

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 65/74

URTEIL

Verkündet am
20. März 1975
Blust,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Lageristin Ruth D. [REDACTED] geb. Be [REDACTED],
Be [REDACTED] (M [REDACTED]), H [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Architekten Horst M. S c h [REDACTED], Be [REDACTED]
(L [REDACTED]), K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 7. Januar 1974 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 18. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war Eigentümerin des in Be [REDACTED], H [REDACTED] weg [REDACTED], gelegenen Grundstücks, das mit einem 1924/1925 errichteten Zweifamilienhaus bebaut ist. Seit 1963 beabsichtigte sie das Grundstück nach Abriß des Gebäudes neu zu bebauen. Sie schloß am 27. Juni 1966 mit dem Beklagten einen Vertrag, wonach sie ihm sämtliche Architektenleistungen für den Neubau eines Mehrfamilienhauses und dessen Finanzierung durch Fremdmittel übertrug. Am 17. Juli 1968 erteilte sie ihm eine weitere umfassende Vollmacht, die sie ihm aber im Mai 1969 wieder entzog, weil der Beklagte die Finanzierung des Bauvorhabens nicht mit Mitteln des

- 3 -

sozialen Wohnungsbaus vorgesehen hatte. Am 17. Juni 1969 einigten sich die Parteien, daß der Bau doch frei finanziert werden sollte.

Im September 1969 widerrief die Klägerin erneut die dem Beklagten erteilte Vollmacht. Darauf forderte der Beklagte für seine bis dahin erbrachten Architektenleistungen 27.502 DM, die er einklagte. Zur Beilegung dieses Rechtsstreits erkannte die Klägerin am 12. Februar 1970 in notarieller Urkunde an, dem Beklagten "für bisherige Leistungen auf Architektenvertrag DM 19.027" und ".... an Kosten DM 1.109,55 zu verschulden." Zugleich unterwarf sie sich wegen dieser Beträge der sofortigen Zwangsvollstreckung.

In einer weiteren Urkunde vom 12. Februar 1970 beauftragte sie den Beklagten, den Bau zu Ende zu führen. Am 20. März 1970 schlossen die Parteien über den Neubau des Mehrfamilienhauses außerdem schriftlich einen umfassenden Architektenvertrag unter Verwendung des "Bauwelt-Musters". In der Folgezeit bemühte sich der Beklagte um die Verwirklichung des Bauvorhabens. Er fertigte am 22. April 1970 eine Wirtschaftlichkeitsberechnung, die mit Gesamtbaukosten (einschließlich Grundstück) von 529.000 DM abschloß, und beantragte die notwendigen Kredite, die aber wegen einer bestehenden Finanzierungslücke von über 22.000 DM nicht endgültig bewilligt wurden.

Im Juni 1970 gerieten die Parteien erneut in Streit, in dessen Verlauf die Klägerin die dem Beklagten erteilte Vollmacht abermals widerrief. Darauf kündigte der Beklagte mit Schreiben vom 17. Juli 1970 das Architektenverhältnis aus wichtigem Grund. Unter dem 16. Juli 1970



machte er eine Rechnung über die von ihm insgesamt zu beanspruchende Vergütung auf, die er mit 31.096,70 DM bezifferte.

Die Klägerin beharrte zunächst auf der Erfüllung des Vertrags. Mit Schriftsatz vom 31. Mai 1972 ging sie angesichts der fortdauernden Erfüllungsverweigerung des Beklagten davon ab und verlangt von ihm nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sie verkaufte das Grundstück schließlich am 29. Juni 1972 an ihre beiden Töchter, die es anderweitig ohne Beteiligung des Beklagten bebauen wollen. Der Beklagte nahm den Verkauf des Grundstücks durch die Klägerin zum Anlaß, mit Schriftsatz vom 12. April 1973 den Architektenvertrag erneut aus wichtigem Grund zu kündigen.

Die Klägerin hält die vom Beklagten im Juli 1970 ausgesprochene fristlose Kündigung des Architektenvertrags für unberechtigt. Die darauf gestützte endgültige Weigerung des Beklagten, den Vertrag zu erfüllen, verpflichtete ihn zum Schadensersatz. Die von ihm erstellte Wirtschaftlichkeitsberechnung sei falsch gewesen. So wie von ihm vorgesehen, habe sich das Bauvorhaben nicht verwirklichen lassen. Die bisherigen Leistungen des Beklagten seien für die Klägerin wertlos. Daher dürfe er aus der notariellen Urkunde vom 12. Februar 1970 nicht vollstrecken und auch keine weitere Vergütung verlangen. Hilfsweise hat die Klägerin mit Ansprüchen auf Ersatz des Schadens aufgerechnet, der ihr entstanden sei, weil das Bauvorhaben nicht habe durchgeführt werden können.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug beantragt:

1. festzustellen, daß die vom Beklagten unter dem 17. Juli 1970 erklärte fristlose Kündigung unwirksam sei,
2. die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 12. Februar 1970 für unzulässig zu erklären,
3. den Beklagten zur Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen dieser Urkunde zu verurteilen,
4. festzustellen, daß dem Beklagten keine weiteren Ansprüche aus seiner Gebührenrechnung vom 16. Juli 1970 oder aus einem sonstigen Rechtsgrund zustehen.

Das Landgericht hat festgestellt, daß die fristlose Kündigung des Beklagten vom 17. Juli 1970 unzulässig war und daß dem Beklagten keine weiteren Ansprüche aus seiner Gebührenrechnung vom 16. Juli 1970 zustehen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt und die Klaganträge zu 2 und 3 wiederholt, sowie hilfsweise beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 20.136,55 DM nebst Zinsen an sie zu verurteilen. Der Beklagte hat sich der Berufung insoweit angeschlossen, als das Landgericht festgestellt hat, daß ihm aus der Gebührenrechnung vom 16. Juli 1970 keine weiteren Ansprüche zustehen. Er hat beantragt, die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen. Die vom Landgericht getroffene Feststellung der Unwirksamkeit seiner ersten Kündigung vom 17. Juli 1970 hat der Beklagte nicht angegriffen. Sie ist rechtskräftig.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin einschließlich des von ihr gestellten Hilfsantrags zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung des Beklagten die Klage auch insoweit abgewiesen, als die Klägerin die Feststellung begehrt hat, daß dem Beklagten aus seiner Honorarrechnung vom 16. Juli 1970 keine weiteren Ansprüche zustehen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klage, soweit sie abgewiesen worden ist, in vollem Umfang weiter. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, die Parteien hätten durch den schriftlichen Architektenvertrag vom 20. März 1970 das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis von Anfang an festlegen wollen. Infolgedessen gelte der in dem Vertrag vereinbarte Ausschluß der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts gegen Honorarforderungen des Beklagten auch für dessen Ansprüche aus der notariellen Urkunde vom 12. Februar 1970. Der Klägerin stünden somit gegen diese Urkunde auch dann keine nach den §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 Abs. 4 ZPO geltend zu machenden Einwendungen zu, wenn ihr der Beklagte zum Schadensersatz verpflichtet wäre.

Die von der Klägerin im zweiten Rechtszug hilfsweise erhobene Zahlungsklage hält das Berufungsgericht für unzulässig.

Es meint ferner, dem Beklagten stünden über die in der notariellen Urkunde aufgenommene Forderung hinaus weitere Ansprüche aus dem Architektenvertrag zu. Zwar sei die von ihm durch sein Schreiben vom 17. Juli 1970 ausgesprochene fristlose Kündigung unwirksam, wie das Landgericht rechtskräftig festgestellt habe. Die Klägerin habe ihm die Erfüllung des Vertrags aber nicht dadurch unmöglich machen dürfen, daß sie das Grundstück an ihre Töchter weiterveräußerte. Damit habe der Beklagte nunmehr einen wichtigen Grund zur Kündigung des Vertrags gehabt, den die Klägerin zu vertreten habe. Ob sich das Bauvorhaben mit der vom Beklagten vorgesehenen Finanzierung habe verwirklichen lassen, könne dahingestellt bleiben. Denn die Klägerin habe dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben, etwaige Mängel in der Wirtschaftlichkeitsberechnung zu beseitigen. Verjährt seien die Forderungen des Beklagten nicht.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts, daß zwischen den Parteien seit dem Jahre 1966 ein einheitliches Architektenvertragsverhältnis bestanden hat, das sie mit dem schriftlichen Vertrag vom 20. März 1970 lediglich auf eine neue Grundlage gestellt haben. Davon sind beide Parteien ausgegangen. Das greift die Revision auch nicht an. Damit gelten die in diesem Vertrag getroffenen Bestimmungen für alle von den Parteien gegenseitig erhobenen Ansprüche, auch die des Beklagten aus der notariellen Urkunde vom 12. Februar 1970.

Aus dem von den Parteien verwendeten Vertragsformular (Bauwelt-Muster) interessieren:

Ziffer 3 Abs. 1 Satz 3 des Vertrags, in dem es heißt: "Gegen den Honoraranspruch des Architekten sind Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nicht zulässig."

§ 10 der dem Vertrag angefügten "Allgemeinen Vertragsbestimmungen", der lautet:

"Vorzeitige Auflösung des Vertrags

1. Der Vertrag kann von beiden Teilen nur aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt werden.
2. Kündigt der Auftraggeber, so behält der Architekt den Anspruch auf die ganze vertragliche Vergütung, jedoch unter Abzug ersparter Aufwendungen. Diese werden mit 40 v.H. des Honorars für die vom Architekten noch nicht erbrachten Leistungen 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 erbrachten Leistungen zu.
4. Kündigt der Architekt aus einem Grunde, den der Auftraggeber zu vertreten hat, so behält der Architekt den Anspruch auf die vertragliche Vergütung gemäß § 10.2."

2. Die Parteien stimmen darin überein, daß der Vertrag nicht mehr erfüllt werden soll. Sie streiten nur darum, wodurch sein vorzeitiges Ende herbeigeführt worden ist. Der Beklagte hat zweimal ausdrücklich die fristlose Kündigung erklärt. Die Klägerin hat die Erfüllungsverweigerung des Beklagten seit dessen erster Kündigung vom 17. Juli 1970 schließlich (Ende Mai 1972) zum Anlaß genommen,

ebenfalls nicht mehr auf der Erfüllung des Vertrags zu bestehen. Ihr Übergang zur Schadensersatzforderung stellt nichts anderes als eine von ihr bewirkte vorzeitige Vertragsauflösung dar.

Zu Unrecht übergeht das Berufungsgericht diesen Umstand und stellt allein auf die erneute Kündigung des Beklagten im Anschluß an den Grundstücksverkauf durch die Klägerin im Juni 1972 ab. Dabei läßt es außer Acht, daß die vom Beklagten zunächst, nämlich im Juli 1970 ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund unberechtigt war, wie zwischen den Parteien rechtskräftig feststeht. Damit bestand das Architektenverhältnis fort. Der Beklagte verweigerte grundlos die Erfüllung des Vertrags, welche die Klägerin noch zu Beginn des Prozesses forderte, und jede weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin. Das berechtigte die Klägerin ihrerseits, die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten abzulehnen, wie sie es in ihrem Schreiben vom 31. Mai 1972 zum Ausdruck gebracht hat. Der Beklagte hat seine Erfüllungsverweigerung zu vertreten, wie nicht näher ausgeführt zu werden braucht.

Damit steht dem Beklagten schon nach § 10 Ziffer 3 der "Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Architektenvertrag" allenfalls eine Vergütung für die von ihm bis zu Vertragsauflösung erbrachten Leistungen zu. Das wirkt sich auf das negative Feststellungsbegehren der Klägerin aus.

3. Muß der Beklagte Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB leisten, so braucht die Klägerin auch für die von ihm erbrachten Leistungen keine Vergütung zu bezahlen, soweit diese Leistungen für sie wertlos sind (BGHZ 27, 215, 218; BGH Urteil vom 9. Dezember 1971 - VII ZR 211/69 = LM BGB § 634 Nr. 12).

a) Das macht die Klägerin geltend. Sie behauptet, die vom Beklagten gefertigte Wirtschaftlichkeitsberechnung sei fehlerhaft gewesen. Das vom Beklagten geplante Bauvorhaben habe sich so, wie von ihm vorgesehen, nicht verwirklichen lassen. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Es hat vielmehr ausdrücklich offen gelassen, ob dem vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachten über die Durchführbarkeit des Bauvorhabens auf Grund der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Beklagten gefolgt werden könne. Für das Revisionsverfahren ist deshalb zu Gunsten der Klägerin davon auszugehen, daß die Wirtschaftlichkeitsberechnung fehlerhaft war.

b) Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin daraus hergeleiteten Schadensersatzanspruch daran scheitern lassen, daß die Klägerin dem Beklagten nicht nach § 634 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung mit der Erklärung gesetzt habe, sie werde nach Ablauf der Frist die Nachbesserung ablehnen. Dem vermag der Senat nicht beizutreten.

aa) Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Aufforderung zur Mängelbeseitigung innerhalb einer bestimmten Frist entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre (vgl. etwa BGH NJW 1971, 798 zu § 326 BGB. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Unternehmer seine Gewährleistungspflicht schlechthin bestreitet (BGH Urteil vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 = LM BGB § 459 Nr. 20). Dem steht gleich, wenn er den Standpunkt einnimmt, Mängel seien gar nicht vorhanden (Senatsurteil vom 8. Oktober 1970 - VII ZR 235/68; vgl. auch Schmidt WM Beilage 4/72 S. 3/4).

bb) So ist es hier. Der Beklagte hat nach seiner eigenen Vertragskündigung vom Juli 1970, die er für berechtigt hielt, folgerichtig die Auffassung vertreten, daß der Vertrag beendet sei. Er hat deshalb die weitere Erfüllung des Vertrags endgültig abgelehnt und zum Ausdruck gebracht, daß er für die Klägerin keinesfalls mehr tätig werden wolle. Darüber hinaus hat er von Anfang an und über das ganze Verfahren hinweg geleugnet, daß die von ihm erstellte Wirtschaftlichkeitsberechnung fehlerhaft gewesen sei. Bei dieser Sachlage wäre eine Aufforderung der Klägerin an den Beklagten, etwaige Mängel der von ihm vorgesehenen Finanzierung innerhalb einer bestimmten Frist zu beseitigen, eine leere Förmlichkeit im Sinne der angeführten Rechtsprechung gewesen.

c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts verhielt sich die Klägerin auch nicht widersprüchlich. Ihr war keinesfalls zuzumuten, die rechtskräftige (!) Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung des Beklagten abzuwarten, ehe sie selbst etwas unternahm, wie das Berufungsgericht offenbar meint. Wenn der Beklagte in Wahrheit keinen wichtigen Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung hatte, so ging das zu seinen Lasten. Es ging auf sein Risiko, ob er mit dem von ihm eingenommenen Rechtsstandpunkt in dem von der Klägerin angestrebten Prozeß durchkommen würde. Wenn die Klägerin daher fast zwei Jahre nach der vom Beklagten erklärten Kündigung, als der Beklagte noch immer auf seiner Weigerung beharrte, den Vertrag zu erfüllen und die von der Klägerin geltend gemachten Mängel in der Wirtschaftlichkeitsberechnung weiter bestritt, ihrerseits die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr wünschte und nur noch Schadensersatz vom Beklagten verlangte, so verstieß sie damit nicht gegen Treu und Glauben.

d) Der Behauptung der Klägerin über Mängel der vom Beklagten aufgestellten Wirtschaftlichkeitsberechnung und des darauf aufbauenden Plans zur Finanzierung des Bauvorhabens muß nach alledem nachgegangen werden. Ob diese Behauptung zutrifft und inwieweit der Beklagte deswegen für von ihm erbrachte Leistungen keine Vergütung verlangen kann, bedarf tatrichterlicher Feststellungen.

Betroffen wird von diesem Einwand einmal die negative Feststellungsklage, aber auch der Klagantrag, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 12. Februar 1970 für unzulässig zu erklären und den Beklagten zur Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen zu verurteilen. Die in der Urkunde festgelegten Ansprüche des Beklagten haben nämlich ihre Grundlage in Leistungen, die der Beklagte bis dahin bereits erbracht hatte.

Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die Klägerin sei durch die Ziffer 3 Abs. 1 Satz 3 des Architektenvertrags (vgl. oben Ziffer II 1), wonach Aufrechnung und Zurückbehaltungsrechte ausgeschlossen seien, gehindert, der Forderung des Beklagten einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB entgegenzusetzen. Kann der Auftraggeber von seinem Architekten Schadensersatz in der Form verlangen, daß er für ein unbrauchbares Teilwerk keine Vergütung zahlen muß, so liegt darin keine Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch des Architekten. Diese Rechtsfolge ergibt sich vielmehr unmittelbar aus dem Inhalt des dem Auftraggeber zustehenden Schadensersatzanspruchs als solchem. Der Architekt muß den Schaden des Bestellers, der darin liegt, daß er für ein unbrauchbares Werk eine Vergütung zahlen soll, in der Weise ersetzen, daß die Vergütung nicht bezahlt zu werden braucht.

Die Ausschlußklausel der Ziffer 3 Abs. 1 Satz 3 des Architektenvertrags greift deshalb hier nicht ein (Senatsurteil vom 9. Dezember 1971 - VII ZR 211/69 = LM BGB § 634 Nr. 12).

III.

Das Berufungsurteil ist infolgedessen auf die Revision der Klägerin in vollem Umfang aufzuheben.

Das gilt auch für den von der Klägerin im zweiten Rechtszug gestellten Hilfsantrag, über den nicht befunden werden kann, bevor endgültig über den Hauptantrag entschieden ist. Für den Fall, daß bei der neuen Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts Gegenansprüche der Klägerin eine Rolle spielen sollten, die unter das Aufrechnungsverbot und den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts im Architektenvertrag fallen, sei bemerkt, daß der Senat die Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu teilen vermag, wonach die Klägerin insoweit eine "bedingte" Klage erhoben habe, die unzulässig wäre. Es handelt sich eindeutig um einen von der Klägerin im Wege der Klageerweiterung in den Rechtsstreit eingeführten Hilfsantrag, der zum Zuge kommen soll, falls der von der Klägerin erklärten Aufrechnung Hindernisse entgegenstehen. Es ist nicht zu erkennen, inwiefern ein solcher Hilfsantrag unzulässig sein sollte (vgl. BGHZ 21, 13).

Das Berufungsgericht wird auch im Rahmen des negativen Feststellungsantrags die Frage der Verjährung der diesen Antrag umfassenden Ansprüche des Beklagten neu zu prüfen haben. Mit der Auflösung des Vertrags im Mai/Juni 1972 sind alle etwaigen weiteren Honorarforderungen

des Beklagten fällig geworden. Sie sind damit nach den §§ 196 Abs. 1 Ziffer 7, 198, 201 BGB mit Ablauf des 31. Dezember 1974 verjährt. Ob der Beklagte inzwischen die Verjährung unterbrochen hat, ist nicht bekannt. Vorher ist die Verjährung nicht eingetreten. Entgegen der Annahme der Revision stellt sich hier die Frage nicht, wann die Vergütung für Teilleistungen verjährt, die ein Architekt nach § 21 GOA verlangt. Denn der Beklagte hat keine Teilbeträge gefordert und auch keinen Vorschuß auf seine Gebühren gemäß Ziffer 4 des Architektenvertrags. Er hat vielmehr sein gesamtes Honorar in einer einheitlichen Schlußrechnung geltend gemacht. Das konnte er erst nach Beendigung der ihm übertragenen Arbeiten oder nach Auflösung des Architektenverhältnisses.

Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr die notwendigen Feststellungen zu treffen haben wird. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Vogt

RiBGH Meise ist in
Urlaub und kann daher
nicht unterschreiben.
Vogt

Erbel

RiBGH Dorry ist in
Urlaub und kann daher
nicht unterschreiben.
Vogt

Girisch