

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 632; VOB/B § 2 Nr. 2; VOB/A § 5 Nr. 1

Ist bei einem VOB-Bauvertrag streitig, ob Abrechnung nach Einheitspreisen vereinbart ist, muß der Auftragnehmer eine entgegenstehende, nur eine geringere Vergütung einräumende Behauptung des Auftraggebers - wie z.B. die Vereinbarung einer Pauschalsumme - widerlegen und die Vereinbarung der Abrechnung nach Einheitspreisen beweisen.

BGH, Urt. v. 9. April 1981 - VII ZR 262/80 - OLG Hamm
LG Detmold

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 262/80

URTEIL

Verkündet am
9. April 1981
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Robert S [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],
Detmold-Remminghausen,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Heizungs- und Installationsmeister Paul B [REDACTED],
G [REDACTED] traße [REDACTED] D [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. April 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. Juni 1980 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold vom 5. September 1979 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.

Der Kläger hat auch die gesamten Kosten beider Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger baute im Dezember 1975 im Auftrag des Beklagten eine Heizungsanlage in dessen Geschäftshaus in D[REDACTED] ein. Die Geltung der VOB war vereinbart.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe sein auf Einheitspreise abgestelltes Angebot und ein ebensolches Nachtragsangebot angenommen. Unter dem 1. August 1977



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

erteilte er dem Beklagten eine Schlußrechnung, der die Angebotspreise zugrunde liegen. Sie beläuft sich nach Kürzungen des Architekten auf 28.948,77 DM einschließlich Mehrwertsteuer. Der Beklagte zahlte zunächst 15.000 DM. Den Rest von 13.948,77 DM nebst Zinsen hat der Kläger eingeklagt. Der Beklagte zahlte danach noch weitere 5.479,50 DM und 2.275,50 DM. In Höhe dieser beiden Beträge haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Der Beklagte hat also insgesamt 22.755 DM gezahlt. Weitere Zahlungen lehnt er ab. Er behauptet, es sei ein Pauschalpreis von 22.755 DM einschließlich Mehrwertsteuer vereinbart. Die Rechnung enthalte auch zu Unrecht Beträge für angeblich zusätzliche Leistungen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 2.792,83 DM nebst Zinsen verurteilt, es im übrigen aber bei der Abweisung der Klage belassen.

Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die Revision wegen der Frage zugelassen, ob dem Beklagten die Beweislast für

die von ihm behauptete Pauschalpreisabrede zufällt. Diese Frage betrifft jedoch den Gesamtklageanspruch und nicht nur einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffes. Eine wirksame Beschränkung der Revision ist daher nicht erfolgt. Das Berufungsurteil unterliegt vielmehr der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (st. Rspr., vgl. z.B. Senatsurteil vom 6. Dezember 1979 - VII ZR 19/79 = WM 1980, 308 f m.w.N.).

II.

Unstreitig hat der Beklagte dem Kläger den Auftrag für eine komplette Heizungsanlage erteilt. Das Berufungsgericht erachtet aber weder die Vereinbarung eines Pauschalpreises noch die Vereinbarung einer Vergütung nach Einheitspreisen für bewiesen. Es meint, die Ungewißheit, ob ein Einheitspreisvertrag oder ein Pauschalpreisvertrag geschlossen worden sei, gehe zu Lasten des Beklagten (Auftraggebers). Denn bei einem der VOB/B unterworfenen Bauvertrag sei, wie sich aus § 2 Nr. 2 VOB/B ergebe, anders als nach § 632 BGB, der Einheitspreisvertrag die Regel, der Pauschalpreisvertrag die Ausnahme. Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen müsse derjenige, der sich auf eine Ausnahme berufe, deren Vorliegen beweisen.

Das hält der Revision nicht stand.

1. Der den üblichen Werklohn (§ 632 BGB) fordernde Unternehmer hat die Behauptung des Bestellers zu widerlegen, es sei ein fester geringerer Werklohn vereinbart; gelingt ihm das nicht, so steht ihm Werklohn nur in der

vom Besteller als vereinbart behaupteten Höhe zu (BGH NJW 1980, 122 m.w.N.). Diese Auffassung wird auch im Schrifttum ganz überwiegend vertreten (vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 287 ff; Palandt/Thomas, BGB, 40. Aufl., § 632 Rdn. 4; Soergel in Münch.Komm. BGB, § 632 Rdn. 20; Ballerstedt bei Soergel, BGB, 10. Aufl., § 632 Rdn. 7; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., § 632 Rdn. 8; Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., B § 2 Rdn. 3 a; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 2. Aufl., B § 2 Rdn. 3 a; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 3. Aufl., Rdn. 507; Schumann, NJW 1971, 459; a.A. Mettenheim, NJW 1971, 20 und Honig BB 1975, 447).

2. Der Unternehmer hat aber auch dann die Beweislast, wenn er die Vereinbarung einer bestimmten Vergütung behauptet und diese Vergütung einklagt. Behauptet der Besteller, es sei eine andere, niedrigere Vergütung vereinbart, so muß der Unternehmer seine eigene Behauptung beweisen und die Behauptung des Bestellers widerlegen (Senatsurteil vom 23. April 1964 - VII ZR 82/63; Palandt/Thomas, aaO). Das folgt aus dem Grundsatz, daß der Kläger die seinen Anspruch begründenden Tatsachen zu beweisen hat (Rosenberg, aaO, S. 281 ff).

So ist es auch hier. Der Kläger behauptet, der Auftrag sei ihm zu den in seinem Angebot vom 1. August 1971 und seinem Nachtragsangebot vom 28. November 1975 genannten Preisen erteilt worden. Demgegenüber behauptet der Beklagte, es sei eine niedrigere Vergütung von insgesamt nur 22.755 DM vereinbart worden. Dem Kläger obliegt bei dieser Sachlage der Beweis, daß die von ihm behauptete Vereinbarung einer höheren Vergütung zustande gekommen ist.

Diese Verteilung der Beweislast gilt auch bei einem Bauvertrag, für den die Geltung der VOB vereinbart ist.

a) Gemäß § 2 Nr. 2 VOB/B wird die Vergütung "nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z.B. durch Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten) vereinbart ist". Die Bestimmung schließt sich an § 5 VOB/A Nr. 1 an. Danach sollen Bauleistungen "grundsätzlich so vergeben werden, daß die Vergütung nach Leistung bemessen wird (Leistungsvertrag), und zwar

- a) in der Regel zu Einheitspreisen (Einheitspreisvertrag),
- b) in geeigneten Fällen für eine Pauschalsumme (Pauschalvertrag)."

b) Daraus folgern das Berufungsgericht und ein Teil des Schrifttums (Ingenstau/Korbion, aaO, B § 2 Rdn. 4, 31, 32; Heiermann/Riedl/Schwaab, aaO, B § 2 Rdn. 3 a; Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB/B, § 2 ErlZ B 2.49; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, Rdn. 261; Vygen, ZfBR 1979, 133, 136; wohl auch Soergel in Münch.Komm. BGB § 632 Rdn. 16), daß der Vertragspartner, der die Vereinbarung einer anderen Berechnungsweise als der nach Einheitspreisen behauptet, hierfür die Beweislast trage. Das trifft jedoch nicht zu.

§ 2 VOB/B geht - wie auch §§ 631, 632 BGB - davon aus, daß die Parteien über die Höhe der Vergütung in der Regel eine Vereinbarung treffen. In § 2 Nr. 2 VOB/B wird zunächst festgelegt, welche Leistungen durch die vereinbarten Preise abgegolten werden. Es wird dann weiter be-

stimmt, daß auch hinsichtlich der Berechnungsart eine Vereinbarung der Parteien Vorrang hat. Entsprechend der getroffenen Vereinbarung ist nach Einheitspreisen, nach Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten abzurechnen. Dem § 2 Nr. 2 VOB/B kann aber nicht entnommen werden, daß die Vergütung sich auch dann nach Einheitspreisen bestimmen soll, wenn der Auftragnehmer eine entsprechende Vereinbarung nicht beweisen kann. Die Bestimmung sieht nämlich nur eine Vergütung "nach den vertraglichen Einheitspreisen" vor und besagt somit lediglich, daß die Vergütung so zu berechnen ist, wie es im Vertrag geregelt ist (so zutreffend Daub/Piel/Soergel/Steffani, aaO, § 2 ErlZ B 2.48).

c) Nach § 5 Nr. 1 b VOB/A soll die Vergabe "in geeigneten Fällen für eine Pauschalsumme" erfolgen, "wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist." Demnach wird der Abschluß eines Pauschalvertrages bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen in der VOB empfohlen. Dem § 2 Nr. 2 VOB/B ist daher nicht zu entnehmen, daß nach Einheitspreisen immer dann abzurechnen wäre, wenn sich eine Vereinbarung über die Berechnungsart der Vergütung nicht feststellen läßt.

d) Im Schrifttum wird auch die Ansicht vertreten, daß - unabhängig von § 2 Nr. 2 VOB/B - auch deshalb im Zweifel nach Einheitspreisen abzurechnen sei, weil das einem Handelsbrauch im Baugewerbe entspreche (Ingenstau/Korbion, aaO, B § 2 Rdn. 3 a, 31; Vygen aaO). Das geschieht unter Berufung auf das Senatsurteil vom 13. Juni 1957 - VII ZR 10/57 = LM § 632 Nr. 3 BGB, wonach in den Fällen, in denen die Höhe der Vergütung durch einen Handels-

brauch bestimmt ist, derjenige die Beweislast trägt, der eine von dem Handelsbrauch abweichende Vereinbarung behauptet. Jene Entscheidung betraf aber einen dem jetzigen nicht vergleichbaren Fall.

In einem Bauvertrag wird in der Regel sowohl die Art der Berechnung als auch die Höhe der Vergütung vereinbart. Es läßt sich daher nicht sagen, im Baugewerbe würden die Vertragsteile schon deshalb im Regelfall keine Vereinbarung über die Berechnungsart treffen, weil die Abrechnung nach Einheitspreisen von ihnen als selbstverständlich vorausgesetzt werde. Vielmehr ist der Einheitspreisvertrag lediglich eine von mehreren in der VOB zur Wahl gestellten und auch von den Vertragsparteien genutzten Möglichkeiten für die Gestaltung von Bauverträgen (zur wachsenden Bedeutung des Pauschalvertrages vgl. Vygen ZfBR 1979, 133; Winkler, VOB Gesamtkommentar, Ausgabe 1979, Teil B, § 2 Nr. 2). Die Abrechnung nach Einheitspreisen beruht somit nicht auf einem Handelsbrauch, dessen Wesen darin besteht, ohne weiteres Vertragsinhalt zu werden (vgl. das vorerwähnte Senatsurteil LM § 632 Nr. 3 BGB). Sie setzt vielmehr eine entsprechende Abrede voraus.

e) Die vom Berufungsgericht befürwortete Verteilung der Beweislast könnte auch im Ergebnis nicht befriedigen.

Soweit das Schrifttum die Auffassung des Berufungsgerichts zur Beweislast bei der Berechnungsart teilt, ist es jedenfalls doch der Auffassung, daß der Unternehmer die Vereinbarung über die Höhe der von ihm ange-

setzten Einheitspreise beweisen muß (Ingenstau/Korbion, aaO, B § 2, Rdn. 32; Heiermann/Riedl/Schwaab, aaO, B § 2 Rdn. 3 a; Korbion/Hochstein, aaO, Rdn. 261; Vygen, aaO, S. 136).

Diese Abgrenzung ist nicht praktikabel. Wer den Abschluß eines Einheitspreisvertrages bestreitet, bestreitet damit auch, daß die behaupteten Einheitspreise ihrer Höhe nach vereinbart worden seien. Läßt sich aber die Frage, welche Berechnungsart vereinbart worden ist, nicht durch eine Beweisaufnahme klären, sind hinreichende Feststellungen über eine Vereinbarung zur Höhe der einzelnen Einheitspreise kaum möglich. Alsdann müßte doch eine Abrechnung nach den "üblichen" oder "angemessenen" Einheitspreisen erfolgen. Der Auftragnehmer würde in einem solchen Fall auf diese Weise auch entgegen einer Pauschalpreisbehauptung des Auftraggebers die übliche Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB durchsetzen können. Hätte er jedoch sogleich nur die übliche Vergütung verlangt, wäre er nach der eingangs dargestellten und weithin anerkannten Beweislastregel beweisfällig und auf den vom Auftraggeber niedriger angegebenen Pauschalpreis beschränkt geblieben. Das ist nicht miteinander vereinbar. Berechnungsart und Höhe der Vergütung sind vielmehr zu sehr miteinander verknüpft, als daß es sinnvoll wäre, die Beweislast bei jener anders zu verteilen als bei dieser.

III.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts geht es danach zu Lasten des Klägers, daß es ungewiß geblieben ist, ob ein Einheitspreisvertrag oder ein Vertrag

zu einem Pauschalpreis von brutto 22.755 DM abgeschlossen worden ist. Im weiteren ist deshalb von diesem Pauschalpreis auszugehen.

Das hinderte den Kläger auch, die weiteren erst im Nachtragsangebot enthaltenen Leistungen gesondert zu berechnen.

1. Bei einem Pauschalvertrag ist zwar die spätere Erhöhung der Vertragspreise nicht immer ausgeschlossen. Das setzt aber voraus, daß erhebliche, nach dem ursprünglichen Leistungsinhalt nicht vorgesehene Leistungen hinzukommen (vgl. Senatsurteile NJW 1974, 1864; vom 14. Januar 1971 - VII ZR 3/69 = Schäfer/Finnern, Z 2.301 Bl. 46, in BGHZ 55, 198 insoweit nicht abgedruckt; vom 16. Dezember 1971 - VII ZR 215/69 = BauR 1972, 118).

2. Daran fehlt es hier. Der Kläger wußte schon bei der Vergabeverhandlung aus den Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses, daß er eine komplette Heizungsanlage einschließlich aller erforderlichen Sicherheids-einrichtungen zu installieren hatte. Er hatte die Möglichkeit, sich über Art und Umfang der Leistungen zu unterrichten. Wenn er bei dieser Sachlage erst nach Vertragsschluß feststellte, daß die Herstellung einer funktionsfähigen Anlage umfangreichere Leistungen erforderte, als er zunächst angenommen hatte, verwirklichte sich lediglich sein in der Pauschalpreisabrede liegendes Risiko. Ein Recht zu einer Erhöhung des Pauschalpreises kann daraus nicht hergeleitet werden.

IV.

Der Kläger macht geltend, der Umstand, daß das "Ver-gabeprotokoll" ihm nicht zur Kenntnis gelangt, von ihm nicht unterzeichnet und somit nicht Vertragsbestandteil geworden sei, spreche gegen die Vereinbarung eines Pauschalpreises. Darauf kommt es nicht an. Dieser Vertrag ist jedenfalls nicht geeignet, den Beweis für die vom Kläger behauptete Vereinbarung einer Vergütung nach Einheitspreisen zu liefern.

V.

Nach alledem kann der Kläger nur den Betrag verlangen, der nach der Behauptung des Beklagten als Pauschalpreis vereinbart worden ist. Dieser Betrag ist gezahlt.

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben, soweit es dem Kläger mehr zuspricht. Insoweit ist der Rechtsstreit zur abschließenden Entscheidung reif. Es muß bei der Klageabweisung durch das Landgericht verbleiben.

Der Kläger hat gemäß § 97 ZPO die Kosten der beiden Rechtsmittel zu tragen.

Vogt

Bliesener

Girisch

Obenhaus

Meise