

VII ZR 25/59

Verkündet
am 17. März 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2-32 072

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hermann B[REDACTED], H[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Architekten Erwin Röver, Hannover, Adelheidstraße 5,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Wieczorek -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. März 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 5. Dezember 1958 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1956 bis 1957 plante der Beklagte, auf seinem Grundstück H■■■■■■, G■■■■■-straße ■■■ hinter dem an der Straße bereits stehenden Haus ein Bürogebäude als Hinterhaus zu errichten. Er ließ durch den Kläger, einen Architekten, der auch die Oberleitung und Bauführung übernehmen sollte, zwei Vorentwürfe und Entwürfe nebst den dazugehörigen Bauvorlagen fertigen und dem Bauordnungsamt einreichen. Mit der Klage verlangt der Kläger die Vergütung für die Fertigung und Einreichung dieser Unterlagen.

Als Honorar "für die Einreichung des Bauvorhabens" hatten die Parteien 11.770 DM vereinbart, wovon die Hälfte sofort fällig sein, der Rest "im Zuge des Baufortschritts" gezahlt werden sollte. Eine Ermäßigung auf die Hälfte war vorgesehen, "falls eine völlige Ablehnung des Projekts erfolgt und daher nicht gebaut werden kann".

Den ersten im November 1956 eingereichten Entwurf lehnte das Bauordnungsamt ab. Am 6. Mai 1957 reichte der Kläger den zweiten Entwurf ein. Für dessen Bearbeitung berechnete er kein zusätzliches Honorar. Das Bauordnungsamt hatte gegen diesen zweiten Entwurf kein Bedenken.

Mit Schreiben vom 7. Mai 1957 teilte der Kläger dem Beklagten mit, die Kosten für den Bau seien je cbm umbauten Raums mit 90 DM zu veranschlagen. Vorher hatte er diese Kosten wiederholt auf nur 75 DM/cbm geschätzt.

Der Beklagte bat den Kläger um Überprüfung seiner letzten Kostenberechnung mit dem Hinweis, damit trete eine Erhöhung der Baukosten um rund 120.000 DM ein

- 3 -

(15 DM/cbm bei rund 8.000 cbm umbauten Raums), die Rentabilität des Baues hänge aber von der Höhe der Baukosten ab. Der Kläger blieb in dem sich anschließenden Schriftwechsel jedoch bei seiner letzten Schätzung von 90 DM/cbm.

Darauf schrieb der Beklagte dem Kläger am 1. Juni 1957 u.a.:

"Da Sie auch in Ihrem Schreiben vom 28.5.1957 auf dem Kubikmeterpreis von DM 90,-- bestehen bleiben und dazu erklären, daß noch mit einer weiteren Kostensteigerung von 10 % zu rechnen sei, müssen wir davon ausgehen, daß Ihr Entwurf im Gegensatz zu Ihren Erklärungen zum Baugesuch für einen billigeren Preis nicht hergestellt werden kann. Damit erklären Sie aber selbst, daß die von Ihnen geleistete Arbeit sich nicht im Rahmen des Ihnen erteilten Auftrages hält. Ein Entwurf, der einen Kostenaufwand von DM 90,-- pro Kubikmeter benötigt, ist für uns nicht tauglich. Er stellt keine Vertragserfüllung Ihrerseits dar und kann von uns nicht verwendet werden."

Das Verhältnis von uns als Bauherr zu Ihnen als Architekten muß auf Vertrauen beruhen. Dieses Vertrauen ist von Ihnen restlos erschüttert worden. Wir lösen deshalb die gegenseitigen Beziehungen mit sofortiger Wirkung und stellen Ihnen sämtliche von Ihnen angefertigten Zeichnungen und Berechnungen, da sie für uns wertlos sind, sofort zur Verfügung."

Am 4. Juni 1957 nahm der Beklagte sein Baugesuch beim Bauordnungsamt zurück. Zur Ausführung des geplanten Baus ist es in der Folgezeit nicht gekommen.

Der Kläger hat den Antrag gestellt, den Beklagten zur Zahlung von 11.770 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.



Er hat vorgetragen: Der Kläger könne keine Vergütung verlangen; mindestens sei seine Forderung erloschen, weil er (Beklagter) mit Schadensersatzgegenforderungen aufgerechnet habe.

Der Kläger habe seine Pflichten als Architekt schuldhaft verletzt. Er habe im Mai 1957 plötzlich und ohne triftigen Grund seine bisherige Schätzung von 75 DM/cbm auf 90 DM/cbm erhöht. Tatsächlich hätte sich aber der Bau, wie sich inzwischen herausgestellt habe, auch damals noch für 75 DM/cbm errichten lassen.

Der Kläger habe auch in der Folgezeit keinen stichhaltigen Grund für die plötzliche Erhöhung seiner Preisangabe dargetan. Damit sei erkennbar geworden, daß er von Anfang an versäumt habe, einen sorgfältigen und zuverlässigen Kostenanschlag aufzustellen. Das Vertrauensverhältnis der Parteien sei dadurch zerstört gewesen. Er (Beklagter) habe keinen anderen Ausweg gesehen, als dem Kläger den Vertrag aufzukündigen, sein Baugesuch zurückzunehmen und die Planung des Baus fallen zu lassen.

Eine weitere Pflichtverletzung des Klägers liege darin, daß dieser das erkennbar aussichtslose erste Baugesuch überhaupt eingereicht und daß er nicht statt dessen eine bloße Voranfrage an das Bauordnungsamt gerichtet habe, die weniger Kosten verursacht haben würde. Durch das aussichtslose Baugesuch habe der Kläger das Bauvorhaben um mehrere Monate verzögert; dabei habe er gewußt, daß die als Mieterin des geplanten Neubaus vorgesehene Firma C. an dem Bau nur dann interessiert gewesen sei, wenn dieser bis spätestens Herbst 1957 beziehbar gewesen wäre. Jetzt habe die Firma C. ihm nicht nur den in Aussicht gestellten Baukostenzuschuß von 200.000 DM nicht gewährt, sondern habe sogar ihre bisherigen Büroräume in dem Altbau des Beklagten aufgegeben.

Der Kläger hat demgegenüber geltend gemacht: Seine letzte Schätzung von 90 DM/cbm sei richtig. Auf die Bedenken gegen den ersten Entwurf habe er den Beklagten ausdrücklich hingewiesen. Der Beklagte habe aber darauf bestanden, daß der erste Entwurf bei dem Bauordnungsamt eingereicht werde und zwar zwecks Zeitersparnis ohne vorherige Voranfrage.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seinen Abweiserungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht prüft die Frage, ob der Kläger seinen Honorarsanspruch durch die Kündigung des Beklagten vom 1. Juni 1957 verloren hat, unter dem Gesichtspunkt des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es sieht in dem Vertrag der Parteien einen Dienstvertrag.

Der Architektenvertrag ist jedoch dann kein Dienstvertrag, sondern ein Werkvertrag, wenn die Leistungen des Architekten sich - wie hier - nicht in Bauoberleitung und örtlicher Bauaufsicht erschöpfen, sondern auch die Bauplanung und die Fertigung von Entwürfen und Bauvorlagen mit umfassen. Das hat der Senat inzwischen in seinem Urteil vom 26. November 1959 (BGHZ 31, 224 = NJW 1960, 431) ausgesprochen. Eine Kündigung des Beklagten ist daher nicht nach den §§ 626 ff BGB, sondern nach § 649 BGB zu beurteilen.

Nach dieser Vorschrift kann der Besteller jederzeit kündigen; der Unternehmer kann dann aber trotzdem die vereinbarte Vergütung verlangen. § 649 Satz 2, 2. Halbsatz

BGB ist hier nicht anwendbar; denn der Kläger verlangt mit der Klage nur die Vergütung für Leistungen, die er bereits erbracht hat.

2) Ausgehend davon, daß der Vertrag der Parteien ein Werkvertrag ist, läßt sich die Verteidigung des Beklagten gegen den Klageanspruch rechtlich wie folgt auffassen:

- a) als Wandlung wegen Fehlerhaftigkeit des Werks (§ 634 BGB), falls die richtige Schätzung der Baukosten zu den dem Kläger obliegenden Werkleistungen gehörte,
- b) als Rücktritt vom Werkvertrag oder als Berufung auf Schadensersatzansprüche aus schuldhafter Vertragsverletzung des Klägers, insbesondere infolge Fehlschätzung der Baukosten (§ 635 BGB; positive Vertragsverletzung).

Eine notwendige Voraussetzung für eine jede dieser Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten wäre aber, daß der Kläger objektiv eine Fehlleistung erbracht, daß er objektiv eine Vertragsverletzung begangen hätte. Für eine dahingehende Annahme bietet jedoch der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt keine Grundlage.

Daß das Berufungsgericht seine Ausführungen zum Teil unter den unrichtigen rechtlichen Gesichtspunkt des § 628 BGB gestellt hat, ist dabei unerheblich (§ 563 ZPO). Denn die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts tragen jedenfalls im Ergebnis die von ihm getroffene Entscheidung.

Wenn es, wie unten im einzelnen ausgeführt ist, bereits an einem objektiven Mangel, einer objektiven Vertragsverletzung fehlt, bedarf es keiner Erörterung mehr über die sonstigen Voraussetzungen für Wandlung, Rücktritt oder Schadensersatz.

3) In erster Linie hat der Beklagte gegen den Kläger den Vorwurf falscher Schätzung der Baukosten erhoben.

Eine Schätzung der Baukosten, die vor Ausschreibung der Bauarbeiten und vor dem Eingang der Angebote der Bauhandwerker geschieht, kann aber, wie das Berufungsgericht, dem Sachverständigen Prof. Dr. K. folgend, ohne Rechtsverstoß angenommen hat, nur eine grobe und ungefähre Schätzung sein, bei welcher dem Schätzenden ein Spielraum von je 10 % nach oben und unten ohne weiteres zuzubilligen ist. Ein Mangel des vom Kläger zu erbringenden Werkes oder eine objektive Vertragsverletzung durch ihn könnte unter diesen Umständen erst angenommen werden, wenn seine Schätzung die Grenzen des Spielraums nicht unwesentlich über- oder unterschritten hätte. Das ist hier nicht der Fall.

a) Der Beklagte hat nach dem Tatbestand des Berufungsurteils zuletzt vorgetragen, die erste Schätzung des Klägers von 75 DM/cbm sei sowohl im Herbst 1956 als auch noch im Mai 1957 richtig gewesen. Das Berufungsgericht hätte sich daher mit dem anfangs erhobenen, später aber fallen gelassenen Vorwurf des Beklagten, die erste Schätzung von 75 DM/cbm sei erheblich zu niedrig gewesen, nicht auseinanderzusetzen brauchen.

b) Der Beklagte hat zuletzt nur noch den Vorwurf erhoben, der Kläger habe im Mai 1957 die ursprünglich richtige

Schätzung von 75 DM/cbm fälschlich und grundlos von einem Tag auf den andern auf 90 DM/cbm erhöht.

Die Revision beruft sich in diesem Zusammenhang darauf, daß der vom Kläger zuletzt geschätzte Preis von 90 DM/cbm um 3 DM über der oberen Grenze der vom Sachverständigen Prof. Dr. K. [REDACTED] ermittelten Toleranzspanne von 71 bis etwa 87 DM/cbm liegt.

Bei einer so geringfügigen Überschreitung der Spanne konnte das Berufungsgericht aber ohne Rechtsverstoß in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen Prof. Dr. K. [REDACTED] eine Vertragsverletzung des Klägers im Zusammenhang mit seiner Schätzung von 90 DM/cbm verneinen. Aus den gleichen Gründen kann dann in dieser Schätzung aber auch keine Fehlleistung des Klägers, kein Fehler seines Werks, gesehen werden.

Das gilt umso mehr, als es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch bei der zweiten Schätzung von 90 DM/cbm nur um eine ungefähre Schätzung handelte; auch damals waren die Arbeiten für den Bau noch nicht ausgeschrieben und lagen noch keine Angebote vor.

Mit Recht hat das Berufungsgericht weiter darauf hingewiesen, daß der Kläger in seinem Schreiben vom 9. Mai 1957 seine letzte Schätzung als äußerst vorsichtige Kalkulation bezeichnet und damit die obere Spanne seiner Schätzung weitgehend eingeengt und festgelegt hatte. Wenn im Schreiben des Mitarbeiters F. [REDACTED] des Klägers vom 28. Mai 1957 demgegenüber von einer zu erwartenden weiteren Kostensteigerung von 10 % die Rede war, so wertet das Berufungsgericht das ohne Rechtsirrtum als bloße

unbestimmte Vermutung über die künftige Kostenentwicklung, durch welche die derzeitig maßgebende Schätzung des Klägers nicht unmittelbar berührt wurde.

4) Der Beklagte macht dem Kläger zum Vorwurf, dieser habe die ursprüngliche Kostenschätzung von 75 DM/cbm nicht unvermittelt innerhalb von nur 4 Tagen um 20 % (15 DM/cbm) erhöhen dürfen. Durch dieses Verhalten habe er das Vertrauen des Beklagten zu ihm zerstört.

Eine positive Vertragsverletzung des Klägers liegt darin nicht. Hiervon hätte allenfalls gesprochen werden können, wenn der Kläger den noch im zweiten Baugesuch vom 23. April 1957 genannten, nach der Behauptung des Beklagten sogar noch in einer Besprechung vom 3. Mai 1957 aufrecht erhaltenen Preis von 75 DM/cbm innerhalb weniger Tage willkürlich auf 90 DM heraufgesetzt hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Nach Lage der Umstände muß davon ausgegangen werden, daß der Kläger im Laufe seiner Tätigkeit für den Beklagten zu der Überzeugung gekommen ist, der ursprünglich angegebene Baukostenpreis lasse sich weiterhin nicht mehr vertreten. Nach den Ausführungen des Sachverständigen, denen sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist seit der Einreichung des ersten Bauplanes bis zum Mai 1957 in der Tat eine gewisse Steigerung der Baupreise eingetreten.

Bei dieser Sachlage stellt die mit Schreiben vom 7. Mai 1957 vorgenommene, ersichtlich auf Übergroßer Vorsicht beruhende Berichtigung eines vermeintlichen Versehens auch dann keine Vertragsverletzung des Klägers dar, wenn der Bau annähernd zu den vorher angegebenen Preisen hätte durchgeführt werden können. Der Beklagte

wird auch im Ernst nicht behaupten wollen, er habe das Schreiben des Klägers vom 7. Mai 1957 dahin aufgefaßt, daß dieser der Meinung gewesen sei, die Baukosten hätten sich in der Zeit vom 3. bis zum 7. Mai 1957 um 20 % erhöht. Er mußte vielmehr dem Schreiben entnehmen, daß der Kläger zu der Überzeugung gekommen war, seine ursprüngliche Schätzung vom Herbst 1956 sei durch die Entwicklung im letzten halben Jahre überholt und könne nicht mehr aufrecht erhalten werden.

5) a) Die Revision rügt weiter, der Kläger habe seine letzte Preisschätzung von 90 DM/cbm nicht begründet.

Das geht fehl. Denn der Kläger hat seine letzte Schätzung, wenn auch nicht schon in seinem Schreiben vom 7. Mai 1957, so doch in dem anschließenden Schriftwechsel begründet.

b) Die Revision beanstandet, daß es der Kläger trotz langen Planens nicht fertiggebracht habe, bis zur Einreichung des Baugesuchs einen zuverlässigen Kostenanschlag zu machen.

Ein genauer Kostenanschlag war aber, wie das Berufungsgericht, dem Sachverständigen Prof. Dr. K. [REDACTED] folgend, ohne Rechtsfehler angenommen hat, im damaligen Stadium der Bauplanung überhaupt noch nicht möglich. Vielmehr mußte bei jeder damaligen Schätzung mit einem Spielraum von insgesamt 20 % (± 10 %) gerechnet werden.

c) Die Revision meint, der Kläger hätte auf die Wünsche und die wirtschaftliche Lage des Beklagten eingehen müssen. Er hätte daher einen Plan vorlegen müssen, der

für 75 DM/cbm zu verwirklichen gewesen wäre. Eine Planung für einen Bau mit besonderem Aufwand hätte den Zwecken des Beklagten nicht entsprochen (Hinterhaus).

Dabei übersieht die Revision, daß in den von dem Sachbearbeiter des Klägers, F██████, unterzeichneten Schreiben vom 18. und 28. Mai 1957 der Preis von 90 DM/cbm nur noch für eine mittlere oder einfache Bauausführung geschätzt worden ist. Damit waren etwaige frühere Äußerungen F██████ überholt, daß es sich um ein aufwendiges und repräsentatives Bauvorhaben handele.

d) Die Revision rügt, der Kläger habe im Mai 1957 über die Gründe seiner höheren Schätzung widerspruchsvolle Erklärungen abgegeben, die in dem Beklagten den Eindruck hätten erwecken müssen, daß beim Kläger völlig verworrene Vorstellungen über die tatsächlichen Baukosten herrschten. Damit habe der Kläger dem Beklagten begründeten Anlaß für seinen Brief vom 1. Juni 1957 gegeben. Das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten hierzu nicht genügend beachtet.

Die Rüge ist nicht begründet. Mögen auch die Briefe des Klägers vom 7., 9. und 11. Mai 1957 noch keine ausreichende Begründung für die erhöhte Schätzung enthalten haben, so hatte doch der Kläger durch die Schreiben seines Sachbearbeiters F██████ vom 18. und 28. Mai 1957, insbesondere durch die mit dem letzt-genannten Schreiben übersandte Aufschlüsselung der Kosten, den Umständen nach ausreichend dargelegt, warum er zu seiner letzten höheren Schätzung gekommen war.

Der Beklagte hat seinen Brief vom 1. Juni 1957 nach Erhalt der Kostenaufgliederung vom 28. Mai 1958 geschrieben.

Nicht eine unzureichende Information durch den Kläger in der Zeit vom 7. bis 28. Mai 1957 war also für den Brief des Beklagten vom 1. Juni 1957 ursächlich. Vielmehr hat der Beklagte diesen Brief, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, deswegen geschrieben, weil er auf Grund des Schreibens vom 28. Mai 1957 zu der Überzeugung gelangt war, daß der Entwurf des Klägers nicht billiger als zu 90 DM/cbm ausgeführt werden könnte.

Im übrigen ist zu dieser Revisionsrüge noch zu bemerken, daß der Schriftsatz des Beklagten vom 28. November 1958 erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz eingereicht worden ist.

e) Die Revision macht dem Kläger zum Vorwurf, er habe den Beklagten nicht davon unterrichtet, daß seine Schätzung nur grob und mit einer Toleranz von $\pm 10\%$ zu verstehen gewesen sei; dabei habe der Kläger gewußt, daß der Beklagte seine Rentabilitätsberechnung auf der vom Kläger genannten Zahl von 75 DM/cbm aufgebaut habe.

Die Rüge ist nicht begründet. Denn wie der Beklagte in der Berufungsinstanz zuletzt selbst vorgetragen hat, war die vom Kläger genannte Zahl von 75 DM/cbm richtig.

Der Kläger hatte im übrigen auch auf drohende Preissteigerungen infolge von Lohnerhöhungen hingewiesen. Das hat das Berufungsgericht zutreffend aus den Schreiben des Klägers vom 9. und 11. Mai 1957 entnommen, denen der Beklagte insoweit nicht widersprochen hat.

f) Die Revision meint, der Anspruch des Klägers sei entfallen, weil der Beklagte an den Leistungen des Klägers

kein Interesse mehr gehabt habe. Der Vertragszweck, ein rentables Bürogebäude zu errichten, sei vereitelt gewesen.

Die Rüge geht fehl. Der Umstand allein, daß der Beklagte möglicherweise den Bau nach den Plänen des Klägers nicht rentabel errichten konnte, brachte den Werklohnanspruch des Klägers noch nicht zum Erlöschen. Daß hier etwa die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gegeben wären, hat der Beklagte nicht dargetan.

6) Das Berufungsgericht hat erwogen, der Grund für den Entschluß des Beklagten, nicht zu bauen, und den Vertrag mit dem Kläger zu lösen, könne möglicherweise auch darin gelegen haben, daß die Firma C■■■■, die damals bereits Büroräume im alten Haus des Beklagten innehatte und als Mieterin des Neubaus in Aussicht genommen war, vielleicht schon vor dem 1. Juni 1957 ihre Pläne geändert habe und abgesprungen sei. Dafür könne, so meint das Berufungsgericht, der Umstand sprechen, daß der Beklagte die ihm vom Gericht gemachte Auflage nicht erfüllt habe, seinen Schriftwechsel mit der Firma C■■■■ vorzulegen und mitzuteilen, wann die Firma C■■■■ erstmals Kündigungsabsichten geäußert und wann sie die Kündigung ausgesprochen habe.

Die Revision greift diese Ausführungen an. Ob diese Angriffe begründet sind, kann jedoch auf sich beruhen. Denn das Berufungsgericht hat seine Entscheidung auf die oben wiedergegebenen nur beiläufigen Erwägungen nicht gestützt. Da dieser Punkt für die Begründung seiner Entscheidung keine Rolle spielte, brauchte es ihn auch nicht durch Ausübung des Fragerechts weiter aufzuklären.

7) Die Revision meint, der Kläger habe seine Vertragspflichten verletzt, weil er im Herbst 1956 das erste Baugesuch eingereicht habe, anstatt sich auf eine Voranfrage zu beschränken.

Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat zu diesem Punkte auf die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils verwiesen, denen es beigetreten ist. Das Landgericht hat ausgeführt, bei der Eilbedürftigkeit, mit der der Beklagte das Bauvorhaben habe behandelt wissen wollen, habe der Kläger im Rahmen pflichtmäßigen Ermessens die Überzeugung gewinnen können, es sei zweckmäßiger, sofort ein fertiges Baugesuch einzureichen statt einer bloßen Voranfrage. Diese Auffassung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

8) Der Beklagte sieht eine Pflichtverletzung des Klägers weiter darin, daß der Kläger das erste Baugesuch im Herbst 1956 überhaupt eingereicht habe, obwohl es erkennbar aussichtslos gewesen sei.

Die Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht ist auch insoweit ersichtlich dem Landgericht beigetreten. Dieses hat ausgeführt, es sei nicht dargetan, daß das 1. Baugesuch gegen zwingende baupolizeiliche Vorschriften verstoßen habe, zumal es ausweislich der Bauakten nicht aus baupolizeilichen, sondern aus städteplanerischen Gründen abgelehnt worden sei. Daß das 1. Baugesuch von vornherein aussichtslos gewesen wäre, haben die Vorinstanzen demnach ohne Rechtsverstoß als nicht bewiesen angesehen.

Gegen eine Vertragsverletzung des Klägers durch Einreichung des ersten Baugesuchs spricht auch, daß die

Parteien mit einer völligen Ablehnung des Bauvorhabens rechneten, wie das Schreiben des Klägers vom 1. Oktober 1956 ergibt. Trotz dieser Bedenken war aber der Beklagte damit einverstanden, daß der Kläger das erste Baugesuch einreichte. Der Beklagte hat dem Kläger nach der Ablehnung dieses ersten Baugesuchs aus dessen Einreichung auch zunächst keinen Vorwurf gemacht und hat am 1. Juni 1957 seine Kündigung nicht auf diesen Grund gestützt.

9) Die Revision sieht eine Vertragsverletzung des Klägers auch darin, daß er trotz der Eilbedürftigkeit des Bauvorhabens im August 1956 eine unbrauchbare, weil raumverschwendende Vorentwurfskizze gefertigt habe.

Das Berufungsgericht hat jedoch ausgeführt, die Hauptschwierigkeit des Baues habe in der Erlangung des Baudispeneses bestanden, den zu erreichen dem Beklagten trotz jahrelanger Bemühungen nicht gelungen sei, und für dessen Erlangung auch der Kläger Zeit benötigt habe.

Damit verneint das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß, daß die etwa unbrauchbare Vorentwurfskizze vom August 1956 für eine Verzögerung des Bauvorhabens ursächlich geworden wäre. Zutreffend weist das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch darauf hin, daß der Beklagte den Kläger in der Zeit von Mai bis Oktober 1956 unstreitig niemals zu größerer Eile gemahnt hat.

10) In der Revisionsverhandlung hat der Beklagte sich darauf berufen, daß nach der oben angeführten Entscheidung des Senats vom 26. November 1959 der Besteller gemäß § 242 BGB dem Werklohnanspruch des Unternehmers entgegenhalten könne, ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten des Unternehmers habe ihn (den Besteller) zur Kündigung veranlaßt.

Im vorliegenden Falle ist dieser Gesichtspunkt jedoch aus doppeltem Grunde nicht anwendbar. Einmal handelte es sich in dem damals entschiedenen Falle um die Vergütung des Unternehmers für den noch ausstehenden Teil seiner Leistung, während der Kläger hier die Vergütung für die von ihm bereits erbrachte Leistung fordert. Zum anderen kann der Besteller die Werklohnzahlung unter Berufung auf § 242 BGB nach der oben genannten Entscheidung des Senats nur dann weigern, wenn seine Kündigung durch ein vertragswidriges Verhalten des Unternehmers ausgelöst worden ist. Gerade daran aber fehlt es hier, wie oben dargelegt ist.

11) Der Beklagte hat in der Revisionsverhandlung hilfsweise noch vorgetragen, der Kläger könne allenfalls nur die halbe Vergütung fordern.

Das trifft nicht zu. Eine Ermäßigung der Vergütung des Klägers von 11.770 DM auf die Hälfte war, wie sich aus dem Schreiben des Klägers vom 1. Oktober 1956 ergibt, nur für den Fall vereinbart, daß "eine völlige Ablehnung des Projekts erfolgt und daher nicht gebaut werden kann." Dieser Fall liegt hier nicht vor; denn das Berufungsgericht stellt als unstreitig fest, daß der zweite Bauplan des Klägers vom Bauordnungsamt genehmigt worden wäre, wenn der Beklagte seinen Antrag nicht vorher zurückgenommen hätte.

Eine erweiternde Anwendung der oben genannten vertraglichen Ausnahmebestimmung auf den hier gegebenen Fall ist nicht angängig.

12) Nach alledem war die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann Dr. Winkelmann Heimann-Trosien

Dr. Vogt

Finke