



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 122/07

Verkündet am:  
21. Dezember 2010  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 650

§ 650 BGB ist weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar, wenn die Überschreitung einer Kostenangabe des Unternehmers darauf zurückzuführen ist, dass der Besteller dem Unternehmer unzutreffende Angaben über den Umfang des herzustellenden Werks (hier der Umfang der von dem Unternehmer zu digitalisierenden Bruttogeschossfläche) zur Verfügung gestellt hat.

BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - X ZR 122/07 - OLG Frankfurt/Main  
LG Wiesbaden

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Gröning, Dr. Berger, Dr. Grabinski und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision und die Anschlussrevision wird das am 13. Juli 2007 verkündete Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt als Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der ursprünglichen Klägerin M. GmbH (nachfolgend: M.) die Beklagte, eine Wohnungsbaugesellschaft, auf Zahlung restlichen Werklohns in Anspruch.
  
- 2 Die Beklagte wollte den Planbestand der von ihr verwalteten Gebäude digital erfassen lassen und trat hierzu mit der M. in Kontakt. Die M. erstellte am 12. November 2003 ein erstes Angebot, dem sie rund 350 Gebäude mit ca. 2.500 Wohnungen und zusammen ca. 250.000 m<sup>2</sup> Bruttogeschossfläche (BGF) zugrunde legte. Auf der Grundlage dieser Fläche übersandte die M. an die Beklagte eine Auftragsbestätigung vom 9. Juni 2004 mit neun Leistungspositionen zum Gesamtbetrag von rund 144.000 € brutto. Die Beklagte übermittelte ihrerseits an die M. eine Auftragsbestätigung vom 14. Juli 2004, die sich auf das Angebot der M. vom 12. November 2003 sowie deren Auftragsbestätigung vom 9. Juni 2004 bezog, diese um eine weitere Leistungsposition ergänzte und mit einer Auftragssumme von 190.750,40 € brutto abschloss. Darüber hinaus enthielt die Auftragsbestätigung der Beklagten den Zusatz, dass die Auftragssumme gemäß Leistungskatalog und Mengenangaben nicht überschreitbar sei. Die M. erwiderte hierauf mit Schreiben vom 26. Juli 2004, dass der Auftrag mit den festen Einzelpreisen der Positionen anhand der tatsächlich festgestellten Quadratmeter BGF abgerechnet werde, dass es bei der aufgestellten Massenschätzung aber zu Abweichungen kommen könne. Unter Bezugnahme auf ein gemeinsames Gespräch am 5. August 2004, die Auftragsbestätigung der Beklagten vom 14. Juli 2004 und das Schreiben vom 26. Juli 2004 übermittelte die M. der Beklagten unter dem 6. August 2004 eine weitere Auftragsbestätigung, die ebenso die Mengenangaben aus

ihrem Angebot vom 12. November 2003 beinhaltete und einen Gesamtbetrag von 190.750,40 € auswies.

3 Die M. begann in der Folge mit der Auftragsdurchführung und erstellte eine erste, von der Beklagten auch bezahlte Abschlagsrechnung über 41.100 € netto. Mit E-Mail-Nachrichten vom 12. und 18. Oktober 2004 teilte die M. der Klägerin dann aber mit, dass die BGF-Zahl deutlich höher liege als angenommen, was zu nicht abschätzbaren Mehrkosten führe. Nachdem eine Einigung über die Mehrkosten nicht erreicht werden konnte, übergab die Beklagte ab dem 4. November 2004 keine für die Auftragsdurchführung erforderlichen Pläne mehr an die M., erteilte ihr zudem ab dem 5. November 2004 für ihre Gebäude Hausverbot und kündigte mit Schreiben vom 24. November 2004 den Auftrag fristlos.

4 Die M., die die Arbeiten etwa zur Hälfte ausgeführt hatte, erstellte auf der Grundlage einer Gesamtfläche für alle zu bearbeitenden Gebäude von knapp einer Million Quadratmeter BGF unter dem 21. Dezember 2004 ihre Schlussrechnung, die von der Beklagten nicht mehr beglichen wurde.

5 Die M. hat einen Gesamtbetrag von 877.173,99 € nebst Zinsen und vorgerichtlich angefallenen Anwaltskosten klageweise geltend gemacht und zur Begründung in erster Linie behauptet, die Beklagte habe ihr wider besseres Wissen falsche Angaben zu den tatsächlich zu bearbeitenden Flächen gemacht.

6 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Hiergegen hat die Beklagte Berufung mit Ziel eingelegt, sie lediglich zur Zahlung von 49.500 € zu verurteilen, Zug um Zug gegen Herausgabe von zur Auftragsausführung übergebenen Originalplänen und ihrer Digitalversion sowie digitaler Fotos jedes vermessenen und digitalisierten Bauvorhabens. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 447.326,06 € unter weitgehender Be-

rücksichtigung der Zug-um-Zug-Einschränkung verurteilt. Der Senat hat das Rubrum des Berufungsurteils dahin berichtigt, dass klagende Partei nicht die M. ist, sondern der Kläger als Insolvenzverwalter.

7 Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückweisung der Berufung. Mit der Anschlussrevision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, begehrt die Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und ihre Verurteilung nur in Höhe 49.500 € unter Beachtung der geltend gemachten Zug-um-Zug-Einschränkung.

#### Entscheidungsgründe:

8 Die zulässigen Rechtsmittel führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Die Revision ist zulässig. Der Umstand, dass das Rubrum der Nichtzulassungsbeschwerde ebenso wie das - unberichtigte - Berufungsurteil als klagende Partei die M. bezeichnet hat, steht dem, anders als die Beklagte meint, nicht entgegen. Denn ebenso wie das Rubrum des Berufungsurteils, das durch den Senat im schwebenden Rechtsmittelverfahren gemäß § 319 Abs. 1 ZPO berichtigt werden konnte (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 1989 - V ZB 25/88, BGHZ 106, 373 Rn. 13; Urteil vom 3. Juli 1996 - VIII ZR 221/95, BGHZ 133, 191 Rn. 27), ist auch das Rubrum der Nichtzulassungsbeschwerde einer berichtigenden Auslegung zugänglich.

10 1. Die Unrichtigkeit des Berufungsurteils hat sich bereits daraus ergeben, dass dort auf Seite 6 das Vorbringen des Klägers in der Berufungserweiterung wiedergegeben und auf Seite 12 auf dessen Schriftsatz vom 2. Juli 2007 Bezug genommen wird. Das Berufungsurteil enthält demgegenüber keinen An-

halt dafür, das Berufungsgericht könnte angenommen haben, die M. sei trotz Aufnahme des Verfahrens durch den Kläger noch Partei des Rechtsstreits, wie es unrichtiger Weise im Rubrum aufgeführt ist. Die Unrichtigkeit ist auch offenbar, weil ein Außenstehender, der sich mit dem Urteil und dem darin referierten bzw. in Bezug genommenen klägerseitigen Vorbringen befasst, diese ohne weiteres erkennen kann.

11 Entgegen der Ansicht der Beklagten geht mit der Berichtigung keine Parteiänderung einher. Denn in Bezug auf die Vermögensgegenstände, die zur Masse zählen, nimmt der Kläger als Insolvenzverwalter verfahrensrechtlich die Stellung eines Rechtsnachfolgers der M. ein (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 1997 - IX ZR 220/96, NJW 1997, 1445 sub B.II.1; BFH, Beschluss vom 16. Oktober 2009 - VIII B 346/04, juris Rn. 8). Gesamtrechtsnachfolger und vergleichbare Berechtigte (§§ 239 ff. ZPO) erlangen nach der Unterbrechung des Rechtsstreits durch dessen Aufnahme die Parteirolle (MünchKomm./Rimmelspacher, ZPO, 3. Aufl., § 511 Rn. 23). Eine im Hinblick auf die Gesamtrechtsnachfolge nötige Änderung der unzutreffenden Parteibezeichnung erweist sich mithin nicht als Parteiwechsel, sondern kann als Unrichtigkeit gemäß § 319 ZPO berichtigt werden (Senat, Urteil vom 28. Juni 1994 - X ZR 44/93, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 19. Februar 2002 - VI ZR 394/00, juris Rn. 14).

12 2. Aus der Rubrumsberichtigung folgt, dass auch die Parteibezeichnung der Nichtzulassungsbeschwerde dahin zu verstehen ist, dass sie von dem Kläger als Insolvenzverwalter eingelegt worden ist. Der Nichtzulassungsbeschwerde ist nichts anderes zu entnehmen, als dass sie von demjenigen erhoben ist, der in der Parteirolle des Klägers an dem Rechtsstreit beteiligt ist. Insofern ist es als eine unschädliche Falschbezeichnung anzusehen, wenn eine während des Rechtsstreits mit Wirkung der Gesamtrechtsnachfolge untergegangene Partei noch als Rechtsmittelführerin in einer Rechtsmittelschrift aufgeführt wird, zumal wenn sie auch im angefochtenen Urteil als Partei bezeichnet ist. Da die unzutreffende Bezeichnung der Partei im Rubrum des angefochte-

nen Urteils als offenbare Unrichtigkeit berichtet werden kann, ist auch eine be-richtigende Auslegung der Rechtsmittelschrift möglich (BGH, Urteil vom 19. Februar 2002 - VI ZR 394/00, juris Rn. 14).

13           II. Im vollen Umfang zulässig ist auch die Anschlussrevision. Entgegen der Ansicht des Klägers ist diese hinreichend begründet.

14           Der Revisionskläger muss vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist im Einzelnen darlegen, in welchen Punkten und aus welchen Gründen die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht. Dem Zweck der Revision entsprechend verlangt § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2a ZPO mithin die bestimmte Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Dafür erforderlich ist die Darlegung der Gründe, die aus der Sicht des Revisionsklägers den materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Rechtsfehler ausmachen (Musielak/Ball, ZPO, 7. Aufl., § 551 Rn. 8 f.).

15           Diesen Anforderungen genügen die Darlegungen in der Anschlussrevisionsbegründung. Die Anschlussrevision wendet sich gegen die Verurteilung der Beklagten, soweit sie unter Beachtung des Zug-um-Zug-Vorbehalts einen Betrag von 49.500 € überschreitet, und setzt sich hierzu mit den sachlich-rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichts hinsichtlich der Auslegung des zwischen der M. und der Beklagten geschlossenen Werkvertrages im Einzelnen auseinander. Diese Begründung erfasst das angefochtene Urteil in vollem Umfang, soweit die Beklagte dessen Aufhebung begehrt, und führt entgegen der Ansicht des Klägers nicht zu einer um 100.150,40 € höheren Restforderung. Denn der M. würde nach der vom Berufungsgericht referierten Ansicht der Beklagten nur ein entsprechend der geleisteten hälftigen Arbeit entsprechender Teil der vereinbarten Vergütung von ihrer Meinung nach 190.750,40 € zustehen. Davon ist bereits ein Teilbetrag von 41.100 € netto gezahlt worden, so dass nicht mehr als der zugestandene Restbetrag verbliebe.

Ob die in der Anschlussrevisionsbegründung erhobenen Rügen insoweit schlüssig sind, ist unerheblich.

16 III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist nicht schon deshalb aufzuheben, weil sie - wie von der Anschlussrevision gerügt - nicht durch den Senat, sondern durch den Einzelrichter getroffen worden ist. Bei beiderseitiger Revision führt zwar die ordnungsgemäße Besetzungsrüge einer der Parteien zur Aufhebung des Berufungsurteils in vollem Umfang (BGH, Urteil vom 19. Oktober 1988 - IVb ZR 10/88, BGHZ 105, 270, 276; Musielak/Ball, aaO, § 547 Rn. 6). Die Besetzungsrüge erweist sich indes als unberechtigt, ohne dass es darauf ankäme, ob trotz der in § 526 Abs. 3 ZPO normierten Unanfechtbarkeit des Übertragungsbeschlusses eine Verfahrensrüge auf eine fehlerhafte Übertragung auf den Einzelrichter nach Absatz 1 dieser Vorschrift gestützt werden kann (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 12. Dezember 2006 - VI ZR 4/06, NJW 2007, 1466 Rn. 5).

17 Das Landgericht hat zwar gemäß § 349 Abs. 3 ZPO durch die Vorsitzende anstelle der Kammer für Handelssachen entschieden, und diese ist nicht Einzelrichterin i.S.v. § 526 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, so dass eine Übertragung der Berufungsentscheidung auf den Einzelrichter nach dieser Vorschrift nicht erfolgen durfte (BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2003 - II ZB 27/02, BGHZ 156, 320, 325; Musielak/Ball, aaO, § 526 Rn. 4). Im Streitfall ist die Sache dem Einzelrichter allerdings nicht nach § 526 Abs. 1 ZPO zur Entscheidung übertragen worden, sondern - worauf der Kläger zutreffend hinweist - nur zur Vorbereitung der Entscheidung gemäß § 527 Abs. 1 ZPO. Da sich die Parteien jedoch in dem Erörterungstermin mit einer Endentscheidung durch den Einzelrichter einverstanden erklärt haben, hat dem Einzelrichter gemäß § 527 Abs. 4 ZPO über die Vorbereitung hinaus auch die Endentscheidungsbefugnis zugestanden. Auf die Voraussetzungen nach § 526 Abs. 1 ZPO kommt es hierzu nicht an (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 28. Aufl., § 527 Rn. 14).



18           Dem steht auch nicht die von der Beklagten erwähnte Entscheidung des XII. Zivilsenats vom 25. März 2009 entgegen (XII ZR 75/06, NJW-RR 2009, 1220). Soweit der XII. Zivilsenat dort angenommen hat, dass selbst bei Einverständnis der Parteien eine Entscheidung durch den Einzelrichter nicht in Betracht kommt, wenn die erstinstanzliche Entscheidung nicht von einem Einzelrichter erlassen worden war, betrifft dies die Entscheidung auf der Grundlage von § 526 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (BGH, Urteil vom 25. März 2009 - XII ZR 75/06, NJW-RR 2009, 1220 Rn. 17). Ansonsten nimmt auch der XII. Zivilsenat ausdrücklich an, dass im Einverständnis der Parteien anstelle des Kollegiums grundsätzlich ein Einzelrichter der gesetzliche Richter im Berufungsverfahren sein kann (BGH, Urteil vom 25. März 2009 - XII ZR 75/06, NJW-RR 2009, 1220 Rn. 17). Dass der XII. Zivilsenat die im dortigen Fall erhobene Besetzungsrüge gleichwohl als begründet erachtet hat, hat an der Besonderheit gelegen, dass die Auswahl des Einzelrichters nach einem Geschäftsverteilungsplan erfolgt war, der nicht den Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entsprochen hatte, was selbst bei Einverständnis der Parteien nicht mehr dazu führen konnte, dass der im konkreten Fall nicht berufene Einzelrichter noch zum gesetzlichen Richter werden konnte (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2009 - XII ZR 75/06, NJW-RR 2009, 1220 Rn. 16 und 17). Solche Mängel der hier maßgeblichen Geschäftsverteilung des Berufungsgerichts zeigt die Beklagte nicht auf.

19           IV. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

20           Zwischen der M. und der Beklagten sei mit der Auftragsbestätigung vom 6. August 2004 ein verbindlicher (Werk-)Vertrag zustande gekommen. Ob ein solcher bereits zuvor, etwa durch die Auftragsbestätigung der M. vom 9. Juni 2004, wie das Landgericht und der Kläger meinten, oder durch die Auftragsbestätigung der Beklagten vom 14. Juli 2004 zustande gekommen sei, wie diese meine, könne dahingestellt bleiben. Denn ein vorheriger Vertrag sei je-

denfalls mit dem Inhalt der Auftragsbestätigung vom 6. August 2004 geändert worden. Aufgrund dieser Auftragsbestätigung, des darin in Bezug genommenen Gesprächs vom 5. August 2004 sowie des Schreibens der Beklagten vom 14. Juli 2004 und des Antwortschreibens der M. vom 26. Juli 2004 hätten sich die Parteien darauf verständigt, dass der Vertrag auf der Grundlage der genannten Flächenangaben von insgesamt etwa 250.000 m<sup>2</sup> unter Berücksichtigung möglicher schätzungsbedingter Abweichungen nach Maßgabe der aufgeführten Einzelpreise geschlossen werde und dass sich das Volumen des Auftrages danach auf etwa 190.000 € belaufe. Die Flächenangaben seien wegen der Unwägbarkeiten zwar nicht Vertragsbestandteil geworden, sie seien aber vergleichbar einem Kostenanschlag zur Geschäftsgrundlage des Vertrages zwischen den Parteien geworden, so dass der Beklagten in entsprechender Anwendung von § 650 BGB ein Kündigungsrecht zugestanden habe und die M. gemäß § 645 Abs. 1 BGB die tatsächlich erbrachten Leistungen in Höhe von 447.326,06 €, nicht aber den Werklohn für den nicht erbrachten Leistungsteil beanspruchen könne. Dabei sei es unerheblich, ob die zu geringe Veranschlagung der zu erfassenden Flächen auf falschen Angaben der Beklagten beruht habe. Dies könne allenfalls zum Ersatz des Vertrauensschadens führen, den der Kläger aber nicht näher dargelegt und nicht geltend gemacht habe. Der Beklagten sei es auch nicht wegen Treuwidrigkeit verwehrt, den Vertrag in entsprechender Anwendung von § 650 BGB zu kündigen, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie bewusst falsche Flächenangaben gemacht habe. Soweit der Kläger weitere Kosten für Stand- und Wartezeiten für den Innen- und Außendienst verlangt habe, seien diese bereits in der Vergütung inbegriffen und daher im Rahmen von §§ 650 Abs. 1, 645 Abs. 1 BGB nicht gesondert erstattungsfähig. Mangels hinreichender Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen seien die Kosten auch nicht als Schadensersatz zu ersetzen. Der Anspruch des Klägers bestehe schließlich nur Zug um Zug gegen die Herausgabe der verlangten Pläne und Fotos, da selbst bei treuwidri-

gem Verhalten der Beklagten allenfalls eine Vorleistungspflicht der M. , nicht aber deren Leistungspflicht in Wegfall geraten sei.

21 V. Dies hält den Angriffen der Revision nicht stand.

22 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, der Beklagten habe wegen Überschreitung des in der Auftragsbestätigung vom 6. August 2004 bezifferten Betrages ein Kündigungsrecht in entsprechender Anwendung von § 650 Abs. 1 BGB zugestanden.

23 a) Es kann dahingestellt bleiben, ob auch in Fällen, in denen dem Vertrag zwar kein Kostenanschlag zugrunde gelegen hat, sich die Parteien aber auf anderer Grundlage über die zu erwartenden Kosten konkret einig geworden sind, wie zum Beispiel auf Grund der Erfahrung bei einem früheren Parallelprojekt (vgl. dazu Staudinger/Peters, BGB, Bearb. 2008, § 650 Rn. 21), eine entsprechende Anwendung des § 650 BGB in Betracht kommt. Eine solche Analogie ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Überschreitung der ursprünglichen Kostenangaben auf Umstände zurückzuführen ist, die nicht in der Risikosphäre des Unternehmers, sondern in der des Bestellers liegen. § 650 BGB räumt dem Besteller bei einer wesentlichen Überschreitung des Kostenanschlags ein Kündigungsrecht nach § 645 Abs. 1 BGB ein und begünstigt diesen damit gegenüber der allgemeinen Regelung in § 649 Satz 2 BGB, wonach der Unternehmer bei Kündigung des Vertrages durch den Besteller die gesamte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen kann. Der Vorschrift liegt die Erwägung zugrunde, dass die irrige Annahme des Bestellers, das Werk zu dem vom Unternehmer veranschlagten Preis erhalten zu können, nicht als Motivirrtum unbeachtet bleiben darf, weil die Ursache für diesen Irrtum letztlich im Bereich des Unternehmers liegt, mag dieser sie auch nicht im Sinne des § 276 BGB zu vertreten haben (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1972 - VII ZR 50/72, BGHZ 59, 339 sub II.1; MünchKomm./Busche, BGB, 5. Aufl., § 650 Rn. 1). Es handelt sich um eine Sonderregelung der Folgen des Wegfalls

der Geschäftsgrundlage, wobei die Geschäftsgrundlage in dem im Kostenschlag zum Ausdruck gekommenen Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, zwischen dem vom Unternehmer zu erbringenden Werk und seiner für diese seine Leistung kalkulierten Vergütung, zu sehen ist (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1972 - VII ZR 50/72, BGHZ 59, 339 sub II.1; Staudinger/Peters, aaO Rn. 18; kritisch: MünchKomm./Busche, aaO Rn. 2). § 650 BGB ist damit nicht anwendbar, wenn der Unternehmer (etwa der Architekt) einen Kostenschlag über von Dritten zu erbringende Leistungen erstellt (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1972 - VII ZR 50/72, BGHZ 59, 339 sub II.2). Gleiches gilt, wenn die Kostenüberschreitung Angaben betrifft, die dem Unternehmer von dem Besteller zur Verfügung gestellt worden sind und dessen Geschäftsbereich betreffen. Denn auch in diesem Fall entstammt die Ursache für den Irrtum des Bestellers nicht der Risikosphäre des Unternehmers.

24                    b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt.

25                    Der Kläger hat im Berufungsverfahren vorgetragen, dass die Beklagte den Umfang der zu digitalisierenden Pläne mit rund 350 Gebäuden, 2.500 Wohnungen und ca. 250.000 m<sup>2</sup> Grundfläche mitgeteilt habe und die M. vor Auftragsannahme keine Möglichkeit gehabt habe, die Grundfläche der Liegenschaften zu messen oder eine Berechnung durchzuführen. Abweichende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Nach der im Revisionsverfahren zugunsten des Klägers als zutreffend zu unterstellenden Darlegung beruht die Kostenüberschreitung danach auf Angaben, die der M. von der Beklagten zur Verfügung gestellt worden sind und die Umstände aus ihrem Geschäftsbereich betroffen haben. Ein Kündigungsrecht in (entsprechender) Anwendung von § 650 Abs. 1 BGB stand der Beklagten damit nicht zur Seite.

26                    2. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig.

27 Weil die Ursache für die Kostenüberschreitung aus der Risikosphäre der Beklagten stammt, hat ihr auch nicht das Recht zugestanden, den Vertrag nach § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage zu kündigen (vgl. zum Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Kostenüberschreitung: Senat, Urteil vom 26. Oktober 1999 - X ZR 54/97, NJW-RR 2000, 1219 Rn. 18 f.). Ein solches Kündigungsrecht setzt nicht nur voraus, dass sich wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, als falsch herausstellen und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Fehlvorstellung erkannt hätten (§ 313 Abs. 1 und 2 BGB). Die Kündigung kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB), und dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann (§ 313 Abs. 1 BGB). Die eingetretene Veränderung oder Fehlerhaftigkeit der Vorstellung darf der betroffenen Partei daher nicht allein oder in stärkerem Maße als der Gegenpartei zurechenbar sein. Hat die betroffene Partei die Veränderung oder - wie hier - die Fehlerhaftigkeit der Vorstellung selbst herbeigeführt, so ist sie nicht schutzwürdig (BGH, Urteil vom 3. Mai 1995 - XII ZR 29/94, BGHZ 129, 297 Rn. 33; MünchKomm./Roth, BGB, 5. Aufl., § 313 Rn. 58).

28 3. Die Revision ist auch insoweit begründet, als sie sich gegen die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zug-um-Zug-Verurteilung wendet.

29 a) Entgegen der Rüge der Revision ist die Zug-um-Zug-Verurteilung allerdings nicht schon deshalb fehlerhaft, weil die Beklagte nach dem Vorbringen des Klägers gegen Hinweis- und Kooperationspflichten verstoßen und sich treuwidrig verhalten hat.

30 Der Beklagten steht der Anspruch auf Herausgabe der der M. überlassenen Pläne aufgrund ihres Eigentums (§ 985 BGB) zu, da mit der Beendi-

gung des Vertrages ein Besitzrecht der M. entfallen ist. Auch hat die Beklagte gemäß § 631 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Ablieferung dessen, was die M. im Rahmen der vertraglichen Erfüllung bislang hergestellt hat (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl., § 631 Rn. 12), mithin auf Herausgabe der erstellten digitalen Pläne und Fotos.

31 Ihre Ansprüche kann sie dem Zahlungsverlangen des Klägers mit der Folge der Zug-um-Zug-Verurteilung entgegen halten (§ 322 Abs. 1, § 274 Abs. 1 BGB). Dem steht nicht die von der Revision angeführte Rechtsprechung entgegen, wonach der Unternehmer, wenn der Besteller ihm obliegende Mitwirkungspflichten endgültig verweigert oder sich anderweitig treuwidrig verhalten hat, Erfüllung durch Vorauszahlung des Werklohns beanspruchen kann, ohne seinerseits die Gegenleistung erbringen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 1968 - VII ZR 40/66, BGHZ 50, 175; Urteil vom 15. Mai 1990 - X ZR 128/88, NJW 1990, 3008; Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 225/03, BauR 2005, 861). Denn dies betrifft nur den Teil der Gegenleistung, die durch den Unternehmer (noch) nicht erbracht worden ist. Hier hat die M. den von der Beklagten begehrten Teil der Werkleistung jedoch bereits erbracht.

32 b) Keinen Bestand kann die Zug-um-Zug-Einschränkung aber deshalb haben, weil sie nicht bestimmt genug ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und das Urteil daher keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Denn nicht nur der Umfang der Verurteilung, sondern auch die Zug-um-Zug-Einschränkung muss im Titel hinreichend bestimmt sein, so dass sie ihrerseits zum Gegenstand einer Leistungsklage gemacht werden könnte (BGH, Urteil vom 18. September 1992 - V ZR 86/91, NJW 1993, 324, 325 sub II.1). Die Revision hat diesen Gesichtspunkt zwar nicht aufgegriffen, es handelt sich insoweit aber um einen von Amts wegen zu beachtenden Mangel des Urteils (BGH, Urteil vom 18. September 1992 - V ZR 86/91, NJW 1993, 324, 325 sub II.1; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 557 Rn. 8).

33 Zur hinreichenden Bestimmtheit müssen bei Herausgabeansprüchen die herauszugebenden Gegenstände so genau bezeichnet sein, dass eine Identifizierung möglich ist. Etwaige Unklarheiten des Titels sind vom Vollstreckungsorgan zwar im Wege der Auslegung des Titels, gegebenenfalls unter ergänzender Heranziehung von Tatbestand und Entscheidungsgründen, zu klären; Umstände außerhalb des Titels dürfen jedoch nicht verwertet werden (MünchKomm./Krüger, ZPO, 3. Aufl., § 704 Rn. 8). Unzureichend ist insbesondere die Bezugnahme auf den Inhalt von Urkunden, die im Urteil zwar erwähnt, die dem Urteil aber nicht beigelegt sind und deren Inhalt dort nicht hinreichend wiedergegeben ist (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., vor § 704 Rn. 26).

34 Dem Bestimmtheitsgebot genügt die tenorierte Zug-um-Zug-Leistung, nach der alle zur Auftragsdurchführung übergebenen Originalpläne sowie deren Digitalversion gemäß einer mit dem Berufungsurteil verbundenen Liste sowie der laut einer Projektanweisung vom 3. August 2004 geschuldeten je drei Digitalfotos jedes vermessenen und digitalisierten Bauvorhabens herauszugeben sind, danach nicht. Weder die herauszugebenden Pläne noch die Digitalfotos sind hinreichend zu identifizieren. Welcher Art die Digitalfotos sein sollen, ergibt sich bereits nach der Urteilsformel nur anhand einer Projektanweisung vom 3. August 2004, auf die zwar die Urteilsbegründung unter Hinweis auf die Aktenstelle verweist, in der sie sich als Kopie befindet, deren für die Beschreibung der Bilder maßgeblicher Inhalt aber aus dem Urteil nicht zu erkennen ist, sondern zumindest die Hinzunahme des bezeichneten Aktenteils erfordert. Überdies lässt sich nicht erkennen, in welchem Umfang die Herausgabe der Bilder zu leisten ist, da sich allein aus dem Titel nicht ersehen lässt, welche Bauvorhaben bereits vermessen und digitalisiert sind. Derartiges ist auch nicht aus der dem Urteil angefügten Liste abgerechneter Bauvorhaben zu erkennen, da auch dort nicht näher bezeichnet ist, welche Bauvorhaben bereits vermessen und digitalisiert worden sind. Diese Liste ist zudem unzureichend für die Bestimmung der herausverlangten Pläne, da aus ihr nicht entnommen werden

kann, wie viele Pläne je Bauvorhaben herauszugeben sind. Auch sind mit der in der Urteilsformel gewählten Beschreibung "Originalpläne" die herauszugebenden Sachen nicht ausreichend qualifiziert, so dass allein anhand des Titels in einem Vollstreckungsverfahren nicht zuverlässig beurteilt werden könnte, ob die vom Kläger zu bewirkende Gegenleistung vollständig erbracht worden ist.

35 VI. Auch den Angriffen der Anschlussrevision hält das Berufungsurteil nicht stand.

36 1. Die Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht ist widersprüchlich und bietet keine geeignete Grundlage für dessen Annahme, die Vertragsparteien hätten einen Einheitspreisvertrag geschlossen.

37 Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die in der Auftragsbestätigung vom 6. August 2004 angegebenen Flächen aufgrund der gegebenen Unwägbarkeiten nicht Vertragsbestandteil geworden seien, dass die genannten Angaben andererseits jedoch rechtlich nicht völlig belanglos sein sollten, sondern das Auftragsvolumen und die Höhe der sich daraus ergebenden Vergütung als Geschäftsgrundlage maßgeblich mitbestimmen sollten. Diese Ausführungen könnten so zu verstehen sein, dass die Bemessung der zu digitalisierenden Fläche auf 250.000 m<sup>2</sup> und die hieraus resultierende Begrenzung der Vergütung auf rund 190.000 € nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht den Vertragsinhalt betrifft, sondern sich allein auf die dem Vertrag zugrunde liegende Geschäftsgrundlage bezieht. Andererseits führt das Berufungsgericht aber aus, die Vertragsschließenden hätten sich darauf verständigt, dass sich das Volumen des Vertrages auf etwa 190.000 € belaufe. Zur Begründung führt das Berufungsgericht unter anderem an, dass der Zeuge J. in dem Gespräch vom 5. August 2004, das sich auch nach der Aussage des Geschäftsführers der M. u.a. mit der Höhe der Vergütung befasst habe, ausdrücklich auf eine durch das begrenzte Budget der Beklagten bedingte "Deckelung" der Bruttosumme auf etwa 190.000 € hingewiesen habe. Besteht jedoch eine Ver-



ständigung und damit ein beiderseitiges Einverständnis mit einer bestimmten Auftragssumme oder einer bestimmten Obergrenze für die Auftragssumme, kann dieser zum Vertragsinhalt erhobene Umstand nicht zugleich bloße Geschäftsgrundlage der Einigung sein (Senat, Urteil vom 26. Oktober 1999 - X ZR 54/97, NJW-RR 2000, 1219 Rn. 16).

38           2. Schließlich kann die Verurteilung der Beklagten auch in Höhe des von ihr Zug um Zug gegen Herausgabe der verlangten Pläne und digitalen Fotos zugestandenen Betrages von 49.500 € keinen Bestand haben, weil mangels hinreichender Bestimmtheit des von der Beklagten erhobenen Zug-um-Zug-Anspruchs eine Entscheidung über das Gegenrecht derzeit nicht in Betracht kommt und damit der Umfang der Verurteilung selbst noch ungewiss ist.

39           VII. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht möglich.

40           1. Die für die Vertragsauslegung wesentliche Feststellung zum Inhalt des Gesprächs vom 5. August 2004 greift die Revision zu Recht an.

41           Das Berufungsgericht gründet seine Feststellung zum Gesprächsinhalt nämlich auch auf die Aussage des Geschäftsführers der M. . Dieser habe angegeben, die Änderung zur ursprünglichen Auftragsbestätigung vom 9. Juni 2004 habe in Pos. 11 mit einer Fläche von 25.000 m<sup>2</sup> gelegen. Damit sei auch nach dessen Aussage im Gespräch vom 5. August 2004 über die Höhe der Vergütung gesprochen worden. Diese Würdigung ist nicht frei von Widersprüchen und berücksichtigt auch das Beweisergebnis nicht hinreichend. Denn zum einen ergibt sich aus der vom Berufungsgericht referierten Aussage des Geschäftsführers der M. nichts, was die Feststellung begründen könnte, dass es beim Treffen am 5. August 2004 auch zu einem Gespräch über die Höhe der Vergütung gekommen sein könnte. Zum anderen belegt das Protokoll der erstinstanzlichen Beweisaufnahme, dass der Geschäftsführer der M. aus-

drücklich ausgesagt hat, dass bei dem Treffen am 5. August 2004 gerade nicht über Preise gesprochen worden sei.

42            2. Unzureichend sind zudem die Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich der für die Ermittlung des Vertragsinhalts bedeutsamen Kenntnis, die der Zeuge J. , der als Prokurist der Beklagten für diese mit den Vertragsverhandlungen betraut war, von der tatsächlich zu bearbeitenden Fläche hatte. Denn auch die Annahme des Berufungsgerichts, es gebe keine Anhaltspunkte dafür, wonach dem Zeugen bewusst gewesen sei, dass die tatsächliche Fläche etwa viermal so hoch war wie die angesetzte, wird von der Revision mit Erfolg als verfahrensfehlerhaft angegriffen.

43            a) Die Feststellung des Berufungsgerichts beruht allein auf dem protokollierten Inhalt der beim Landgericht gemachten Aussage des Zeugen J. , ohne dass es den Zeugen gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO hierzu erneut vernommen hat. Dabei hat es die Aussage des Zeugen indes anders gewürdigt als das Landgericht. Das Landgericht hat nach der Vernehmung des Zeugen nämlich festgestellt, der Beklagten sei der Widerspruch zwischen den Flächenangaben der M. und ihren eigenen Angaben aufgefallen und sie habe erkannt, dass die M. von völlig anderen Grundlagen ausgegangen sei, als sie tatsächlich gegeben waren. Das Berufungsgericht hat seiner davon abweichenden Würdigung hingegen die Erklärung des Zeugen zugrunde gelegt, er habe angenommen, der von ihm erkannte Unterschied zwischen den Flächenangaben im Angebot der M. und der tatsächlichen Flächen beruhe auf der vertraglich vorgesehenen Spiegelung. Diesen Teil der Aussage hat das Landgericht gerade nicht für glaubhaft erachtet.

44            b) Ohne eigene Vernehmung des Zeugen durch das Berufungsgericht war die abweichende Würdigung des Berufungsgerichts jedoch nicht zulässig.

45 Das Berufungsgericht ist an die erstinstanzliche Beweiswürdigung, die es aufgrund konkreter Anhaltspunkte nicht für richtig hält, gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zwar nicht gebunden und zu einer erneuten Tatsachenfeststellung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet (BGH, Urteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 266/03, BGHZ 162, 313, 318). Hierzu bedarf es beim Zeugenbeweis nicht in jedem Fall einer erneuten Vernehmung des bereits erstinstanzlich vernommenen Zeugen. Das Berufungsgericht muss aber einen Zeugen nochmals vernehmen, wenn es dessen Glaubwürdigkeit anders beurteilen oder den Beurkundungen des Zeugen eine andere Tragweite oder ein anderes Gewicht geben will, sie also anders verstehen oder würdigen will als die Vorinstanz (BGH, Urteil vom 15. September 2005 - I ZR 58/03, juris Rn. 23). Die erneute Vernehmung eines Zeugen kann im Rahmen des nach § 398 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (BGH, Urteil vom 10. März 1998 - VI ZR 30/97, juris Rn. 12). Dies ist hier jedoch nicht der Fall gewesen, weil das Berufungsgericht gerade die Glaubhaftigkeit der Aussage abweichend vom Landgericht beurteilt hat.

46 3. Dem Senat ist es nicht möglich, in der Sache abschließend zu entscheiden. Wegen der fehlenden Feststellungen zu den, für den Vertragsschluss wesentlichen Umständen fehlt eine tragfähige Grundlage für die Beurteilung, ob zwischen der M. und der Beklagten überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist und gegebenenfalls welche Vereinbarung die M. und die Beklagte über den Preis getroffen haben.

47 VIII. Im wieder eröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht daher zunächst der Frage nach der Wirksamkeit des Vertragsschlusses nachzugehen und bejahendenfalls daran anschließend zu ermitteln haben, welche Preisvereinbarung zustande gekommen ist.

48            Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass sich die Vertragsparteien auf eine Preisobergrenze geeinigt haben, wird es auch Feststellungen dazu zu treffen haben, wie anhand des Vertragspreises die erbrachten und nicht erbrachten Leistungen - unter Abzug ersparter Aufwendungen - abzurechnen sind (vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 6. März 1997 - VII ZR 47/96, BauR 1997, 643 Rn. 13).

49            Zudem wird es sich mit dem Einwand des Klägers im Revisionsverfahren auseinanderzusetzen haben, wonach ihm wegen unrichtiger Flächenangaben auch ein Vertrauensschaden zumindest in Höhe dessen zustehe, was unter Pos. 47 der Rechnung vom 21. Dezember 2004 als Kosten für Stand- und Wartezeiten nach dem erteilten Hausverbot geltend gemacht worden ist. Denn bei den vom Kläger behaupteten und von der M. nicht erkannten unrichtigen Angaben der Beklagten über den Umfang der zu bearbeitenden Flächen wäre eine vorvertragliche Pflichtverletzung als Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch des Klägers gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 BGB nicht ausgeschlossen, da die Erteilung unrichtiger tatsächlicher Informationen selbst ohne Aufklärungspflicht eine Verletzung der im Rahmen vorvertraglicher Verhandlungen zu beachtenden Sorgfaltspflichten darstellt (BGH, Urteil vom 20. September 1996 - V ZR 173/95, juris Rn. 9). Die geltend gemachten Kosten für die Stand- und Wartezeiten können jedenfalls mittelbar auf den unrichtigen

Angaben zum Flächenmaß beruhen. Ein Ersatz der Kosten als Vertrauensschaden würde auch nicht daran scheitern, dass der Kläger zugleich am Vertrag festhält und Erfüllung des Werklohnanspruchs verlangt. Denn der durch eine pflichtwidrige Herbeiführung des Vertragsabschlusses betroffenen Partei ist zuzubilligen, den Vertrag als zur Erfüllung teilweise geeignet zu akzeptieren und die eigenen Aufwendungen, soweit sie vergeblich waren, als Vertrauensschaden zu liquidieren (Staudinger/Löwisch, BGB, Bearb. 2005, § 311 Rn. 144).

Meier-Beck

Gröning

Berger

Grabinski

Hoffmann

Vorinstanzen:

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 08.03.2006 - 11 O 83/04 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 13.07.2007 - 10 U 78/06 -