vor, daß in jedem Fall nach der Übergabe noch ein bis zwei Monate Erledigungsarbeiten zu leisten seien. Die dadurch entstandenen Mehraufwendungen hätte das Berufungsgericht nicht in Anrechnung bringen dürfen.

Das liegt neben der Sache. Weder dem Vortrag der Kläger noch dem Berufungsurteil ist zu entnehmen, daß hierfür eine Vergütung verlangt und zugebilligt wurde.

cc) Die Beklagte meint, die Kläger könnten schon deshalb keine Mehrforderungen mehr geltend machen, weil sie gegen die Änderung der Fertigstellungstermine nicht sofort Widerspruch erhoben und ihre Nachforderungen nicht sofort angemeldet hätten.

Auch das geht fehl. Da die Kläger an die von den amerikanischen Dienststellen festgesetzten Fertigstellungstermine gebunden waren, bestand für einen Widerspruch kein Anlaß. Eine sofortige Anmeldung der Nachforderungen war, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei annimmt, nicht erforderlich, denn der Beklagten war die Hinausschiebung der Fertigstellungstermine ebenso bekannt wie die Härteklausel des § 4 Abs. 3 Satz 2 des Vertrags. Die Kläger hatten überdies bereits mit Schreiben vom 17. Oktober 1956, also noch längere Zeit vor der endgültigen Beendigung der Arbeiten, ihre Nachforderungen angemeldet. Da die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von den Klägern Tagesberichte erhielt, war sie über deren Arbeitseinsatz laufend unterrichtet. Es war daher, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, nicht erforderlich, daß die Kläger der Beklagten laufend schon Aufstellungen ihrer Mehrforderungen gaben, zumal solche von der Beklagten auch nicht angefordert wurden.

Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Kläger durch die nach Ansicht der Beklagten verspätete Anmeldung und das Fehlen von Belegen ihre Ansprüche verloren haben könnten. Die Beklagte kann selbst nicht behaupten, daß sie bei einer früheren Aufgabe der Nachforderungen ihrerseits von den amerikanischen Dienststellen eine zusätzliche Entschädigung erhalten hätte. Wenn sie ferner vorträgt, sie hätte bei einer früheren Anmeldung

der Nachforderungen noch rechtzeitig "eingreifen", insbesondere kündigen und die Arbeiten der Kläger in eigener Regie fortführen können, so geht das schon deshalb fehl, weil sie auf das Schreiben der Kläger vom 17. Oktober 1956, in welchem diese ihre Forderungen erstmals anmeldeten, keine Kündigung ausgesprochen hat, ihr jetziger Vortrag also im Widerspruch zu ihrem damaligen Verhalten steht. Im übrigen ist es zweifelhaft, ob die Beklagte überhaupt berechtigt gewesen wäre, aus diesem Grund zu kündigen. Der von der Beklagten angeführte § 650 BGB kommt hierfür nicht in Betracht.

2.) a) Zur Höhe des Anspruchs stellt das Berufungsgericht auf Grund der Aufstellungen des als Zeugen vernommenen Hochbauingenieurs Ho[REDACTED] und des Buchhalters Ka[REDACTED] für die technischen Angestellten einen Mehraufwand von 5.381,18 DM und für die Schreibkräfte einen solchen von 1.690,21 DM fest, wobei es für den letzteren Posten der Auffassung ist, daß nur etwa die Hälfte dieser Kosten, also 845 DM, berücksichtigt werden könne.

b) Die hiergegen gerichteten Rügen der Beklagten richten sich in unzulässiger Weise gegen die tatsächlichen Feststellungen und, was den Aufwand für die Schreibkräfte anlangt, gegen die nach § 287 Abs. 2 ZPO vorgenommene Schätzung des Berufungsgerichts.

Das Berufungsgericht war auch insoweit nicht an die Auffassung des Sachverständigen H[REDACTED] gebunden. Es hat sich damit sorgfältig auseinandergesetzt. Soweit es von ihr abweichen wollte, war es nicht gezwungen, den Sachverständigen noch nach § 411 Abs. 3 ZPO zu laden und mündlich zu hören. Das lag in seinem Ermessen. Ebensowenig war es gehalten, die Beklagte nach § 139 ZPO auf die Möglichkeit hinzuweisen, daß es von dem Sachverständigengutachten abweichen werde, und

damit einen entsprechenden Antrag der Beklagten anzuregen. Jede Prozeßpartei muß damit rechnen, daß das Gericht sich dem Gutachten eines Sachverständigen nicht oder nicht voll anschließt. Sich schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ein vorläufiges Urteil über das Sachverständigengutachten zu bilden und dies den Parteien bekanntzugeben, kann von dem Gericht nicht verlangt werden.

3.) Die zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen Nichterstellung der "Form 290" scheitern, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, schon daran, daß die Beklagte die Kläger insoweit nicht in Verzug gesetzt hat. Die Auffassung der Beklagten, die Kläger müßten, selbst wenn sie nicht wegen Verzugs schadensersatzpflichtig seien, sich jedenfalls die Aufwendungen der Beklagten bei der Erstellung der "Form 290" als Ersparnis anrechnen lassen, kann nicht geteilt werden. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist ein Dienstvertrag, da er nur die Bauführung und Bauaufsicht zum Gegenstand hatte, somit nicht auf einen Erfolg, sondern nur auf die Leistung von Diensten ging. § 18 letzter Satz des Vertrages, wonach die Bestimmungen über den Werkvertrag ergänzende Anwendung finden, "sofern sich aus dem Inhalt des Vertrags nicht ergibt, daß es sich um einen Dienstvertrag handelt", steht dem nicht entgegen. Ist daher wie hier eine Pauschalvergütung vereinbart worden, so können etwaige Ersparnisse der Architekten auch nicht im einzelnen verrechnet werden. Die Bauherrin könnte in einem solchen Fall ihre von dem Architekten oder Unternehmer angeblich schuldhaft verursachten Mehrkosten nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes geltend machen.

Etwaige Ersparnisse der Kläger können auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Härtefalls zum Nachteil der Kläger berücksichtigt werden, da diese nach den Feststellungen des

Berufungsgerichts (BU S. 27) die "Form 290" bereits vorbereitet hatten und sie auf Anforderung ohne wesentliche Mühewaltung hätten anfertigen können.

Entsprechendes gilt für den Vorwurf der Beklagten, die Kläger hätten die Bestandspläne nicht geprüft.

4.) Die Beklagte hat ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht, weil die Kläger die Bautagebücher nicht herausgegeben hätten (§ 273 BGB). Dieser Punkt ist durch die Erklärungen der Parteien in der Revisionsverhandlung erledigt.

5.) Die Revision der Beklagten ist deshalb zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Der Senat schätzt das Interesse beider Parteien an der Herausgabe der Bautagebücher so gering ein, daß die ursprünglich begehrte zusätzliche Zug-um-Zug-Verurteilung die volle Kostenpflicht der Beklagten nicht berührt (§ 92 Abs. 2 ZPO).

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke