

16. Erzeugt das Gewährleistungsversprechen eines Architekten, daß ein von ihm übernommener Bau eine bestimmte Bausumme nicht überschreiten werde, für den Bauherrn einen Erfüllungsanspruch oder einen Schadensersatzanspruch? Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn Bestellungen des Bauherrn über den ursprünglichen Bauplan hinaus zu einer Überschreitung der Bausumme führen?

BGB. § 611.

III. Zivilsenat. Urt. v. 28. Juni 1932 i. S. G. (Bekl.) w. Frau J.
(R.). III 293/31.

- I. Landgericht Nordhausen.
- II. Oberlandesgericht Naumburg.

Vom Juli 1927 ab ließ die Klägerin auf ihrem Grundstück in N. ein Wohnhaus errichten. Die Leitung des Baues hatte sie dem Beklagten übertragen. Nach ihrer Behauptung soll er es bindend auf sich genommen haben, den Bau für eine feste Gesamtsumme — anfänglich 28000, später 30000, schließlich endgültig 31000 RM. — auszuführen. Unter Berufung auf diese Zusage fordert die Klägerin vom Beklagten die Erstattung von 9036,39 RM. nebst Zinsen, welchen Betrag sie als Bauherrin über die Gewährleistungssumme von 31000 RM. hinaus an die Lieferer und Unternehmer habe entrichten müssen, sowie die Feststellung, daß dem Beklagten gegen sie kein Anspruch auf die von ihm weiter geforderten 2025 RM. Vergütung und 1866,06 RM. Auslagen zustehe.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten nach dem Klageantrage. Das Oberlandesgericht wies die Berufung des Beklagten im wesentlichen zurück. Seine Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das Rechtsverhältnis zwischen den Streitteilen hat der Berufungsrichter, im Einklang mit der Rechtsprechung (RGZ. Bd. 63 S. 313, Bd. 86 S. 76), zu Gunsten des Beklagten und daher unter Billigung der Revision als Dienstvertrag, nicht als Werkvertrag beurteilt. Dabei hat er als erwiesen angesehen, der Beklagte sei bindend dafür eingestanden, daß die Bausumme von schließlich 31000 RM. nicht werde überschritten werden. Wie er weiter feststellt, sind die Parteien von dieser Vertragsbedingung auch nicht etwa nachträglich abgegangen, sondern haben bis zum Schluß daran festgehalten. Die Zusage des Beklagten würdigt der Berufungsrichter als die Übernahme einer besonderen, neben den Dienstvertragspflichten einhergehenden (Neben-) Verpflichtung, „bei deren schuldhafter Nichterfüllung der Beklagte die Klägerin in vollem Umfange schadlos halten muß“.

Wichtig ist die Auffassung, daß die Zusage als Nebenverpflichtung zu den Dienstvertragspflichten des Beklagten verschärfend hinzutrat (RGZ. Bd. 72 S. 137). Dagegen ist der hervorgehobene zweite Halbsatz nach zwei Richtungen bedenklich. Die Zusage bedeutete ein Gewährleistungs- (Garantie-) Versprechen. Seiner Natur nach ging es darauf, daß der Beklagte für eine Überschreitung der Bausumme schlechthin einzustehen hatte, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden (wie auch ohne Rücksicht auf eine etwaige Unmöglichkeit;

vgl. RGWrt. vom 23. September 1919 VII 81/19, abgedr. SeuffArch. Bd. 75 Nr. 9). Dieser Rechtsverstöß beschwert indessen den Beklagten nicht. Andernteils haftete er aus dem Gewährleistungsversprechen nicht auf Schadloshaltung in vollem Umfang, sondern nur auf den Betrag, um den die wirklichen Baukosten die Gewährleistungssumme überstiegen. Die Annahme des Berufungsrichters wäre, wenn sie buchstäblich genommen werden müßte, geeignet, den Beklagten zu belasten. Indessen hat die Klägerin selbst ihre Berechnung auf der richtigen Grundlage aufgemacht; sie berechnet den Klagebetrag nur aus denjenigen Summen, die sie über den Gewährleistungsbetrag von 31000 RM. hinaus hat entrichten müssen. Insofern beruht das Berufungsurteil nicht auf der beanstandeten Annahme. Über diese führt auf ein anderes Bedenken.

Der Klagenspruch ist richtigerweise als ein Erfüllungsanspruch, nicht als ein Schadenersatzanspruch anzusehen. Der Beklagte ist dafür eingestanden, daß die Bausumme von 31000 RM. nicht überschritten werde. Darin liegt nicht bloß die Verpflichtung (verneinenden Inhalts), daß die Bausumme nicht überschritten werden solle, sondern zugleich die weitere Verpflichtung, persönlich dafür einzustehen, daß dies nicht geschehe. In ihrem letzteren Teil bedeutet die Zusage doch nur die Verpflichtung, bei gleichwohl eintretender Überschreitung den Unterschied persönlich zu tragen, dafür „aufzukommen“. Die Klage verlangt nichts anderes als die Erfüllung dieses Teils der vom Beklagten übernommenen Verpflichtung. Es handelt sich in der Sache nur um eine besondere Art eines Strafversprechens; die Klage auf Erfüllung eines Strafversprechens ist aber sicherlich Erfüllungs-, nicht Schadenersatzanspruch. Das nämliche Ergebnis tritt klar zutage in verwandten Fällen, in denen der Verkehr die Gewährleistungszusage als Nebenbestandteil eines anderen (Haupt-) Vertrags kennt. So wenn bei der Abtretung einer Forderung der bisherige Gläubiger gegenüber dem Erwerber die Haftung für die Einbringlichkeit der Forderung übernimmt; hier wird man nicht wohl auf den Gedanken kommen, die Geltendmachung dieses Strafversprechens schließe einen Schadenersatzanspruch in sich. Diesen Erwägungen gegenüber muß die wirtschaftliche Ähnlichkeit zurücktreten, die zwischen der Gewährleistung und dem Schadenersatz besteht.

Eine erste aus dieser Auffassung abzuleitende, dem Verfahrensrecht angehörende Folgerung ist die, daß für den Berufungsrichter

nicht etwa § 287 Abs. 1 BPO. maßgebend ist. Er hat freilich jene Vorschrift nicht eigens angeführt, aber er läßt doch mehrfach erkennen, daß er den Klagenanspruch als Schadenersatzanspruch beurteilt. Daher besteht das Bedenken, ob er der Beurteilung durchweg gerecht geworden ist.

Zur Sache selbst führt der Vorderrichter aus: Inhalt des unter den Parteien geschlossenen Vertrags sei nur die Einhaltung der Bau- summe geworden, nicht die Vorberechnungen oder die Kostenvoranschläge des Beklagten. Namentlich sei nicht die bescheidene Bauweise der „Heimliebelungs-Gesellschaft“ dem Vertrage zugrundegelegt worden. — Die letztere Feststellung ist tatrichterlicher Art und daher für das Revisionsgericht bindend (§ 562 BPO.). Auch die erstere Feststellung, die allgemeiner lautet, befaßt sich zunächst mit demjenigen, was die Parteien beim Vertragsschluß einverständlich gewollt und zum Ausdruck gebracht haben, und scheint insofern gleichfalls dem Gebiete der tatrichterlichen Würdigung anzugehören. Gleichwohl bestehen gegen sie gewisse Rechtsbedenken, wie die Revision mit Grund rügt. Deutlich erhellt das aus den nun folgenden Ausführungen des Berufungsrichters.

Nach seiner Ansicht mag es zutreffen, daß der Bau im weiteren Verlauf eine kostspieligere Ausgestaltung erfahren hat, als zunächst gedacht war. Das ändere jedoch — so meint er — nichts daran, daß der Beklagte für die Überschreitung der Bau- summe einstehen müsse. Habe infolge der Wünsche der Klägerin der Bau eine Gestaltung zu nehmen gedroht, die mit den begrenzten Mitteln nicht zu erreichen gewesen wäre, so habe es dem Beklagten, der allein die Verhältnisse habe beurteilen können und dem die Klägerin stets die Entscheidung überlassen habe, obgelegen, rechtzeitig Einhalt zu gebieten und die für ihn vertretbare Ausstattung durchzusetzen. Hier liege der grundlegende Fehler des Beklagten, dessen Folgen ihm zur Last fallen müßten. Er habe nicht der Klägerin überlassen dürfen, die Innenausstattung nach ihren Wünschen zu bestimmen, und er habe sich nicht der Erwartung hingeben dürfen, daß sie die durch ihre Sonderwünsche verursachten Mehrkosten schon selber tragen würde, sondern er habe die Höchstsumme aufmerksam im Auge behalten und in Überwachung des fortschreitenden Baues die Klägerin nötigenfalls darauf hinweisen müssen, daß er diesen oder jenen Wunsch nicht billigen könne und die Verantwortung ablehne. Soweit die Klägerin einen solchen

Einwurf nicht beachtet hätte, wäre er von der Verantwortung frei geworden und die Klägerin würde die Mehrkosten zu tragen gehabt haben (wie sie dies in einem Falle auch getan habe). Der Beklagte habe aber nicht nachweisen können, daß er sie während der Bauzeit gewarnt habe. Er habe mitangesehen, daß der Bau eine bedenkliche Entwicklung genommen habe, und habe nichts dagegen unternommen; er habe sogar noch Mitte März 1928, als die Innenausstattung im wesentlichen entschieden gewesen sei, seine Garantieerklärung (31000 RM.) wiederholt und damit die Klägerin in dem Glauben bestärkt, daß der Bau in der bisherigen Weise durchgeführt werden könne. Hiernach komme nichts darauf an, ob die Klägerin gewisse Bestellungen eigenmächtig vorgenommen habe oder nicht. Soweit diese Bestellungen vor der Aussprache vom März 1928 lägen, habe sie der Beklagte mit jener Erklärung sogar ausdrücklich genehmigt.

Die Schlußbemerkung ist rechtsirrtumsfrei. Hat sich der Beklagte noch im März 1928 erneut zu seiner Garantieerklärung bekannt, so konnte der Berufungsrichter darin eine Genehmigung der vor diesem Zeitpunkt liegenden sog. Sonderwünsche der Klägerin sehen; dies um so mehr, als die bis dahin aufgetretenen und durchgeführten Sonderwünsche, wie anzunehmen, in der wiederholten Erhöhung der Bausumme um insgesamt 3000 RM. einen gewissen Ausgleich gefunden hatten. Im übrigen zeigen sich jedoch in den Ausführungen des Berufungsrichters gewisse Widersprüche. Wäre es richtig, daß die Klägerin „die Entscheidung stets dem Beklagten überlassen habe“, so müßte in allen Fällen der sog. Sonderwünsche dessen Zustimmung angenommen werden, und dann gingen die Ausführungen des Berufungsrichters voll in Ordnung. Damit stimmt es aber nicht überein, daß er an anderer Stelle ausdrücklich unterstellt, die Klägerin (oder ihre Vertreterin) habe gewisse Bestellungen eigenmächtig vorgenommen. Dazu stimmt weiter nicht, daß er in anderem Zusammenhang wiederholt ausführt, bei gewissen Sonderwünschen der Klägerin habe es sich um Posten gehandelt, „die zum Teil auf Abänderung bereits getroffener Einrichtungen gerichtet waren und bei denen ein Einverständnis des Beklagten nicht ohne weiteres vorauszusetzen war“; ebenso ist die Rede von Veränderungen, welche die Klägerin an genau im einzelnen bestimmten oder bereits fertiggestellten Einrichtungen „auf eigene Faust“ habe vornehmen lassen, und der Berufungsrichter bemerkt hierzu, daß sie das Einverständnis

des Beklagten nicht habe voraussetzen können. Es kann also nicht als einwandfrei festgestellt gelten, daß die Klägerin stets dem Beklagten die Entscheidung überlassen habe. Für wirklich eigenmächtige Abweichungen von dem feststehenden Bauprojekt kann aber die Klägerin vom Rechtsstandpunkt aus niemals den Beklagten verantwortlich machen. Das hat sie anerkannt, indem sie wenigstens in einem Einzelfall die Kosten selbst bezahlte. Das würdigt der Berufungsrichter, wenn er als glaubhaft bezeichnet, daß in gewissem Umfang übermäßige Malerarbeiten und Umtapezierungen ausgeführt worden sind, die bei gewissenhafter Beachtung der Stellung des Beklagten hätten vermieden werden können (und, wie im Sinne des Berufungsrichters hinzugefügt werden darf, hätten vermieden werden müssen). Hier hat er dann auch selbst, um einer schwierigen und langwierigen Beweisaufnahme zu entgehen, gemäß § 287 Abs. 2 ZPO. einen bestimmten Betrag geschätzt, den er dem Beklagten nicht zur Last legt. Dagegen ist, entgegen der Ansicht der Revision, rechtlich nicht zu beanstanden. Denn § 287 Abs. 2 ZPO. ist nicht auf Schadensansprüche beschränkt; die dort vorgesehene freiere Stellung kommt dem Gericht auch in anderen Fällen zu, soweit es sich — wie hier — nur um die Höhe des Betrags handelt.

Aber abgesehen von dieser Einzelheit, entbehrt es nicht der rechtlichen Begründung, wenn die Revision rügt, die Einhaltung der Bau-summe setze notwendig voraus, daß sich der Bau in einem vertragsmäßig bestimmten Rahmen halte und diesen Rahmen auch im Verlauf der Bauausführung nicht überschreite. Zutreffend bemerkt die Revision, daß die Einhaltung einer bestimmten Bau-summe auch ein bestimmtes „Bauobjekt“ voraussetze. Es geht nicht an, daß der Bauherr durch Sonderwünsche den ursprünglich geplanten Bau allmählich umgestaltet und so schließlich zu einem anderen, wertvolleren Bau kommt, dessen ungeachtet aber den Architekten an der vereinbarten Bau-summe festhalten will. Andernteils geht es ebenso wenig an, daß der Architekt hervortretende Sonderwünsche, wie sie erfahrungsgemäß bei vielen Bauten im Laufe der Ausführung zutage treten, dazu benutzt, um seine Gewährleistung völlig beiseite zu schieben. Die Abgrenzung zwischen den widerstreitenden Belangen des Bauherrn und des Architekten muß an der Hand der §§ 157, 242 BGB. gefunden werden. Dabei müssen aber die Anforderungen an Treu und Glauben gleichmäßig gegenüber beiden Teilen zur An-

wendung kommen. Verstößt der Architekt gegen Treu und Glauben, indem er, etwa gerade um sich seines Gewährleistungsversprechens zu entledigen, Sonderwünsche des Bauherrn hingehen läßt und ihnen nicht entgegentritt (was nach der Annahme des Berufungsrichters der Beklagte getan haben soll), so ist es ebensowenig statthaft, daß der Bauherr Eigenmächtigkeiten begeht, auf eigene Faust Bestellungen macht oder gar schon getroffene Anordnungen wiederaufhebt. Der Revision kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie ausführt, die Klägerin habe nicht das Recht gehabt, zu Lasten des Beklagten, und ohne ihn zu fragen, Bestellungen zu machen, die nicht durch den ursprünglichen Plan, durch die Kostenvoranschläge oder durch besondere Genehmigung gedeckt gewesen seien. Nun hat der Berufungsrichter teilweise Genehmigung des Beklagten festgestellt; dabei muß es sein Bewenden haben. Aber für die Zeit nach Mitte März 1928 bedarf es, um den Beklagten an der Bausumme festzuhalten, für jeden einzelnen streitigen Fall der richterlichen Feststellung, ob eine Maßnahme der Klägerin (oder ihrer Vertreterin) in dem festgelegten Gefüge des Bauplans oder in einer (vorgängigen oder nachträglichen, ausdrücklichen oder zwar stillschweigenden, aber nachweislichen) Zustimmung des Beklagten ihre Rechtfertigung findet. Insbesondere ist es nicht zu billigen, wenn sich der Vorderrichter, wie es den Anschein hat, damit begnügt, daß die Klägerin oder ihre Vertreterin gutgläubig annehmen durfte, der Beklagte werde einverstanden sein; es ist kein Grund ersichtlich, der die Klägerin dessen enthoben hätte, die vorgängige oder nachträgliche Zustimmung des Beklagten in der Tat auch einzuholen. Durfte sich nach Ansicht des Berufungsrichters der Beklagte nicht einfach der Erwartung hingeben, die Klägerin werde die eigenmächtigen Bestellungen schon aus eigener Tasche bezahlen, so ist ebensowenig einzusehen, warum diese oder ihre Vertreterin einfach des Glaubens sein konnte, der Beklagte werde sich unerachtet ungenehmigter Umweichungen an die Bausumme halten. Dies hat um so mehr zu gelten, als — worauf die Revision wieder mit Grund hinweist — im Falle eigenmächtiger Bestellung und dergleichen möglicherweise der Beklagte erst hinterher, wenn es zu einem Eingreifen von seiner Seite zu spät war, in der Lage war, den Sachverhalt wahrzunehmen.

Die dargelegten Bedenken nötigen dazu, das Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nun-

mehr, übrigens in voller Freiheit der Entscheidung, anderweit über die Sache zu befinden haben wird. Dabei wird auf die einzelnen streitigen Posten, soweit sie sich nicht durch das bisher Ausgeführte erledigen (wie z. B. die „Sonderwünsche“ bis zum März 1928), noch näher einzugehen sein.

Eines Eingehens auf die weiteren Rügen der Revision bedarf es nicht mehr. Wenn sie Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO. gerügt hat, weil der Berufungsrichter unterlassen habe, den rechtlichen Gesichtspunkt der sog. Vorteilsausgleichung zu würdigen, so entbehrt dies Vorbringen als Verfahrensrüge insofern der Begründung, als es sich, wie eingangs dargelegt, um einen Erfüllungsanspruch handelt, bei dem für Vorteilsausgleichung kein Raum ist. Ob und welche Bedeutung dem Gesichtspunkt gleichwohl sachlichrechtlich beizulegen ist, wird das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung zu prüfen haben. Er ist hier insofern schon erörtert worden, als zu Gunsten des Beklagten allerdings davon ausgegangen werden muß, daß sich die Klägerin nicht durch ohne sein Wissen und ohne seine nachträgliche Genehmigung gemachte Bestellungen einen wesentlich wertvolleren Bau verschaffen und dessen ungeachtet den Beklagten an seiner, für einfachere Bauausführung gegebenen Garantiezusage festhalten darf.