# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 202/04

Verkündet am:
27. Juli 2006
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 631, 133 B, C, 157 C

a) Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Diese ist im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Techni-

schen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C (Ergänzung von BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, BauR 2002, 935 = ZfBR 2002, 482 = NZBau 2002, 324).

b) Der Unternehmer trägt nicht nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das Risiko für die Kosten eines von der Baugenehmigungsbehörde angeforderten Baugrundgutachtens.

BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04 - OLG Rostock
LG Rostock

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juli 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Kuffer und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

> Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 21. Juli 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe eines Betrages von 88.806,96 € und Zinsen abgewiesen worden ist.
>
> Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
>
> Von Rechts wegen

## Tatbestand:

1 Der Kläger macht als Gesamtvollstreckungsverwalter der I. GmbH (nachfolgend: Klägerin) nach vorzeitiger Vertragsbeendigung Restwerklohn geltend.

2 Die Beklagten beauftragten die Klägerin 1994 mündlich auf der Grundlage eines schriftlichen Angebots vom 30. Mai 1994 mit der Modernisierung und Sanierung eines Handelsspeichers. Eine bestimmte Vergütung wurde nicht vereinbart. Nach dem Vortrag der Klägerin ist die VOB/B einbezogen. Streitig ist, ob die Leistungen im angebotenen Umfang vereinbart wurden. Die Beklagten

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

beauftragten die W. GmbH mit der Bauausführung und -überwachung. Der Umfang der von der Klägerin erbrachten Leistungen wurde mit Ausnahme der im Januar 1995 ausgeführten Arbeiten durch gemeinsame Aufmaße festgestellt. Nachdem die Beklagten zunächst Abschlagszahlungen an die Klägerin erbracht hatten, leisteten sie auf weitere Abschlagsrechnungen keine Zahlungen. Die Klägerin stellte daraufhin ihre Arbeiten ein. Die Beklagten teilten mit, dass sie dies als Kündigung betrachteten. Sie ließen das Bauvorhaben durch Dritte fertig stellen. Die Klägerin fordert nach Erstellung der Schlussrechnung restlichen Werklohn in Höhe von 705.912,55 DM. Die W. GmbH hat die Schlussrechnung geprüft und mit dem Vermerk "Fachtechnisch richtig; rechnerisch richtig" versehen.

3 Das Landgericht hat die Klage zunächst mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe ihre Leistungen nicht prüfbar nach § 649 Satz 2 BGB abgerechnet. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und darauf hingewiesen, dass sich der Vergütungsanspruch der Klägerin für erbrachte Leistungen nach § 632 BGB beurteile, ohne dass es einer Abrechnung über die nicht erbrachten Leistungen bedürfe (Urteil vom 30. September 1999 - VII ZR 250/98, BauR 2000, 100 = ZfBR 2000, 46 = NZBau 2000, 73).

4 Das Berufungsgericht hat die Beklagten nach weiterer Beweisaufnahme zur Zahlung von 100.084,10 € (195.747,48 DM) verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Der Senat hat die Revision der Klägerin wegen Zahlung weiterer 88.806,96 € und Zinsen zugelassen. In diesem Umfang verfolgt sie ihren Werklohnanspruch gegen die Beklagten weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist begründet.

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

I.

7 1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Klägerin stehe ein Werklohnanspruch nur für die im Zeitraum Juli bis Dezember 1994 erbrachten Leistungen zu. Für die im Januar 1995 ausgeführten Arbeiten sei eine Vergütung nicht zuzusprechen. Da ein gemeinsames Aufmaß fehle, sei der Umfang der in diesem Zeitraum erbrachten Bauleistungen nicht sicher festzustellen. Dies gehe zu Lasten der Klägerin, die einen eindeutigen Nachweis für die von ihr erbrachten Leistungen zu führen habe.

8 2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 Das Berufungsgericht verkennt die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast für den Fall, dass kein gemeinsames Aufmaß vorliegt und die Leistungen des Unternehmers wegen Nacharbeiten durch Drittunternehmer nicht mehr festgestellt werden können (a). Verkannt wird zudem, welche Bedeutung der Bestätigungsvermerk der Beklagten auf der Schlussrechnung hat (b).

10 a) Der für den Umfang der erbrachten Leistungen grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastete Unternehmer genügt seiner Darlegungslast, sofern ein Aufmaß nicht mehr genommen werden kann, wenn er Tatsachen vorträgt,

die dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen die für die Errichtung des Bauvorhabens angefallene Mindestvergütung zu schätzen (vgl. BGH, Urteile vom 22. Dezember 2005 - VII ZR 316/03, BauR 2006, 678, 680 = ZfBR 2006, 335 = NZBau 2006, 231 und vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 50/04, BauR 2006, 517, 519 = ZfBR 2006, 239 = NZBau 2006, 179 mwN.). Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Klägerin. Sie hat mit der Schlussrechnung Art und Umfang der erbrachten Leistungen hinreichend bezeichnet und hierfür Beweis angeboten. Dem ist das Berufungsgericht fehlerhaft nicht nachgegangen.

11 b) Der Besteller ist grundsätzlich auch dann nicht gehindert, die vom Unternehmer einseitig ermittelten Mengen im Prozess zu bestreiten, wenn er zuvor die in der Schlussrechnung abgerechneten Mengen durch einen Prüfvermerk bestätigt hat. Hat der Besteller jedoch die einseitig ermittelten Massen des Unternehmers bestätigt und ist aufgrund nachfolgender Arbeiten eine Überprüfung dieser Mengen nicht mehr möglich, muss der Besteller zum Umfang der von ihm zugestandenen Mengen vortragen und beweisen, dass diese nicht zutreffen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 79/02, BauR 2003, 1892, 1897 = ZfBR 2004, 37 = NZBau 2004, 31).

12 Danach trifft die Beklagten, soweit nach der Bestätigung der ermittelten Massen eine Überprüfung unmöglich wurde, die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die von ihnen auf der Schlussrechnung bestätigten Mengen zu den Positionen 1.116.028 (befallene Holzkonstruktion im 1. - 4. Dachgeschoss ausbauen) und 1.116.030 (Bauholz abbinden) unzutreffend sind. Sie tragen ferner die Beweislast dafür, dass ein Vergütungsanspruch der Klägerin für Erdarbeiten der Firma R. in dem nach Prüfung der Schlussrechnung bestätigten Umfang von 17.778,87 DM nicht oder nicht in dieser Höhe besteht. Die mit der Bauaufsicht und -überwachung beauftragte W. GmbH hat die Schlussrechnung der

Klägerin für die Beklagten geprüft und mit dem Prüfvermerk versehen. Sie hat in der von ihr geprüften Schlussrechnung für die bezeichneten Zimmererarbeiten bestimmte Mengenansätze bestätigt. Den für die Ausführung von Erdarbeiten in Rechnung gestellten Betrag hat sie ihrer Berechnung der noch offenen Schlussforderung zugrunde gelegt. Ein gemeinsames Aufmaß für die bezeichneten Leistungspositionen fehlt. In welchem Umfang die Klägerin Leistungen erbracht hat, kann im Nachhinein nicht mehr überprüft werden, weil der Ausbau des Objekts durch Drittfirmen abgeschlossen ist. Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, ob und inwieweit die von den Beklagten auf der Schlussrechnung bestätigten Mengen zu den streitigen Leistungspositionen unzutreffend sind. Ebenso fehlen Feststellungen dazu, ob die in Rechnung gestellten Kosten für Erdarbeiten der Firma R. in dem von der W. GmbH bestätigten Umfang berechtigt sind.

13 c) Soweit die Klägerin darüber hinaus die Zahlung eines Generalplaneraufschlags verlangt, hat sie darzulegen und zu beweisen, dass sie nach der Vereinbarung mit den Beklagten berechtigt war, diese Leistung mit einem entsprechenden Aufschlag abzurechnen.

14 d) Daher kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen die Klageabweisung hinsichtlich des von der Revision für die Zimmerarbeiten in Höhe von 1.409,35 € und für die Erdarbeiten in Höhe von 13.008,67 € beanspruchten Betrags nicht aufrecht erhalten werden.

II.

15 1. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne eine Vergütung für die von der Firma G. als Subunternehmerin ausgeführten Dacharbeiten nicht bean-

spruchen. Der Umfang der erbrachten Leistungen sei weder durch ein gemeinsames Aufmaß nachgewiesen noch anderweitig schlüssig dargelegt. Die Vernehmung des Zeugen G. stelle sich als unzulässige Ausforschung dar, zumal die Klägerin für sich in Anspruch nehme, selbst Arbeiten ausgeführt zu haben.

16 2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

17 a) Die Klägerin hat den Umfang der erbrachten Dacharbeiten durch Bezugnahme auf die Rechnung der Firma G. vom 20. Dezember 1994, in der die abgerechneten Leistungen im Einzelnen bezeichnet sind, hinreichend dargelegt. Das Berufungsgericht überspannt die an eine schlüssige Darlegung zu stellenden Anforderungen, wenn es darüber hinaus weiteren Vortrag der Klägerin zu den von dieser selbst ausgeführten Leistungen für erforderlich hält. Aus der vorgelegten Rechnung lässt sich ohne weiteres ersehen, welche Rechnungspositionen Leistungen der Firma G. betreffen. Die Klägerin hat lediglich den Vergütungsbetrag für die Leistungsposition 1 (alte Dachlattung aufnehmen und entsorgen) gestrichen und mit dem Zusatz versehen "Leistung wurde von I. (Anm.: der Klägerin) ausgeführt". Weiteren Vorbringens bedurfte es daneben nicht.

18 b) Unzutreffend ist auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, der für den Umfang der erbrachten Arbeiten angebotene Beweis sei ein unzulässiger Ausforschungsbeweis.

19 Von einer Ausforschung kann nur die Rede sein, wenn die beweisbelastete Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürliche Behauptungen aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufstellt, um durch die Beweisaufnahme beweiserhebliche Tatsachen erst zu erfahren und sie dann zur Grundlage ihres Parteivortrags zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 12. September 2002 - IX ZR 66/01, NJW 2003, 140, 141). Diese

Voraussetzungen sind nicht gegeben. Das Beweisangebot der Klägerin ist auf den aus der Rechnung ersichtlichen Leistungsumfang der Firma G. und damit auf eine konkrete Tatsache bezogen. Die von der Firma G. und der Klägerin erbrachten Leistungen können eindeutig voneinander abgegrenzt werden.

20 c) Insoweit kann es bisher bei der Klageabweisung in Höhe von 7.740,54 € wegen der Dacharbeiten nicht verbleiben.

III.

21 1. Das Berufungsgericht führt aus, ein Vergütungsanspruch der Klägerin für Gerüstbaukosten bestehe nicht, weil es sich um eine Nebenleistung handele, die mit dem vereinbarten oder üblichen Werklohn abgegolten sei. Zudem habe sie den Beweis, dass die Gerüstarbeiten erbracht worden seien, nicht geführt.

22 2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

23 Das Berufungsgericht nimmt ohne tragfähige Begründung an, dass insofern nicht vergütungspflichtige Nebenleistungen vorliegen.

24 a) 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 (vgl. BGH, Urteile vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, BauR 2002, 935, 936 = ZfBR 2002, 482 = NZBau 2002, 324 und vom 23. Juni 1994 - VII ZR 163/93, BauR 1994, 625, 626 = ZfBR 1994, 222). Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB (vgl. BGH, Urteile vom 28. Februar 2002 - VII ZR

376/00, aaO und vom 11. November 1993 - VII ZR 47/93, BGHZ 124, 64, 67 mwN.). Dabei ist das gesamte Vertragswerk zugrundezulegen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Auflage, 5. Teil Rdn. 84). Insoweit wird auch Abschnitt 4 der Allgemeinen Technischen Vertragsbestimmungen Vertragsbestandteil und ist bei der Auslegung der geschuldeten Leistung zu berücksichtigen. Soweit die Entscheidung des Senats vom 28. Februar 2002 (VII ZR 376/00, aaO) anders verstanden werden könnte, wird dies im eben dargelegten Sinne klargestellt.

25 Davon zu trennen ist die Frage, welche Leistungen nach den technischen Gegebenheiten zur Herstellung des Werks erforderlich sind. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch versprochen und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen, dann schuldet der Auftragnehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244, 247 m.w.N.). Unabhängig davon schuldet der Auftragnehmer vorbehaltlich abweichender Vereinbarung die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik. Haben die Vertragsparteien auf Anregung des Auftraggebers oder des Auftragnehmers eine bestimmte Ausführungsart zum Gegenstand des Vertrages gemacht, dann umfasst, sofern die Kalkulation des Werklohnes nicht nur auf den Vorstellungen des Auftragnehmers beruht, der vereinbarte Werklohn nur die vereinbarte Herstellungsart. Zusatzarbeiten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, hat der Auftraggeber dann gesondert zu vergüten. Führt der Auftragnehmer unter diesen Umständen lediglich die vereinbarte Ausführungsart aus, dann ist die Leistung mangelhaft. Die ihm bei mangelfreier Leistung für die erforderlichen Zusatzarbeiten zustehenden Zusatzvergütungen

können im Rahmen der Gewährleistung als "Sowieso-Kosten" berücksichtigt werden.

26 b) Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, ob die Klägerin die Ausführung von Gerüstbauarbeiten nach der vertraglichen Vereinbarung ohne zusätzliche Vergütung schuldete. Zugunsten der Klägerin ist in der Revision davon auszugehen, dass die Gerüstarbeiten von der ursprünglichen Vergütung nicht erfasst waren. Der Umstand, dass Gerüstbauarbeiten im Angebot der Klägerin vom 30. Mai 1994 nicht erwähnt sind, rechtfertigt allein nicht die Annahme, diese seien in den angesetzten Einheitspreisen enthalten. Die Klägerin hat in einem früheren Angebot vom April 1994 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Gerüstarbeiten als Zusatzleistung in Rechnung gestellt würden.

27 c) Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart und gelten deswegen gemäß § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, sind die geltend gemachten Gerüstarbeiten keine von der vertraglichen Vergütung erfassten Nebenleistungen. Die von der Klägerin in Rechnung gestellten Dacharbeiten der Firma G. betreffen die Einlattung der Dachfläche und die Anbringung einer Unterspannbahn. Nach der dafür gemäß DIN 18 338 1.1 (Ausgabe 1992) für Dachdeckungs- und Dachdichtungsarbeiten geltenden DIN 18 334 (Ausgabe 1992) für Zimmer- und Holzarbeiten ist nur das Auf- und Abbauen sowie das Vorhalten der Gerüste mit einer Arbeitshöhe bis zu 2 m als nicht gesondert zu vergütende Nebenleistung anzusehen (DIN 18 334 Nr. 4.1.1, DIN 18 299 Nr. 4.1 - Ausgabe 1992). Das Berufungsgericht hat zum Umfang der Gerüsterstellung keine Feststellungen getroffen. Zugunsten der Klägerin ist in der Revision davon auszugehen, dass Gerüste mit einer Arbeitshöhe von über 2 m verwendet worden sind.

28 d) Soweit das Berufungsgericht darauf abstellt, jedenfalls sei der Beweis für die Gerüstbauarbeiten nicht geführt, rügt die Klägerin zu Recht, dass das Berufungsgericht den hierzu angebotenen Beweis nicht vollständig erhoben hat.

29 e) Mit der bisherigen Begründung kann die Klageabweisung in Höhe von 17.445,45 € daher keinen Bestand haben.

IV.

30 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass ein Vergütungsanspruch der Klägerin für die Kosten eines Baugrundgutachtens und einer Tragwerksplanung nicht bestehe. Die Klägerin lege nicht dar, dass diese Leistungen von den Beklagten in Auftrag gegeben worden und im erbrachten Umfang verwertbar gewesen seien. Dies gehe zu ihren Lasten, da sie für Vorleistungen der geschuldeten Sanierung nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das wirtschaftliche Risiko trage.

31 2. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

32 a) Die Klägerin hat die Voraussetzungen eines Vergütungsanspruchs für eine von ihr erbrachte Tragwerksplanung schlüssig vorgetragen. Sie hat substantiiert dargelegt, dass sie von den Beklagten mit der Tragwerksplanung beauftragt worden ist, und dazu ein schriftliches Angebot vom 20. September 1994 vorgelegt. Für diese Behauptung hat sie die Vernehmung ihres ehemaligen Geschäftsführers L. als Zeugen angeboten. Einwendungen gegen die Verwertbarkeit wegen verzögerter Vorlage der Planung haben die Beklagten vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen.

33 b) Nicht gefolgt werden kann der hinsichtlich der Erstattung der Kosten des Baugrundgutachtens vom Berufungsgericht vertretenen Ansicht, dass der Unternehmer nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das Risiko für die Kosten eines von der Baugenehmigungsbehörde angeforderten Baugrundgutachtens zu tragen habe. Welche Leistungen der Unternehmer nach dem Vertrag zu erbringen hat, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln. Sofern der Unternehmer danach Arbeiten an einem Grundstück des Bestellers auszuführen hat, ist es grundsätzlich Sache des Bestellers, dafür Sorge zu tragen, dass die für die Bauausführung erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 16/03, BauR 2005, 735, 736 m. Nachw. = ZfBR 2005, 355 = NZBau 2005, 285). Dass die Klägerin nach der vertraglichen Vereinbarung das Risiko der Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens übernommen hatte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Soweit hinsichtlich des Baugrundgutachtens eine vertragliche Vereinbarung fehlt, kommen Ansprüche der Klägerin nach §§ 677, 683, 670 BGB in Betracht.

34 c) Danach kann die Klageabweisung in Höhe von 36.061,47 € nicht aufrechterhalten werden.

V.

35 1. Das Berufungsgericht hält einen Vergütungsanspruch der Klägerin für die von der Firma H. in Rechnung gestellte Anzahlung für einen Personenaufzug für unbegründet, weil der Aufzug nicht eingebaut worden sei. Die Klägerin habe außerdem nicht dargetan, ob und wann sie mit dem Einbau des in der Rechnung der Firma H. erwähnten Kleingüteraufzugs beauftragt worden sei.

36 2. Dies beanstandet die Revision zu Recht.

37 a) Ein Vergütungsanspruch der Klägerin ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Personenaufzug nicht eingebaut worden ist.

38 aa) Die Klägerin kann einen Werklohnanspruch allerdings nicht auf §§ 631 Abs. 1, 632 BGB stützen. Sie hat die geschuldete Leistung unstreitig nicht erbracht.

39 bb) Das Berufungsgericht hat jedoch fehlerhaft nicht geprüft, ob die Klägerin die Erstattung dieser Kosten als Teil der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen beanspruchen kann.

40 (1) Der Unternehmer ist, wenn der Vertrag wegen einer vom Besteller zu vertretenden Vertragsverletzung vorzeitig beendet wird, berechtigt, eine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen und eines durch die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft zu erzielenden Erwerbs zu verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 225/03, BauR 2005, 861 = NZBau 2005, 335 = ZfBR 2005, 454).

41 Dass die Klägerin in Höhe der geleisteten Anzahlung infolge der Vertragsbeendigung keine Aufwendungen erspart hat, stellen die Beklagten nicht in Abrede. Der Besteller kann die Vertragsbeendigung zu vertreten haben, wenn sie darauf beruht, dass er einer berechtigten Forderung des Unternehmers nach Abschlagszahlungen nicht nachkommt. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen, sondern offen gelassen, aus welchen Gründen der Vertrag beendet worden ist. Für die Revision ist zugunsten der Klägerin davon auszugehen, dass die Vertragsbeendigung von den Beklagten zu vertreten ist.

42 (2) Das Berufungsgericht ist nicht im Hinblick auf das in dieser Sache ergangene Urteil des Senats vom 30. September 1999 (VII ZR 250/98, BauR 2000, 100 = ZfBR 2000, 46 = NZBau 2000, 73) gemäß § 565 Abs. 2 ZPO in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung i. V. mit § 26 Nr. 5 EGZPO gehindert, der Klägerin eine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen zuzuerkennen. Die vom Senat geäußerte Rechtsauffassung, die Klägerin mache lediglich einen Werklohnanspruch für erbrachte Leistungen nach § 632 BGB geltend, der mit der Schlussrechnung vom 20. Juli 1995 schlüssig dargestellt sei, entfaltet insoweit keine Bindungswirkung.

43 Eine Bindung des Berufungsgerichts an die der Aufhebung der Berufungsentscheidung unmittelbar zugrunde liegende rechtliche Würdigung des Revisionsgerichts besteht nicht, wenn sich die der Revisionsentscheidung zugrunde liegenden Tatsachen nachträglich ändern (vgl. OLG Oldenburg, VersR 1990, 1348, 1349). Der Senat hat den Umstand, dass die von der Klägerin geltend gemachten Aufzugskosten lediglich eine von ihr an ihre Subunternehmerin geleistete Anzahlung betrafen, bei seiner Entscheidung im damaligen Revisionsverfahren nicht berücksichtigen können. Die Klägerin hat erst nach Erlass der Revisionsentscheidung mit Schriftsatz vom 28. Mai 2004 klargestellt, dass es sich bei den in Rechnung gestellten Aufzugskosten um eine von ihr geleistete Anzahlung handelte.

44 b) Die Klägerin hat darüber hinaus hinreichend dargelegt, dass die Beklagten den Einbau eines Personenaufzugs in Auftrag gegeben haben. Sie hat hierzu das Bestätigungsschreiben der WK GmbH vom 7. Oktober 1994 vorgelegt, in dem mitgeteilt wird, dass die Beklagten mit der Bestellung eines Personenaufzugs einverstanden sind.

45 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bezieht sich die Anzahlung nicht auf den unterbliebenen Einbau eines Kleingüteraufzugs. Die Bestellung des Kleingüteraufzugs stand nach dem Vorbringen der Klägerin unter dem Vorbehalt der Ausführungsfreigabe durch die Beklagten. Dass diese insoweit einen Auftrag erteilt haben, behauptet die Klägerin nicht. Sie hat, wie sich aus der von ihr vorgelegten Rechnung der Firma H. ergibt, den als Anzahlung für einen Personen- und einen Kleingüteraufzug geltend gemachten Rechnungsbetrag dementsprechend gekürzt und den Beklagten lediglich diesen geringeren Betrag in Rechnung gestellt.

46 c) Danach kann auch die Klageabweisung in Höhe von 13.141,48 € keinen Bestand haben.

VI.

47 Das Berufungsurteil kann im angefochtenen Umfang danach keinen Bestand haben.

48 1. Nach Zurückverweisung der Sache ist zunächst durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, ob die Klägerin Gerüstarbeiten nach der vertraglichen Vereinbarung ohne zusätzliche Vergütung zu erbringen hatte oder ob diese als Zusatzleistung von den Beklagten gesondert zu vergüten sind. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, hierzu noch ergänzend vorzutragen.

49 Haben die Parteien die Geltung der VOB/B und der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen vereinbart und handelt es sich nicht um Arbeitsgerüste im Sinne von DIN 18 334 Nr. 4.1.1 i. V. mit DIN 18 299 Nr. 4.1, ist zu prüfen, ob die Klägerin hierfür eine zusätzliche Vergütung nach

§ 2 Nr. 5, § 2 Nr. 6 oder § 2 Nr. 8 VOB/B beanspruchen oder die Erstattung dieser Kosten nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag oder unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen kann.

50 2. Darüber hinaus sind die erforderlichen Feststellungen nachzuholen, ob die von den Beklagten bestätigten, nicht durch gemeinsame Aufmaße nachgewiesenen Mengen der streitigen Abrechnungspositionen für Zimmer- und Erdarbeiten unzutreffend sind.

51 Ferner wird dem von der Klägerin angebotenen Zeugenbeweis für den Umfang der von der Firma G. erbrachten Dacharbeiten nachzugehen sein.

52 3. Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der von der Klägerin angebotenen Beweismittel außerdem zu klären haben, ob die Beklagten einen Auftrag für die Erstellung einer Tragwerksplanung erteilt haben und ob die Voraussetzungen für einen Anspruch der Klägerin hinsichtlich der Kosten des Baugrundgutachtens erfüllt sind.

53 4. Schließlich hat das Berufungsgericht zu prüfen, ob die Klägerin aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Vertrages in Höhe der geleisteten Anzahlung für einen Personenaufzug eine Vergütung beanspruchen kann.

Dressler Haß Hausmann

Kuffer Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Rostock, Entscheidung vom 25.07.1997 - 3 O 445/96 -
OLG Rostock, Entscheidung vom 21.07.2004 - 6 U 260/97 -