

2232 060

Verkündet
am 1. Oktober 1964
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

des Landes B [REDACTED], vertreten durch den Senator für
Finanzen, B [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Gertrud H [REDACTED] geb. F [REDACTED], B [REDACTED],
(Z [REDACTED]), Ka [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 1964 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel,
Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des verklagten Landes gegen
das zweite Teilurteil des 16. Zivilsenats des
Kammergerichts vom 8. Oktober 1962 wird zu-
rückgewiesen.

Das Land hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der während des Revisionsverfahrens verstorbene Erblasser der Klägerin - im folgenden Kläger genannt - hat am 9. Oktober 1958 von dem verklagten Land den Auftrag erhalten, im E- R-Stadion in B-Z einen Rasenspielfeldplatz in einen Tennisplatz umzubauen. Die veranschlagte Bausumme betrug 67.087,88 DM.

Auf die ersten acht Zwischenrechnungen hat das Land 36.907 DM gezahlt. Die neunte Zwischenrechnung des Klägers lautete über 56.132,28 DM. Mit Schreiben vom 22. Juli 1959 forderte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers eine weitere Abschlagszahlung von 4.000 DM, anderenfalls der Kläger, da sich das Land im Verzug befinde, die Arbeiten einstellen werde.

Das Land lehnte die Zahlung ab, weil der Kläger für die nach seiner Meinung zusätzlich ausgeführten Arbeiten nichts zu beanspruchen habe. Mit der Begründung, der Kläger habe die für das Bauvorhaben erforderliche Schlacke trotz Fristsetzung nicht beschafft, entzog es ihm mit Schreiben vom 14. August 1959 unter Bezugnahme auf §§ 5 Ziff. 4, 8 Ziff. 3 VOB (B) den Auftrag. Die weiteren Arbeiten ließ es von der Firma K ausführen. Den Wert der Leistungen des Klägers berechnete es mit 29.356,33 DM.

Der Kläger hat für einen Teil der Leistungen (I - IV) zusammen 22.050,65 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das verklagte Land hat Klagabweisung beantragt und widerklagend einen nach seiner Ansicht bereits überzahlten Betrag von (36.907,-- - 29.356,33 =) 7.550,67 DM nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 13. Oktober 1960 und durch Schlußurteil vom 16. März 1961 die Klage abgewiesen und der Widerklage entsprochen.

Das Kammergericht hat durch ein erstes Teilurteil die Berufung des Klägers gegen das die Werklohnansprüche für die Leistungen I und II im Betrage von 2.523,68 DM abweisende Teilurteil des Landgerichts zurückgewiesen. Die Berufung des Klägers gegen das Schlußurteil des Landgerichts hat es insoweit zurückgewiesen, als darin die Klage wegen 2.219,47 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist; die Widerklage hat es in Höhe von 182,52 DM abgewiesen.

Durch ein zweites Teilurteil vom 8. Oktober 1962 hat das Kammergericht 10.228,72 DM nebst Zinsen aus der Forderung III für begründet erklärt und das Land verurteilt 6.398,26 DM an das Finanzamt B-2 und 3.830,46 DM an die Allgemeine Ortskrankenkasse B zu zahlen; die Widerklage hat es im vollen Umfang abgewiesen.

Die Revision des Landes richtet sich gegen das zweite Teilurteil. Sie erstrebt die Abweisung des Werklohnanspruchs für die Leistung III und die Verurteilung der Klägerin gemäß der Widerklage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Forderung III des Klägers über 17.307,50 DM betrifft den Transport des neben dem Sportplatz gelagerten Schotters auf das Spielfeld. In dem angefochtenen Teilurteil hat das Kammergericht diesen Werklohnanspruch in Höhe von 10.228,72 DM nebst Zinsen für begründet erklärt.



Der Kläger hatte die Absicht, den Schotter mit Lastkraftwagen auf die ausgekofferte Fläche zu schaffen, dort abzukippen und breitzuziehen. Das verbot ihm der Gartenbaurat D. des Landes, weil durch die Lastkraftwagen das planierte und gewalzte Kofferbett beschädigt werde. Der Kläger mußte deshalb den Schotter zunächst am Rande des Feldes lagern und dann in Loren auf der ausgekofferten Fläche verteilen.

Der Kläger hat in dem seitlichen Ablagern und dem Transport des Schotters auf das ausgekofferte Feld eine in der Ausschreibung nicht enthalten gewesene Mehrarbeit gesehen, die die Preisgrundlage der von ihm übernommenen Arbeit geändert habe; seiner Ansicht nach muß deshalb unter Berücksichtigung der Mehrkosten ein neuer Preis festgestellt werden.

Dem ist das Berufungsgericht gefolgt. Es versteht unter Anordnungen des Auftraggebers, durch die die Grundlage des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert wird (§ 2 Ziff. 5 VOB (B)), alle Maßnahmen des Auftraggebers, die sich auf die Art und Weise der vertraglich vereinbarten Arbeit beziehen. Der Transport des Schotters auf das Spielfeld habe zu den selbstverständlichen und damit in dem Vertrag vorgesehenen Leistungen gehört, auch ohne daß er im Kostenanschlag ausdrücklich erwähnt gewesen sei. Das von der Beklagten verlangte Abladen am Platzrande und das Verteilen mittels Loren auf dem ausgekofferten Feld habe dagegen eine erhebliche Arbeitsleistung erfordert, die in dem vom Kläger angebotenen Einheitspreis nicht berücksichtigt gewesen sei. Das Land habe auch dem Kläger nicht etwa eine nicht fachgerechte Arbeitsweise untersagt und die technisch allein zuverlässige Ausführung verlangt. Vielmehr sei durch das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dipl. Gärtner L. klargestellt, daß das vom Kläger

beabsichtigte Einfahren und Abkippen des Schotters auf die Spielfeldfläche fachgerecht gewesen wäre.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen sind nicht gerechtfertigt.

1. Dem Berufungsgericht ist beizupflichten, daß die "im Vertrag vorgesehenen Leistungen" im Sinne des § 2 Ziff. 5 VOB (B) nicht ausdrücklich im Angebot aufgeführt sein müssen. Auch nicht ausdrücklich genannte, bei der Ausführung der Leistung jedoch selbstverständliche Arbeiten gehören dazu. Zutreffend weist das Berufungsgericht darauf hin, daß üblicherweise nicht alle notwendigen Arbeiten im Bauvertrag aufgeführt werden. Das Heranschaffen und Verteilen des Packmaterials auf dem ausgekofferten Feld gehörte jedenfalls zu den vertraglich vorgesehenen Leistungen.

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei unter Verfahrensverstößen zu der Ansicht gelangt, das vom Kläger beabsichtigt gewesene Einfahren und Abkippen des Schotters mittels Lastkraftwagen wäre fachgerecht gewesen. Sie wendet sich insoweit auch gegen das Gutachten des Sachverständigen Prof. Lendholt.

a) Nach dem Gutachten dieses Sachverständigen können durch Auffüllen, Ausgleichen und Abwalzen sämtliche von Lastkraftwagen bewirkte Verformungen des Planums wieder behoben werden.

Das Berufungsgericht bezieht diese Äußerung des Sachverständigen auch auf Verformungen, die von den Schotterfahrzeugen im Rundverkehr hervorgerufen worden wären. Die Revision meint dagegen, der Sachverständige

habe die Folgen eines das ganze Feld berührenden Rundverkehrs nicht berücksichtigt. Hierfür spricht jedoch nichts, und die Revision führt dafür nichts an. Der Sachverständige hat auch ausweislich der von ihm im Eingang seines Gutachtens wiedergegebenen Fragestellung des Gerichts, berücksichtigt, daß nicht, wie ursprünglich vorgesehen, leichte Schlacke, sondern schwerer Schotter eingebracht worden ist.

Auf die von der Revision ebenfalls angegriffene Hilferwägung des Berufungsgerichts, die Schotterfahrzeuge hätten statt im Rundverkehr vorwärts und rückwärts fahrend den Schotter abladen können, kommt es daneben nicht an.

b) Den Einwand des Landes, der Sachverständige habe nicht berücksichtigt, daß es sich um eine eine hochwertigere Ausführung erfordernde Wettkampfanlage und nicht um einen Übungsplatz gehandelt habe, hat das Berufungsgericht beschieden.

aa) Dabei hat es mit Recht darauf abgestellt, daß sich aus der Ausschreibung des Landes nichts für eine Benutzung als Wettkampfanlage ergab. Nach § 9 Ziff. 1 VOB (A) hatte aber das Land die Bauleistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, daß Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen mußten und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeit berechnen konnten; auch den Zweck oder die vorgesehene technische Beanspruchung der fertigen Anlage mußte es angeben, und nach § 9 Ziff. 3 Abs. 1 VOB (A) hatte es alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben.

Wie der Sachverständige zusammenfassend feststellt hat, ist es fachgerecht und üblich, beim Bau eines

normalen Tennenplatzes den Schotter für die zu packende Unterschicht mit Lastkraftwagen in die ausgekofferte, festgewalzte und nivellierte Fläche einzuführen, abzukippen und zu verteilen. Der Schotter braucht nicht vorher seitlich gelagert und von dort in Loren auf die Fläche gebracht zu werden. Das Land hätte deshalb die von ihm später verlangte, erhebliche Mehrkosten verursachende Sonderausführung in die Ausschreibung aufnehmen müssen, wenn es den Kläger an dessen Angebotspreis festhalten wollte.

bb) Auf die vom Berufungsgericht angeführten weiteren Gesichtspunkte und auf das, was die Revision dagegen vorbringt, kommt es daneben nicht an.

cc) Das Berufungsgericht hat den Antrag des verklagten Landes, das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht anzuordnen, abgelehnt. Mit seinem dahingehenden Antrag habe das Land, wie es auf Befragen ausdrücklich erklärt habe, nur erreichen wollen, daß dem Sachverständigen "das zuvor etwa eingeholte Gutachten eines Sportsachverständigen über die Eigenschaft des Sportplatzes als Wettkampfanlage vorgehalten werden könne". Das verklagte Land habe also lediglich die Frage Übungs- oder Wettkampfanlage anschneiden wollen.

Davon, daß der Sportplatz nach seiner Fertigstellung auch für Wettspiele benutzt worden ist, geht das Berufungsgericht aus. Es stellt zutreffend auf die der Ausschreibung zu entnehmende Zweckbestimmung ab. Hierüber aber sollte der Sachverständige sich nicht äußern. Daß das Berufungsgericht sein Erscheinen nicht angeordnet hat, ist daher verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Der neue Preis im Sinne des § 2 Ziff. 5 VOB (B), der wegen der die Grundlagen des vertraglich vereinbarten

Preises Ändernden Anordnungen des Auftraggebers gerechtfertigt ist, muß, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, mangels einer Einigung der Parteien vom Gericht unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten ermittelt werden.

4. Der Tatbestand des § 2 Ziff. 6 VOB (B) ist nicht gegeben. Der Kläger hat nicht eine zusätzliche Leistung, zu der er nach dem Vertrag nicht verpflichtet war, sondern auf Anordnung des Landes eine vertraglich geschuldete Leistung anders ausgeführt.

5. Der Kläger hat gemäß einer Auflage des Landgerichts im Schriftsatz vom 23. März 1960 den Preis für den Transport von 1 cbm Schotter vom Spielfeldrand zu den einzelnen Stellen des Feldes mit 7,50 DM errechnet. Dabei hat er die gezahlten Löhne, den Unternehmerzuschlag und den sich aus der sog. Aachener Zeitleistung ergebenden Leistungssatz für diese Arbeit je Minute berücksichtigt. Auf den Hinweis des Kammergerichts, daß es dieser Berechnung im ersten Rechtszug nicht entgegengetreten sei, hat das Land im Schriftsatz vom 24. August 1962 (S. 3) eingewandt, der Kläger habe zu tief ausgekoffert; die geforderte Packhöhe habe nicht 30 cm sondern nur 17 cm betragen; der Preis für 1 qm Packfläche berechne sich daher auf 1,50 DM. Aber auch dieser Preis sei noch zu hoch, denn die Firma K[REDACTED] habe nur 1,06 DM je qm berechnet.

Das Kammergericht hat im angefochtenen Teilurteil vorerst den Werklohn nur nach einer Schotterhöhe von 19,7 cm bemessen und die Entscheidung darüber, ob der Kläger den Transport des 19,7 cm übersteigenden Schotters bezahlt verlangen kann oder ob er das Feld zu tief ausgekoffert hat, dem Schlußurteil vorbehalten.

Dagegen hat es in der Behauptung des Landes, die Firma K[REDACTED] habe für den Transport des für 1 qm Packfläche erforderlichen Schotters nur 1,06 DM berechnet, kein ausreichendes Bestreiten des vom Kläger berechneten üblichen Preises gesehen.

Hiergegen wendet sich die Revision zu Unrecht.

Dem Berufungsgericht ist beizupflichten, daß das Land die einzelnen Kalkulationsfaktoren der vom Kläger offengelegten Preisberechnung hätte beanstanden müssen. Den allgemeinen Hinweis auf ein günstigeres Angebot der Firma K[REDACTED] durfte das Berufungsgericht als unerheblich behandeln. Seine Erwägung, die Firma K[REDACTED] könne sich verkalkuliert oder für eine andere Arbeit als Ausgleich einen höheren Preis berechnet haben, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auf das Angebot der Firma K[REDACTED] und das Zeugnis ihres Inhabers hat sich die Beklagte aber nur zum Beweis dafür berufen, daß diese Firma 1,06 DM für 1 qm Schotterereinbau berechnet habe. Da das Berufungsgericht hiervon ausgeht, brauchte es hierzu keinen Beweis zu erheben.

Das Ergebnis des Berufungsgerichts, der Kläger habe bei einer Fläche von 6.923 qm und einer Stärke von 19,7 cm für insgesamt 1.363,83 cbm bei einem Einheitspreis von 7,50 DM eine Vergütung von 10.228,72 DM zu beanspruchen, ist somit gerechtfertigt.

II.

Zur Widerklage gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß das Land dem Kläger den Auftrag nicht gemäß §§ 8 Ziff. 3, 5 Ziff. 4 VOB (B) wirksam entzogen, ihn vielmehr nach § 8 Ziff. 1 VOB (B) gekündigt habe mit der Folge, daß der Kläger die vereinbarte Vergütung

abzüglich ersparter Aufwendungen (§ 649 BGB) zu beanspruchen habe. Bei Zugrundeliegung der Vergütung von 10.228,72 DM für die Beförderung des Schotters habe das Land dem Kläger insgesamt nicht zuviel gezahlt.

Ein Recht des Landes, den Auftrag nach §§ 8 Ziff. 3, 5 Ziff. 4 VOB (B) mit der Wirkung zu entziehen, daß der Kläger nur den ausgeführten Teil des Vertrags vergütet verlangen könne, verneint das Berufungsgericht. Das Land sei selbst schon in Zahlungsverzug gewesen, als es dem Kläger eine Frist zur Beschaffung von Schlacke gesetzt habe, auf deren ergebnislosen Ablauf es dann die Entziehung des Auftrags gestützt hat. Denn nach § 16 Ziff. 4 Abs. 3 Satz 3 VOB (B) habe der Kläger die Arbeiten einstellen dürfen, bis die Beklagte die fällige Abschlagszahlung geleistet habe. Zu Abschlagszahlungen in Höhe der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung sei das Land auf Verlangen des Klägers gemäß § 16 Ziff. 1 VOB (B) verpflichtet gewesen. Der Kläger habe mit der 9. Zwischenrechnung vom 25. Juni 1959 über 56.132,28 DM eine weitere Abschlagszahlung gefordert, denn er habe bis dahin erst 36.907 DM erhalten gehabt. Er habe auch dem Land durch das Schreiben seines Rechtsanwalts vom 22. Juli 1959, worin "sofort", also innerhalb kürzester Frist, weitere 4.000 DM verlangt wurden, eine angemessene Nachfrist gesetzt.

Daß der Kläger eine weitere Abzahlung in Höhe von 4.000 DM habe verlangen können, begründet das Berufungsgericht wie folgt:

Das Land habe selbst den Wert der bis dahin vom Kläger erbrachten Arbeiten in der Anlage zu dem Schreiben vom 27. Juli 1959 mit 30.670,68 DM angegeben. Zusammen mit der Vergütung von 10.228,72 DM für den Transport des

Schotters habe der Kläger mithin 40.899,40 DM zu beanspruchen gehabt. Das Land habe jedoch bis dahin erst 36.907 DM gezahlt gehabt, so daß schon hiernach 3.992,40 DM fällig gewesen seien.

Der Kläger habe ferner nicht nur 751,5 cbm, sondern 538,31 cbm Schlacke eingebaut und außerdem weitere 511,94 cbm Schlacke zur Verarbeitung angeliefert gehabt. Unterstelle man, daß von letzteren 36,21 cbm mit Sand vermischt und deshalb nicht verwendbar gewesen seien, so hätten doch noch 475,73 cbm Schlacke gelagert. Insgesamt habe der Kläger somit $(538,61 + 475,73 =)$ 1.014,34 cbm Schlacke geliefert gehabt. Das Land habe hiervon aber nur 751,50, also 262,84 cbm zu wenig anerkannt.

Die Angriffe der Revision gegen diese Berechnung greifen nicht durch.

a) Daß das Land eingeräumt hat, es hätten bei der Kündigung des Auftrags noch 511,94 cbm Schlacke zur Verarbeitung bereit gelegen, stellt das Berufungsgericht fest. Von dieser Menge hat auch das Land in seinem Schreiben vom 14. Mai 1960 an den Kläger gesprochen. Ebenso hat der Zeuge K. [REDACTED] bekundet, die vorhandene Schlacke habe nach dem mit der Bauleitung der Beklagten vorgenommenen Aufmaß 511,94 cbm ausgemacht.

b) Nach der Berechnung des Berufungsgerichts hatte das Land 262,84 cbm Schlacke weniger als tatsächlich vom Kläger geliefert anerkannt. Diese ergeben bei einem Preis von 10,40 DM/cbm einen Betrag von 2.733,54 DM. Zusammen mit der sich aus der Anlage zum Schreiben des Landes vom 27. Juli 1959 ergebenden Forderung von 3.992,40 DM hätte der Kläger somit 6.725,94 DM, also mehr als 4.000 DM zu beanspruchen gehabt.

Es mag nun mit der Revision unterstellt werden, daß das Land die Leistungen des Klägers nicht mit 30.670,68 DM, sondern nur mit 29.356,33 DM anerkannt hat, und daß deshalb die Forderung des Klägers um 1.314,35 DM geringer war. Der Revision kann ferner zugestanden werden, das Land habe dem Kläger nicht nur 751,5, sondern bereits 837,01, also 85,51 cbm Schlacke mehr angerechnet, wodurch sich die Forderung des Klägers um weitere 889,30 DM vermindern würde. An dem von der Revision angegriffenen Ergebnis des Berufungsgerichts, daß das Verlangen des Klägers nach einer weiteren Abschlagszahlung von 4.000 DM gerechtfertigt war, würde sich dadurch nichts ändern. Denn die Forderung des Klägers von 6.725,94 DM wäre dann zwar um $(1.314,35 + 889,30 =)$ 2.203,65 DM geringer gewesen, hätte aber immer noch 4.000 DM überstiegen.

Hiervon abgesehen, kommt es auch nicht darauf an, ob das Verlangen des Klägers nach einer Abschlagszahlung von 4.000 DM genau in dieser Höhe berechtigt war. Denn das Land war auch nicht bereit, eine geringere Abschlagszahlung zu leisten. Es befand sich also jedenfalls im Zahlungsverzug, der einer Entziehung des Auftrags gemäß §§ 8 Ziff. 3, 5 Ziff. 4 VOB (B) entgegenstand.

III.

Nach § 97 ZPO hat das verklagte Land die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Heimann-Frosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke