

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B § 2 Nr. 6 Abs. 1; AGBG § 9 Bf, Ci

1. a) Die nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B erforderliche Ankündigung des Auftragnehmers, für eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung eine zusätzliche Vergütung zu beanspruchen, dient dem Schutz des Auftraggebers. Er soll über drohende Kostenerhöhungen rechtzeitig informiert werden, um danach disponieren zu können. Die Ankündigung soll ferner frühzeitig Klarheit schaffen, ob eine geforderte Leistung von der ursprünglichen Beschreibung der Leistung nicht erfaßt war, also eine zusätzliche Leistung im Sinne von § 1
- b) Nr. 4 VOB/B ist. Ein Verlust des Vergütungsanspruches für eine zusätzliche Leistung tritt nicht ein, soweit die Ankündigung im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich und daher ohne Funktion war oder wenn ihre Versäumung ausnahmsweise entschuldigt ist. Der Auftragnehmer trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast.
2. In dieser Auslegung hält § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand.

BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 245/94 - OLG Hamm
LG Bochum

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 245/94

Verkündet am:
23. Mai 1996
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. März 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Hausmann und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 31. August 1994 im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 161.686,95 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die beklagten Bauunternehmen hatten sich zum Zweck der Errichtung des Knappschaftskrankenhauses in S. zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen. Sie übertrugen der Klägerin auf der Grundlage der VOB/B die Ausführung von Trockenbauarbeiten. Diese macht, soweit es in der Revisionsinstanz noch von Interesse ist, mit Rechnung vom 16. Oktober 1987 7.457,54 DM für das staubdichte Verschließen der Revisionsklappen und Lüftungsauslässe sowie die Montage einer Unterkonstruktion für Gardinenleisten und mit Rechnung vom 19. Oktober 1987 154.229,41 DM für das planebene Spachteln von über 5.000 qm Wandfläche geltend. Sie ist der Ansicht, es handele sich dabei um im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Zusatzleistungen, die sie auf Verlangen der Beklagten erbracht und für die sie Anspruch auf zusätzliche Vergütung habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie noch einen Zahlungsanspruch in Höhe von 161.686,95 DM verfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, es könne offenbleiben, ob es sich bei den von der Klägerin berechneten Leistungen um im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehene Zusatzleistungen handele, oder ob sie entsprechend der Ansicht der Beklagten als Nachbesserungsarbeiten anzusehen seien. Vergütungsansprüche seien schon deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin solche vor Ausführung der Leistung nicht angekündigt habe, wie es § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B verlange. Bei dieser Ankündigung handele es sich um eine Anspruchsvoraussetzung, ohne die ein Werklohnanspruch nicht entstehe. Zwar entfalle die Ankündigungspflicht, wenn für den Auftraggeber klar ersichtlich sei, daß es sich um Zusatzarbeiten handele. Dies sei bei den von der Klägerin berechneten Arbeiten jedoch nicht der Fall.

Schließlich halte § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand. Wenn es zweifelhaft sein könne, ob die vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen ursprünglich nicht geschuldet waren, entspreche es dem Gebot der Klarheit und stelle keine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar, wenn er nur bei vor-

heriger Ankündigung für diese Leistung eine Vergütung erhalten.

II.

Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. a) Nach § 1 Nr. 4 VOB/B hat der Auftragnehmer nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, es sei denn, sein Betrieb ist auf derartige Leistungen nicht eingerichtet. Für Leistungen nach dieser Klausel hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung, muß jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt (§ 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B).

Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum ist die in § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B vorgesehene Ankündigung eine Voraussetzung, ohne die ein Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nicht entsteht (Ingenstau/Korbion, VOB, 12. Aufl., B § 2 Rdn. 298 f; Riedl in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 7. Aufl., B § 2 Rdn. 130; MünchKomm/Soergel, 2. Aufl., § 631 Rdn. 207; a.A. Staudinger/Peters, BGB, 13. Bearb., § 632 Rdn. 84; Weick in Nicklisch/Weick, VOB, 2. Aufl., § 2 Rdn. 71). Diese Auffassung hat auch der Senat vertreten (Urteil vom 20. März 1969 - VII ZR 29/67, WM 1969, 1019, 1021; Urteil vom 20. Dezember 1990 - VII ZR 248/89, BauR 1991, 210, 212 = ZfBR 1991, 101). Allerdings hat er

dem Auftragnehmer auch bei versäumter Ankündigung Vergütungsansprüche zugebilligt, wenn die Vertragspartner bei Forderung der Leistung von ihrer Entgeltlichkeit ausgingen oder wenn der Auftraggeber unter den gegebenen Umständen darüber nicht im unklaren sein konnte (Urteil vom 20. April 1978 - VII ZR 67/77, BauR 1978, 314, 316; Urteil vom 15. Mai 1975 - VII ZR 43/73, Schäfer/Finnern, Z 2.310, Bl. 40).

b) Damit ist die Rechtslage nicht abschließend geklärt. Es bedarf vielmehr einer Präzisierung. § 2 Nr. 6 VOB/B regelt die Rechtsfolgen einer unterlassenen Anzeige nicht ausdrücklich. Diese müssen vielmehr erst durch die gebotene Auslegung unter Bewertung der Interessenlage ermittelt werden.

Der Bauvertrag als Langzeitvertrag bedarf einer Kooperation beider Vertragspartner. Dazu gehören Informations-, Mitwirkungs- und Rügeobliegenheiten und -pflichten. In diesem Rahmen ist auch die Verpflichtung zur Ankündigung nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B zu sehen, wenn die Ausführung von Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Nr. 4 VOB/B zu Mehrleistungen und damit zu einer erhöhten Vergütungsforderung führen soll (vgl. Nicklisch/Weick, aaO, Einleitung Rdn. 4, 6, 15). Die Ankündigung dient dem Schutz des Auftraggebers, der häufig nicht überblicken kann, ob eine bestimmte Anordnung zu Kostenerhöhungen führt: Er soll über drohende Kostenerhöhungen rechtzeitig informiert werden, um danach disponieren zu können. Es soll ihm möglich sein, eine kostenträchtige Anordnung zu überdenken und billigere Alternativen zu wählen. Auf nicht vermeidbare Kostenerhö-

hungen soll er sich so früh wie möglich einrichten können, sei es, um sie an anderer Stelle durch Einsparungen ausgleichen zu können, sei es, um die notwendigen wirtschaftlichen Dispositionen zu treffen. Die Ankündigung soll ferner frühzeitig Klarheit schaffen, ob eine geforderte Leistung von der ursprünglichen Beschreibung der Leistung nicht erfaßt war, also eine zusätzliche Leistung im Sinne von § 1 Nr. 4 VOB/B ist.

Auch die berechtigten Interessen des Auftragnehmers können nicht unberücksichtigt bleiben. Gewerbliche Bauleistungen sind regelmäßig nicht ohne Vergütung zu erwarten. Auch muß der Auftragnehmer in zumutbarer Weise Gelegenheit haben, seine Ankündigung eines zusätzlichen Anspruchs vorzubereiten.

Dieser Zweck der Klausel begrenzt zugleich ihren Anwendungsbereich. Ausgehend von der Funktion der Ankündigung im Kooperationsverhältnis der Vertragspartner ist ein Verlust des Vergütungsanspruchs für die zusätzliche Leistung nicht gerechtfertigt, wenn und soweit die Ankündigung im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich und daher ohne Funktion war. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber bei Forderung der Leistung von ihrer Entgeltlichkeit ausging oder ausgehen mußte. Es kommt auch dann in Betracht, wenn ihm nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer blieb. Andererseits ist auch zu beachten, daß der Auftragnehmer, der die Ankündigung eines zusätzlichen Entgelts - vertragswidrig - unterläßt, damit eine wesentliche Ursache für den späteren Streit setzt. Das hat Auswir-

kungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Es obliegt dem Auftragnehmer, bleibt ihm aber auch unbenommen, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß eine rechtzeitige Ankündigung die Lage des Auftraggebers im Ergebnis nicht verbessert hätte.

Selbst wenn ihm dies nicht gelingen sollte, kann ein vollständiger Verlust jeden Anspruchs auf Vergütung unangemessen und zur Wahrung der Funktion des § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B unnötig sein, wenn eine rechtzeitige Ankündigung des Vergütungsanspruchs die Lage des Auftraggebers nur partiell verbessert hätte, etwa weil er die zusätzliche Leistung benötigte, aber eine preiswertere Alternative bestand. Dann ist es erforderlich, aber auch ausreichend, den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers entsprechend zu kürzen.

Schließlich ist die harte und für den Auftragnehmer empfindliche Rechtsfolge des ganzen oder teilweisen Anspruchsverlustes unangemessen, wenn der Auftragnehmer die Ankündigung ohne Verschulden versäumt hat. Der Zweck des § 2 Nr. 6 VOB/B erfordert nicht, diese Rechtsfolge auch dann eintreten zu lassen, wenn sich der Auftragnehmer insoweit entlasten kann. Eine unverschuldete Versäumung der Ankündigung durch den Auftragnehmer wird freilich nicht häufig vorkommen. Regelmäßig verfügt gerade er über die fachlichen Kenntnisse, die es ermöglichen, eine Abweichung der Anordnung vom bisherigen vertraglichen Leistungsumfang zu erkennen. Die Tatsachen, die die Versäumung entschuldigen, hat der Auftragnehmer darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

c) In dieser Auslegung, die die Rechtsprechung des Senats fortentwickelt, hält § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B auch einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand, wenn die Parteien, wie hier, nicht die VOB/B "als Ganzes" dem Vertragsverhältnis zugrunde gelegt haben. Hat die Versäumung der Ankündigung nur dann einen Anspruchsverlust des Auftragnehmers zur Folge, wenn und soweit die Ankündigung berechtigten Schutzinteressen des Auftraggebers diene und ihre Versäumung nicht entschuldigt ist, benachteiligt diese Rechtsfolge den Auftragnehmer nicht unangemessen, sondern entspricht vielmehr letztlich dem Kooperationscharakter des Bauvertrages.

Dieses Ergebnis kollidiert nicht mit der Rechtsprechung des Senats, wonach § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B gegen § 9 AGBG verstößt, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden ist (Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88, BGHZ 113, 315, 322 ff). Durch diese Klausel werden gesetzliche Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag ohne jede Ausnahme ausgeschlossen, wenn der Auftragnehmer notwendige Arbeiten ohne unverzügliche Ankündigung ausführt. Dabei ist jede Beachtung der konkreten Interessenlage ausgeschlossen. § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B läßt sie demgegenüber zu und hält daher der Inhaltskontrolle stand.

2. a) Rechnung vom 19. Oktober 1987 über 154.229,41 DM

Mit dieser Rechnung macht die Klägerin für das von den Beklagten verlangte planebene Spachteln von 5.254 qm Wandfläche zum Einheitspreis von 25,75 DM einen Betrag von

154.229,41 DM inklusive Mehrwertsteuer geltend. Wenn es sich bei diesen Arbeiten um bisher vertraglich nicht geschuldete Zusatzleistungen handeln sollte, wie in der Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin zu unterstellen ist, spricht viel dafür, daß sich den verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten aufdrängen mußte, die Klägerin werde für diese umfangreichen und kostenintensiven Maßnahmen, die auch angesichts einer Vertragssumme von über 1,6 Mio. DM als erheblich einzustufen sind, eine besondere Vergütung beanspruchen. Es liegt daher nahe, daß eine vorherige Ankündigung des Anspruchs für die Wahrung der berechtigten Belange der Auftraggeber schon aus diesem Grund entbehrlich war.

b) Rechnung vom 16. Oktober 1987 über 7.457,54 DM

Die Klägerin rechnet hier den Einbau der Unterkonstruktion im Fensterbereich für die Montage von Gardinenleisten sowie das Abdichten der Nähte und Lüftungsauslässe mit Silikon ab. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, es sei für die Beklagten durchaus zweifelhaft gewesen, ob es sich dabei um zusätzliche Leistungen handelte. Ohne Erfolg beruft sich die Revision insoweit auf den Vortrag der Klägerin in der Berufungsinstanz, wonach der Bauleiter der Beklagten die Klägerin aufgefordert habe, den Einbau von Gardinenleisten anzubieten. Entgegen ihrer Ansicht folgt daraus noch nicht, für den Bauleiter der Beklagten sei ersichtlich gewesen, daß auch die von der Klägerin berechneten Arbeiten (Unterkonstruktion, Abdichten der Nähte) ursprünglich nicht geschuldet wurden. Dennoch kann nach dem oben Ausgeführten der Klägerin trotz Versäumung der Ankün-

digung ein Vergütungsanspruch zustehen, wenn es sich gemäß ihrem bestrittenen Vorbringen um eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung handelte.

III.

Das Urteil des Berufungsgerichts ist daher aufzuheben, soweit es die Klage in Höhe von 161.686,95 DM nebst Zinsen abgewiesen hat. In diesem Umfang wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses wird den Parteien Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vortrages geben und gegebenenfalls zu klären haben, ob es sich bei den in beiden Rechnungen enthaltenen Arbeiten um zusätzliche Leistungen der Klägerin handelt, die im Vertrag ursprünglich nicht enthalten waren.

Lang

Quack

Thode

Hausmann

Kuffer

Schreibfehlerberichtigung

BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 245/94 -

- Leitsatz zu VOB/B § 2 Nr. 6 Abs. 1; AGBG § 9 Bf, Ci -

Der Leitsatz muß unter 1. a) letzte Zeile und 1. b) erste Zeile richtig heißen:

1. a)

war, also eine zusätzliche Leistung im Sinne von
§ 1 Nr. 4 VOB/B ist.

b) Ein Verlust des Vergütungsanspruches"

Karlsruhe, den 25. Juni 1996

Bundesgerichtshof
-Geschäftsstelle-

Werner