

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 53/92

Verkündet am:
14. Juli 1994
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt M■■■■, vertreten durch ihren Stadtdirektor, Rathaus,
U■■■■straße ■■■■, M■■■■,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. ■■■■■
und ■■■■■ -

g e g e n

die Firma M■■■■ & W■■■■ E■■■■gesellschaft
mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Wolf-Rüdiger B■■■■ und
Helga M■■■■, Im J■■■■ (H■■■■), B■■■■,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. ■■■■■
und Dr. ■■■■■ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1994 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Prof. Dr. Thode und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Januar 1992 aufgehoben, soweit zu ihrem Nachteil erkannt ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 21. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten wegen der Erstattung von Kosten, welche die Klägerin im Zusammenhang mit der Erschließung eines Baugebietes geltend macht. Streitig ist vor allem, ob die Klägerin neben Aufwendungen, die ihr durch Aufträge an Drittunternehmer erwachsen sind, einen Zuschlag für eigene Kosten geltend machen kann. Hierzu verlangt sie zunächst restliche 72.260 DM. Darüber hinaus will sie Aufwendungen erstattet haben, die ihr durch die Bezahlung von Drittunternehmern mit insgesamt 1.104.885,80 DM entstanden sind. Dieser Teil der Forderung ist unstreitig. Jedoch macht die beklagte Stadt M. teils durch Aufrechnung teils durch Hilfswiderklage geltend, die Klägerin habe bereits zu Unrecht 920.103,49 DM als eigene Kosten berechnet und erhalten. Dieser Betrag stehe ihr ebensowenig zu, wie die 72.260 DM. Sie müsse ihn zurückerstatten sowie Zinsen (114.524,77 DM), vorgerichtliche Anwaltskosten (19.935,18 DM) und zusätzliche Aufmaßkosten (10.691,60 DM) bezahlen.

Der Auseinandersetzung liegt ein mehrschichtiges Vertragswerk zugrunde:

Die Beklagte hat zum Zwecke der Erschließung eines ihr gehörenden Geländes im Mai 1983 einen Vertrag mit den Ingenieuren M. und W. geschlossen. In jenem Vertrag sind ihnen "nach Maßgabe der folgenden Vertragsbestimmungen" die Durchführung und Koordinierung "sämtlicher" Arbeiten übertragen worden, die erforderlich sind, um das Gelände bau-



reif zu machen und zu verwerten (aaO § 1). Zu den Vertragspflichten gehören abgesehen von den in § 1 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 aufgezählten Arbeiten die in § 4 genannten Planungsarbeiten, die Vermessung (§ 5) und die Erschließung (§§ 3, 6 und 7 Abs. 1). § 6 Abs. 3 bestimmt: "Die Erschließung erfolgt durch Erschließungsträger. Diese haben mit der Stadt gesonderte Erschließungs- oder Vorfinanzierungsverträge abzuschließen." Als Honorar für M. und W. sind 3 % der Verkaufspreise für die baureifen Einzelgrundstücke vorgesehen (aaO § 14). Den Verkauf hat die Beklagte sich selber vorbehalten (§ 10).

Im September 1984 haben M. und W. die Klägerin gegründet. Mit dieser hat die Beklagte 1984, 1987 und 1987/1988 drei im großen und ganzen übereinstimmende Verträge geschlossen. Deren Gegenstand ist die Erschließung, aufgeteilt in drei das Gesamtgelände ausmachende Teilbereiche (Bebauungsplangebiete 132 A, B und C). Die Verträge sehen ein Honorar nicht vor. Nach § 7 (erster Vertrag) bzw. § 8 (zweiter und dritter Vertrag) "erstattet" die Beklagte der Klägerin die "Erschließungskosten" aus den Grundstückserlösen. Woraus sich diese Kosten zusammensetzen, ist in § 6 bzw. § 7 bestimmt.

Nachdem während des erstinstanzlichen Verfahrens die Beklagte 350.000 DM an eine Zessionarin der Klägerin gezahlt hatte, hat das Landgericht festgestellt, der Rechtsstreit sei teilweise in der Hauptsache erledigt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Erledigung der Hauptsache in Höhe von 350.000 DM festgestellt und die Beklagte verurteilt, 827.145,80 DM und Zin-

sen teils an eine weitere Zessionarin der Klägerin, teils an die Klägerin zu bezahlen. Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

1. Das Berufungsgericht prüft zu Recht, ob die Zivilgerichtsbarkeit zuständig ist. Wenn ein erstinstanzliches Verfahren bei Inkrafttreten des neugefaßten § 17 a Abs. 5 GVG am 1. Januar 1991 bereits abgeschlossen war, hat es bei der Zuständigkeitsprüfung auch durch die Rechtsmittelgerichte nach altem Recht zu verbleiben (BGH Urteil vom 28. Februar 1991 - III ZR 53/90 = BGHZ 114, 1, 3). Das Verfahren vor dem Landgericht ist bereits durch das Urteil vom 12. Januar 1990 beendet worden.

2. Das Berufungsgericht nimmt im Ergebnis zutreffend an, daß der Rechtsstreit durch ein Zivilgericht zu entscheiden ist. Die drei Verträge, aus denen die Klägerin ihre Ansprüche herleitet, sind keine öffentlich-rechtlichen Erschließungsverträge.

Die Aufgabe einer Gemeinde, ihr Gemeindegebiet zu erschließen (Erschließungslast), ist zwar eine öffentlich-rechtliche Pflicht (§ 123 BauGB). Die Gemeinde kann ihr jedoch in unterschiedlicher Weise nachkommen.

a) Sie kann durch öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrag (§ 124 BauGB) die technische und finanzielle Abwicklung der Erschließung auf einen Erschließungsunternehmer übertragen. Dieser stellt dann in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten die Erschließungsanlagen als eigene Einrichtung her. Zwar verbleibt die gesetzliche Erschließungslast bis zur endgültigen Herstellung bei der Gemeinde. Abgesehen von dieser nur noch latenten Pflicht ist die Gemeinde aber mit der Erschließung nicht mehr befaßt. Nach Abschluß der Erschließungsarbeiten überträgt der Erschließungsunternehmer die fertiggestellten Erschließungsanlagen auf die Gemeinde, und zwar unentgeltlich. Das heißt nicht, daß er umsonst arbeitet. Er refinanziert sich durch Verkauf oder vergleichbare Nutzung der erschlossenen Grundstücke, wobei er seine Erschließungsaufwendungen auf den Grundstückspreis aufschlägt (vgl. die Übersicht bei Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch, Loseblattwerk, 5. Aufl. 1989 ff, § 124 Rdn. 3 ff; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 3. Aufl. 1991 Rdn. 117 ff, jeweils m.w.N.).

b) Eine Gemeinde kann aber auch selber erschließen und die einzelnen Erschließungsarbeiten an Unternehmer vergeben. Dann wird unter ihrer Regie, in ihrem Auftrag und auf ihre Kosten erschlossen. Die Erschließungsaufwendungen hat sie regelmäßig anschließend von den bauwilligen Erwerbern

der baureif gemachten Grundstücke durch Erschließungsbeiträge (§§ 127 ff BauGB) zu erheben.

Dieses ist mit einigen Besonderheiten der von der Beklagten gewählte Weg. Die Beklagte hat auf einem ihr gehörenden Gelände durch mehrere Unternehmen Straßen, Wege und Plätze mit dazugehörenden Einrichtungen (Straßenbeleuchtung, Begrünung usw.) planen und herstellen lassen. Daran waren neben anderen Unternehmen die Ingenieure M. und W. und auch die Klägerin beteiligt. Die Beklagte hat durch eine Reihe von Vertragsklauseln ihren Einfluß auf die Arbeiten sichergestellt und sie hat den Erschließungsaufwand dadurch übernommen, daß sie sich zur Erstattung der Erschließungskosten an die Klägerin verpflichtet hat. Ein hoheitlicher und damit öffentlich-rechtlicher Vorgang liegt hierin nicht.

II.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin habe aufgrund der drei Verträge einen Anspruch auf "Vergütung". Zwar enthielten die Verträge nicht eine ausdrückliche Vergütungsabrede. Jedoch gelte eine Vergütung gemäß § 632 Abs. 1 BGB als stillschweigend vereinbart.

Die Beklagte habe den aufgrund der gesetzlichen Fiktion ihr obliegenden Beweis nicht erbracht, daß vereinbart worden sei, eine Vergütung solle nicht geschuldet sein. Die Umstände des Falles sprächen gegen die dahingehende Darstellung der Beklagten. Die Klägerin sei ein auf Gewinn

ausgerichtetes Unternehmen. Ihre Verträge mit der Beklagten seien unabhängig von deren Vertrag mit M. und W. und sie enthielten andere Leistungspflichten, als M. und W. übernommen hätten. Mit § 6 Abs. 3 des Vertrages von 1983 sei eine Erschließungsträgerschaft von M. und W. eindeutig ausgeschlossen worden. Die Klägerin dagegen habe die Freilegung und den Ausbau der Erschließungsanlage unter Hinzuziehung von Drittunternehmern in eigener Verantwortung auszuführen und abzurechnen gehabt. Mit der Vorfinanzierung der Kosten habe sie ein nicht unerhebliches finanzielles und wirtschaftliches Risiko übernommen.

Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit vertraglicher Regelungen bringe der Beklagten keine Beweiserleichterung. § 7 des ersten der drei Verträge beziehungsweise der gleichlautende § 8 der weiteren beiden Verträge schließe einen Anspruch auf Vergütung nicht aus. Im Gegenteil sei davon auszugehen, daß die Vertragsklauseln einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung eigener "Kosten" begründeten. Dieser Anspruch umfasse nach der hier geltenden Fiktion des § 632 Abs. 1 BGB auch einen angemessenen Gewinn.

2. Hiergegen richtet sich die Revision mit Erfolg. Das Berufungsgericht wendet § 632 Abs. 1 BGB zu Unrecht an. § 632 setzt voraus, daß die Parteien nicht geregelt haben, ob eine Vergütung geschuldet sein soll oder nicht. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben. Auch die neben den tragenden Gründen zum Ausdruck gebrachte Auffassung des Berufungsgerichts zu § 7 bzw. § 8 der Verträge kann das Berufungsurteil nicht begründen.

a) Die Parteien haben die Frage der Vergütung nicht übersehen oder offengelassen. Die schriftlichen Verträge geben hierüber zwar nicht unmittelbar Auskunft. Die Vertragstexte enthalten zu einer Vergütung keine ausdrückliche Regelung, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat. Die Parteien haben jedoch über die Vergütung verhandelt. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten ist sodann auf ihren Wunsch die von der Klägerin im Vertragsentwurf zunächst vorgesehene Honorarklausel bei Abschluß der Verträge einvernehmlich gestrichen worden.

b) Was für Zahlungen danach die Beklagte an die Klägerin zu leisten hat, ist in § 7 bzw. § 8 der Verträge festgelegt worden. Die Vereinbarung, daß die "Erschließungskosten ... erstattet" werden, ist allerdings auslegungsbedürftig, weil sie unterschiedliche Deutungen zuläßt. Vorweg ist zu klären, ob nur die aus der Beschäftigung von Drittunternehmern entstandenen Kosten gemeint sind, oder auch eigene Kosten der Klägerin. Sofern sich ergibt, daß auch eigene Kosten der Klägerin zu erstatten sind, muß ermittelt werden, ob die Kostenerstattung hier lediglich einen Aufwandsersatz im Sinne eines Ausgleichs eigener Geschäftskosten (Regiekosten) bedeutet, oder weitergehend die Zahlung eines einen Gewinn einschließenden Entgelts. In jedem dieser denkbaren Fälle ist eine entweder positive oder negative Vergütungsregelung getroffen worden, so daß § 632 BGB unabhängig davon nicht zum Tragen kommen kann, zu welchem Ergebnis die Auslegung des § 7 bzw. § 8 der Verträge gelangt.

c) Neben seiner tragenden Begründung führt das Berufungsgericht auch aus, § 7 bzw. § 8 umfasse einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung auch eigener "Kosten". Dieses Verständnis der Vertragsklauseln kann schon deshalb das Berufungsurteil nicht tragen, weil ihm jede Begründung fehlt. Das Berufungsgericht legt nicht dar, wie es zu seiner Auffassung gekommen ist. Schon allein der Wortlaut der Vertragsbestimmung berechtigt zu Zweifeln, ob die Klägerin ihren Anspruch auf Erstattung auch eigener Kosten auf sie stützen kann. Darüber hinaus darf die Auslegung nicht beim Wortlaut der einzelnen Vertragsklausel stehenbleiben. Der übrige Vertragstext sowie die weiteren Umstände müssen ebenso einbezogen werden. Erst danach kann beurteilt werden, ob es auf die vom Berufungsgericht zur Bestätigung seiner Auffassung herangezogenen Zeugenaussagen ankommt und wie diese zu würdigen sind.

d) Im übrigen sei angemerkt, daß die Revision zu Recht auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des von der Klägerin berechneten Aufschlags beanstandet. Die berechnete Höhe kann nicht durch eine Schätzung gemäß § 287 ZPO gewonnen werden. Vielmehr muß sie dadurch ermittelt werden, daß die Verträge ausgelegt und daß je nach Ergebnis die Aufwendungen oder Leistungen, für die eine "Erstattung" begehrt wird, im einzelnen festgestellt werden.

III.

1. Das Berufungsgericht hält die von der Beklagten geltend gemachten Gegenansprüche für unbegründet. Das betreffe

nicht nur die Erstattung der von der Klägerin bereits erlangten 920.103,49 DM, die hierauf errechneten Zinsen sowie zusätzliche Aufmaßkosten, sondern auch Anwaltskosten der Beklagten in Höhe von 19.935,18 DM.

2. Hinsichtlich der Anwaltskosten enthält das Berufungsurteil keinen Rechtsfehler. Trotzdem ist die Revision nicht insoweit zurückzuweisen. Es ist derzeit offen, ob über diesen Teilposten überhaupt zu entscheiden ist. Er wird nur im Rahmen der Hilfswiderklage geltend gemacht. Von dieser ist noch nicht abzusehen, ob sie zum Tragen kommen wird. Im übrigen, also hinsichtlich des größten Teils der Gegenansprüche, hat die Revision aus den oben Ziffer II dargelegten Gründen Erfolg.

IV.

1. Das Berufungsgericht hält die Hauptsache in Höhe von 350.000 DM für erledigt. Es verurteilt dementsprechend die Beklagte nur zur Zahlung der eingeklagten 1.177.145,80 abzüglich 350.000 = 827.145,80 DM, weil die Beklagte während des Rechtsstreits diesen Teilbetrag in hier anzurechnender Weise bezahlt habe.

2. Die Revision nimmt eine Erledigung in Höhe von 39.630,76 DM hin. 310.369,24 DM bezeichnet sie als durch die Überweisung jener 350.000 DM überzahlt. Die Revision geht also nunmehr davon aus, daß die 350.000 DM auf die hier streitige Schuld bezahlt worden sind. Sie hält die 310.369,24 DM nur noch wegen der Gegenforderungen der Be-

klagen für nicht erledigt. Dementsprechend kann die Entscheidung über die weitere Erledigung der Hauptsache von derjenigen über die Gegenforderungen abhängen und muß hier offenbleiben.

V.

Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Es ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben. Bei seiner erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht auch zu berücksichtigen haben:

1. Die Frage, ob überhaupt eine Erstattung eigener Kosten der Klägerin aufgrund § 7 bzw. § 8 der Verträge geschuldet ist, muß unter Würdigung aller weiteren Umstände auf der Grundlage einer umfassenden Interessenbewertung anhand der Verträge sowohl mit M. und W. als auch mit der Klägerin geklärt werden. Dabei muß zunächst berücksichtigt werden, daß eigene Kosten ein Bestandteil eines Werklohns beziehungsweise eines Honorars sind. Da die Parteien die anfänglich vorgesehene Honorarklausel gestrichen haben, bedarf es deshalb besonderer Anhaltspunkte für die Annahme, daß gleichwohl ein Honorar oder Teile eines solchen, eben die eigenen Geschäftskosten, ausgeglichen werden sollen.

Darüber hinaus darf nicht außer Betracht bleiben, daß die Klägerin selber zunächst davon ausgegangen ist, jedenfalls aufgrund des schriftlichen Vertragswerks keinen Anspruch auf Erstattung eigener Kosten zu haben. Sie hat solche Kosten nicht gegenüber der Beklagten ausgewiesen und

auch nicht ausdrücklich geltend gemacht. Statt dessen hat sie die von den Drittunternehmen erbrachten Leistungen mit der Beklagten dergestalt "abgerechnet", daß sie der Rechnungsposition "Baustelleneinrichtung" jeweils etwa 7,5 % der Aufwendungen ohne nähere Bezeichnung hinzugerechnet hat. Auf diese Weise hat sie die erwähnten und von der Beklagten nunmehr zurückgeforderten 920.103,49 DM erlangt.

Ob die Klägerin im Vergleich zu M. und W. weiterreichende Leistungspflichten übernommen hat, ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend. Jedoch sind aus einem genauen Vergleich der Verträge von 1983 einerseits (vgl. dort auch Anlage 2) und von 1984 ff andererseits sich etwa ergebende zusätzliche Pflichten der Klägerin als Indiz heranzuziehen. Als ein weiterer Anhaltspunkt ist das mit M. und W. im Vertrag von 1983 vereinbarte Honorar zu berücksichtigen unter dem Aspekt, daß ein zweifacher Ausgleich derselben Aufwendungen (als Aufwendungsersatz) oder für dieselben Leistungen (als Entgelt) nicht in Betracht kommt.

2. Sofern sich ergibt, daß die Klägerin aufgrund § 7 beziehungsweise § 8 der Verträge die Erstattung auch eigener Kosten verlangen kann, wird das Berufungsgericht auszulegen haben, ob "Kosten" hier im Sinne von Geschäftsunkosten (Regiekosten) oder aber als Entgelt im Sinne einer Gegenleistung für erbrachte Arbeiten zu verstehen sind. Auch hier wird das Berufungsgericht neben der allgemeinen Bedeutung des Kosten- und des Erstattungsbegriffs vor allem den Gesamtzusammenhang der Verträge mit M. und W. sowie mit der Klägerin zu berücksichtigen haben.

Im übrigen wird im einzelnen festzustellen und zu würdigen sein, welche zusätzlichen, nicht schon von M. und W. übernommenen Arbeiten die Klägerin übernommen und verrichtet hat und gegebenenfalls welche zusätzlichen, nicht schon M. und W. vergüteten Kosten ihr daraus entstanden sind. Erst auf dieser Grundlage läßt sich entscheiden, ob die von der Klägerin geltend gemachten "Erstattungsansprüche" gegebenenfalls auch der Höhe nach berechtigt sind.

3. Es kann offenbleiben, ob die Parteien außerhalb ihrer schriftlichen Verträge eine mündliche Vereinbarung dahingehend getroffen haben, daß die Klägerin berechtigt sein sollte, eigene Regiekosten in die Abrechnung der Drittunternehmer unter der Rechnungsposition "Baustelleneinrichtung" einzustellen. Selbst wenn die Klägerin eine solche Abrede nachweisen könnte, ergäbe sich daraus kein Anspruch auf Erstattung dieser Kosten. Die Vereinbarung wäre mit Hinblick auf § 56 GO NW unwirksam, der die Schriftform für Erklärungen vorschreibt, durch welche eine Gemeinde verpflichtet werden soll.

Lang

Bliesener

Quack

Thode

Wiebel