



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 14/04

Verkündet am:
14. April 2005
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B § 2 Nr. 3 Abs. 2

Die VOB/B enthält für das Preisanpassungsverlangen keine zeitliche Begrenzung. Die Vertragspartner sind gehalten, das Preisanpassungsverlangen möglichst beschleunigt geltend zu machen. Das Recht auf Preisanpassung kann nach den allgemeinen Grundsätzen verwirkt werden.

BGH, Urteil vom 14. April 2005 - VII ZR 14/04 - OLG Naumburg

LG Halle

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. April 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 25. November 2003 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung eines höheren Betrages als 154,40 € nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt restlichen Werklohn und als Verzugsschaden die Erstattung von Rechtsanwaltskosten. In der Revision streiten die Parteien vor allem über ein Preisanpassungsverlangen der Beklagten nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin durch Einheitspreisvertrag vom Oktober 2001 mit den Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten beim Umbau

eines Pflegeheimes. Die VOB/B war vereinbart. Auf Aufforderung der jeweils anderen Seite stellten die Klägerin eine Vertragserfüllungsbürgschaft und die Beklagte eine Bürgschaft nach § 648 a BGB. Die Vertragserfüllungsbürgschaft sollte nach Abnahme zurückgegeben werden, falls bei dieser keine Mängel festgestellt würden.

Die Klägerin führte die Arbeiten aus. Dabei wurden die Mengenansätze im Leistungsverzeichnis bei mehreren Positionen jeweils um mehr als 10 % überschritten. Am 24. Juli 2002 wurden die Arbeiten der Klägerin als mangelfrei abgenommen. Die Beklagte gab die Vertragserfüllungsbürgschaft jedoch nicht zurück.

Unter dem 26. Juli 2002 erstellte die Klägerin ihre Schlußrechnung. Sämtliche Berechnungs- und Aufmaßunterlagen hatte sie der Beklagten bereits mit der neunten und letzten Abschlagsrechnung vom 17. Juli 2002 übersandt. Die Beklagte prüfte beide Rechnungen und teilte der Klägerin mit Schreiben vom 20. August bzw. 10. Oktober 2002 das Ergebnis der Prüfung mit. Mit dem Schreiben vom 10. Oktober 2002 verlangte sie ferner wegen der angefallenen Mehrmengen neue Verhandlungen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B.

Nach der Abnahme forderte die Klägerin durch ihren Rechtsanwalt die Beklagte mehrfach mündlich und schriftlich auf, die Vertragserfüllungsbürgschaft zurückzugeben. Die Beklagte kam dem erst nach, nachdem sich die Klägerin mit einer Reduzierung der von der Beklagten gestellten Bürgschaft einverstanden erklärt hatte. Der Rechtsanwalt der Klägerin berechnete dieser für seine Tätigkeit nach § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO 211,99 €. Die Beklagte erstattete unter Hinweis auf § 120 BRAGO lediglich 57,59 €.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 29.423,59 € gerichteten Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Klage in Höhe von

659,85 € zurückgenommen. Im übrigen ist die Berufung der Beklagten erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt sie weiterhin Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat überwiegend Erfolg.

Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht führt aus, der Anspruch der Beklagten auf Preis-anpassung nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B sei verwirkt. Sie habe ihn erst nach Ablauf der zweimonatigen Prüfungsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B mit ihrem Schreiben vom 10. Oktober 2002 geltend gemacht. Jedoch seien bereits die in der neunten Abschlagsrechnung vom 17. Juli 2002 enthaltenen Berechnungen der Klägerin aufgrund der beigelegten Aufmaßunterlagen und Erläuterungen vollständig gewesen und hätten der Beklagten als Grundlage für ihre eigene Abrechnung vom 20. August 2002 gedient. Den von ihr errechneten Nettoest-werklohn habe sie gegenüber der Klägerin ausdrücklich bestätigt. Zwar sei dar-in kein Anerkenntnis im Sinne von § 781 BGB zu sehen. Die Klägerin habe je-doch darauf vertrauen dürfen, daß die abgerechneten Mehrmengen außer Streit gestellt werden sollten. In diesem Abrechnungsverhalten der Beklagten liege sowohl ein Zeit- als auch ein Umstandsmoment für die Annahme einer Verwir-kung. Im übrigen sei es treuwidrig, im Rahmen der Abrechnung vom

10. Oktober 2002 wegen der Mehrmengen die Offenlegung der Kalkulation der Klägerin zu verlangen, obwohl die Beklagte bereits vorher im Rahmen der eigenen Abrechnung die verbleibende Restsumme ausdrücklich anerkannt habe. Jedenfalls habe die Klägerin das Abrechnungsverhalten der Beklagten als Antrag auf Abschluß eines Teilvergleichs werten dürfen, den sie spätestens dadurch angenommen habe, daß sie im Rahmen ihres Mahnschreibens vom 30. September 2002 die von der Beklagten bestätigte Summe berücksichtigt habe.

Die Klägerin könne auch die Rechtsanwaltskosten nach § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO abrechnen. Die Beklagte habe sich in Verzug befunden. Auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Rückgabe der von ihr gestellten Bürgschaft habe sie sich erst nach Klageerhebung berufen.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung überwiegend nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin könne gemäß § 286 BGB von der Beklagten noch 154,40 € (211,99 € abzüglich gezahlter 57,59 €) für die Tätigkeit ihres Rechtsanwalts beim Zurückfordern der Vertragserfüllungsbürgschaft verlangen.

a) Daß der Berechnung der Gebühr § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO und nicht § 120 BRAGO zugrunde zu legen ist, wird von der Revision zu Recht nicht mehr in Zweifel gezogen.

b) Die Beklagte war mit der Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft in Verzug.

Die Revision wendet insoweit nur ein, Verzug sei nicht eingetreten, weil der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zugestanden habe. Diese Ansicht trifft nicht zu.

Im Revisionsverfahren kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Beklagte ihrerseits Anspruch auf Rückgabe der von ihr gestellten Bürgschaft nach § 648a BGB hat. Das bloße Bestehen dieses Anspruchs schließt Verzug der Beklagten mit der Rückgabe der von der Klägerin gestellten Vertragserfüllungsbürgschaft nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 2003 - V ZR 190/02, BauR 2003, 1561). Denn der Beklagten steht kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB, sondern ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu. § 320 BGB setzt voraus, daß die sich gegenüberstehenden Ansprüche synallagmatisch miteinander verknüpft sind. Der Vortrag der Parteien gibt für eine derartige Verknüpfung nichts her. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB muß, um den Eintritt des Verzugs zu verhindern, vorher geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 5. Mai 1971 - VIII ZR 59/70, WM 1971, 1020). Das hat die Beklagte nicht getan.

2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht das Preisanpassungsverlangen der Beklagten wegen der entstandenen Mehrmengen nicht berücksichtigt.

a) Nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ist bei einer über 10 % hinausgehenden Überschreitung des Mengenansatzes im Leistungsverzeichnis auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Diese Klausel begründet hinsichtlich der Mehrmengen einen vertraglichen Anspruch auf Einwilligung in einen neuen Preis (BGH, Urteil vom 20. März 1969 - VII ZR 29/67, LM Nr. 36 zu VOB/B = MDR 1969, 655; Hdb. priv. BauR (Kleine/Möller), 3. Aufl., § 10 Rdn. 410, 416). Kommt es trotz der insoweit be-

stehenden Kooperationspflicht der Parteien zu keiner Vereinbarung, kann der neue Preis unmittelbar zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden (allgemeine Meinung; vgl. z.B. Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Rdn. 150 zu § 2 VOB/B; Ingenstau/Korbion/Keldungs, 15. Aufl., § 2 Nr. 3 VOB/B Rdn. 27).

b) Die Beklagte war nicht gehindert, ihr Verlangen nach Preisanpassung mit ihrem Schreiben vom 10. Oktober 2002 und später im Prozeß geltend zu machen.

aa) Der VOB/B lassen sich zeitliche Schranken für das Preisanpassungsverlangen nicht entnehmen. § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B enthält insoweit keine Regelung. Der Verlust des Rechts auf Preisanpassung kann auch nicht aus einer Versäumung der Frist nach § 16 Nr. 3 VOB/B hergeleitet werden. Denn das Verlangen nach Preisanpassung ist nicht Gegenstand dieser Regelung.

bb) Die Beklagte hat ihr Recht, Preisanpassung zu verlangen, nicht verwirkt.

(1) Verwirkung setzt voraus, daß zum Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (BGH, Urteil vom 14. November 2002 - VII ZR 23/02, BauR 2003, 379 = NZBau 2003, 213 = ZfBR 2003, 147).

(2) Es fehlt bereits an dem erforderlichen Zeitmoment. Zwar ist der Auftraggeber gehalten, das Preisanpassungsverlangen möglichst beschleunigt geltend zu machen. Dagegen hat die Beklagte jedoch nicht verstoßen, indem sie nur wenige Tage nach Ablauf der Frist von zwei Monaten für die Prüfung der Schlußrechnung das Preisanpassungsverlangen gestellt hat.

Weiter fehlt es an den erforderlichen Anhaltspunkten dafür, daß die Klägerin sich darauf einrichten durfte und darauf eingerichtet hat, die Beklagte werde keine Preisanpassung mehr verlangen. Solche Anhaltspunkte ergeben sich nicht aus der Reaktion der Beklagten auf die von der Klägerin übersandten Rechnungen und dem von ihr gezeigten Abrechnungsverhalten, das sich in erster Linie auf die neunte Abschlagsrechnung und nicht auf die Schlußrechnung bezogen hat.

cc) Auch aus anderen Gründen kann der Beklagten das Preisanpassungsverlangen nicht versagt werden.

Die Beklagte war an das Ergebnis ihrer Prüfung der neunten Abschlagsrechnung nicht gebunden, selbst wenn sie, wie das Berufungsgericht pauschal in den Raum stellt, wegen der Mehrmengen bereits Abzüge vom Werklohn vorgenommen haben sollte. Diese Prüfung stellte keine rechtsgeschäftliche Erklärung und insbesondere kein Anerkenntnis dar (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2001 - VII ZR 452/00, BauR 2002, 465 = NZBau 2002, 153 = ZfBR 2002, 254). Die Beklagte durfte daher im Rahmen des Preisanpassungsverlangens von der Klägerin die Offenlegung der Kalkulation fordern.

Aus denselben Gründen trifft auch die Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu, das Verhalten der Beklagten stelle ein Angebot auf Abschluß eines Teilvergleichs über die Abrechnung der Mehrmengen dar, das die Klägerin mit ihrem Mahnschreiben vom 30. September 2002 angenommen habe.

Dressler

Kuffer

Kniffka

Bauner

Safari Chabestari