



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

X ZR 166/04

Verkündet am:  
26. April 2005  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: \_\_\_\_\_ nein  
BGHR: \_\_\_\_\_ ja

BGB a.F. § 631

Wird eine Leistung aufgrund eines Werkvertrags geschuldet und vergütet, so kann der Auftragnehmer dieselbe Leistung aufgrund einer Nachtragsvereinbarung in der Regel nicht ein zweites Mal bezahlt verlangen. Etwas anderes gilt, wenn der Auftraggeber in der Nachtragsvereinbarung eine gesonderte Vergütungspflicht selbständig anerkannt hat oder die Vertragsparteien sich gerade in Ansehung dieser Frage verglichen haben.

BGH, Urt. v. 26. April 2005 - X ZR 166/04 - OLG Celle

LG Hannover

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Scharen, Keukenschrijver, Asendorf und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das am 14. Oktober 2004 verkündete Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von dem beklagten Land Zahlung von 18.311,04 € nebst Zinsen für die Bereitstellung einer mobilen Kälteanlage. Zwischen den Parteien ist streitig, ob dieser Leistung ein Zusatzauftrag zugrunde liegt oder ob es sich um Maßnahmen im Rahmen einer Mängelbeseitigung handelt, für die der Klägerin eine gesonderte Vergütung nicht zusteht.

Das beklagte Land beauftragte die Klägerin, die Kältezentrale der Medizinischen Hochschule H. (MHH) umzurüsten. In der Kältezentrale befanden sich zwei voneinander unabhängige Kältesysteme. Die beiden neu zu installierenden Kältesysteme sollten aus jeweils zwei Kältemaschinen bestehen.

Dem Vertrag lag ein Leistungsverzeichnis zugrunde, das "Technische Vorbemerkungen" enthielt, in denen es zum Bauablauf heißt:

"Während der Durchführung der Baumaßnahmen muß die unterbrechungsfreie Kälteversorgung der Liegenschaft mit mindestens zwei Kälteerzeugern (1x Betrieb, 1x Reserve) gewährleistet bleiben. Gleichzeitig soll aus Kostengründen auf den Einsatz einer mobilen Kälteanlage während des Umbaus verzichtet werden. Dies bedingt, daß die Bauabwicklung in zwei Bauabschnitten (Phasen) durchzuführen ist."

Daran schließt sich die Beschreibung der beiden Bauabschnitte an. Danach sollte während des ersten Bauabschnitts die Kälteversorgung durch die vorhandenen Turbo-Kaltwassersätze (Turbo II und III) sichergestellt werden, während des zweiten Bauabschnitts hingegen durch die im ersten Bauabschnitt neu aufgestellten Kaltwassersätze.

Noch während des ersten Bauabschnitts fiel im März 2002 eine der neu installierten Maschinen (KM 1.2) aus. Die Maschine wurde nach Italien in das Herstellerwerk verbracht, dort repariert und nach ca. zehn Tagen wieder eingebaut.

Nachdem der erste Bauabschnitt beendet war und im zweiten Bauabschnitt die restlichen alten Kältemaschinen bereits demontiert waren, fiel am 24. Mai 2002 die andere der beiden von der Klägerin im ersten Bauabschnitt neu installierten Kältemaschinen (KM 1.1) aus. Die neuen Kältemaschinen für den zweiten Bauabschnitt waren noch nicht installiert. Zur Kälteversorgung der MHH stand deshalb nur noch ein Kälteerzeuger zur Verfügung.

Am 27. Mai 2002 wandte sich Dr. S. vom Staatshochbauamt des beklagten Landes an die Klägerin und meldete Gewährleistungsansprüche zur Beseitigung des Mangels nach VOB/B § 13 an. Weiter heißt es in dem Schreiben:

"Ich fordere hiermit eine detaillierte Schadensanalyse, da dies bereits der zweite große Schaden an den Kältemaschinen war und dies aus Betreibersicht nicht hinnehmbar ist. Zur Zeit steht nur eine (reparierte) Kältemaschine zur Verfügung (Turbo 1.2), d.h. bei Ausfall dieser Maschine steht kein Ersatz zur Verfügung, um die Versorgung des gesamten Klinikums mit Kühlwasser sicherzustellen.

Wie in unserem soeben geführten Telefonat vom 27. Mai 2002 von mir erläutert wurde, rege ich an, daß aufgrund des unsicheren Anlagenbetriebes von Ihnen Vorsorge für die Beschaffung von Ersatzkälteaggregaten auf der Baustelle getroffen wird, ohne hierdurch zunächst Kosten zu verursachen. Weiterhin habe ich Ihnen nochmals verdeutlicht, daß die MHH auf eine unterbrechungsfreie Kälteversorgung angewiesen ist, was Ihnen

versorgung angewiesen ist, was Ihnen bekannt ist und von Ihnen auch fernmündlich bestätigt wurde. ..."

Am 28. Mai 2002 kam es zu einer Besprechung, deren genauer Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Das Protokoll der von dem beklagten Land mit der Bauleitung beauftragten R. GmbH über die Besprechung lautet auszugsweise:

"Am Freitag, den 24.05.02 ist KM 1.1 aufgrund eines gravierenden Verdichterschadens ausgefallen und steht nicht mehr zur Verfügung.

Zur Wiederherstellung der Versorgungssicherheit wurde der Tausch des defekten Verdichters ... veranlaßt. Ferner wurde Firma K. (*Klägerin*) vom SB-III (*beklagtes Land*) auf Veranlassung der MHH ... mit der umgehenden Bereitstellung einer mobilen Kälteerzeugungsanlage von 2 x 750 kW Kälteleistung beauftragt. ..."

Die zuständigen Mitarbeiter des Hochbauamtes des beklagten Landes erstellten am 28. Mai 2002 einen Aktenvermerk, der der Klägerin zugeleitet wurde, und in dem es heißt:

"...

Während des zweiten Bauabschnitts sollten die neuen Kältemaschinen 1 und 2 die Versorgung der MHH mit Kühlwasser sicherstellen. Durch einen Totalausfall von Kältemaschine 1 steht nur

noch eine Kältemaschine zur Versorgung der MHH ohne weitere Reserve zur Verfügung.

An Kältemaschine 2 war bereits ein umfangreicher Schaden aufgetreten. Die Getriebe-/Turbineneinheit mußte vollständig ausgetauscht werden. Die komplette Kühlwasserversorgung der MHH ist vom Betrieb von Kältemaschine 2 abhängig. Da von der Fernkälte lebenswichtige Systeme versorgt werden, reicht nach Einschätzung der TGM-MHH der alleinige Betrieb einer Kältemaschine nicht aus.

Aus v.g. Gründen wird von der TGM-MHH der Aufbau einer Notkühlung gefordert. Solch ein System kann nur mit mobilen Kälteerzeugungsmodulen zur Verfügung gestellt werden. Aufgrund der milden Witterung sind zwei Module à 750 kW erforderlich.

Firma K. wurde beauftragt, sofort die erforderlichen Module einschl. des erforderlichen Zubehörs für die Zeit der Reparatur bis zum ordnungsgemäßen Betrieb der Kältemaschine 1 zu beschaffen."

Mit Schreiben vom 30. Mai 2002 sandte die Klägerin an die R. GmbH ein Nachtragsangebot, das die Bereitstellung der mobilen Kälteanlage umfaßte. Dieses Nachtragsangebot wurde auch dem beklagten Land übersandt, das mit Schreiben vom 23. Juli 2002 die Kostenübernahme für die angemieteten Notkälteaggregate ablehnte.

Das Landgericht hat der Zahlungsklage stattgegeben, nachdem es über den Inhalt der Besprechung am 28. Mai 2002 durch Vernehmung von Zeugen Beweis erhoben hat. Es hat angenommen, daß das beklagte Land die Klägerin mit der entgeltlichen Bereitstellung der mobilen Kälteanlage beauftragt habe. Im übrigen kämen die Grundsätze für kaufmännische Bestätigungsschreiben auch bei Behörden zur Anwendung.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hielt es für unerheblich, ob die Klägerin entgeltlich beauftragt worden sei oder nicht, weil der Gegenstand des Zusatzauftrags jedenfalls zur Mängelbeseitigungspflicht der Klägerin gehört habe. Das beklagte Land könne dies auch noch im nachhinein geltend machen. Etwas anderes könne nur gelten, wenn es die Vergütungspflicht entweder selbständig anerkannt oder die Parteien sich gerade in Ansehung dieser Frage verglichen hätten. Beides sei nicht der Fall.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter. Das beklagte Land tritt dem Rechtsmittel entgegen.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision erweist sich als unbegründet. Das Berufungsgericht hat die Klage frei von Rechtsfehlern abgewiesen.

I. Das Berufungsgericht hat die Berufung des beklagten Landes zu Recht für zulässig gehalten. Es hat zutreffend ausgeführt, das Land habe gegen das erstinstanzliche Urteil eingewandt, es sei auch bei einem entgeltlichen Zusatzauftrag nicht zur Zahlung verpflichtet, weil die als Nachtrag abgerechneten Leistungen bereits vom Ursprungsvertrag umfaßt (und mit der dort vereinbarten Vergütung bezahlt) seien. Damit hat das beklagte Land die Urteilsbegründung des Landgerichts insgesamt angegriffen. Es spielt dafür keine Rolle, ob der Klägerin ein entgeltlicher Auftrag in der Besprechung am 28. Mai 2002 bzw. durch Übermittlung des über diese Besprechung von dem beklagten Land angefertigten Aktenvermerks erteilt wurde oder, entsprechend der Hilfsbegründung des Landgerichts, nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens erst infolge widerspruchsloser Hinnahme des Angebotschreibens der Klägerin vom 30. Mai 2002. Das Argument des beklagten Landes erfaßte beide Fallgestaltungen. Die Zulässigkeit seiner Berufung wurde deshalb nicht dadurch in Frage gestellt, daß es nicht auch die Hilfserwägung des Landgerichts zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben angegriffen hatte. Die Revision verkennt in diesem Zusammenhang, daß das beklagte Land durch einen infolge eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens fingierten Vertrag nicht weitergehend gebunden sein konnte als durch einen mittels Angebot und Annahme geschlossenen Vertrag gleichen Inhalts.

II. Nach Auffassung des Berufungsgerichts setzt ein Zusatzvergütungsanspruch aufgrund einer Nachtragsvereinbarung voraus, daß die Leistungspflicht, auf die die Nachtragsforderung gestützt wird, nicht bereits zur vertraglich vereinbarten Leistung gehört. Eine Ausnahme will es nur dann zulassen, wenn der Auftraggeber die gesonderte Vergütungspflicht selbständig anerkannt hat oder die Parteien sich gerade in Ansehung dieser Frage verglichen haben.

Davon ausgehend konnte das Berufungsgericht eine Einigung der Parteien über eine besondere, über den ohnehin bestehenden Vertragsinhalt hinausgehende Vergütungspflicht des beklagten Landes für die Bereitstellung der mobilen Kältemaschinen nicht feststellen.

Diese Ausführungen halten im Ergebnis der Nachprüfung stand. Wird eine bestimmte Leistung bereits nach dem Ursprungsvertrag geschuldet und bezahlt, so kann der Auftragnehmer dieselbe Leistung in der Regel nicht ein zweites Mal aufgrund einer Nachtragsvereinbarung bezahlt verlangen. Dafür wäre erforderlich, daß sich der Auftraggeber in vertragsändernder Weise eindeutig damit einverstanden erklärt, eine zusätzliche Vergütung ohne Rücksicht auf die schon bestehenden Leistungspflichten des Auftragnehmers zu zahlen. Regelmäßig kann davon nicht ausgegangen werden.

1. Die Klägerin war schon nach Nr. 6 der "Technischen Vorbemerkungen" des Umrüstungsauftrags vom März 2001 dazu verpflichtet, die Kältemaschinen 1 und 2 im ersten Bauabschnitt so zuverlässig zu montieren, daß sie im zweiten Bauabschnitt reibungslos die Kälteversorgung der MHH sicherstellten. Dafür war nach der ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien die unterbrechungsfreie Kälteversorgung der MHH mit mindestens zwei Kälteerzeugern erforderlich. Deshalb schuldete die Klägerin die stete Einsatzbereitschaft beider im Bauabschnitt 1 montierten Kältemaschinen während des gesamten Bauabschnitts 2. Der Ausfall der neu installierten Maschine KM 1.2 im März 2002 und derjenige der KM 1.1 nur kurze Zeit später zeigten, daß diese von der Klägerin montierten Maschinen entgegen den vertraglichen Vereinbarungen nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besaßen, schon während des Bauabschnitts 2 die ununterbrochene Kälteversorgung der MHH sicherzustellen.

Die Klägerin war entsprechend der Aufforderung des Beklagten im Telefonat und Schreiben vom 27. Mai 2002 auf ihre Kosten zur Beseitigung dieses Mangels verpflichtet. Nach Lage der Dinge kam dafür lediglich die Bereitstellung von zwei mobilen Kältemaschinen in Frage, mit der der Beklagte auch einverstanden war. Diese Bereitstellung ist dann aber, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, eine schon durch den ursprünglichen Umrüstungsvertrag geschuldete Mängelbeseitigung, für die eine gesonderte Vergütung aufgrund einer Nachtragsvereinbarung nicht verlangt werden kann, weil sie bereits mit der für die ursprüngliche Werkleistung vereinbarten Vergütung abgegolten ist (vgl. Sen.Urt. v. 10.06.2003 - X ZR 86/01, IBR 2003, 600).

Keine Bedeutung hat in diesem Zusammenhang, daß das beklagte Land aus Kostengründen auf den Einsatz einer mobilen Kälteanlage während des Umbaus verzichten wollte. Dies unterstreicht lediglich, wie wichtig es dem Land war, die kontinuierliche, zuverlässige Kälteversorgung durch die jeweils noch oder schon vorhandenen Kältemaschinen zu gewährleisten. Konnten die von der Klägerin neu installierten Maschinen vertragswidrig diese Versorgung nicht sicherstellen, mußte die Klägerin mit anderen Mitteln die von ihr geschuldete Leistung erbringen. Dazu gehörte dann auch die Bereitstellung mobiler Kälteanlagen.

2. Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizupflichten, daß Nr. 6 der "Technischen Vorbemerkungen" nicht wegen Verstoßes gegen das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB-Gesetz) unwirksam ist. Die gegen diese rechtliche Wertung des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision erweisen sich als unbegründet. Die Nr. 6 ist Bestandteil des Leistungsverzeichnisses und damit der Leistungs-

beschreibung des Vertrags. Sie ist schon deshalb der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz entzogen (BGHZ 100, 158, 173). Außerdem ist der Wortlaut der fraglichen Klauseln auf das konkrete Projekt der MHH bezogen. Es ist nicht ersichtlich und insbesondere von der Klägerin auch nicht dargetan, daß die "Technischen Vorbemerkungen" für eine Vielzahl von Verträgen hätten Verwendung finden sollen. Dargelegt ist lediglich eine einmalige Verwendung dieser Bestimmungen durch das beklagte Land in dem Vertrag zwischen den Parteien vom März 2001. Nach § 1 Abs. 1 AGBG (jetzt § 305 Abs. 1 BGB) sind Allgemeine Geschäftsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen des Verwenders durch diesen vorformulierte Vertragsbedingungen. Das Berufungsgericht hat es deshalb zu Recht für unerheblich gehalten, ob die Klägerin die fraglichen Klauseln gegenüber mehreren ihrer Subunternehmer angewendet hatte.

3. Auf keine Bedenken stoßen auch die Überlegungen, aufgrund derer das Berufungsgericht es abgelehnt hat, im Wege des Anerkenntnisses oder des Vergleichs eine Zahlungspflicht des beklagten Landes für die Bereitstellung der mobilen Kältemaschinen anzunehmen, obwohl diese Leistung der Klägerin bereits aufgrund des ursprünglichen Vertrags geschuldet war. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat das beklagte Land in einem Telefonat mit dem verantwortlichen Mitarbeiter der Klägerin am 27. Mai 2002 wegen des erneuten Ausfalls der Kältemaschine ausdrücklich Gewährleistungsansprüche angemeldet und dies in einem Schreiben vom selben Tage auch schriftlich festgehalten. Fehlerfrei hat das Berufungsgericht für die Auslegung der in der Besprechung am 28. Mai 2002 von den Parteien abgegebenen Erklärungen auf die äußeren Umstände abgestellt, unter denen jene Besprechung stattfand. Durch die Gefahr einer Unterbrechung der lebensnotwendigen

Kälteversorgung der MHH war eine Notsituation entstanden. Beide alten Kühlkreisläufe waren bereits komplett demontiert, von den neuen nur die Kältemaschinen 1.1 und 1.2 installiert. Beide neuen Maschinen sind baugleich, eine war bereits einmal ausgefallen und mußte im Herstellerwerk instandgesetzt werden, als auch die zweite ausfiel. In dieser Situation befürchteten die Mitarbeiter des beklagten Landes zu Recht, daß die inzwischen reparierte Kältemaschine 1.2 möglicherweise erneut ausfallen und dies zu einer Unterbrechung der Kälteversorgung führen könnte. Das Berufungsgericht hat sich sodann mit der Aussage des Zeugen Ke. und dem Aktenvermerk des beklagten Landes vom 28. Mai 2002 auseinandergesetzt. Es hat in tatrichterlicher Würdigung aller dieser Umstände rechtsfehlerfrei erkannt, daß eine Vergütungspflicht des beklagten Landes aufgrund der Nachtragsvereinbarung für den Einsatz der mobilen Kältemaschinen nach den von den Parteien abgegebenen Erklärungen wie regelmäßig nur dann bestehen sollte, wenn die Klägerin diese Leistung nicht bereits aufgrund des ursprünglichen Vertrags geschuldet hatte. Die Revision erinnert auch nichts gegen die tatrichterliche Würdigung, wonach den Erklärungen des beklagten Landes kein Anerkenntnis oder kein Vergleich zu entnehmen gewesen wäre, die eine Vergütungspflicht bereits unabhängig von dem zuvor Vereinbarten begründet hätten.

4. Wie das Berufungsgericht weiter zutreffend erkannt hat, führt auch ein über die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens vereinbarter Nachtrag regelmäßig nicht zu einer doppelten Vergütungspflicht, wenn tatsächlich die im Nachtrag beschriebene Leistung schon zu dem ursprünglichen Leistungsumfang gehört. Das Fehlen einer unverzüglichen Reaktion des beklagten Landes auf das Nachtragsangebot der Klägerin vom 30. Mai 2002 war vor

dem Hintergrund der früheren Vereinbarungen und Gespräche zwischen den Parteien für die Klägerin erkennbar nicht als Einverständnis mit einer gesonderten Vergütungspflicht zu verstehen. Es hat nach den vom Berufungsgericht festgestellten Umständen des Falls insbesondere auch nicht die Wirkung eines Anerkenntnisses oder eines Vergleichs bezüglich der Vergütungspflicht für die Bereitstellung der mobilen Kältemaschinen.

Die Revision war daher mit der Kostenfolge des § 91 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Asendorf

Kirchhoff