

2211 091

VII ZR 65/60

Verkündet
am 13. Juli 1961
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

der H [REDACTED], Gesellschaft zur Förderung des Wohnungs-
baues mbH., vertreten durch ihren Geschäftsführer, den
Architekten Paul G [REDACTED], H [REDACTED], V [REDACTED]-Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] als Abwick-
ler der Kanzlei des verstorbenen
Rechtsanwalts Prof. Dr. [REDACTED]-

gegen

den Bauunternehmer Wilhelm K [REDACTED], H [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungs- und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 4. Februar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat im Jahre 1954 für zwei von der Beklagten in der B[REDACTED] Straße in H[REDACTED] errichtete Häuser die Erd-, Beton-, Maurer- und Putzarbeiten sowie die Tischlerarbeiten ausgeführt. Er hat eine restliche Werklohnforderung von 11.842,37 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat die Berechtigung der geltend gemachten Forderung bestritten, hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet und Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat der Klage im vollen Umfang, das Oberlandesgericht nur in Höhe von 8.316,25 DM nebst Zinsen hiervon stattgegeben.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der ganzen Klage. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Parteien für die Erd-, Beton-, Maurer- und Putzarbeiten an beiden Häusern einen Pauschalpreis von (2 x 37.492 =) 74.984 DM vereinbart haben.

1.) Hiervon setzt es ab die im Kostenanschlag vorgesehenen Vergütungen für diejenigen von der Pauschalpreisvereinbarung umfaßten Vertragsleistungen, die die Beklagte - auf Grund eines dahingehenden vertraglichen Vorbehalts (Ziff. 4 Abs. 2 der "Allgemeinen Vorbemerkungen" des Kostenanschlags) - dem Kläger nachträglich entzogen hat. Diese ergeben zusammen 4.532,26 DM.

- 3 -

2.) Außerdem setzt es von dem Pauschalpreis "zunächst einmal" die im Kostenanschlag aufgeführten Beträge bei sämtlichen Positionen ab, die

a) entweder die Beklagte von anderen Unternehmern hat teilweise ausführen lassen (= 3.542,00 DM)

b) oder deren Massen nach dem Aufmaß des Klägers um 25 % unter (= 2.941,06 DM)

c) oder um 25 % über (= 3.691,02 DM) dem betreffenden Massenansatz des Kostenanschlags liegen.

Nach Abzug dieser insgesamt 14.706,34 DM ausmachenden Posten vom Pauschalpreis bleibt ein Betrag von 60.277,66 DM.

3.) Zu diesem Betrag von 60.277,66 DM rechnet das Berufungsgericht hinzu die unter Zugrundelegung des Aufmaßes des Klägers und der Einheitspreise des Kostenanschlags ermittelten Vergütungen für die vom Kläger tatsächlich erbrachten Leistungen. Diese errechnet es zu 2) a) mit 748,50 DM, zu 2) b) mit 1.550,10 DM und zu 2) c) mit 5.307,28 DM.

4.) Zu den 60.277,66 DM rechnet das Berufungsgericht weiter hinzu die Vergütungen für vom Kläger ausgeführte Arbeiten, die im Kostenanschlag überhaupt nicht vorgesehen waren, mit insgesamt 2.275,12 DM.

5.) Schließlich belastet das Berufungsgericht die Beklagte mit 8.923,50 DM für die Tischlerarbeiten und mit 2.453,87 DM für die Herstellung der Kanäle und Klärgruben; diese Leistungen waren unstreitig im Pauschalpreis nicht einbegriffen.



6.) Die vorstehend unter 3.) 4.) und 5.) angeführten Beträge ergeben zusammen mit den 60.277,66 DM eine Gesamtvergütung von 81.536,03 DM. Unter Abzug der von der Beklagten auf das Bauvorhaben in der B[REDACTED] Straße gezahlten 73.219,78 DM hat das Berufungsgericht dem Kläger noch 8.316,25 DM nebst Zinsen hieraus zuerkannt.

II.

1.) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe für diejenigen Positionen, bei denen sich zwischen dem Massenansatz im Kostenanschlag und dem Aufmaß des Klägers Abweichungen von mehr als 25 % nach oben oder nach unten ergeben, die Vergütung nicht nach Aufmaß und vertraglichen Einheitspreisen berechnen dürfen. Die Vergütung des Klägers für die Erd-, Beton-, Maurer- und Putzarbeiten dürfe jedenfalls insgesamt den vereinbarten Pauschalpreis nicht übersteigen.

Damit wendet sich die Revision gegen die Auslegung des Werkvertrags der Parteien durch das Berufungsgericht. Diese Auslegung kann das Revisionsgericht nur auf Widersprüche, auf Verstöße gegen die Denkgesetze, Erfahrungssätze und gesetzliche Auslegungsvorschriften (§§ 133, 157 BGB) sowie auf ihr zugrundeliegende Verfahrensverstöße nachprüfen. Solche Rechtsfehler sind jedoch nicht zu erkennen.

2.) Das Berufungsgericht stützt sich auf die Bestimmung in Ziffer 4 g der "Besonderen Bedingungen" im Auftragschreiben der Beklagten vom 24. Mai 1954. Diese lautet:

"Sollten auf besonderen Wunsch der Bauherrin Änderungen in der Ausführung während der Bauzeit angeordnet werden, die Positionen zum Erlöschen bringen

oder die Massen so verändern, daß die Veränderung über 25 % hinausgeht, so wird damit diese Position Gegenstand einer besonderen Vereinbarung und vom festen Pauschalsatz abgezogen."

Ihr entnimmt es, daß von dem Pauschalpreis auszunehmen und besonders zu berechnen seien diejenigen Leistungen des Klägers, deren Massen um mehr als 25 % abweichen von den Massen des Kostenanschlags, die dem vereinbarten Pauschalpreis zugrunde lagen. Da die Parteien keine besondere Vereinbarung über die Berechnung dieser Positionen getroffen hätten, gelte gemäß Ziffer 2 des Auftragsschreibens der Beklagten das Angebot des Klägers vom 19. Mai 1954, das in Ziffer 4 d seiner "Allgemeinen Vorbemerkungen" die Bestimmungen der VOB (B) für maßgebend erklärt. Nach § 2 Ziffer 2 VOB (B) habe die Abrechnung nach Aufmaß und Einheitspreisen zu erfolgen.

3.) Daß das Berufungsgericht bei dieser Auslegung wesentliche Gesichtspunkte außer acht gelassen habe, kann der Revision nicht zugestanden werden.

a) Die Meinung der Revision, nur eine 25 % übersteigende Abweichung von der gesamten Bausumme solle berücksichtigt werden, ist mit dem Wortlaut der Pauschalklausel nicht zu vereinbaren. Darin ist unmißverständlich auf die einzelne Position ("diese Position") abgestellt.

b) Daß die im Auftragsschreiben der Beklagten vom 24. Mai 1954 aufgeführten "Besonderen Bedingungen" in erster Linie als die Grundlage des Vertrags gelten sollten, wie die Revision meint, mag zutreffen. Jedenfalls konnte das Berufungsgericht gerade der Bestimmung in

Ziffer 4 g entnehmen, daß alle 25 % übersteigenden Abweichungen der Leistungen des Klägers von den dem Pauschalpreis zugrunde gelegten Massen nicht durch den Pauschalpreis gedeckt, sondern besonders zu berechnen sind. Durch diese bei Pauschalpreisvereinbarungen zweckmäßige und übliche Regelung haben sich beide Parteien dagegen geschützt, daß große Abweichungen der tatsächlichen Leistungen von den dem Pauschalpreis zugrunde liegenden, sei es nach oben, sei es nach unten, zum Nachteil des Klägers oder der Beklagten unberücksichtigt bleiben.

c) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Parteien die für die Berechnung solcher Abweichungen vorgesehene Vereinbarung nicht getroffen haben. Unter diesen Umständen begegnet seine Auslegung, die Parteien hätten für den Fall, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen werde, die in Frage kommenden Positionen entsprechend der Regelung in § 2 Ziff. 2 VOB (B) nach Aufmaß und den vereinbarten Einheitspreisen abrechnen wollen, keinen rechtlichen Bedenken. Da die Parteien für stark abweichende Positionen eine Erhöhung oder Verminderung der Vergütung vorgesehen, die Berechnungsart aber nicht festgelegt haben, so liegt eine durch Auslegung zu schließende Lücke in ihrem Vertrag vor. Die Auslegung des Berufungsgerichts, daß die betreffenden Positionen alsdann nach Aufmaß und den vorsorglich vertraglich festgelegten Einheitspreisen abgerechnet werden sollen, ist naheliegend, jedenfalls aber rechtlich nicht unmöglich. Die Revision legt selbst nicht dar, daß und inwiefern die vorgesehene Vereinbarung zu einer anderen Berechnung als nach Aufmaß und den vereinbarten Einheitspreisen und außerdem zu einem der Beklagten günstigeren Ergebnis geführt hätte. Die Beklagte muß die Unklarheiten in den sämtlich von ihr herrührenden Bestimmungen im Kostenanschlag, im Auftragsschreiben und in den hinzugefügten "Besonderen Bedingungen" gegen sich gelten lassen.

d) Zu Unrecht beruft sich die Revision auch auf die Regelung in Ziffer 4 f der "Besonderen Bedingungen", wonach Tagelohnarbeiten nur nach vorheriger schriftlicher Bestätigung über Art und Umfang der Leistung anerkannt werden. Tagelohnarbeiten waren im Angebot nicht vorgesehen. Ihr Umfang läßt sich in der Regel nachträglich schwer nachprüfen. Es ist deshalb üblich, den Vergütungsanspruch hierfür von einer vorherigen Vereinbarung über Art, Umfang und Lohnhöhe abhängig zu machen. Dem entspricht die Regelung in § 2 Ziffer 9 und § 15 VOB (B). Für die hier infrage kommenden Leistungen waren aber die Einheitspreise festgelegt, und ihr Umfang konnte durch Aufmessen festgestellt werden.

e) Daß mit der vorgesehenen besonderen Vereinbarung ersichtlich auch gemeint gewesen sei, das Aufmaß müsse gemeinsam genommen werden, ist der 25 %-Klausel nicht zu entnehmen. Die Beklagte hat sich in den Vorinstanzen auch nicht hierauf berufen. Die Revision zieht zudem die Richtigkeit der Massen im Aufmaß des Klägers nicht in Zweifel.

4.) a) Der Geschäftsführer der Beklagten hat bei seiner Vernehmung am 22. Mai 1959 bestritten, daß der Kläger der Beklagten die Mehrleistungen mitgeteilt und die Beklagte sie gebilligt habe. Dieses Bestreiten hat das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen.

Zusätzlich hat es festgestellt, daß der Geschäftsführer der Beklagten als der die Bauarbeiten leitende Architekt diese laufend überwacht, dabei die Mehrleistungen erkannt und ihnen nicht widersprochen habe. Infolgedessen könne die Beklagte, so meint das Berufungsgericht, nicht nachträglich die Mehrleistungen bestreiten.

Insoweit greift die Revision das Urteil nicht an.

b) Das Berufungsgericht hat ferner hilfsweise erörtert, ob der Kläger seinen durch die Mehrleistungen bei einzelnen Positionen bedingten Vergütungsanspruch vor Ausführung der Leistungen gemäß § 2 Ziffer 6 VOB (B) der Beklagten angekündigt habe. Es hält eine solche Ankündigung im vorliegenden Fall nicht für erforderlich.

Dabei hat das Berufungsgericht jedoch verkannt, daß § 2 Ziffer 6 VOB nicht die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Leistungen betrifft, die in größerem Umfang als angesetzt zur Ausführung gelangen (Mehrleistungen hierwegen vgl. § 2 Ziff. 3 und 5), sondern nur im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehene Leistungen (zusätzliche Leistungen), hinsichtlich deren keine Vergütung vereinbart worden ist. Nur seinen besonderen Vergütungsanspruch hinsichtlich solcher zusätzlicher Leistungen soll der Auftragnehmer nach § 2 Ziffer 6 VOB vor Beginn der Ausführung dem Auftraggeber ankündigen, damit dieser nicht durch Ansprüche überrascht wird, mit denen er nicht gerechnet hat.

Da es somit einer Ankündigung des Vergütungsanspruchs für die Mehrleistungen nicht bedurfte, die Parteien insoweit vielmehr in der Pauschalpreisklausel eine Sonderregelung getroffen haben, kommt es auf das, was die Revision hierzu ausführt, nicht an.

5.) Hinsichtlich der vom Berufungsgericht (S. 25, 26 unter B) behandelten zusätzlichen, also im Kostenanschlag nicht vorgesehen gewesenen Leistungen erhebt die Beklagte in der Revision keine Einwendungen mehr.

III.

Die Beklagte hat einzelne im Leistungsverzeichnis vorgesehen gewesene Arbeiten, die mit dem vereinbarten Pauschalpreis abgegolten sein sollten, an andere Unternehmer vergeben. Der Kläger hat ihr die hierfür im Angebot angesetzten Beträge nicht in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat jedoch an die anderen Unternehmer höhere Beträge zahlen müssen als im Angebot des Klägers vorgesehen war.

Die Beklagte behauptet, sie sei zur Vergabe der Arbeiten gezwungen gewesen, weil der Kläger nicht rechtzeitig damit fertig geworden wäre. In Höhe des aufgewandten Mehrbetrags will sie mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnen. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs oder Nichterfüllung schon daran scheitert, daß die Beklagte dem Kläger keine Frist zur Vertragserfüllung gesetzt hat (§§ 5, Ziff. 4, 8 Ziff. 3 VOB (B)).

Der Meinung der Revision, es habe einer Fristsetzung nicht bedurft, weil der Kläger sich zur bezugsfertigen Erstellung des Hauses zum 1. November 1954 verpflichtet gehabt habe, kann nicht gefolgt werden. Im Auftragsschreiben vom 24. Mai 1954 heißt es lediglich: "Die bezugsfertige Erstellung des Hauses ist auf den 1. 11. 1954 festgesetzt." Damit war für die Leistungen des Klägers keine Frist nach dem Kalender bestimmt (§ 284 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Kläger schuldete nicht das bezugsfertige Haus, sondern im wesentlichen nur den verputzten Rohbau sowie die Schreinerarbeiten. Der Vermerk im Auftragsschreiben stellt nur einen Hinweis auf den von der Beklagten in Aussicht genommenen Bezugstermin dar. Der Kläger hat seine Arbeiten Anfang 1955 beendet, ohne daß ihm, soweit festgestellt, die Beklagte eine Frist gesetzt hatte. Das Recht, dem

Kläger den Auftrag für bestimmte Leistungen zu entziehen und Schadensersatz zu verlangen, stand der Beklagte gemäß § 8 Ziffer 3 VOB erst nach erfolgloser Fristsetzung bezüglich dieser Leistungen zu.

In Wirklichkeit hat die Beklagte nach der Feststellung des Berufungsgerichts von ihrem in Ziffer 4 der "Allgemeinen Vorbemerkung" des Kostenanschlags vorbehaltenen Recht Gebrauch gemacht, einzelne Arbeiten an andere Unternehmer zu vergeben. Die Folgerung des Berufungsgerichts, der Kläger habe deshalb, wenn er mit der Vergabe bestimmter Leistungen einverstanden war, nicht für damit verbundene höhere Kosten aufkommen wollen, ist deshalb rechtlich unbedenklich.

Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die Beklagte auch nicht aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ihre höheren Aufwendungen ersetzt verlangen kann.

IV.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Erbel

Bundesrichter Dr. Vogt
ist beurlaubt und orts-
abwesend.

Finke

Glanzmann