

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 321/95

Verkündet am:
30. Oktober 1997
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 649

Der Werkunternehmer hat bei Abrechnung eines durch Kündigung beendeten Pauschalpreisvertrages zunächst die erbrachten Leistungen und die dafür anteilig anzusetzende Vergütung darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe dieser Vergütung ist nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Leistungsverzeichnis vorliegt oder nicht.

ZPO § 1033

Tritt ein Schiedsvertrag außer Kraft, kann ein Anspruch auf Erstattung der Kosten des gescheiterten Schiedsverfahrens nicht aus den Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung hergeleitet werden. Ob und in welcher Höhe ein derartiger Anspruch besteht,

- 2 -

ist abhängig von der Regelung im Schiedsvertrag, der gegebenenfalls ergänzend auszulegen ist.

BGH, Urteil vom 30. Oktober 1997 - VII ZR 321/95 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

- 3 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 12. Dezember 1995 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht 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 Beklagte beauftragte den Kläger mit der Durchführung von Erd-, Entwässerungs-, Isolier-, Maurer-, Beton-, Stahlbeton- und Rohbauarbeiten an einem 28-Familienhaus zu einem Pauschalpreis von 1.531.960 DM. Dem Vertrag lag unter anderem die VOB/B zugrunde.

Da sich die Verbauarbeiten als schwierig erwiesen, einigten sich die Parteien nachträglich darauf, daß der Kläger für diese zusätzlich pauschal 30.000 DM erhalten sollte. Der Kläger schaltete insoweit die Firma W. ein, an die er 114.944,44 DM zu zahlen hat. Wegen der Höhe einer auf die Verbauarbeiten bezogenen Abschlagsrechnung des Klägers gerieten die Parteien in Streit. Beide erklärten die Kündigung.

Der Kläger verlangt Bezahlung der erbrachten Arbeiten in Höhe von 361.252,65 DM nebst Zinsen. Der Betrag setzt sich zusammen aus Arbeiten für Aushub (147.925,80 DM), Rohbau (51.300 DM), Verbau (114.944,44 DM) sowie Kostenerstattung für das dem Rechtsstreit vorangegangene Schiedsverfahren in Höhe von 47.082,41 DM. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Schiedsvertrag war außer Kraft getreten, weil die Schiedsrichter den Parteien angezeigt hatten, daß sich unter ihnen Stimmengleichheit ergeben habe. Eine Entscheidung über die Kosten des Schiedsverfahrens wurde nicht getroffen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Berufung der Beklagten hatte nur geringen Erfolg.

Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte weiter die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Aushub und Rohbauarbeiten

1. Abgesehen von einem Minderungsbetrag von 10.000 DM spricht das Berufungsgericht die vom Kläger geltend gemachte Vergütung für die bis zur vorzeitigen Beendigung des Vertrages erbrachten Aushub- und Rohbauarbeiten zu. Es geht davon aus, daß der Umfang der vom Kläger tatsächlich erbrachten Leistungen feststeht, da insofern jeweils ein Aufmaß erstellt wurde.

Demnach seien 4.191,50 cbm Aushubarbeiten geleistet worden. Hierfür sei nach den Feststellungen des Sachverständigen ein Kubikmeterpreis von 25 DM angemessen. Unter Berücksichtigung der Baustelleneinrichtung ergebe dies einen Anspruch von netto 150.692,25 DM, so daß die geltend gemachte Forderung von 147.925,80 DM gerechtfertigt sei.

Bei den Rohbauarbeiten habe der Sachverständige nach dem Aufmaß bereits aus Teilpositionen eine Forderung von

79.083 DM errechnet, so daß die geltend gemachten 51.300 DM jedenfalls berechtigt seien.

Dem Beklagten stünden Minderungsansprüche wegen fehlender Dichtungsringe nur in Höhe von 10.000 DM zu.

2. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision haben überwiegend Erfolg.

a) Das Berufungsgericht verkennt die Anforderungen, die nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. zuletzt Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95 = BauR 1997, 304 = ZfBR 1997, 78 jeweils m.w.N.) bei der Abrechnung eines durch Kündigung beendeten Pauschalpreisvertrages zu stellen sind. Danach hat der Unternehmer zunächst die erbrachten Leistungen und die dafür anteilig anzusetzende Vergütung darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe dieser Vergütung ist nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen; der Unternehmer muß deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistung zum Pauschalpreis darlegen.

Das Berufungsgericht stellt hier rechtsfehlerfrei und von der Revision insoweit auch nicht beanstandet die erbrachten Leistungen für Aushub- und Rohbauarbeiten fest. Es hält die Abrechnung dieser Leistungen lediglich nach angemessenen Einheitspreisen für zulässig, weil die Beklagte vor Vergabe der Arbeiten keine Ausschreibung vorgenommen, der Kläger kein Leistungsverzeichnis erstellt habe und es diesem daher nicht möglich sei, den Anforderungen nach Ab-

rechnung der erbrachten Leistungen nach den Positionen des Leistungsverzeichnisses und nach Angabe der nach dem Leistungsverzeichnis gesamten zu erwartenden Leistungen zu entsprechen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Schon im Ansatz verfehlt ist anzunehmen, daß das maßgebliche Wertverhältnis nur aufgrund eines Leistungsverzeichnisses ermittelt werden kann. Es ist nach den Senatsgrundsätzen abzurechnen, unabhängig davon, ob ein Leistungsverzeichnis vorliegt oder nicht.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht wegen Mängeln nur einen Minderungsbetrag von 10.000 DM zuerkannt hat. Das Berufungsgericht hat, sachverständig beraten, einen Minderungsbetrag von 10.000 DM für angemessen gehalten. Dies ist nicht zu beanstanden.

II.

Verbauarbeiten

1. Das Berufungsgericht erkennt dem Kläger für Verbauarbeiten nicht nur einen Pauschalpreis von 30.000 DM, sondern einen "Erstattungsanspruch" in Höhe von 114.944,44 DM zu, weil er diesen Betrag an die von ihm als Subunternehmerin beauftragte Firma W. zu bezahlen habe. Der gesamte Vorgang vom Auftauchen der ersten Schwierigkeiten mit dem Verbau, der Besprechung aller Beteiligten, der Erstellung eines Baugrundgutachtens durch den Sachverständigen V. bis

zur Beauftragung der Firma W. durch den Kläger zeige, daß die Beklagte von Anfang an über sämtliche Schwierigkeiten informiert gewesen und der Kläger berechtigt gewesen sei, den Bauvertrag mit der Firma W. abzuschließen. Der Zugang des Angebots der Firma W. bei der Beklagten sei als Einreichung des dazu erforderlichen Nachtragsangebots zu betrachten. Es fehle lediglich an der Erteilung eines schriftlichen Angebots der Beklagten. An dieser "Formalie" könne der Erstattungsanspruch nicht scheitern, weil es sich um absolut unerläßliche Arbeiten gehandelt habe.

2. Hiergegen wendet sich die Revision zu Recht.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts belegen nicht die Annahme, daß neben der Vereinbarung eines zusätzlichen Pauschalpreises von 30.000 DM zwischen den Parteien vereinbart war, daß der Kläger die Leistung selbst oder durch eine Subunternehmerin gegen eine vom Pauschalpreis losgelöste neue Preisfestsetzung erbringen sollte. Die Kenntnis der Beklagten von den Schwierigkeiten der Ausführung und des Angebots der Firma W. allein rechtfertigen noch nicht die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Parteien eine vertragliche Vereinbarung dieses Inhalts geschlossen haben. Das Wollen der Leistung und deren schlichte Entgegennahme führen nicht ohne weiteres zur Änderung des Vertragsinhalts (Senatsurteil vom 10. April 1997 - VII ZR 211/95 = BauR 1997, 644 = ZfBR 1997, 243).

Die weitere Verhandlung gibt dem Berufungsgericht die Möglichkeit, zu klären, ob eine vertragliche Vereinbarung dieses Inhalts vorliegt. Haben die Parteien sich nicht dahin geeinigt, ist zu prüfen, ob eine Anpassung gemäß § 2

Nr. 7 VOB/B in Betracht kommt oder der Vergütungsanspruch auf § 2 Nr. 8 VOB/B gestützt werden kann.

III.

Kosten des Schiedsverfahrens

1. Das Berufungsgericht erkennt dem Kläger dessen Anwalts- und Schiedsgerichtskosten in Höhe von 47.082,41 DM aus dem gescheiterten Schiedsverfahren zu, das aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden Schiedsvertrags durchgeführt worden war. Die Kosten könne der Kläger unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung bzw. des Schuldnerverzugs ersetzt verlangen.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Soweit das Berufungsgericht den Anspruch auf positive Vertragsverletzung stützt, fehlt es an Feststellungen, welche vertragliche Nebenpflicht aus dem Werkvertrag oder Schiedsvertrag durch die Beklagte verletzt sein soll. Die Tatsache, daß es zu keiner Einigung vor dem Schiedsgericht gekommen ist, begründet nicht eine derartige Pflichtverletzung. Das Berufungsgericht legt auch nicht dar, mit welcher Leistung die Beklagte in Verzug gewesen ist. Daß sie mit der Werklohnzahlung in Verzug gekommen ist, kann nicht angenommen werden, da der Kläger nach den bisherigen Feststellungen nicht prüffähig abgerechnet hat.

Der Anspruch kann auch nicht aus den Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung hergeleitet werden, weil diese nicht entsprechend zur Begründung eines materiell-recht-

lichen Kostenerstattungsanspruchs herangezogen werden dürfen (BGH, Urteil vom 4. November 1987 - IV b ZR 83/86 = NJW 1988, 2032 m.w.N.). Ob und in welcher Höhe dem Kläger ein Anspruch auf Erstattung der Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens zusteht, ist abhängig von der Regelung im Schiedsvertrag (vgl. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 21. Aufl., § 1042 Rdn. 26; MünchKomm zur ZPO/Maier, § 1040 Rdn. 11). Hier haben die Parteien vereinbart, daß die jeweils klagende Partei die Kostenvorschüsse für das aus zwei Schiedsrichtern bestehende Schiedsgericht zu zahlen hat und diese dann nach Kostenentscheidung auszugleichen sind. Für den Fall, daß der Schiedsvertrag wegen Stimmengleichheit außer Kraft tritt, haben die Parteien keine Kostenregelung vorgesehen. Die Vereinbarung bedarf insoweit der ergänzenden Vertragsauslegung.

Lang

Quack

Thode

Wiebel

Kuffer