

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 58/89

URTEIL

Verkündet am:
19. Februar 1991
Welte
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landkreises A-W, gesetzlich vertreten durch den
Landrat R, D Lstraße, A,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. und
-

gegen

die M F GmbH, gesetzlich vertreten durch
ihren Geschäftsführer Kaufmann Wolfgang H, Al
Straße, A,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Rogge, Dr. Jestaedt, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 26. Januar 1989 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der beklagte Landkreis und die Rechtsvorgängerin der Klägerin schlossen 1978 einen Vertrag über eine Mülldeponie in Framersheim, der als Entgelt für die Klägerin eine jährliche Pauschalvergütung vorsah. 1981 verlangte der Beklagte, einen weiteren Deponiewärter und zusätzlich einen Verdichter einzusetzen. Die Klägerin erklärte sich hierzu bereit, forderte jedoch unter anderem, den über 1.100 Betriebsstunden hinausgehenden Einsatz des Verdichters zu einem Stundensatz von 173,81 DM zuzüglich Umsatzsteuer zu vergüten. Ob sich die Parteien hierüber geeinigt haben, ist streitig. In der Folgezeit forderte die Klägerin jedes Jahr über die Pauschale hinaus Vergütung wegen Mehreinsatzes des Verdichters. Der beklagte Landkreis zahlte das Pauschalentgelt und erbrachte

- 3 -

weitere Zahlungen, lehnte aber die geforderte volle Zusatzvergütung mit der Begründung ab, eine Vergütung für die Mehrkosten sei nicht vereinbart worden. Als die Verhandlungen der Parteien über die Anpassung der Vergütung ohne Ergebnis blieben, drohte die Klägerin, den Verdichter stillzulegen, sobald 1.100 Betriebsstunden erreicht seien, sofern der Beklagte nicht die Zahlungsrückstände aus den Vorjahren begleiche. Am 13. August 1985 legte sie den Verdichter still. Der Beklagte ließ die Verdichterarbeiten ab 28. August 1985 anderweitig durchführen und zahlte hierfür 85.899,-- DM. Die Klägerin, die zwischenzeitlich wegen eines Vergütungsrückstandes von 148.369,58 DM in einem früheren Rechtsstreit - 6 O 280/85 - beim LG Mainz Klage erhoben hatte, versuchte ohne Erfolg, dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung den Fremdeinsatz eines Verdichters auf der Mülldeponie untersagen zu lassen. Danach kam es zu einem Schriftwechsel über eine gütliche Regelung der Streitfragen. Am 24. Oktober 1985 nahm die Klägerin die Verdichterarbeiten wieder auf.

Die Klägerin verlangt im vorliegenden Rechtsstreit für die vom 24. Oktober bis 31. Dezember 1985 geleisteten Verdichterarbeiten eine nach Betriebsstunden berechnete Vergütung von insgesamt 66.774,33 DM. Sie hat behauptet, die Parteien hätten sich auf eine Vergütung auf dieser Basis geeinigt.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat eine Vergütungsvereinbarung für die Mehrstunden des Verdichters und deren Anzahl bestritten und geltend gemacht, in jedem Fall sei von der geforderten Vergütung ein Abzug zu



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

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

machen, da der Verdichtereinsatz zu einer Verringerung des Raupeneinsatzes geführt habe. Hilfsweise hat der Beklagte aufgerechnet mit Ansprüchen aus der Ersatzvornahme von 1985 in Höhe von 85.899,-- DM, ersparter Kosten wegen des Miedereinsatzes der Raupe im Jahre 1985 von 26.950,-- DM und mit einer Teilforderung aus einer Ersatzvornahme im Jahre 1981 von 41.631,-- DM.

Die Klägerin hat die zur Aufrechnung gestellten Forderungen bestritten.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 65.387,32 DM verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten durch Teilurteil zurückgewiesen, soweit sie gegen die Zuerkennung eines Betrages von 29.120,76 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 17. Januar 1986 gerichtet ist.

Mit der Revision rügt der Beklagte, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die zuerkannte Klageforderung jedenfalls durch die Aufrechnung mit der Teilforderung in Höhe von 41.631,-- DM erloschen sei. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Aufrechnung sei insoweit nach den §§ 296 Abs. 1, 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen, sei rechtsfehlerhaft (§§ 139, 286 ZPO).

Der Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Teilurteils und Abänderung des landgerichtlichen

Urteils das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig; das Revisionsgericht ist an die Berechnung der Beschwer durch das Berufungsgericht gebunden (§ 546 Abs. 2 S. 2 ZPO). In der Sache bleibt sie jedoch ohne Erfolg.

I.

1. Keine rechtlichen Bedenken bestehen gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten mit Schreiben vom 22. und 23. Oktober 1985 einen Werkvertrag über den Wiedereinsatz des Verdichters ab 24. Oktober 1985 geschlossen und als Vergütung einen Stundensatz von 173,81 DM nebst Umsatzsteuer vereinbart. Da die Klägerin vom 24. Oktober bis zum 31. Dezember 1985 insgesamt 337 Betriebsstunden geleistet habe, belaufe sich ihr Vergütungsanspruch auf 66.774,33 DM. Der Beklagte greift dies nicht an.

2. Das Berufungsgericht hat der Klägerin lediglich einen Teilbetrag von 29.120,76 DM zugesprochen, weil nur insoweit der Rechtsstreit zur Entscheidung reif sei. Es hat als Höchstbetrag wegen des Mindereinsatzes der Raupe den vom

Beklagten geltend gemachten Betrag von 26.950,-- DM abgezogen.

Von der in erster Linie zur Aufrechnung gestellten Forderung von 85.899,-- DM für Kosten der Ersatzvornahme hat es nur die Mehrkosten von 10.703,57 DM, die durch die Beauftragung eines Drittunternehmens anstelle der gleichfalls vergütungsberechtigten Klägerin entstanden seien, durchgreifen lassen.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, weitere Aufrechnungen griffen nicht durch. Die in zweiter Linie zur Aufrechnung gestellte Forderung von 26.950,-- DM für den Mindereinsatz der Raupe könne nicht ein zweites Mal berücksichtigt werden. Mit der Aufrechnung der Teilforderung von 41.631,-- DM sei der Beklagte wegen Verspätung und Verzögerung ausgeschlossen.

II.

Das Urteil des Berufungsgerichts stellt sich im Ergebnis als richtig dar (§ 563 ZPO). Die Revision wendet sich ausschließlich gegen die Nichtberücksichtigung der Aufrechnung des Beklagten mit der Forderung von 41.631,-- DM wegen der Ersatzvornahme der Verfüllungsarbeiten. Diese hat das Berufungsgericht zu recht nicht gegenüber der Klageforderung durchgreifen lassen.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Parteien hätten sich Mitte Oktober 1985 nicht nur über die Wiederaufnahme der Verdichtungsarbeiten ab 24. Oktober 1985 und die

Leistungsabrechnung auf Stundenbasis geeinigt, sondern im Grunde auch darüber, daß von der geschuldeten Vergütung ein Abzug wegen des behaupteten Mindereinsatzes der Raupe vorgenommen werden solle, wobei die Höhe des Abzuges noch zu verhandeln war. Das Berufungsgericht hat sich hierbei auf den Inhalt der Schreiben der Parteien vom 14. Oktober bis zum 23. Oktober 1985 gestützt. Die Klägerin habe mit Schreiben vom 14. Oktober 1985 den Einsatz des Verdichters zum Stundenpreis von 173,81 DM nebst Umsatzsteuer angeboten. In dem Antwortschreiben vom 22. Oktober 1985 habe der Beklagte Interesse für die gütliche Erledigung aller Streitpunkte gezeigt. Unter anderem habe er angedeutet, mit einer Abrechnung der zusätzlichen Verdichterbetriebsstunden für die Jahre 1982 bis 1985 auf Stundenbasis einverstanden zu sein. Abzuziehen sei allerdings der Anteil an der auf die Raupe entfallenden Vergütung. Auf die Frage eines Abzugs sei die Klägerin in ihrem Telex vom 22. Oktober 1985 nicht mehr zurückgekommen. Ihre Bevollmächtigten hätten den Raupenmindereinsatz als "das Hauptproblem" bezeichnet und zum Ausdruck gebracht, daß die Angelegenheit einverständlich beigelegt werden könne. Sie hätten angeboten, den Verdichter ab dem 24. Oktober 1985 auf Stundenbasis zu einem Preis von 173,81 DM zuzüglich Steuer einzusetzen und den Beklagten um Bestätigung gebeten. Dies habe der Beklagte mit Telex vom 23. Oktober 1985 getan, gleichzeitig aber darauf bestanden, daß "auch hier" ein Abzug wegen des geringeren Einsatzes der Raupe vorzunehmen sei, über dessen Höhe noch Einigung erzielt werden müsse. In Kenntnis dieses Schreibens habe die Klägerin die Verdichterarbeiten am 24. Oktober wieder aufgenommen.

2. Diese Auslegung des Schriftwechsels läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Revision rügt sie auch nicht. Das Berufungsgericht hat den vom Beklagten verlangten Abzug wegen des Mindereinsatzes der Raupe gemacht und sich die Entscheidung darüber vorbehalten, ob er in voller Höhe berechtigt ist.

3. Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, daß die Parteien im Schriftwechsel vom 14. - 23. Oktober 1985 nur diesen Abzug, nicht aber weitere Minderungen der Vergütung für den Verdichtereinsatz zugelassen haben. Die Aufrechnung mit den Kosten der Ersatzvornahmen ist demgegenüber also ausgeschlossen.

Der Beklagte schuldet daher der Klägerin entsprechend den Ausführungen des Berufungsgerichts jedenfalls 39.824,33 DM, ohne daß es auf die zur Aufrechnung gestellten Forderungen aus Ersatzvornahmen in den Jahren 1981 und 1985 ankam. Auf die vom Berufungsgericht zur Frage des Zurückbehaltungsrechts der Klägerin vertretene Auffassung, die rechtlich nicht bedenkenfrei ist, kam es nicht an.

III.

Da der Rechtsstreit infolge des angefochtenen Teilurteils lediglich mit einem Teilbetrag in Höhe von

29.120,76 DM nebst Zinsen in der Revisionsinstanz anhängig geworden ist, war insoweit die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Bruchhausen

Rogge

Jestaedt

Broß

Melullis