

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 248/72

URTEIL

Verkündet am

19. September 1974

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. David T [REDACTED],
 2. Henry T [REDACTED],
 3. Louis T [REDACTED],
 4. Frau Nomi S [REDACTED],
- als Erben der am 27. Oktober 1969 verstorbenen Stefania T [REDACTED],
die minderjährigen Henry und Louis T [REDACTED] vertreten durch ihren
gesetzlichen Vertreter David T [REDACTED], sämtlich in F [REDACTED],
Am H [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Karl D [REDACTED] Bauausführungen GmbH & Co.
KG, F [REDACTED] - F [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch ihre Gesellschafterin Firma Karl D [REDACTED]
Bauausführungen-GmbH, ebenda, diese vertreten durch die
Geschäftsführer Karl D [REDACTED], ebenda, und Josef Z [REDACTED],
M [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt, den Vorsitzenden Richter Schmidt, sowie die Richter Dr. Girisch, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 12. Oktober 1972 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die im Verlauf des Rechtsstreits verstorbene und von den jetzigen Beklagten beerbte frühere Beklagte Frau Stefania T. (im folgenden: Frau T.) übertrug der Klägerin durch Bauvertrag vom 15. Juni 1965 Abbruch-, Erd-, Maurer-, Kanal-, Beton-, Stahlbeton- und Isolierarbeiten für den Umbau ihres C-Hotels in F., Am H., zu Einheitspreisen. Die vorläufige Auftragssumme betrug rund 370.000 DM. Die Geltung der VOB (B) wurde vereinbart.

- 3 -

Während der Vertragsausführung beauftragte Frau T die Klägerin mit weiteren Umbauarbeiten, insbesondere mit dem Ausbau eines Tiefkellers und zusätzlicher Unterkellerung des Hotels. Die Klägerin erstellte darüber von Juli bis Dezember 1965 insgesamt acht "Nachtragsangebote", und zwar jeweils nach fast vollständiger Ausführung der Zusatzaufträge. Hierbei berechnete sie im Vergleich zum Bauvertrag vom 15. Juni 1965 höhere Preise und Erschwerniszulagen.

Kurz nach Beendigung von zwei Bauabschnitten (1 A und 1 B) und vor Beginn des dritten Bauabschnitts (II) kam es zwischen Frau T und der Klägerin zu Meinungsverschiedenheiten über Ausführungsfristen und Abschlagszahlungen. Frau T kündigte deshalb den Vertrag mit Schreiben vom 10. Dezember 1965 und forderte die Klägerin auf, die Baustelle zu räumen. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 17. Dezember 1965, sie werde die Baustelle räumen, erkenne aber die Berechtigung der Entziehung des Auftrages für den Bauabschnitt II nicht an. Am selben Tage räumte sie die Baustelle.

Die Klägerin erteilte Frau T Schlußrechnung vom 4. Februar 1966 über 736.524,07 DM. Der Architekt der Frau T, Diplom-Ingenieur K, prüfte die Schlußrechnung und hielt 644.429,85 DM für berechtigt. Frau T zahlte unter Einschluß früherer Abschläge insgesamt 525.000 DM. Weitere Zahlungen lehnte sie ab und erklärte u.a., mit Gegenforderungen aufzurechnen.

Die Klägerin hat 221.611,58 DM restlichen Werklohn einschließlich der Kosten für eine Sicherheitsbürgschaft (516,65 DM) nebst Zinsen eingeklagt. Dabei hat sie den

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



gesamten Werklohn mit 747.294,93 DM (Schlußrechnung und früher erteilte Rechnungen) angegeben und davon 525.000 DM Abschlagszahlungen sowie 1.200 DM für Wasserverbrauch abgezogen.

Die Beklagten haben den Anspruch wegen der Bürgschaftskosten dem Grunde nach, und die restliche Werklohnforderung der Höhe nach bestritten und sich insbesondere gegen die erhöhten Preise und Zuschläge in den Zusatzaufträgen gewandt. Im übrigen haben sie die Aufrechnung mit Gegenforderungen von insgesamt 238.224,30 DM erklärt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klägerin 217.850,59 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage in Höhe von 3.260,69 DM abgewiesen. Nach Rücknahme der restlichen Klage in Höhe von 500,50 DM hat es durch Schlußurteil den Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht der Klägerin 216.414,06 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage im übrigen abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf volle Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Werklohn der Klägerin

Das Berufungsgericht erachtet Ansprüche der Klägerin in Höhe von 219.953,59 DM an sich für begründet, nämlich 219.436,94 DM als restlichen Werklohn und 516,65 DM für Kosten der Sicherheitsbürgschaft.

Wegen der Berechnung des Werklohns weist das Berufungsgericht auf folgende in dem von K. gefertigten Aktenvermerk Nr. 2 vom 4. August 1965 bestätigte Vereinbarung hin:

"1)...

Namens und auf Rechnung des Bauherrn werden die mit Bauvertrag vom 15.6.65 in Auftrag gegebenen Arbeiten um den Ausbau des vorhandenen Tiefkellers und die zusätzliche Unterkellerung verschiedener Teile des Gebäudes erweitert. Die Ausführung erfolgt gemäß Bauvertrag auf Grund der Einheitspreise des Hauptangebotes vom 31.5.65 und - soweit dort nicht enthaltene oder veränderte Leistungen notwendig werden - auf Grund der Nachtragsangebote vom 5.7. und 13.7.65 mit den vereinbarten Preisänderungen vom 26.7.65 (Aktenvermerk Nr. 1 vom 26.7.65)

..."

Das Berufungsgericht führt aus, nach dieser Vereinbarung seien nur die im Bauvertrag ursprünglich vorgesehenen Arbeiten nach den dort vereinbarten Einheitspreisen abzurechnen, die ursprünglich nicht vorgesehenen oder veränderten Leistungen der Nachtragsangebote Nr. 1 und 2 vom 5. und 13. Juli 1965 aber nach den Preisen dieser beiden Nachtragsangebote. Für die in den Nachtragsangeboten Nr. 3 bis 8 vom 6. und 13. August, 20. September, 5. November, sowie 6. und 27. Dezember 1965 angegebenen Leistungen der Klägerin hätten die Vertragsparteien keine Preisvereinbarung getroffen. Insoweit sei § 2 Nr. 6 VOB (B) maßgebend. Dies habe der Sachverständige Schmidt auch seinem Gutachten vom 28. Februar 1970 über die Schlussrechnung der Klägerin vom 4. Februar 1966 zutreffend zu Grunde gelegt. Das Gutachten sei im ganzen richtig.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie meint, ebenso wie für die Nachtragsangebote Nr. 1 und 2 die Einheitspreise des Bauvertrages vom 15. Juni 1965 maßgebend gewesen seien, hätten diese mangels anderer Vereinbarung auch für die späteren Nachtragsangebote Nr. 3 bis 8 gegolten.

Damit wendet sich die Revision vergeblich gegen die Auslegung der in dem Aktenvermerk Nr. 2 angeführten Vereinbarung durch das Berufungsgericht. Danach sind im Bauvertrag vom 15. Juni 1965 nicht vorgesehene oder veränderte Leistungen in den Nachtragsangeboten Nr. 1 und 2 gerade nicht nach den Einheitspreisen jenes Vertrages, sondern nach den Preisen der beiden Nachtragsangebote abzurechnen. Diese Auslegung der Individualvereinbarung läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht.

2. Neben der Sache liegen die Ausführungen der Revision, daß Frau T■■■■ nicht "etwa durch Stillschweigen" die Preise der Nachtragsangebote Nr. 3 bis 8 "angenommen" habe. Davon geht nämlich das Berufungsgericht gar nicht aus. Es erachtet vielmehr für die Leistungen dieser Nachtragsaufträge Vergütungen für gerechtfertigt, die gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 1 VOB (B) zu bestimmen sind.

3. Die Revision meint, Frau T■■■■ habe der Klägerin Vergütungen für die Zusatzarbeiten nicht streitig gemacht, vielmehr darauf Abschlagszahlungen geleistet. Streitig sei insoweit nur die Höhe der Vergütung. Darüber sei jedoch § 2 Nr. 6 VOB (B) nichts zu entnehmen. Das Beru-

funungsgericht habe daher zu Unrecht diese Bestimmung als maßgeblich angesehen. Das Gutachten beruhe auf demselben Rechtsfehler.

Dem kann nicht zugestimmt werden.

§ 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 1 VOB (B) enthält eine ausdrückliche Regelung zur Höhe der Vergütung für Zusatzleistungen. Danach bestimmt sich die Vergütung nach den Grundlagen der Preisermittlung der vertraglichen Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. In Absatz 2 Satz 2 aaO ist allerdings bestimmt, daß die Vergütung möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren ist. Das bedeutet aber nicht, daß die Regelung über den Vergütungsmaßstab in Absatz 2 Satz 1 aaO hinfällig würde, wenn es an einer vorherigen Vereinbarung fehlt und die Vertragspartner sich auch nach Leistungsausführung nicht über die Höhe der Vergütung zu einigen vermögen. In diesem Falle ist vielmehr jeder Vertragspartner berechtigt, gemäß §§ 315 ff BGB durch gerichtliche Entscheidung die Höhe der Vergütung klären zu lassen, wobei § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 1 VOB (B) zu Grunde zu legen ist (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 1964 - VII ZR 107/63 - = Schäfer/Finnern Z 2.310 Bl. 12; Hereth/Ludwig/Naschold VOB (B) § 2 Ez 107; zu den ähnlich liegenden Fällen gemäß § 2 Nr. 5 VOB (B) siehe Senatsurteile vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 223/62 - und vom 25. Januar 1968 - VII ZR 106/65 - = Schäfer/Finnern Z 2.311 Bl. 24; Hereth/Ludwig/Naschold aaO Ez 93). Das Berufungsgericht erachtet daher zu Recht die Regelung in § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 1 VOB (B), die auch der Sachverständige seinem Gutachten zu Grunde gelegt hat, im vorliegenden Fall für maßgebend.

II. Gegenforderungen der Beklagten

Das Berufungsgericht erachtet die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen der Beklagten nur in Höhe von insgesamt 3.539,53 DM für gerechtfertigt. Die übrigen Gegenforderungen der Beklagten sieht es dagegen als ungegründet an.

Die Revision wendet sich nur noch gegen die Ablehnung der Ansprüche auf Vertragsstrafe (32.500 DM) sowie auf Schadensersatz wegen der Kosten für den zweiten Bauzaun (764 DM), wegen entgangener Ladenmiete (12.000 DM) und wegen Pachtzinsausfall infolge Störungen des Hotelbetriebes während des Umbaus (200.000 DM).

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Ansprüche auf Vertragsstrafe, Ersatz der Kosten für den zweiten Bauzaun und entgangene Ladenmiete setzten sämtlich voraus, daß die Umbauarbeiten über verbindlich vereinbarte Termine hinaus schuldhaft verzögert worden seien. Daran fehle es. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien verbindliche Fertigstellungstermine zwischen den Vertragsparteien nicht vereinbart worden.

Diese im Rahmen der tatrichterlichen Beweiswürdigung liegenden Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

Entgegen der Ansicht der Revision nimmt das Berufungsgericht auch zu den Ansprüchen wegen der Kosten des zweiten Bauzaunes und des Verlustes durch verspätete Vermietung des Ladens Stellung (BU 24, 25). Es hält diese Ansprüche mangels schuldhafter Verzögerung der Bauarbeiten nicht für begründet.

2. Zu dem Anspruch wegen Pachtzinsausfall infolge von Störungen des Hotelbetriebes durch Baulärm und Staub erachtet das Berufungsgericht vertragswidrige Störungen nicht für bewiesen.

a) Daß auch außerhalb der vereinbarten Tageszeiten Stemmarbeiten - erlaubterweise - durchgeführt worden seien, habe auf einer besonderen Absprache zwischen dem Beklagten David T. und dem Polier der Klägerin S. beruht. Diese tatrichterliche Beweiswürdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Entgegen der Auffassung der Revision brauchte diese Absprache auch nicht im Bautagebuch niedergelegt zu werden.

b) Das Berufungsgericht sieht als bewiesen an, daß die Staubwände ordnungsmäßig aufgestellt, verklebt, regelmäßig kontrolliert und, soweit erforderlich, ausgebessert worden seien.

Die gegen diese tatrichterliche rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung des Berufungsgerichts geführten Angriffe der Revision sind ebenfalls nicht begründet.

III.

Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber für nicht durchgreifend erachtet (Art. 1 Nr. 4 EntlG).

Die Revision der Beklagten ist nach alledem zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

VRBGH Schmidt ist
aus dem Senat ausgeschieden und kann
daher nicht unterschreiben.

Girisch

Vogt

Meise

Recken