BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 116/02

Verkündet am:
11. September 2003
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B § 2 Nr. 7

a) Sind geringere als im zugrunde gelegten Leistungsverzeichnis vorgesehene Mengen eingebaut worden, hat der Auftraggeber nach Maßgabe des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 VOB/B einen Anspruch auf Preisanpassung unabhängig davon, ob die Leistung infolge der verringerten Mengen mangelhaft ist.

b) Die Klausel in einem auf der Grundlage eines detaillierten Leistungsverzeichnisses mit Mengenangaben geschlossenen Pauschalpreisvertrages, nach der Mehr- und Mindermassen von 5 % als vereinbart gelten, regelt das Mengenrisiko. Sie ist dahin zu verstehen, daß bei einer nicht durch Planänderungen bedingten Mengenabweichung in den einzelnen Positionen, die über 5 % hinaus geht, auf Verlangen ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 VOB/B gebildet werden muß. Bei der Preisbildung ist das übernommene Mengenrisiko zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 11. September 2003 - VII ZR 116/02 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Hausmann und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. Februar 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte

unter Ziff. 1 zur Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek für die Klägerin in einer 48.272,92 € (= 94.413,62 DM) überschreitenden Höhe verurteilt worden ist,

unter Ziff. 2 zur Zahlung eines 48.272,92 € (= 94.413,62 DM) überschreitenden Betrages verurteilt worden ist,

unter Ziff. 3 zur Zahlung eines 33.169,21 € (= 64.873,33 DM) überschreitenden Betrages verurteilt worden ist,

zur Zahlung von Zinsen verurteilt worden ist mit Ausnahme von Zinsen aus 3.056,81 € (= 5.978,60 DM) seit dem 20. März 1993 sowie aus 12.481,14 € (= 24.410,99 DM) seit dem 5. Dezember 1993 jeweils in Höhe von 1 % über dem jeweiligen Lombardsatz der Deutschen Bundesbank und ab 1. Januar 1999 in Höhe von 1 % über dem jeweiligen SRF-Satz der Europäischen Zentralbank,

und

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

mit seiner in zweiter Instanz erhobenen Widerklage insoweit abgewiesen worden ist, als er einen über 31.349,07 € (= 61.313,45 DM) hinausgehenden Betrag von 543.812,63 € (= 1.063.605,05 DM) nebst Zinsen gefordert hat.

Die Sache wird in diesem Umfang zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer eines Grundstücks in F. . Auf diesem Grundstück ließ er Gebäude errichten und vorhandene Gebäude umbauen. Die Parteien schlossen mehrere Bauverträge über Rohbau- und Kanalarbeiten. Die VOB/B wurde vereinbart. Die Klägerin hat aus eigenem und abgetretenem Recht Forderungen wegen Bauleistungen geltend gemacht. Sie hat zudem die Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek und die Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde verlangt.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil unter Klageabweisung im übrigen zur Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek in Höhe von 931.944,22 DM, zur Zahlung dieses Betrages nebst

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Zinsen Zug um Zug gegen Bewilligung der Löschung der Hypothek, zur Zahlung weiterer 352.561,23 DM nebst Zinsen und zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verurteilt. Wegen eines Betrages von 150.000 DM hat das Landgericht die Klage nicht für entscheidungsreif gehalten.

In der Berufung hat das Berufungsgericht den noch beim Landgericht anhängigen Teil an sich gezogen. Es hat den Beklagten unter Berücksichtigung der Anschlußberufung der Klägerin zur Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek über 415.900,28 € (= 813.430,25 DM), zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen Zug um Zug gegen Bewilligung der Löschung der Hypothek, zur Zahlung weiterer 209.354,46 € (= 409.461,75 DM) nebst Zinsen und zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verurteilt. Im übrigen hat es die Klage und die weitergehende Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen. Auf die in zweiter Instanz erhobene Widerklage, mit der der Beklagte den zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten Betrag geltend gemacht hat, hat es die Klägerin zur Zahlung von 31.349,07 € (= 61.313,45 DM) nebst Zinsen verurteilt. Im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen und die weitergehende Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision hat der Beklagte seine Anträge zur Klageabweisung und zur Widerklage weiterverfolgt, nicht jedoch, soweit er zur Zahlung von 3.128 DM auf die von der Firma G.L. + P.-Bau abgetretene Forderung und von 30.389,59 DM auf die Anschlußberufung der Klägerin und zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verurteilt worden ist.

Der Senat hat die Revision des Beklagten nicht angenommen, soweit das Berufungsgericht unbeschadet einer Aufrechnung 11.419,77 DM aus der Rechnung vom 22. November 1992 über Kippgebühren, 6.486,50 DM aus der Rechnung vom 31. Dezember 1992 über Tagelohnarbeiten, 4.231,69 DM aus

der Rechnung vom 31. Dezember 1992 über Tagelohnarbeiten und 1.117,20 DM aus der Rechnung vom 2. Februar 1993 über Tagelohnarbeiten zuerkannt hat und außerdem, soweit das Berufungsgericht den Werklohn nicht wegen folgender Mindermassen gekürzt hat: 98.751,76 DM Betonsauberkeitsschicht B 15 Hallen 9 und 10; 28.000 DM Magerbeton im Bereich der freigelegten Gewölbe Gebäude 5 und 30.690 DM Betonsauberkeitsschicht B 15 Gebäude 6.

Danach verfolgt der Beklagte seine Anträge nur im eingeschränkten Umfang nach Maßgabe des Beschlusses über die Teilannahme weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat überwiegend Erfolg. In diesem Umfang führt sie zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im übrigen ist sie zurückzuweisen.

Auf das Schuldverhältnis findet das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

1. Das Berufungsgericht erkennt der Klägerin aus dem Vertrag vom 16. Juli 1992 über Fundamentierungsarbeiten, Halle 9 und 10, einen restlichen Werklohn von 86.600 DM zu. Diese Forderung sei nicht durch die Aufrechnung des Beklagten mit einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Massenminderung untergegangen. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereiche-

rung seien ausgeschlossen, weil die Gewährleistungsregelungen vorgingen. Gewährleistungsansprüche wegen zu gering eingebrachter Massen seien verjährt.

2. Aus dem Vertrag vom 10. September 1992 (Hallenbauten, Hallenmeisterbüro, Brandwand usw.) erkennt das Berufungsgericht der Klägerin einen Restwerklohn von 46.094 DM zu. Die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch wegen Massenminderung hält es aus den dargelegten Gründen für unbegründet.

3. Das Berufungsgericht errechnet aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 (Rohbauarbeiten Bürogebäude 5 und 6) unter Berücksichtigung verschiedener Aufrechnungen einen Anspruch von 875.373,43 DM zunächst unter Ausschluß weiterer 150.000 DM. Den Anspruch in Höhe von 150.000 DM hält es für berechtigt, jedoch habe der Beklagte wirksam mit einer Forderung über 15.411,58 DM aufgerechnet, so daß die Klägerin zusätzlich 134.588,42 DM verlangen könne.

a) Eine Aufrechnung mit einem Gegenanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. eine Verrechnung scheide aus den dargelegten Gründen aus.

b) Die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch über 726.100 DM wegen der Risse in den Hallenböden und in den Wänden sei nur in Höhe von 29.800 DM wegen der Risse im Mauerwerk des Erdgeschosses der Bürogebäude 5 und 6 begründet, im übrigen unbegründet. Die Risse in den Hallenböden seien auf sogenannte Schwindspannungen zurückzuführen, die während des Abbinde- und anschließenden Erhärtungsprozesses der fugenlos hergestellten Ortbetonplatte entstanden seien. Die Rißbildung hätte vermieden werden können, wenn entweder eine stärkere Bewehrung eingebracht worden

wäre oder wenn der großflächige Boden mit Fugen versehen worden wäre. Es könne der Klägerin nicht angelastet werden, daß keine dieser Alternativen gewählt worden sei. Die vom Bauleiter des Beklagten gefertigten Pläne hätten Fugen nicht vorgesehen. Der Klägerin könne nicht vorgeworfen werden, sie habe ihre Bedenkenhinweispflicht nicht erfüllt. Die wegen der fehlenden Fugen möglicherweise entstehenden Probleme seien mit dem Bauleiter des Beklagten besprochen worden, Die Erörterung mit dem Bauleiter als Vertreter des Bauherrn reiche aus. Dieser habe ausdrücklich angeordnet, daß keine Dehnfugen angebracht werden sollten.

c) Die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 758.118 DM wegen der vom Sachverständigen B. festgestellten Mängel sei ohne Erfolg. Der Schadensersatzanspruch bestehe nicht. Der Beklagte habe die Klägerin vor der Ersatzvornahme nicht unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die in der Berufung erhobene Behauptung der Beklagten, die Mängel seien noch nicht beseitigt, stehe im eklatanten Widerspruch zum erstinstanzlichen Vortrag, wonach die vorgenommenen Mängelbeseitigungsarbeiten detailliert dargelegt worden seien. Das jetzige Vorbringen bleibe deshalb wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt.

d) In dem Betrag von 875.373,43 DM sei auch der Anspruch auf Auszahlung zu Unrecht einbehaltenen Skontos enthalten. Dieser Anspruch sei in Höhe von 126.540 DM berechtigt gewesen. Er sei jedoch infolge der Aufrechnung des Beklagten mit an ihn abgetretenen Forderungen in Höhe von 92.746,57 DM erloschen.

4. Das Berufungsgericht billigt der Klägerin noch weitere Ansprüche aus verschiedenen Aufträgen in Höhe von insgesamt 63.541,22 DM zu, darunter einen Anspruch in Höhe von 12.243,60 DM aus einem Vertrag vom 10. Oktober

1992 und einen Anspruch in Höhe von 3.128 DM aus einer abgetretenen Forderung der Fa. G.L. + P.-Bau. Die Aufrechnung des Beklagten gegenüber der Forderung über 12.243,60 DM hält das Berufungsgericht für unbegründet, weil die aufgerechneten Forderungen bereits durch Aufrechnung gegenüber der Forderung aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 verbraucht seien. Hinsichtlich dieser und der übrigen Forderungen verweigert das Berufungsgericht die Berücksichtigung der Aufrechnung mit einem Anspruch wegen zu geringer Massen aus den dargelegten Gründen.

5. Aus einem Bauvorhaben "Westerbachstraße" erkennt das Berufungsgericht auf einen Anspruch der Klägerin in Höhe von 14.825,74 DM. Die Aufrechnung mit einem Anspruch wegen Massenminderung wird erneut versagt.

6. Das Berufungsgericht spricht der Klägerin weitere Ansprüche auf Zahlung von 5.978,60 DM und 24.410,99 DM zu, die von der Revision nicht angegriffen werden.

7. Die Widerklage sei lediglich in Höhe von 61.313,45 DM begründet, weil der darüber hinausgehende Betrag von dem Beklagten nicht zu Unrecht gezahlt worden sei.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Anspruch auf Zahlung von 86.600 DM aus dem Vertrag vom 16. Juli 1992

Der Klägerin steht, wie im Revisionsverfahren nicht umstritten ist, rechnerisch ohne Berücksichtigung des Einwandes zu Mindermassen ein Betrag

von 86.600 DM zu. Der Beklagte hat sich auf Mindermassen aus dem Vertrag vom 16. Juli 1992 (Pos. kk. und ll. der Revisionsbegründung) und aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 (Pos. aa. bis jj. der Revisionsbegründung) berufen. Soweit es um den Anspruch aus den Positionen kk. sowie dd. und ee. geht, hat der Senat die Revision nicht angenommen. Soweit das Berufungsgericht den Einwand zu den Mindermassen aus der Position ll. (über 69.920 DM) aus dem Vertrag vom 16. Juli 1992 als unbegründete Aufrechnung mit Gewährleistungsansprüchen zurückgewiesen hat, hat das Urteil keinen Bestand. Im übrigen ist die Revision unbegründet.

a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß Ansprüche wegen Mängeln, die nach der Abnahme erhoben werden, im VOB-Vertrag abschließend in § 13 VOB/B geregelt sind. Ansprüche wegen überzahlten Werklohns sind ausgeschlossen, soweit sich die Überzahlung daraus ableitet, daß die Leistung mangelhaft erbracht worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 - VII ZR 268/83, BGHZ 92, 123, 125 f.; Urteil vom 20. April 1978 - VII ZR 143/77, WM 1978, 953). Dementsprechend kann sich der Auftraggeber gegenüber einer Vergütungsforderung wegen eines Mangels lediglich mit Gewährleistungsansprüchen verteidigen. Erhebt der Auftragnehmer zu Recht gegenüber den Gewährleistungsansprüchen die Einrede der Verjährung, sind diese Ansprüche nicht mehr durchsetzbar.

b) Daraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, daß der Auftraggeber sich nicht mit Einwendungen verteidigen kann, die sich nicht aus der Mangelhaftigkeit der Leistung, sondern daraus herleiten, daß die geforderte Vergütung nach der getroffenen Vergütungsvereinbarung nicht geschuldet ist.

Ein derartiger Einwand ist bei einem Einheitspreisvertrag, die berechneten Massen seien nicht verbaut. Dieser Einwand kann unabhängig davon erho-

ben werden, ob durch den Einbau geringerer als im Leistungsverzeichnis vorgesehener Massen eine mangelhafte Leistung erbracht worden ist. Maßgebend ist allein, ob die abgerechneten Massen erbracht worden sind. Denn die Vergütungsvereinbarung geht dahin, daß lediglich die erbrachten Massen nach Einheitspreisen zu vergüten sind. Dem kann nicht entgegengehalten werden, mit diesem Einwand könne der Auftraggeber eine Minderung ohne die gesetzlichen Voraussetzungen für diesen Gewährleistungsanspruch durchsetzen. Der Vergütungsanspruch besteht unabhängig davon, welche Gewährleistungsansprüche der Auftraggeber hat. Das Recht zur Minderung wegen einer mangelhaften Leistung folgt eigenen Regeln. Dem Auftraggeber stehen neben den gegen die Vergütung gerichteten Einwendungen für den Fall einer mangelhaften Leistung Gewährleistungsansprüche zur Verfügung. Macht er diese geltend, kann der Preis der nicht vergüteten, jedoch für die Herstellung einer mangelfreien Leistung notwendigen Massen als Sowiesokosten zu berücksichtigen sein.

Nicht anders ist die Frage beim Pauschalvertrag zu beurteilen. Der Auftraggeber kann ungeachtet dessen, ob die erbrachte Leistung mangelhaft ist, solche Einwendungen geltend machen, die sich allein gegen den Vergütungsanspruch richten. Die geschuldete Vergütung ist der Pauschalpreis und zwar grundsätzlich unabhängig davon, welche Gewährleistungsansprüche bestehen. § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 VOB/B geben dem Auftraggeber das Recht, einen Ausgleich zu verlangen, wenn die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich abweicht, daß ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist. Ein typischer Anwendungsfall dieser Regelung ist eine Abweichung von den vertraglich zugrunde gelegten Mengen (vgl. Kapellmann/Messerschmidt, VOB, § 2 Rdn. 284). Ist die Abweichung derart, daß der dadurch benachteiligten Partei ein Festhalten am Pauschalpreis nicht zumutbar ist, so kann sie den Ausgleich verlangen. Maßgeblich ist dabei allein die

Frage, ob die ausgeführte Menge von der vertraglich vorgesehenen Menge abweicht, nicht jedoch, ob diese Abweichung zu einem Mangel geführt hat. Der Anspruch auf Anpassung der Vergütung wird von einem etwa bestehenden Gewährleistungsanspruch nicht berührt.

c) Danach ist der Beklagte nicht gehindert, gegenüber der Abrechnung der Klägerin einzuwenden, die im Leistungsverzeichnis des Vertrages vom 16. Juli 2002 geschätzten Massen von Baustahl-Lagermatten (Pos. II) seien nicht verbaut worden, der Preis sei daher zu reduzieren. Dieser Einwand betrifft allein den Vergütungsanspruch der Klägerin. Er stellt der Sache nach keine Aufrechnung mit einem Gewährleistungsanspruch, sondern das Verlangen des Beklagten auf Ausgleich nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B dar, wenn ein Pauschalvertrag geschlossen sein sollte. Davon ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen. Die Revision weist lediglich darauf hin, daß der Vertragspreis in der Vertragsurkunde erkennbar nicht pauschaliert wurde, setzt sich jedoch nicht mit der Feststellung des Berufungsgerichts auseinander, wonach sich die Parteien später auf einen Pauschalpreis geeinigt haben. Das Berufungsgericht erhält Gelegenheit, die Berechtigung des Preisanpassungsverlangens nach § 2 Nr. 7 VOB/B zu prüfen.

d) Soweit der Beklagte eine über 69.920 DM hinausgehende Preisminderung geltend macht, ist die Revision unbegründet.

aa) Diese Preisminderung beruht auf der Behauptung, die im Vertrag vom 1. Oktober 1992 geschätzten Massen (Pos. aa. bis cc. und ff. bis jj. der Revisionsbegründung betreffend Betonsauberkeitsschicht, Betonstahl, Baustahlgewebe, Beton) seien nicht verbaut worden. Dieser Einwand, mit dem eine Preisreduzierung in Höhe von noch 545.220,20 DM erstrebt wird, richtet sich in erster Linie gegen den Vergütungsanspruch aus dem Vertrag vom 1. Oktober

1992 und kann zu einer Preisanpassung nach § 2 VOB/B in diesem Vertrag führen.

bb) Zu der vom Berufungsgericht geprüften Aufrechnung gegenüber Forderungen der Klägerin aus anderen Verträgen, so auch aus dem Vertrag vom 16. Juli 1992, kann es nur kommen, soweit eine Überzahlung der Forderung aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 möglich ist. Diese Möglichkeit scheidet nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten aus. Der Forderung von 875.373,43 DM und weiterer 150.000 DM steht lediglich das Verlangen auf Reduzierung in Höhe von 545.220,20 DM gegenüber. Unerheblich ist, daß der Beklagte erklärt hat, die Aufrechnung mit dem Anspruch wegen der Massenminderung sei nachrangig gegenüber der Aufrechnung mit dem Anspruch wegen der Risse in den Hallenböden. Denn in der Sache handelt es sich nicht um eine Aufrechnung (vgl. unten 3.a), so daß die Vorrangbestimmung ins Leere geht. Daraus folgt, daß der Vergütungsanspruch der Klägerin aus dem Vertrag vom 16. Juli 1992 jedenfalls in Höhe von 16.680 DM (86.600 DM ./. 69.920 DM) besteht.

2. Anspruch auf Zahlung von 46.094 DM aus dem Vertrag vom 10. September 1992

In der Revision ist nicht streitig, daß der Klägerin aus dem Vertrag vom 10. September 1992 eine Vergütungsforderung von 46.094 DM zusteht. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Aufrechnung wegen des Anspruchs des Beklagten aus verminderten Massen nicht berücksichtigt, geht aus den gleichen Erwägungen fehl. Auch insoweit ist die Revision unbegründet.

3. Anspruch auf Zahlung aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992

Der Beklagte hat gegenüber der Forderung aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 die Aufrechnung erklärt mit einer Forderung, die sich daraus ergibt, daß die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Massen nicht verbaut worden sind. Insoweit sind in der Revision noch die in der Revisionsbegründung unter aa. bis cc., ff. bis jj. bezeichneten Mindermassen im Streit, für die die Beklagte eine Zuvielforderung von 545.220,20 DM errechnet.

a) Das Berufungsgericht behandelt diese Aufrechnung nachrangig nach der Aufrechnung mit Gewährleistungsansprüchen wegen der Risse in den Hallenböden, weil die Beklagte diese Rangfolge festgelegt hat. Das hat keinen Bestand. Der Beklagte hat keine Aufrechnung erklärt, sondern einen Preisanpassungsanspruch nach § 2 VOB/B geltend gemacht. Diese Einwendung betrifft unmittelbar den Vergütungsanspruch. Sie ist vorrangig vor der Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter Leistung zu prüfen.

aa) Der Preisanpassungsanspruch des Beklagten kann sich aus § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B ergeben, wenn ein Pauschalpreisvertrag vorliegt. Die Vertragsurkunde weist einen Pauschalpreisvertrag aus. Die Revision stellt das gleichwohl in Frage. Das Berufungsgericht erhält Gelegenheit, die Vereinbarung auszulegen. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, daß der Vereinbarung eines Pauschalpreisvertrages nicht entgegensteht, wenn Parteien auf der Grundlage eines Leistungsverzeichnisses zu einem Angebot nach Einheitspreisen einen Preis bilden, den sie um einen bestimmten Betrag mindern und abrunden.

bb) Das Berufungsgericht erhält auch Gelegenheit, die etwaige Berechtigung des Preisanpassungsverlangens zu prüfen. Grundlage für eine Bewertung, ob das Festhalten am vereinbarten Preis nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2

VOB/B zumutbar ist, ist die Vereinbarung unter Ziff. 7 des Vertrages, wonach Mehr- und Mindermassen von 5 % als vereinbart gelten. Diese Vereinbarung regelt vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen, zu denen es keine Feststellungen gibt, das Pauschalierungsrisiko hinsichtlich der Mengen. Sie ist jedenfalls in einem Pauschalvertrag, der auf Grundlage eines mit Mengenangaben versehenen detaillierten Leistungsverzeichnisses geschlossen wird, dahin zu verstehen, daß bei einer nicht durch Planänderungen bedingten Mengenabweichung in den einzelnen Positionen, die über 5 % hinaus geht, auf Verlangen ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 VOB/B gebildet werden muß (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1998, 874, 875). Maßgeblich ist hingegen entgegen der in anderem Zusammenhang geäußerten Auffassung des Berufungsgerichts nicht, ob die Gesamtsumme der Mindermengen einem Wert entspricht, der 5 % der Pauschalsumme unterschreitet.

Bei einer etwaigen Preisbildung wird zu beachten sein, daß die Parteien das Risiko von 5 % Mehr- und Mindermassen jeweils übernommen haben. Ein neuer Preis darf diese Risikoverteilung nicht abändern. Mindermassen finden bei der Bildung des neuen Preises deshalb nur insoweit Berücksichtigung, als sie 5% der geschätzten Massen überschreiten.

b) Der Beklagte hat gegenüber der Werklohnforderung aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen vorhandener Risse in den Hallenböden erklärt. Er macht in der Revision noch einen Anspruch in Höhe von 679.000 DM geltend. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Schadensersatzanspruch zurückweist, ist nicht tragfähig.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weisen die Hallenböden Spannungsrisse auf. Damit ist die Leistung der Klägerin fehlerhaft. Der Umstand, daß die Klägerin eine fehlerhafte Planung des vom Beklagten einge-

setzten Architekten ausgeführt hat, kann sie von der Gewährleistungspflicht befreien, wenn sie auf die ihr insoweit gekommenen Bedenken hingewiesen hat, § 13 Nr. 3 VOB/B. Nach § 4 Nr. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich Bedenken wegen der vorgesehenen Art der Ausführung mitzuteilen.

(1) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob dem Beklagten das Schreiben vom 22. Juli 1992 zugegangen ist, mit dem er persönlich auf die Bedenken hingewiesen worden sein soll. In der Revision ist zugunsten des Beklagten zu unterstellen, daß das nicht so war.

(2) Die Mitteilung an den Bauleiter genügt jedenfalls dann nicht den Anforderungen des § 4 Nr. 3 VOB/B, wenn sich dieser den Bedenken des Unternehmers verschließt (BGH, Urteil vom 18. Januar 2001 - VII ZR 457/98, BauR 2001, 622, 623 = ZfBR 2001, 265; Urteil vom 19. Dezember 1996 - VII ZR 309/95, BauR 1997, 301 = ZfBR 1997, 150; Urteil vom 18. Januar 1973 - VII ZR 88/70, NJW 1973, 518). Das ist auch dann der Fall, wenn die bedenkliche Planung mit dem Bauleiter erörtert worden ist und dieser bei seiner Planung verbleibt und deren Ausführung anordnet.

(3) Soweit das Berufungsgericht darauf abstellt, daß der Bauleiter "Vertreter" des Beklagten war, fehlen Feststellungen zu seiner Bevollmächtigung, die Entscheidung darüber zu fällen, daß das Bauwerk mit den bedenklichen Risiken ausgeführt wird. Die vom Berufungsgericht im Tatbestand des Berufungsurteils erwähnte Vollmacht, Aufträge und Anerkenntnis von Stundenlöhnen schriftlich zu erteilen, deckt nicht die Entscheidung ab, ohne Zustimmung des Bauherrn auch begründete Bedenken des Unternehmers gegen die vom Bauleiter selbst erstellte Planung zurückzuweisen. Eine derartige Auslegung verbietet sich schon deshalb, weil der Beklagte in dem Schreiben, in dem die

Vollmacht erteilt wird, gleichzeitig darauf hinweist, daß Absprachen zwischen den einzelnen Mitwirkenden an dem Bauvorhaben deshalb untersagt sind, weil ihm in der Vergangenheit durch diese Absprachen Schäden entstanden sind.

bb) Das Berufungsurteil unterliegt damit der Aufhebung, soweit es eine Vergütung in Höhe von 875.373,43 DM und von weiteren 150.000 DM aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 zuerkannt hat. Es ist nicht auszuschließen, daß allein eine Anpassung der Vergütung wegen Mindermassen und die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch wegen der Risse in den Hallenböden dazu führt, daß der Klägerin keine Vergütung aus diesem Vertrag mehr zusteht.

d) Der Senat muß deshalb nicht darüber entscheiden, ob das Berufungsgericht die zur Aufrechnung gestellte Forderung in Höhe von 758.118 DM wegen weiterer Mängel zu Recht zurückgewiesen hat. Denn es ist offen, ob über diese nachrangig erklärte Aufrechnung noch zu entscheiden ist.

aa) Rein vorsorglich weist der Senat auf folgendes hin: Das Berufungsgericht geht von einem Sachverhalt aus, nach dem sämtliche Forderungen deshalb unbegründet sind, weil alle Mängel im Wege der Ersatzvornahme beseitigt sind und die Klägerin zuvor keine Gelegenheit bekommen hatte, die Mängel selbst zu beseitigen. Zu Recht rügt die Revision, daß sich die Annahme, alle Mängel seien beseitigt, nicht mit der Anwendung des § 138 Abs. 1 ZPO begründen läßt. Der Vortrag in der Berufung, die Mängel seien noch nicht beseitigt, kann nicht allein deshalb als unwahr zurückgewiesen werden, weil erstinstanzlich mit mehr Substanz etwas anderes vorgetragen worden ist. Im übrigen ist der erstinstanzliche Vortrag nicht eindeutig, weil mehrmals von noch entstehenden Kosten die Rede ist.

bb) Der Senat weist weiterhin auf folgendes hin: Das Landgericht hat einen Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten u.a. deshalb verneint,

weil es davon ausgegangen ist, daß alle Mängel im Wege der Ersatzvornahme in der Zeit vom März bis Juni 1994 behoben worden sind, ohne daß der Klägerin gegenüber Mängelrügen erhoben worden seien. Deshalb bestünden keine Gewährleistungsansprüche.

Gegen die rechtliche Würdigung, wonach keine Gewährleistungsansprüche bestehen, wenn der Klägerin keine Gelegenheit gegeben worden ist, die Mängel zu beseitigen, wendet sich die Revision zu Recht nicht. Es kommt deshalb darauf an, inwieweit der Beklagte Gewährleistungsansprüche wegen solcher Mängel geltend macht, die bereits beseitigt sind, ohne daß die Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B vorliegen und wegen solcher Mängel, die noch nicht oder erst beseitigt worden sind, nachdem der Klägerin eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt worden und diese fruchtlos abgelaufen ist.

Dazu ist der Vortrag des Beklagten teilweise immer noch unklar. Auch in der Berufung geht der Beklagte davon aus, daß Mängel teilweise beseitigt sind, ohne daß bei den geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten immer erkennbar ist, inwieweit sie wegen Mängeln geltend gemacht werden, die noch nicht oder unter den Voraussetzungen des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B beseitigt worden sind.

cc) Unberücksichtigt lassen die Vorinstanzen, daß der Beklagte teilweise einen Minderwert nach erfolgter Mängelbeseitigung und wegen unmöglicher Mängelbeseitigung geltend macht, den er auf insgesamt 315.000 DM beziffert. Soweit es noch darauf ankommt, wird sich das Berufungsgericht damit zu befassen haben.

e) Zutreffend rügt die Revision, daß das Berufungsgericht weiter nachrangig über die Aufrechnung mit abgetretenen Forderungen entschieden hat.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß über diese Forderungen nicht entschieden werden darf, weil die eventuell gekürzte Klageforderung bereits durch vorrangige Aufrechnungen erloschen ist.

4. Ansprüche aus weiteren Aufträgen

Soweit das Berufungsgericht weitere Forderungen aus gesonderten Aufträgen für begründet gehalten hat, ist das entweder nicht angegriffen worden oder ist die Revision nicht angenommen worden. Es ergeben sich Forderungen in Höhe von 63.541,22 DM. Darin ist eine Forderung aus einem Vertrag vom 10. Oktober 1992 über 12.243,60 DM und die abgetretene Forderung der Fa. G.L. + P.-Bau über 3.128 DM enthalten.

a) Zu Unrecht meint die Revision, insoweit müsse die Aufrechnung mit den Forderungen aus Mindermassen berücksichtigt werden. Eine Aufrechnung kommt nicht in Betracht, weil allenfalls eine Kürzung des Werklohns aus dem Vertrag vom 1. Oktober 1992 erfolgen kann, jedoch bereits jetzt feststeht, daß eine Forderung aus Überzahlung, mit der aufgerechnet werden kann, nicht besteht.

b) Begründet ist die Revision, soweit das Berufungsgericht gegenüber der Forderung von 12.243,60 DM aus dem Vertrag vom 10. Oktober 1992 die Aufrechnung mit an den Beklagten abgetretenen Forderungen nicht mehr geprüft hat, weil diese Aufrechnung bereits verbraucht sei. Die Aufrechnung mit abgetretenen Forderungen ist nach den vorstehenden Ausführungen möglicherweise nicht verbraucht. Sie kann den Anspruch über 12.243,60 DM zum Erlöschen bringen.

d) Gegenüber den anderen Forderungen hat das Berufungsgericht die Aufrechnung mit abgetretenen Forderungen nicht geprüft. Das beanstandet die Revision nicht.

Die Verurteilung zur Zahlung von 51.297,62 DM, eingeschlossen die abgetretene Forderung der Fa. F.L. + P.-Bau über 3.128 DM, hat deshalb Bestand.

5. Anspruch auf Zahlung von 14.825,74 DM aus dem Bauvorhaben "Westerbachstraße"

Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 14.825,74 DM aus dem Bauvorhaben "Westerbachstraße" richtet. Die allein geltend gemachte Aufrechnung mit einem Anspruch aus Überzahlung wegen Massenminderung kommt, wie dargelegt, nicht in Betracht.

6. Weitere Ansprüche

Soweit das Berufungsgericht der Klägerin auf die Anschlußberufung einen Anspruch auf Zahlung von 5.978,60 DM und 24.410,99 DM nebst Zinsen zuerkannt hat, hat der Beklagte keine Revision eingelegt.

7. Ergebnis

Auf der Grundlage der Abrechnung des Berufungsgerichts ergibt sich danach folgendes:

a) Es steht fest, daß der Klägerin jedenfalls folgende Werklohnforderungen zustehen:

Werklohn aus Vertrag vom 16. Juli 1992	16.680,00 DM
Werklohn aus Vertrag vom 10. September 1992	46.094,00 DM
Werklohn für sonstige Aufträge	48.169.62 DM
Werklohn der Fa. G.L. + P.-Bau	3.128,00 DM
Werklohn "Westerbachstraße"	14.825,74 DM
Weitere nicht angefochtene Forderungen	5.978,60 DM
und	24.410,99 DM.

b) Das Berufungsurteil urteilt unterschiedliche Zinsen auf der Grundlage von verschiedenen Beträgen aus. Da nicht zu erkennen ist, wie sich diese Beträge zusammensetzen und inwieweit die vom Senat abschließend zugesprochenen Beträge in den Einzelbeträgen enthalten sind, kann der Senat über die Zinsen nicht entscheiden. Feststellungen zum Verzug mit den jeweiligen Forderungen fehlen. Das Berufungsgericht erhält Gelegenheit, die richtige Zuordnung vorzunehmen.

Ausgenommen davon sind die Zinsen aus den Beträgen von 5.978,60 DM und 24.410,99 DM. Insoweit enthält das Berufungsgericht eine gesonderte Begründung, aus der sich ergibt, daß der Betrag von 5.978,60 DM seit dem 20. März 1993 mit 1 % über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank und seit Januar 1999 über dem SRF-Satz der Europäischen Zentralbank zu verzinsen ist. Aus ihr ergibt sich auch, daß der Betrag von 24.410,99 DM in gleicher Weise ab dem 5. Dezember 1993 zu verzinsen ist.

c) Für die Verurteilung des Beklagten unter den drei Ziffern des Berufungsurteils gilt folgendes:

aa) Sicherung durch die Bauhandwerkersicherungshypothek kann zur Zeit nur in Höhe von 16.680 DM zuzüglich 29.564 DM (46.094 DM ./. 16.530 DM) zuzüglich 48.169,62 DM verlangt werden, also insgesamt in Höhe von 94.413,62 DM.

In dieser Höhe hat die Revision keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Bewilligung einer Bauhandwerkersicherungshypothek (Ziff. 1 des Urteils) und zur Zahlung (Ziff. 2) richtet.

bb) Die Revision hat ebenfalls keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung des vom Senat ermittelten, damit feststehenden Restbetrages von 64.873,33 DM (Ziff. 3) wendet.

cc) Die Revision gegen die Abweisung der Widerklage hat insoweit Erfolg, als der Beklagte den zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten Betrag zurückfordern könnte. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte auf die Hauptsumme 1.284.205,45 DM gezahlt hat. Es hat bereits einen Betrag von 61.313,45 DM zuerkannt, so daß in der Revision noch 1.222.892 DM im Streit sind. Nach den Feststellungen des Senats kann der Beklagte in Höhe von 159.286,95 DM keine Rückzahlung verlangen. Die Revision ist danach in Höhe eines Betrages von 97.973,50 DM nebst Zinsen unbegründet. Das errechnet sich wie folgt: Der Beklagte hat 1.284.205,45 DM gezahlt. Abzuziehen davon ist der Betrag von 159.286,95 DM, so daß sich ein Betrag von 1.124.918,50 DM ergibt. Dieser Betrag ist von der in der Revision streitigen Summe abzuziehen.

Im übrigen ist die Revision begründet. Das Berufungsgericht hat zu prüfen, ob dem Beklagten über die bereits zuerkannten 61.313,45 DM noch weitere 1.063.605,05 DM nebst Zinsen zustehen.

dd) Im dem Umfang, in dem die Revision Erfolg hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dressler Thode Haß

Hausmann Kniffka