BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 194/06

Verkündet am:
13. März 2008
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB §§ 133 C, 157 Ge; VOB/B § 2 Nr. 5

a) Fordert der Auftraggeber ein funktionales Angebot des Auftragnehmers zur Erstellung einer technischen Anlage für ein Bauwerk unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird diese grundsätzlich Gegenstand des Angebots.

b) Soweit nach Vertragsschluss vom Auftraggeber angeordnete Änderungen der Bauwerksplanung Änderungen der technischen Leistungen zur Folge haben, ist das als Änderung des Bauentwurfs anzusehen, § 1 Nr. 3 VOB/B, und kann zu einem geänderten Vergütungsanspruch des Auftragnehmers führen, § 2 Nr. 5 VOB/B (im Anschluss an: BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 42/05, BGHZ 173, 314).

c) Die Parteien können vereinbaren, dass der Auftragnehmer auch solche Mehrleistungen ohne Anspruch auf Mehrvergütung zu erbringen hat, die dadurch entstehen, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss die dem Vertrag zugrunde liegende Planung ändert. Wegen der damit übernommenen Risiken sind an die Annahme einer solchen Vereinbarung strenge Anforderungen zu stellen.

d) Mit der bei einer Ausschreibung technischer Leistungen üblichen Formulierung "nach Erfordernis" wird regelmäßig zum Ausdruck gebracht, dass es Sache des Auftragnehmers ist, auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Damit wird der funktionale Charakter der Ausschreibung zum Ausdruck gebracht.

e) Es besteht keine Auslegungsregel, dass ein Vertrag mit einer unklaren Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftragnehmers auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten vor der Abgabe seines Angebots nicht aufgeklärt hat (im Anschluss an: BGH, Urteil vom 25. Juni 1987 - VII ZR 107/86, BauR 1987, 683, 684 = ZfBR 1987, 237; Urteil vom 25. Februar 1988 - VII ZR 310/86, BauR 1988, 338, 340).

f) Zur Bestimmung der Anforderungen an eine Lüftungsanlage, wenn sich aus der zugrunde liegenden Planung weder die vereinbarte Beschaffenheit der zu belüftenden Räumlichkeiten noch die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ergibt.

BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06 - OLG Brandenburg
LG Frankfurt/Oder

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 7. September 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage wegen der zur Aufrechnung gestellten Forderungen abgewiesen und der Widerklage stattgegeben worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt restlichen Werklohn für die Errichtung eines Hallenneubaus. Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin zu Recht den Einbau der von der Beklagten geforderten Lüftungsanlage für den Bistrobereich verweigert hat. Die Beklagte hat wegen des unterlassenen Einbaus den Vertrag gekündigt und macht im Wege der Aufrechnung und der Widerklage Fertigstellungskosten und eine Vertragsstrafe geltend.

2 Die Beklagte übermittelte der Klägerin zunächst das ihr vorliegende Leistungsverzeichnis ihres Auftraggebers (Bauherr). Dort war unter Punkt "075 Lüftung" geregelt:

> "...Planung, Lieferung und Einbau einer mechanischen Lüftungsanlage je nach Erfordernis für Bistro und Bistro-Küche. ..."

3 Die Klägerin bot ihre Leistungen am 16. September 2002 auf der Grundlage dieses Leistungsverzeichnisses und der ihr übermittelten Pläne des Bauherrn vom 26. Juli 2002 zu einem Preis von 214.419,22 € zzgl. Umsatzsteuer an. Unter 2.10 des Angebots hieß es:

> "Bistro- und Bürobereich komplett, incl. Hygieneausstattung"

4 Der zu diesem Zeitpunkt vorliegende Grundriss des Objekts wies ein Bistro, eine Bistroküche und ein Bistrolager aus. Die durch eine Tür abgeschlossene Küche hatte eine Fläche von ca. 16 qm, das Bistro eine Fläche von ca. 30 qm. Ein Küchenausstattungsplan, in dem die zum Einsatz kommenden Geräte enthalten sind, lag noch nicht vor.

5 Aufgrund einer Besprechung modifizierte die Klägerin ihr Angebot am 17. Oktober 2002. Punkt 2.10 des Angebots blieb unverändert. Der neue Angebotspauschalpreis betrug 200.000 € zzgl. Umsatzsteuer. Am 22./24. Oktober 2002 beauftragte die Beklagte die Klägerin als Nachunternehmerin mit der Errichtung des Hallenneubaus inkl. Haustechnik. Vertragsbestandteil waren das Leistungsverzeichnis als Grundlage des vom Auftragnehmer verbindlich abgegebenen Angebots vom 17. Oktober 2002 und die VOB Teile B und C. Die Parteien vereinbarten als Endtermin den 15. Februar 2003, den sie später einvernehmlich auf den 21. März 2003 festlegten. Der Vertrag enthielt eine Vertragsstrafenregelung, nach der der Auftraggeber berechtigt ist, für den Fall der verschuldeten Überschreitung des Endtermins als Vertragsstrafe 0,2 % der Brutto-

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

schlussrechnungssumme je Werktag der Überschreitungszeit geltend zu machen. Die Höhe war auf 10 % der Bruttoschlussrechnungssumme beschränkt.

6 Der Bauherr legte im Dezember 2002 einen geänderten Grundriss und gleichzeitig eine Küchenplanung vor. Danach waren im vergrößerten Bistro Küchengeräte wie ein Dönergrill, ein Toaster, ein Gaslavasteingrill und eine Doppelfritteuse vorgesehen. In der Küche selbst war u.a. ein Gasherd geplant. In einem späteren Plan vom 6. Januar 2003 war zwischen Küche und Bistro eine Pendeltür eingezeichnet. Die Beklagte verlangte die für die letzte Planung erforderliche Lüftungsanlage. Die Klägerin weigerte sich, die von der Beklagten verlangte Lüftung einzubauen. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Lüftung für die Küche sei nicht geschuldet, weil sie in dem Angebot nicht enthalten sei. Darauf sei in der Besprechung vom 17. Oktober 2002 hingewiesen worden. Die Lüftung für das Bistro könne nicht hergestellt werden, weil die Beklagte nunmehr eine gemeinsame Lüftung für den gesamten Bereich fordere, die ebenfalls so nicht geschuldet sei. Außerdem machte die Klägerin eine Planungsänderung geltend, weil die vom Bauherrn vorgegebene Küchenausstattung eine Lüftung erfordere, die das nach dem Vertrag vorausgesetzte Maß überschreite. Wegen der Weigerung der Klägerin, die Lüftung zu erstellen, kündigte die Beklagte den Vertrag.

7 Die Klägerin hat Restwerklohn in Höhe von 52.372,70 € verlangt. Die Beklagte hat mit den Fertigstellungskosten für den Einbau der Lüftungsanlage in Höhe von 43.001,15 € aufgerechnet. Außerdem hat sie wegen der fehlenden Fertigstellung der Lüftung die Vertragsstrafe geltend gemacht und mit einem Anspruch in Höhe von 25.792,00 € aufgerechnet.

8 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 8.886,67 € verurteilt. Der Werklohnanspruch bestehe in Höhe von noch 51.887,82 €. Die Beklagte

könne mit den geltend gemachten Fertigstellungskosten aufrechnen. Der Vertragsstrafenanspruch bestehe nicht.

9 Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der lediglich in Höhe von 49.080,09 € begründete Klageanspruch durch die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten in Höhe von 32.331,76 € und dem Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe in Höhe von 22.144,13 € untergegangen sei. Auf die in der Berufung als Teilklage erhobene Widerklage hat das Berufungsgericht die Klägerin zur Zahlung von 4.971,00 € verurteilt.

10 Der Senat hat die Revision der Klägerin zugelassen, soweit die Klage wegen der zur Aufrechnung gestellten Forderungen abgewiesen und der Widerklage stattgegeben worden ist. Die Klägerin verfolgt ihren Klageantrag mit dieser Beschränkung weiter und beantragt die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision führt im Umfang der gestellten Anträge zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

12 Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin stehe noch ein Werklohnanspruch in Höhe von 49.080,09 € für die erbrachte Leistung zu. Von dem sich aus dem Vertrag inklusive der Nachtragsaufträge ergebenden Vergütungsan-

spruch sei der Vergütungsanteil abzuziehen, der sich für die nicht erbrachte Lüftung ergebe. Das seien 4.738,10 €. Wegen des vereinbarten Gewährleistungseinbehalts könne die Klägerin zurzeit nur 36.180,46 € verlangen.

13 Der Werklohnanspruch der Klägerin sei infolge der Verrechnung mit einem Kostenerstattungsanspruch der Beklagten aus §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B sowie einem Vertragsstrafenanspruch aus §§ 339, 341 Abs. 1 BGB, § 11 Nr. 2 VOB/B in Verbindung mit dem Bauvertrag erloschen.

14 Die Kündigung der Beklagten sei berechtigt gewesen, weil die Klägerin die Herstellung der Lüftungsanlage für Bistro und Bistro-Küche unberechtigt verweigert habe. Zum Leistungsumfang habe eine Lüftung für den gesamten Bereich gehört, also auch für die Bistro-Küche. Das ergebe sich aus dem schriftlichen Vertrag. Die Klägerin habe nach dem Ergebnis der Zeugenvernehmung die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde nicht widerlegen können. Soweit in der Berufung erstmals vorgetragen worden sei, bereits im September 2002 sei der Verhandlungsvertreter der Beklagten telefonisch darauf hingewiesen worden, dass die Lüftung für die Küche nicht angeboten werde, sei dies zwar unstreitig und im Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Es erscheine jedoch nicht plausibel, dass dieser Hinweis weder in den Angeboten vom 16. September noch vom 17. Oktober 2002 schriftlich niedergelegt sei, sondern statt dessen der umfassende Begriff "Bistrobereich" gewählt worden sei, was sogar nach Auffassung des Vertreters der Klägerin als Oberbegriff für die Räume Bistro, Bistro-Küche und Bistro-Lager zu verstehen sei.

15 Die Klägerin sei zur Verweigerung des Einbaus einer Lüftungsanlage nach den Anforderungen aus der nachträglich eingereichten Bauherrenplanung nicht deshalb berechtigt gewesen, weil die Beklagte die Zahlung einer zusätzli-

chen Vergütung für die Ausführung einer kompletten Lüftungsanlage abgelehnt habe. Der Klägerin habe ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung aus § 2 Nr. 7 Satz 4 i.V.m. § 2 Nr. 5 VOB/B nicht zugestanden. Eine Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B komme nur in Frage, wenn die vertragliche Leistungspflicht der Klägerin in Bezug auf die Lüftungsanlage erweitert worden sei. Das sei nur anzunehmen, wenn sie nicht ohnehin zur Leistung verpflichtet gewesen sei und wenn die Anordnung eine neue und zusätzliche Vertragspflicht begründet hätte. Das gleiche gelte, wenn sich der Auftragnehmer vor Abgabe seines Angebots nicht nach den Einzelheiten der geplanten Ausführung erkundigt habe, die er weder dem Leistungsverzeichnis noch den damals überlassenen Planungsunterlagen hinreichend habe entnehmen können, die er aber für eine zuverlässige Kalkulation hätte kennen sollen; insoweit dürfe der Auftragnehmer bzw. Bieter ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen, sondern müsse sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Angebotsabgabe klären. Die Klägerin habe die Lüftungsanlage komplett "je nach Erfordernis" angeboten. Sie habe damit das Risiko übernommen, dass nach Vorlage der Bauherrenplanung für die Küche sich ein höherer Aufwand für die Erstellung der Lüftungsanlage ergeben könnte. Der Umstand, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen die tatsächliche Ausführung des Bistros abweichend von der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung erfolgt sei und dadurch eine erheblich größere Lüftungsanlage erforderlich geworden sei, führe zu keiner anderen Beurteilung. Denn das Risiko einer derartigen Planungsänderung sei von der Klägerin aufgrund der erkennbar unvollständigen Leistungsbeschreibung und den Vorgaben der Beklagten, eine Lüftungsanlage "je nach Erfordernis" einzubauen, übernommen worden.

16 Die Beklagte könne gegenüber dem Werklohnanspruch der Klägerin mit dem Anspruch auf Erstattung der Einbaukosten für die Lüftungsanlage aufrech-

nen. Dieser bestehe in Höhe der nachgewiesenen Kosten von 37.069,96 € abzüglich der Ersparnis in Höhe von 4.738,10 €.

17 Die Beklagte habe einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe in Höhe von 22.144,13 €, mit dem sie ebenfalls wirksam - und zwar vorrangig - aufgerechnet habe. Die Vertragsstrafe sei wirksam vereinbart worden. Die Vertragsstrafenabrede sei nicht allein deshalb unwirksam, weil die Obergrenze 10 % betrage. Die Beklagte könne den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs garantierten Vertrauensschutz in Anspruch nehmen. Die Vertragsstrafe sei auch verwirkt. Die Klägerin habe den neuen Fertigstellungstermin vom 21. März 2003 überschritten, weil sie die Lüftungsanlage nicht errichtet habe.

18 Die Widerklage sei begründet, weil der Beklagten nach der Aufrechnung noch ein Anspruch auf Erstattung der für den Einbau der Lüftungsanlage notwendigen Kosten in Höhe von 5.395,10 € verbleibe. Davon habe sie einen Teilbetrag von 4.971,00 € geltend gemacht.

II.

19 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

20 A. Der Werklohnanspruch der Klägerin

21 Der Klägerin steht unter Berücksichtigung der Ersparnis durch die unterlassene Ausführung der Lüftungsanlage ein Werklohn von 49.080,09 € zu. Der Werklohn ist in Höhe von 36.180,46 € fällig. Soweit die Klägerin einen höheren Werklohn geltend gemacht hat, ist die Klage abgewiesen worden. Der Senat hat die Revision insoweit nicht zugelassen.

22 B. Der Anspruch der Beklagten auf Erstattung der Fertigstellungsmehrkosten

23 Der Auftraggeber ist gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nach Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB/B berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. Er hat danach einen Anspruch auf Erstattung der ihm für die Fertigstellung des Werks entstandenen Mehrkosten (BGH, Urteil vom 25. November 1999 - VII ZR 468/98, BauR 2000, 571 = NZBau 2000, 131 = ZfBR 2000, 174). Mit dem Anspruch kann der Auftraggeber gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers aufrechnen. Die vom Berufungsgericht angenommene Verrechnung kommt nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03, BGHZ 163, 274). Voraussetzung für diesen Zahlungsanspruch ist eine nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B berechtigte Kündigung. Diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

24 1. Keinen Bedenken unterliegt die Entscheidung des Berufungsgerichts allerdings, soweit es die Verpflichtung der Klägerin feststellt, eine Lüftungsanlage einzubauen, die sowohl das Bistro als auch die Bistro-Küche versorgt.

25 a) Das Berufungsgericht entnimmt den Regelungen des Vertrages, dass die Lüftung für den gesamten Bistrobereich geschuldet ist und dazu auch die Küche gehört. Diese tatrichterliche Auslegung ist im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung unter "075 Lüftung", die nach dem Vertrag vom 22./24. Oktober 2002 Vertragsbestandteil geworden ist, und der Formulierung im Angebot "Bistro- und Bürobereich komplett" naheliegend. Jedenfalls ist sie revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

26 b) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Klägerin den Beweis zu führen hat, dass dieses Verständnis des Vertrages nicht den mündlichen Abreden entspricht. Denn für die Beklagte streitet die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde (BGH, Urteil vom 5. Juli 2002 - V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165). Dem steht nicht entgegen, dass unklare Regelungen keine Vermutung für eine bestimmte Erklärung begründen können (BGH, aaO). Denn der Urkundentext birgt keine nicht durch Auslegung zu beseitigenden Unklarheiten, soweit es um die Verpflichtung der Klägerin geht, auch die Bistro-Küche mit einer Lüftung zu versehen. Inwieweit im Übrigen infolge der fehlenden Planung zur Küchenausstattung Unklarheiten hinsichtlich der Kapazität der Lüftung bestanden, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen.

27 c) Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis nicht geführt. Das Berufungsgericht konnte nach der Vernehmung der Zeugen S. , G. und H. nicht die Überzeugung gewinnen, dass der Zeuge S. in der Verhandlung vom 17. Oktober 2002 ausreichend deutlich darauf hingewiesen hat, dass die Lüftung für die Bistro-Küche nicht Gegenstand des Angebots sei. Die tatrichterliche Beweiswürdigung ist revisionsrechtlich hinzunehmen. Die Revision bringt dagegen auch nichts vor.

28 d) Ohne Erfolg bleibt der Angriff der Revision gegen die Würdigung des nach Auffassung des Berufungsgerichts unstreitigen Vortrags, der Zeuge S. habe bereits im September 2002 telefonisch darauf hingewiesen, dass die Belüftungsanlage der Bistro-Küche nicht Gegenstand des Angebots sei. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass diese Erklärung an dem Verständnis des später abgeschlossenen Vertrags nichts ändert, weil der Zeuge S. während der weiteren Vertragsverhandlungen objektiv nicht eindeutig

genug den Ausschluss der Lüftung für die Bistro-Küche zum Ausdruck gebracht hat. Diese Würdigung ist vertretbar und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

29 2. Keinen Bestand hat die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Klägerin mit dem Einbau der geschuldeten Lüftungsanlage in Verzug gesetzt; die Klägerin sei zur Verweigerung ihrer Leistung nicht deshalb berechtigt gewesen, weil die Beklagte die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung abgelehnt habe.

30 Die Beklagte hat den Einbau einer Lüftungsanlage für das Bistro und die Bistro-Küche gefordert, wie sie nach den Anforderungen notwendig war, die die von dem Bauherrn nach Vertragsschluss gelieferte Planung gestellt hat. Diese Planung sah eine geänderte Raumaufteilung, eine Pendeltür zwischen Küche und Bistro und den Einbau von Küchengeräten im Bistro vor. Nach der Behauptung der Klägerin hat sich die Kapazität der Anlage im Vergleich zu der nach der ursprünglichen Planung vorausgesetzten Kapazität deutlich erhöht. Die Auffassung des Berufungsgerichts, diese Lüftungsanlage habe die Klägerin nach dem Vertrag vom 22./24. Oktober 2002 geschuldet, ist rechtsfehlerhaft. Sie beruht auf einer Verkennung der zur Auslegung von Bauverträgen entwickelten Grundsätze und lässt wesentliche Gesichtspunkte bei der Vertragsauslegung unberücksichtigt.

31 a) Das Berufungsgericht nimmt unter Bezugnahme auf Entscheidungen des Senats (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 1987 - VII ZR 107/86, BauR 1987, 683, 684 = ZfBR 1987, 237; Urteil vom 25. Februar 1988 - VII ZR 310/86, BauR 1988, 338, 340) an, die Klägerin habe das Risiko übernommen, dass sich nach Vorlage der endgültigen Planung des Bistros ein höherer Aufwand für die Erstellung der Lüftungsanlage ergeben könnte, als sie einkalkuliert habe. Sie habe ein Angebot auf eine Ausschreibung abgegeben, in dem die Küchenausstat-

tung noch nicht angegeben sei, und sich nicht nach den Einzelheiten erkundigt. Dass die tatsächliche Ausführung des Bistros abweichend von der ursprünglichen Planung erfolgt sei und dadurch eine erheblich größere Lüftungsanlage erforderlich geworden sei, führe zu keiner anderen Beurteilung, weil die Klägerin das Risiko einer derartigen Planungsänderung aufgrund der erkennbar unvollständigen Leistungsbeschreibung und den Vorgaben der Beklagten, eine Lüftungsanlage "je nach Erfordernis" einzubauen, gerade übernommen habe.

32 b) Das Berufungsgericht verkennt dabei die für funktionale Ausschreibungen geltenden Grundsätze der Vertragsauslegung. Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB. Dabei sind das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen (BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368; Urteil vom 22. April 1993 - VII ZR 118/92, BauR 1993, 595 = ZfBR 1993, 219). Neben dem Wortlaut der Ausschreibung sind die Umstände des Einzelfalles, unter anderem die konkreten Verhältnisse des Bauwerks zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, BauR 2002, 935, 936 = NZBau 2002, 324 = ZfBR 2002, 482; Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 38/01, BauR 2002, 1394, 1395 = NZBau 2002, 500 = ZfBR 2002, 666).

33 Fordert der Auftraggeber ein funktionales Angebot des Auftragnehmers zur Erstellung einer technischen Anlage für ein Bauwerk unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird diese grundsätzlich Gegenstand des Angebots des Auftragnehmers. Das bedeutet, dass die Bauwerksplanung die für die Technik zu erbringenden Leistungen bestimmt.

Soweit nach Vertragsschluss vom Auftraggeber angeordnete Änderungen der Bauwerksplanung Änderungen der technischen Leistungen zur Folge haben, ist das als Änderung des Bauentwurfs anzusehen, § 1 Nr. 3 VOB/B, und kann zu einem geänderten Vergütungsanspruch des Auftragnehmers führen, § 2 Nr. 5 VOB/B (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 42/05, BGHZ 173, 314).

34 c) Den Parteien steht allerdings frei, eine andere Regelung zu treffen. Sie können vereinbaren, dass der Auftragnehmer auch solche Mehrleistungen ohne Anspruch auf Mehrvergütung zu erbringen hat, die dadurch entstehen, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss die dem Vertrag zugrunde liegende Planung ändert. Eine solche Vereinbarung wäre zwar ungewöhnlich, weil der Auftragnehmer in keiner Weise beherrschbare Risiken übernähme. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit lässt sie in den Grenzen der §§ 138, 242 BGB jedoch zu. Wegen der damit übernommenen Risiken sind, ähnlich wie an einen Verzicht auf Rechte (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 1995 - VII ZR 118/94, BauR 1995, 701, 702 = ZfBR 1995, 264), strenge Anforderungen an die Annahme einer derartigen Vereinbarung zu stellen. Sie kann nicht schon deshalb bejaht werden, weil die von dem Auftraggeber zur Verfügung gestellte Leistungsbeschreibung eine Regelung enthält, wonach der Auftragnehmer Planung, Lieferung und Einbau einer technischen Anlage "je nach Erfordernis" vorzunehmen hat. Mit der bei einer Ausschreibung technischer Leistungen üblichen Formulierung "nach Erfordernis" wird regelmäßig zum Ausdruck gebracht, dass es Sache des Auftragnehmers ist, auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Damit, wie auch mit der von der Klägerin verwendeten Formulierung "komplett", wird der funktionale Charakter der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck gebracht. Die Formulierung "je" legt nahe, dass das sowohl für das Bistro als auch für die Bistro-Küche gilt.

35 Soweit der Auffassung des Berufungsgerichts zu folgen wäre, wonach die Formulierung unter "075 Lüftung" die Verpflichtung des Auftragnehmers erfassen sollte, der Lüftung auch eine geänderte Planung zugrunde zu legen, kann sie nicht dahin verstanden werden, dass der Auftragnehmer dazu ohne einen Anspruch auf Mehrvergütung verpflichtet sei. Nahe läge vielmehr ein Verständnis, nach dem ohne Bezug auf vergütungsrechtliche Folgen lediglich verdeutlicht würde, dass die Lüftungsanlage eine dem jeweiligen Vertragsinhalt, der sich gegebenenfalls durch eine Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B geändert hat, angepasste Funktion erfüllen muss. Denn ein Auftraggeber kann grundsätzlich nicht erwarten, dass ein Auftragnehmer bereit ist, einen Vertrag zu schließen, der es dem Auftraggeber erlaubt, die Vertragsgrundlagen beliebig zu ändern, ohne dass damit ein Preisanpassungsanspruch verbunden wäre. Es verbietet sich nach Treu und Glauben, aus einer mehrdeutigen, die technischen Anforderungen betreffenden Passage der Leistungsbeschreibung derart weitgehende vergütungsrechtliche Folgen für den Auftragnehmer abzuleiten, § 157 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 42/05, BGHZ 173, 314).

36 d) Etwas anderes folgt nicht aus den vom Berufungsgericht herangezogenen Senatsentscheidungen. Diesen Entscheidungen lagen keine vergleichbaren Sachverhalte zugrunde. Sie beziehen sich auf Fälle, in denen das Risiko einer Fehlkalkulation nicht dadurch begründet war, dass dem Auftraggeber erlaubt worden wäre, die dem Vertrag zugrunde liegende Planung zu ändern. Vielmehr war die geschuldete Ausführung jeweils abhängig von teilweise nicht überschaubaren Vertragsgrundlagen, wie sie bereits bei Vertragsabschluss feststanden.

37 Darüber hinaus besteht die Besorgnis, dass das Berufungsgericht von einem fehlerhaften Verständnis der von ihm herangezogenen Senatsentscheidungen ausgeht. Der Senat hat allerdings zum Ausdruck gebracht, dass die

Vertragsparteien nicht gehindert sind, für eine Partei riskante Verträge abzuschließen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1996 - VII ZR 59/95, BauR 1997, 126 = ZfBR 1997, 29). So kann ein Auftragnehmer das Risiko übernehmen, das sich durch ein Angebot auf eine unklare oder unvollständige Leistungsbeschreibung ergibt. Stellt sich nach der gebotenen Vertragsauslegung heraus, dass er nach dem Vertrag eine Leistung schuldet, die er infolge der Unklarheit oder Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung nicht einkalkuliert hat, kann er von den Gerichten keine Korrektur seiner für ihn nachteiligen Vertragsentscheidung verlangen (BGH, aaO). Solche Fälle können insbesondere dann vorliegen, wenn für die Kalkulation notwendige Angaben fehlen (vgl. BGH, aaO; Urteil vom 23. Januar 1997 - VII ZR 65/96, BauR 1997, 464 = ZfBR 1997, 197). Der Senat hat dazu auch darauf hingewiesen, dass der Auftragnehmer ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen darf, sondern sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe des Angebots klären muss. Ähnlich ist es, wenn sich für ihn aus dem Leistungsverzeichnis und den ihm überlassenen Unterlagen die Bauausführung in bestimmter Weise nicht mit hinreichender Klarheit ergibt, er darauf aber bei der Kalkulation maßgebend abstellen will. Auch dann muss er versuchen, insoweit aufkommende Zweifel vor Abgabe des Angebots auszuräumen, wenn sich das mit zumutbarem Aufwand machen lässt (BGH, Urteil vom 25. Juni 1987 - VII ZR 107/86, BauR 1987, 683, 684 = ZfBR 1987, 237; Urteil vom 25. Februar 1988 - VII ZR 310/86, BauR 1988, 338, 340).

38 Das Berufungsgericht will diesen Hinweis des Senats offenbar als Auslegungsgrundsatz zum Nachteil des Auftragnehmers anwenden. Dem ist entgegenzutreten. Mit dem Hinweis des Senats ist nicht zum Ausdruck gebracht, dass unklare Ausschreibungen vorrangig zu Lasten des Unternehmers ausgelegt werden müssten. Vielmehr wird damit nur auf das Risiko hingewiesen, das ein Unternehmer bei der Kalkulation einer unklaren Leistungsbeschreibung ein-

geht, wenn er keine Aufklärung betreibt. Dann muss er es hinnehmen, dass die Auslegung des Vertrages zu einem anderen Ergebnis kommt, als er es seiner Kalkulation zugrunde gelegt hat. Der Hinweis des Senats eröffnet dem Auftragnehmer einen Weg, wie er diesem Risiko entgehen kann. Er ist kein Maßstab für die am objektiven Empfängerhorizont orientierte Auslegung des Vertrags.

39 3. Soweit weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat den Vertrag selbst auslegen.

40 a) Der Vertrag bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin ohne den sich aus § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B ergebenden Anspruch auf Zahlung des angepassten Preises verpflichtet sein sollte, eine Lüftungsanlage auszuführen, deren Anforderungen an die Ausführung sich aus einer geänderten Planung ergeben. Wie dargelegt, können die vom Berufungsgericht angeführten Umstände eine solche Verpflichtung nicht belegen. Sie folgt insbesondere nicht daraus, dass eine Küchenplanung noch nicht vorlag. Daraus musste die Klägerin nicht entnehmen, dass die Beklagte ein vertragliches Recht in Anspruch nehmen wollte, das Planungskonzept für den gesamten Bistrobereich ohne einen Preisanpassungsanspruch zu ändern.

41 b) Für die Frage, welche Leistung die Klägerin nach dem Vertrag vom 22./24. Oktober 2002 geschuldet hat, kommt es maßgeblich darauf an, welche Anforderungen an die Lüftungsanlage nach der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung für das Bauwerk zu stellen waren. Ist eine technische Leistung nach einer vorgegebenen Bauwerksplanung funktional ausgeschrieben, ist die Leistung vertragsgerecht, wenn sie die sich aus der Bauwerksplanung zu stellenden Anforderungen erfüllt. Maßgeblich ist dabei die dem Vertrag zugrunde gelegte Beschaffenheit des Bauwerks, wie sie sich aus der Planung ergibt. Soweit sich aus der Planung keine Beschaffenheit des Bauwerks ergibt, ist die

technische Anlage vertragsgerecht, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung des Bauwerks eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Bauwerken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art des Werks erwarten kann. Die Anwendung der gesetzlichen Grundsätze des § 633 Abs. 2 BGB ist gerechtfertigt, weil sich die Beschaffenheit der technischen Anlage unmittelbar aus der Beschaffenheit des Bauwerks oder seines Verwendungszwecks ergibt.

42 c) Danach ergeben sich die Anforderungen aus der nach dem Vertrag vorausgesetzten Beschaffenheit des Hallenneubaus einschließlich des Bistros. Diese Anforderungen sind durch Auswertung der zum Vertragsbestandteil erhobenen Unterlagen zu ermitteln.

43 Hinsichtlich der Raumaufteilung ist vor allem die Planung vom 26. Juli 2002 heranzuziehen. Gleiches gilt für die Aufteilung der Geräte. Insoweit kann kein Zweifel bestehen, dass Küchengeräte nur in der Bistro-Küche vorgesehen waren. Die Möglichkeit, dass Küchengeräte auch im Bistro selbst untergebracht sind und damit das Bistro zum Bestandteil der Küche wird, lässt sich der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung nicht entnehmen.

44 Soweit es um die Ausstattung der Küche mit Küchengeräten geht, lässt sich eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht feststellen. Ebenso wenig lässt sich ein nach dem Vertrag vorausgesetzter Verwendungszweck feststellen, der über die Verwendung als Bistro-Küche hinausgeht. Der Vertrag enthält keine Anhaltspunke dafür, in welcher Weise die Küche genutzt werden sollte. Es ist nicht geregelt, ob kalte oder warme Speisen aufbereitet werden. Für den Fall, dass warme Speisen aufbereitet werden sollten, ist nicht zu klären, mit welcher Intensität die Küche genutzt werden sollte. Es kommt deshalb darauf an, wie eine Bistro-Küche gewöhnlich genutzt wird. Hinsichtlich der Beschaffenheit der

Geräte kommt es darauf an, welche Beschaffenheit der Küchengeräte üblich ist und die Beklagte nach Art der Küche erwarten durfte. Der gewöhnliche Gebrauch ist nach allgemeiner, gewerblicher Verkehrssitte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ermitteln, wobei es auf die örtlichen Gegebenheiten ankommen kann (BGH, Urteil vom 5. Juli 2001 - VII ZR 399/99, BauR 2001, 1731 = ZfBR 2001, 530). Daraus folgt, dass es entgegen der von dem Sachverständigen geäußerten Auffassung nicht darauf ankommt, dass keine Küchengeräte in den Plan vom 26. Juli 2002 eingezeichnet waren. Ein Anhaltspunkt für die Nutzung ist allerdings die Größe der Küche mit ca. 16 qm, die eine übermäßige Hitzeentwicklung nach Ausführung des Sachverständigen nicht erwarten lässt.

45 4. Der Senat kann die notwendigen Feststellungen zu der nach dem Vertrag geschuldeten Lüftungsanlage nicht selbst treffen. In der Revision ist - was nach den Ausführungen des Sachverständigen naheliegt - zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass die Beklagte von der Klägerin die Ausführung einer Lüftungsanlage gefordert hat, die diese nicht nach dem ursprünglichen Vertrag schuldete. In diesem Fall fehlt die rechtliche Grundlage für die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung sei nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B berechtigt gewesen. Die Beklagte war zwar befugt, die geänderte Ausführung der Lüftung anzuordnen, § 1 Nr. 3 VOB/B. Die Klägerin ihrerseits war jedoch grundsätzlich berechtigt, die geänderte Leistung zu verweigern, wenn die Beklagte die Bezahlung einer gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B angepassten Vergütung von vornherein ablehnte (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 - VII ZR 271/01, BauR 2004,1613, 1614 = NZBau 2004, 612 = ZfBR 2004, 786). Ausnahmsweise kann in Anwendung des Rechtsgedankens aus § 320 Abs. 2 BGB etwas anderes gelten, wenn die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nur unerheblich abweicht. Bestand ein Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin, konnte sie nicht in Verzug geraten.

46 C. Der Vertragsstrafenanspruch

47 1. Die Vertragsstrafenklausel ist, wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat, wirksam. Zwar ist die mit 10 % der Bruttoschlussrechnungssumme vereinbarte Obergrenze überhöht (BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 326 f.). Die Beklagte kann jedoch den Vertrauensschutz in Anspruch nehmen, den der Senat gewährt hat, wenn bis zum 30. Juni 2003 geschlossene Verträge über Abrechnungssummen von unterhalb 15 Millionen DM eine Obergrenze von 10 % vorgesehen haben (BGH, aaO; Urteil vom 8. Juli 2004 - VII ZR 24/03, BauR 2004, 1609 = NZBau 2004, 609 = ZfBR 2005, 47). Da die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes vorliegen, ist die Klausel wirksam. Die Kritik von Minuth (NZBau 2003, 316, 317) gibt keinen Anlass, davon abzuweichen. Eine Reduzierung der Vertragsstrafenobergrenze auf 5 % kommt entgegen der Auffassung der Revision in diesen Fällen nicht in Betracht (a.A. Pauly, BauR 2005, 1229, 1233).

48 2. Nach dem in der Revision zu unterstellenden Sachverhalt kann ein Verzug der Klägerin mit dem Einbau der Lüftungsanlage aus den unter B. genannten Gründen nicht festgestellt werden.

III.

49 Das Berufungsurteil war aufzuheben, soweit die Klage wegen der zur Aufrechnung gestellten Forderungen abgewiesen und der Widerklage stattgegeben worden ist. In diesem Umfang war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird zu klären haben, welche Anforderungen an die Lüftung nach der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung zu stellen waren und ob die Änderungen in der neuen Planung zu solchen Anfor-

derungen an die letztlich von der Beklagten verlangte Lüftung geführt haben, dass die Klägerin berechtigt war, die Leistung zu verweigern, weil ihr eine zusätzliche Vergütung versagt wurde. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es hinsichtlich des Gaslavasteingrills darauf ankommt, ob die Beklagte dessen Berücksichtigung verlangt hat. Unmaßgeblich wäre, wenn der Bauherr später von der Installation des Grills abgesehen hätte.

Dressler Kuffer Kniffka

Bauner Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 29.06.2004 - 31 O 57/03 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 07.09.2006 - 12 U 111/04 -