

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 66/63

URTEIL

Verkündet am

17. Mai 1965
Pohl,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der V[REDACTED] H[REDACTED] - Versicherungs-
verein a.G. - in Ha[REDACTED], Hi[REDACTED]straße [REDACTED]
vertreten durch seinen Vorstand, Dr. Ludwig Ia[REDACTED]
und Dr. Alfred Hi[REDACTED], beide in Ha[REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma R[REDACTED] & Sohn, Hoch-, Tief- und Stahlbetonbau,
Lü[REDACTED]-Tr[REDACTED], Fu[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 5. Februar 1963 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Architekt R. hatte für die Gemeinnützige Siedlungsgenossenschaft eGmbH in Lü.-Schl. die Ausschreibungsunterlagen für ein aus drei gleichartigen Wohnblocks bestehendes Bauprojekt ausgearbeitet. Er hatte ein Leistungsverzeichnis aufgestellt und eine Ausschreibung veranstaltet. Das Leistungsverzeichnis sah unter

Position 13	185 qm Installationswände,
Position 18	1.880 qm Wandputz im Erd- und Obergeschoß und
Position 19	280 qm Wandputz im Dachgeschoß

vor.

Die Beklagte gab am 8. Mai 1953 ihr Angebot ab und erhielt den Zuschlag. Zwischen den Parteien wurde die Endsumme des Angebots vom 8. Mai 1953 als "Festpreis" vereinbart. In den Vertragsbedingungen heißt es, der Festpreis enthalte sämtliche Leistungen, die zur Erfüllung des Auftrags erforderlich seien; Nachberechnungen, die nicht auf einer Erweiterung oder Veränderung des Auftrags beruhen, seien ausgeschlossen. Die Schlußrechnung der Beklagten belief sich auf etwa 118.000 DM.

Nach der Fertigstellung der Gebäude stellte sich heraus, daß die Massenberechnungen der Ausschreibung bei den oben erwähnten Positionen 13, 18 und 19 Fehler enthielten. Die Fläche der Installationswände war mit 185 statt 18,5 qm, die Posten 18 und 19 waren mit etwa der doppelten Menge eingesetzt wie in den Ausschreibungsunterlagen. Die Bauherrin errechnete daraus, daß die Angebotspreise für die drei Wohnblocks um insgesamt 12.511,80 DM höher geworden seien als bei Zugrundelegung der in den Ausschreibungsunterlagen berechneten Massen. Sie hat den Architekten Rive in einem Vorprozeß für diesen Schaden verantwortlich gemacht. Rive ist rechtskräftig zur Zahlung von 12.000 DM Schadensersatz verurteilt worden.

Die Klägerin hat als Haftpflichtversichererin Rives an die Bauherrin 9.600 DM bezahlt. Diese hat in derselben Höhe ihre Ansprüche gegen die Beklagte an Rive und dieser sie an die Klägerin abgetreten.

Die Klägerin macht mit der Klage hiervon einen Teilbetrag von 6.100 DM nebst Zinsen geltend.



Sie hat dazu vorgetragen, die Beklagte habe schon bei Vertragsschluß die von der Bauherrin später festgestellten Fehler erkannt und arglistig verschwiegen; zumindest habe sie grobfahrlässig gehandelt. Jedenfalls verstoße aber die Beklagte gegen Treu und Glauben, wenn sie aus dem Irrtum des Architekten der Bauherrin, der lediglich auf Schreibfehlern beruhe, Vorteile ziehen wolle; beide Vertragsparteien seien auch von den fehlerhaften Zahlen als Geschäftsgrundlage ausgegangen.

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe die Fehler selbst erst nach Erstellung der Bauten erkannt und erkennen können. Im übrigen seien der Bauherrin nach dem Vertrag etwaige Nachberechnungen ausdrücklich verwehrt. Vorsorglich macht sie Gegenansprüche geltend, die sie zuletzt mit 6.793,96 DM beziffert hat (Schriftsatz vom 13. Juni 1962 S. 9 und 11).

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 2.338,50 DM (6.100 abzügl. 3.761,50 DM Gegenforderungen) stattgegeben und im übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage voll abgewiesen. Die Anschlußberufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

Mit der Klage verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht sieht ein Verschulden der Beklagten bei Vertragsschluß und ebenso ein arglistiges Verhalten der Beklagten (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB) als nicht erwiesen an und verneint daher einen Schadensersatzanspruch der Bauherrin und damit der Klägerin.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird mit der Revision auch nicht angegriffen.

2.) a) Das Berufungsgericht ist weiter der Ansicht, daß sich die Klägerin auch nicht darauf berufen könne, die Vertragsparteien seien von einer unrichtigen Geschäftsgrundlage ausgegangen. Die dadurch für sie entstandene Mehrbelastung sei nicht so unerträglich, daß sie nach § 242 BGB eine entsprechende Vertragsanpassung verlangen könne.

b) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Klägerin sind begründet.

Das Berufungsgericht entnimmt dem Wesen des Pauschalvertrags und der Vertragsklausel, daß Nachberechnungen des Unternehmers ausgeschlossen sein sollen, daß dieser damit nach dem Willen der Vertragsparteien das Risiko etwaiger Fehlberechnungen im Leistungsverzeichnis, wie sie bei Aufträgen dieses Umfangs mit ihren vielen Einzelpositionen unvermeidlich seien, übernehmen solle. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß dies, wenn es auch nicht ausdrücklich im Vertrag bestimmt sei, im umgekehrten Fall, d.h. wenn sich Fehlberechnungen zum Nachteil der Bauherrin ergeben sollten, nach Treu und Glauben auch für die Bauherrin gelten solle. Insoweit läßt das Urteil keinen Rechtsfehler erkennen.

Das Berufungsgericht glaubt nun allerdings, daß dieses Risiko sowohl rechnerisch wie auch auf Grund einer Gesamtbetrachtung des Vertrages nur insoweit begrenzt sein solle, als etwaige Fehlberechnungen zu einem Ergebnis führen würden, das eine unerträgliche Ungerechtigkeit bedeuten und der benachteiligten Vertragspartei schlechterdings nicht mehr zuzumutbar sei. Dies könne im gegebenen Falle bei einer Mehrbe-

lastung der Bauherrin in Höhe von etwa 10 % der Gesamtbau-
summe noch nicht angenommen werden.

Ob letzteres zutrifft, mag dahingestellt bleiben.
Das Berufungsgericht hat jedenfalls verkannt, "daß auch
die Berufung auf das Fehlen der Geschäftsgrundlage unter
den Oberbegriff der unzulässigen Rechtsausübung einzuordnen
ist, die im Einzelfalle auch dann angenommen werden kann,
wenn das Festhalten am Verträge wegen der besonderen Um-
stände des Falles, auch ohne daß ein grobes Mißverhältnis
der beiderseitigen Leistungen vorzuliegen braucht, mit Treu
und Glauben nicht mehr vereinbar ist" (BGH Urteil vom 12. April
1960 - VIII ZR 137/59 - in LM Nr. 8 zu § 119 BGB).

So liegt aber der Fall, wenn man mit dem Berufungs-
gericht davon ausgeht, daß in der Pos. 13 das Zehnfache,
in den Positionen 18 und 19 das Doppelte der wirklichen
Flächen berechnet worden ist. Die Breite des Risikobereichs
(Toleranz) kann, auch soweit es sich nur um Einzelposten handelt,
nicht unbegrenzt sein. Der Vertrag kann daher nach Treu und
Glauben nicht anders ausgelegt werden, als daß die Vertrags-
parteien bei dem vereinbarten Ausschluß späterer Nachbe-
rechnungen nur die bei solchen Bauvorhaben erfahrungsgemäß
üblichen und unvermeidbaren Abweichungen der wirklichen
Leistungen von den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen
Leistungen im Auge hatten. Damit sind dann aber auch die
Grenzen für die Breite des beiderseitigen Risikos gezogen.

Nach der Auffassung des Senats sind diese Grenzen weit
überschritten, wenn durch einen beiderseitigen Irrtum der
Vertragsparteien diese Abweichungen das Zehnfache (wie in
Pos. 13) oder auch nur das Doppelte (wie in den Pos. 18 und
19) betragen. Es muß davon ausgegangen werden, daß die Ver-
tragsparteien den Vertrag so nicht abgeschlossen hätten.

So gesehen würde es dann aber gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Beklagte unter Berufung auf den vereinbarten Ausschluß von Nachberechnungen 900 bzw. 100 % mehr verlangt, als es ihrer tatsächlichen Leistung entspricht. Ein dahingehender Anspruch kann ihr daher nicht zugebilligt werden und zwar, wie oben ausgeführt, auch dann nicht, wenn die dadurch entstandene Gesamtbelastung der Bauherrin möglicherweise noch im Rahmen des ihr wirtschaftlich Zumutbaren liegen sollte. Das Berufungsgericht hat die sich aus § 242 BGB ergebenden Anforderungen überspannt.

3.) Das Urteil kann daher mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden und ist infolgedessen aufzuheben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses wird den Vortrag der Klägerin, ebenso aber auch die Einwendungen der Beklagten hinsichtlich des Umfangs der von ihr geleisteten Arbeiten nach den aufgezeigten Gesichtspunkten neu zu prüfen und sich gegebenenfalls auch mit den Gegenansprüchen der Beklagten zu befassen haben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt