



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 144/12

vom

10. April 2014

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. April 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Graßnack

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 4. Mai 2012 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Gegenstandswert: 118.562,58 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin verlangt von den Beklagten eine zusätzliche Vergütung für Verbaumaßnahmen.

2 Mit Bauvertrag vom 18. Juli 2006, dem eine Ausschreibung der Beklagten vorausgegangen war, verpflichtete sich die Klägerin zu Bauleistungen für die Grunderneuerung einer S-Bahn, u.a. auch zu Kabeltiefbauleistungen, die im Zusammenhang mit der Erneuerung von Kabeltrassen und Gleisquerungen zu erbringen waren. Die Geltung der VOB/B 2002 und der VOB/C 2002 waren ver-

einbart. Die Kabeltiefbauarbeiten sind im Leistungsverzeichnis unter Titel 4 aufgeführt. In der Unterposition 4.1 "Kabeltiefbauarbeiten im Bereich der S-Bahnüberbauung B." finden sich zunächst Unterpositionen zur Baustelleneinrichtung und zur Technischen Bearbeitung. Sodann enthält die Leistungsbeschreibung nach der Unterposition 4.01.50 einen Vermerk, wonach in "Positionen dieses Unterloses" u.a. bauzeitliche Verbaue einzurechnen sind. Es folgen sodann Positionen zu weiteren Leistungen für den Bereich S-Bahnüberbauung B. Unter den Unterpositionen 4.4 "Kabeltiefbauarbeiten im Bereich der Fernbahnüberbauten B.", 4.7 "Kabeltiefbauarbeiten im Bereich der S-Bahnüberbauten Br." und 4.10 "Kabeltiefbauarbeiten im Bereich der Fernbahnüberbauten Br." sind die vertraglichen Leistungen ausgeschrieben, ohne dass der Verbau erneut erwähnt wird.

3 Die Klägerin macht geltend, die für die Arbeiten nach den Untertiteln 4.4, 4.7 und 4.10 notwendig gewesenenen Verbaue seien besondere, im Leistungsverzeichnis nicht besonders erwähnte Leistungen, die gesondert zu vergüten seien, und verlangt eine zusätzliche Vergütung in Höhe von 118.562,58 €.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter.

II.

5 Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Zahlung des geforderten Werklohns, weil die streitgegenständlichen Verbaumaßnahmen zu den Pos. 4.4, 4.7 und 4.10 des Leistungsverzeichnisses vom

ursprünglichen Bausoll umfasst und von dem vereinbarten Preis abgegolten seien. Für die Abgrenzung zwischen vertraglich geschuldeten und zusätzlichen Leistungen komme es allein auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung und nicht auf die Unterscheidung in den DIN-Vorschriften zwischen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen an. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst seien, sei gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln. Dabei sei das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen. Hierzu gehörten auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen der VOB/C, wenn diese vereinbart sei. Das Leistungsverzeichnis sei dahin auszulegen, dass die Klägerin den Verbau für sämtliche in Titel 4 ausgeschriebenen Baugruben schuldet und deshalb keine zusätzliche Vergütung dieser Leistungen verlangen könne. Dies ergebe sich aus der Bemerkung nach Pos. 4.01.50. Der Begriff "Unterlos" beziehe sich auf die unter Ziffer 4 des Leistungsverzeichnisses genannten Kabeltiefbauarbeiten. Die Regelungen des Vertrags und des Leistungsverzeichnisses gingen den an letzter Stelle genannten Regelungen der VOB/C insoweit vor. Es handele sich bei der Klausel um eine Vorbemerkung für die nachfolgend aufgeführten Positionen. In ihr werde klar gestellt, dass der Verbau insgesamt einzukalkulieren sei.

- 6 Falls die Klägerin Zweifel am Umfang der geforderten Leistung gehabt hätte, hätte sie dies zum Ausdruck bringen müssen, weil es sich nicht um einen "versteckten Hinweis" gehandelt habe. Ein Auftragnehmer, der bei für ihn erkennbar lückenhaftem Leistungsverzeichnis ohne vernünftigen Bezug zur Ausschreibung mehr oder weniger "ins Blaue hinein" kalkuliere und damit die Gefahr späterer Nachforderungen heraufbeschwöre, um daraus Vorteile zu ziehen, ohne seine Aussichten auf Erteilung des Zuschlags aufs Spiel zu setzen, könne sich nicht auf enttäushtes Vertrauen berufen.

7 Da die streitgegenständlichen Verbaumaßnahmen zum ursprünglichen Bausoll gehörten, könne in der Freigabe der Ausführungspläne seitens der Beklagten keine Anordnung nach § 2 Nr. 6 VOB/B gesehen werden. Ebenso wenig liege ein Anerkenntnis der Beklagten vor, das einen Anspruch der Klägerin nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B zur Folge haben könnte.

III.

8 Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem angefochtenen Urteil hat keinen Erfolg. Es besteht kein Grund, die Revision zuzulassen.

9 Die Entscheidung des Berufungsgerichts weicht entgegen der Auffassung der Beschwerde nicht von der Rechtsprechung des Senats ab. Der Beschwerde ist allerdings zuzugeben, dass das Berufungsgericht einleitend missverständlich formuliert, wenn es meint, für die Abgrenzung zwischen unmittelbar vertraglich geschuldeten und zusätzlichen Leistungen komme es allein auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung und nicht auf die Unterscheidung in den DIN-Vorschriften zwischen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen an. Diesen Rechtssatz hat es der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, BauR 2002, 935, entnommen. Es wendet diesen Rechtssatz aber nicht in der Weise an, dass es allein auf die Leistungsbeschreibung ankäme und die Regelungen zu den Besonderen Leistungen in den Abschnitten 4 der DIN 18299 ff. keine Rolle spielten. Vielmehr erkennt es, dass der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung im Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368, 374 dahin klargestellt hat, dass bei der Prüfung, welche Leistungen von der Vergütungsvereinbarung erfasst sind, das

gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen ist und insoweit auch Abschnitt 4 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen zu berücksichtigen ist.

10 Demgemäß befasst sich das Berufungsgericht folgerichtig mit der Frage, ob der Verbau, der gemäß Abschnitt 4.2.12 der DIN 18300 eine Besondere Leistung ist, in der Leistungsbeschreibung besonders erwähnt und deshalb von der Vergütungsvereinbarung erfasst ist. Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise entschieden, die Leistungsbeschreibung bringe klar und unmissverständlich zum Ausdruck, dass die nach Pos. 4.01.50 des Leistungsverzeichnisses enthaltene Formulierung, wonach in Positionen "dieses Unterloses" auch bauzeitliche Verbau einzukalkulieren sind, als umfassende Vorbemerkung auch die Positionen 4.4, 4.7 und 4.10 erfasst.

11 Die gegen diese Auslegung vorgebrachten Einwendungen können die Zulassung der Revision nicht rechtfertigen. Insbesondere können sie nicht belegen, dass keine klare vertragliche Regelung vorliegt, wonach der gesamte, für die Position "Kabeltiefbauarbeiten" erforderliche Verbau in die Preise einzukalkulieren ist. Zu Recht hebt das Berufungsgericht hervor, dass der Auftragnehmer gehalten ist, das gesamte Leistungsverzeichnis zur Kenntnis zu nehmen. Das zeugt nicht von Praxisferne, wie die Beschwerde meint, sondern ist unabdingbare Voraussetzung für eine vertragsgerechte Kalkulation. Die Beschwerde kann auch nicht darlegen, dass die Voraussetzungen einer besonderen Erwähnung der Besonderen Leistungen gemäß Abschnitt 4 der DIN 18299 nicht vorlägen. Nach der revisionsrechtlich nicht angreifbaren Auffassung des Berufungsgerichts war der Hinweis dazu, dass der Verbau einzukalkulieren ist, systematisch als Vorbemerkung zu verstehen, die die nachfolgenden einschlägigen Positionen erfasst. Das ist eine ausreichende besondere Erwähnung im Sinne

des Abschnitts 4 der DIN 18299. Ein Klärungsbedarf ist insoweit nicht erkennbar und wird von der Beschwerde auch nicht geltend gemacht.

- 12 Soweit das Berufungsgericht erwähnt, die Klägerin hätte Zweifel über das Verständnis der Vorbemerkung nach Pos. 4.01.50 zum Ausdruck bringen müssen, ist das für das Ergebnis ohne Belang. Denn die Ausschreibung ist nach dem Verständnis des Berufungsgerichts klar, so dass die Klägerin ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen konnte. An diesem Ergebnis hätte auch ein Hinweis der Klägerin über ihr Verständnis der Ausschreibung nichts geändert. Der Senat hat mehrfach darauf hingewiesen, dass das Ergebnis einer objektiven Auslegung nicht davon abhängt, ob der Auftragnehmer auf bestehende oder angenommene Unklarheiten hingewiesen hat (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 12. September 2013 - VII ZR 227/11, BauR 2013, 2017). Auch die Erwägungen des Berufungsgerichts dazu, dass ein Auftragnehmer keinen Vorteil daraus ziehen kann, dass er mehr oder weniger "ins Blaue" kalkuliert hat, treffen diesen Fall nicht. Sie ändern aber nichts an dem zutreffenden Ergebnis des Berufungsgerichts.

- 13 Von einer weiteren Begründung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist, § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO.

Kniffka

Eick

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 24.03.2011 - 104 O 103/09 -

KG Berlin, Entscheidung vom 04.05.2012 - 7 U 108/11 -