

67  
VII ZR 107/63

Verkündet  
am 17. Dezember 1964

Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Wilhelm B., Brunnen- und Wasserbergbau  
in B.,  
Inhaber Hans A. und Dr. Wolfgang A., B.,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Gemeinde Ba., vertreten durch den Gemeinde-  
direktor,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1964 unter Mit-  
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-  
richter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und  
Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das  
Teilurteil des 11. Zivilsenats des Ober-  
landesgerichts in Celle vom 15. März 1963  
wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision  
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für die verklagte Gemeinde in den Jahren 1957/58 auf einem 3.631 m langen Teilabschnitt die Kanalisation ausgeführt. Sie hatte das niedrigste Angebot mit einem Gesamtbetrag von 126.414,30 DM abgegeben. Während der Arbeiten stieß sie auf Steine, die nicht mehr mit dem Bagger, sondern nur mit einem Kompressor zerkleinert werden konnten. Die Steine fanden sich auf einer 1.800 m langen Strecke in unregelmäßigen Abständen. Die herausgebrochenen Steine ergaben aufgemessen 54 cbm.

Die Rechnung der Klägerin vom 3. Juni 1959 schloß mit einem Betrag von 167.790,80 DM ab. Auf Grund einer Prüfung der Preisüberwachungsstelle erhöhte die Klägerin den Betrag auf 171.162,46 DM. Die Beklagte hatte der Klägerin bereits 118.000 DM gezahlt. Für die Beseitigung der Steine gestand sie ihr ein Entgelt von 1.300,69 DM zu. Sie hielt die Schlußrechnung der Klägerin nur in Höhe von 113.047,14 DM für gerechtfertigt.

Die Klägerin hat den unter Berücksichtigung der gezahlten 118.000 DM von dem Endbetrag der Schlußrechnung über 171.162,46 DM verbliebenen Betrag von 53.162,46 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und widerklagend den Unterschiedsbetrag zwischen den gezahlten 118.000 DM und dem von ihr zugestandenem Betrag von 113.047,14 DM, d.s. 4.952,86 nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage in vollem Umfang und die Widerklage zu einem Teilbetrag von 1.007,27 DM abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die

- 3 -

Beklagte zur Zahlung von 3.031,85 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage in Höhe von 46.774,49 DM nebst Zinsen abgewiesen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten, soweit das Oberlandesgericht die Klage durch das Teilurteil abgewiesen hat. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

Nach den der Ausschreibung zugrunde gelegten Bohrerergebnissen hätten die Arbeiten, so stellt das Berufungsgericht fest, mit dem Bagger und ohne Einsatz eines Kompressors ausgeführt werden können. Deshalb sieht es in der Zertrümmerung und der Beseitigung der Steine eine über die vertragliche Verpflichtung der Klägerin hinausgehende Leistung, die die Beklagte nachträglich anerkannt habe und die sie deshalb nach § 2 Ziff. 6 und 7 VOB (B) besonders vergüten müsse.

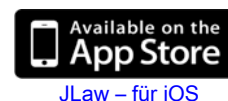
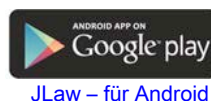
Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

#### II.

Die Beklagte hat auf die Schlußrechnung der Klägerin vom 3. Juni 1959 am 3. Juli 1959 eine Abschlagszahlung von 30.000 DM geleistet. Ferner hat sie der Klägerin am 9. Juli 1959 geschrieben, daß sie deren Schlußrechnung erneut der Preisüberwachungsstelle beim Regierungspräsidenten vorgelegt habe. Sobald ein definitiver Bescheid vorliege, werde sie ihr die Restsumme anweisen.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



1.) Der Abschlagszahlung und dem Schreiben vom 9. Juli 1959 kann nach Ansicht des Berufungsgerichts allenfalls die Erklärung der Beklagten entnommen werden, die durch die Beseitigung der Steine erbrachten Mehraufwendungen insoweit bezahlen zu wollen, als sich eine Vergütung sachlich gerechtfertigt erweise. Daß sie die von der Preisüberwachungsstelle errechneten Höchstpreise im Verhältnis zur Klägerin als verbindlich ansehen wollte, ergebe sich nicht daraus.

Die Auslegung des Schreibens der Beklagten vom 9. Juli 1959 war Sache des Tatrichters. Sie läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet deshalb das Revisionsgericht.

a) Das Schreiben muß nicht, wie die Revision meint, dahin verstanden werden, die Beklagte wäre für den Fall, daß sich die Klägerin an die frühere Verfügung der Preisüberwachungsstelle gehalten hätte, bereit gewesen, die preisrechtlich zulässigen Beträge ohne Rücksicht darauf zu zahlen, ob sie nach dem Vertrag gerechtfertigt waren.

b) Auch der Erklärung der Beklagten, sie werde, sobald ein definitiver Bescheid der Preisüberwachungsstelle vorliege, die Restsumme anweisen, brauchte das Berufungsgericht nicht die Zusage der Beklagten zu entnehmen, den von der Preisüberwachungsstelle für zulässig gehaltenen Höchstpreis zu zahlen. Ebenso wenig steht die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die Erklärung der Beklagten nicht in diesem Sinne verstehen müssen, zu dem Inhalt des Schreibens in Widerspruch. Die von der Revision angeführten Schreiben der Klägerin vom 13. Juli und 17. August 1959 an die Preisüberwachungsstelle und das Schreiben der Preisüberwachungsstelle an die Klägerin vom 7. August 1959 ergeben auch nicht, daß die Klägerin dem an sie gerichteten Schreiben der Beklagten vom 9. Juli 1959 einen solchen über die vertragliche Vereinbarung hinausgehenden Verpflichtungswillen entnommen hat.

2.) Auf die Angriffe der Revision gegen die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, daß die Nachbewilligung des von der Klägerin geforderten, rund 50.000 DM ausmachenden Betrags kein Geschäft der laufenden Verwaltung gewesen sein würde und mangels Beachtung der in § 68 Abs. 1 und 4 NdsGO (a.F.) vorgeschriebenen Form jedenfalls rechtlich unwirksam sei, kommt es daneben nicht an.

### III.

Die Klägerin hat in ihrem Angebot vom 7. Oktober 1957 den lfd. m der Arbeiten unter Pos. 4 mit 12,95 DM angesetzt und in ihrer Schlußrechnung vom 3. November 1959 für die 1.800 m lange Strecke, auf der die Steine angetroffen wurden, mit 42,50 DM berechnet. Für die Arbeiten unter Pos. 5 hat sie statt 19,75 DM je lfd. m 50,43 DM und unter Pos. 6 statt 11,60 DM je lfd. m 42,50 DM verlangt.

1.) Das Berufungsgericht geht zutreffend von § 2 Ziff. 6 Abs. 2 VOB (B) aus. Danach bestimmt sich die Vergütung für die im Vertrag nicht vorgesehene Leistung "nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung".

Es führt im einzelnen aus:

a) Es gehe nicht an, bei einem Aushub von 3.726 cbm auf der 1.800 m langen Strecke wegen der vorgefundenen Steinmasse von nur 54 cbm, d.s. 1,4 %, für die ganze Strecke die von der Preisüberwachungsstelle für die Bearbeitung einer Bodenklasse "schwerer Fels" (VOB (C) DIN 18300 Ziff. 2. 27) für zulässig erklärten Sätze der Berechnung zugrunde zu legen. Daß die in der Schlußrechnung bei Pos. 4,5 und 6 für den lfd. m geforderten Preise in Verhältnis zu den Angebotspreisen nicht mehr mit

der Vorschrift des § 2 Ziff. 6 Abs. 2 VOB (B) zu vereinbaren seien, liege auf der Hand. Das ergebe sich auch deutlich aus der Ermittlung der Preisüberwachungsstelle vom 7. August 1959, die davon ausgegangen sei, daß sich im Durchschnitt auf einer Strecke von 25 m ein Stein befunden habe, und wonach auf die Beseitigung der Steine durch den Kompressor in den 3 Positionen auf den lfd. m ein Betrag von 0,62 DM entfalle. Die Mehraufwendungen durch den Einsatz des Kompressors hätten also nur etwa 1,5 % je lfd. m ausgemacht.

b) Da die Klägerin trotz Aufforderung ihre Vergütung weder nach den tatsächlichen Mehraufwendungen, noch abstrakt an Hand der Preise ihres Angebots vom 7. Oktober 1957 berechnet hat, hält das Berufungsgericht es schon für zweifelhaft, ob sie ihre Mehraufwendungen überhaupt hinreichend substantiiert habe. Es hat sich aber über diese Bedenken hinweggesetzt und im Hinblick auf § 287 Abs. 2 ZPO ein Sachverständigengutachten eingeholt. Der Sachverständige Dr. Jensen hat die Mehraufwendungen durch den Einsatz des Kompressors mit 6.618,13 DM errechnet. Für die infolge der Arbeit mit dem Kompressor verursachte Verlängerung der gesamten Arbeitszeit hat er noch 3 % der Geräte- und der Lohnkosten des Baggers, nämlich 645 DM zugeschlagen. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt. Darüber hinaus hat es die Aufwendungen durch einen verlängerten Einsatz der übrigen Geräte und des weiteren Personals mit 780 DM angesetzt, d.i. das Doppelte des Betrags, den der Sachverständige für den verlängerten Baggereinsatz (3 % von 12.972 DM = 389 DM) errechnet hatte. Außerdem hat es für die Tätigkeit des Schachtmeisters weitere 100 DM zuerkannt. Als Gesamtvergütung für die Mehraufwendungen hat es demnach der Klägerin 8.143,13 DM zugesprochen. Diesen Betrag erachtet es für eine unter Berücksichtigung der Angebotspreise durchaus angemessene Vergütung.

2.) Die Meinung der Revision, die Vergütung für die über den Vertrag hinausgehende Leistung müsse unabhängig von den dadurch bedingten Mehrkosten und ohne Rücksicht auf die im Angebot der Klägerin enthaltenen Einheitspreise durch eine ganz neue Kalkulation errechnet werden, widerspricht dem § 2 Ziff. 6 Abs. 2 VOB (B). Das Berufungsgericht hat sich vielmehr im Rahmen dieser Vorschrift gehalten, und die Klägerin hat weder in den Vorinstanzen noch jetzt dargelegt, inwiefern ihre Forderung nach den dort gegebenen Richtlinien gerechtfertigt wäre.

a) Insbesondere hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, hinsichtlich der ganzen 1.800 m langen Teilstrecke von der Bodenklasse 2. 27 auszugehen, denn die zertrümmerten Steine machten nur 1,4 % des Aushubs aus. Daß auf der 1.800 m langen Teilstrecke auch Boden der Klasse 2. 27 angetroffen wurde, hat es beachtet. Deshalb hat es die Mehraufwendungen durch Einsatz des Kompressors und außerdem berücksichtigt, daß die notwendig gewesene Zerkleinerung der Steine auch zu einem längeren Einsatz der übrigen Geräte und des Personals geführt hat. Seine Ansicht, es liefe auf eine doppelte Bewertung der Bodenhindernisse hinaus, wollte man für die ganze 1.800 m lange Teilstrecke die Vergütungssätze der Bodenklasse 2. 27 zugrunde legen und außerdem den Einsatz des Kompressors vergüten, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

b) Die Revision meint, die Voraussetzungen für eine Forderungsschätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO seien nicht gegeben gewesen, weil die für die Höhe der Klageforderung notwendigen Feststellungen ohne größere Schwierigkeiten hätten getroffen werden können.

Dies darzulegen war aber Sache der beweispflichtigen Klägerin, und das Berufungsgericht hat sie hierauf ohne Erfolg hingewiesen. Unter diesen Umständen ist sie nicht dadurch beschwert, daß es, statt die Klage mangels ausreichender Sub-

stantiierung abzuweisen, sich durch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Jensen die Grundlagen für eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO verschafft hat.

Die Erwägung, daß in Anbetracht der verhältnismäßig geringen Menge der vorgefundenen Steine nicht für die ganze 1.800 m lange Teilstrecke die Bodenklasse 2.27 zugrunde gelegt werden dürfe, beruht übrigens nicht auf der durch § 287 Abs. 2 ZPO erweiterten richterlichen Schätzungsfreiheit, sondern ist in jedem Fall sachlich gerechtfertigt.

c) Der Sachverständige Dr. Jensen hat in seinem Gutachten (Bl. 5) auch die zwischenzeitlich eingetretenen Lohnerhöhungen berücksichtigt. Das übersieht die Revision.

d) Der Hinweis der Revision, die von der Klägerin geforderten Zulagepreise entsprächen vergleichbaren Angeboten anderer Bauunternehmer auf ähnlichen Baustellen, ist verfehlt. Die Klägerin hat das niedrigste Angebot abgegeben. Jedenfalls aber kann sie nicht beanspruchen, daß wegen der vorgefundenen 54 cbm Steine die Arbeiten auf der ganzen 1.800 m langen Teilstrecke mit den von ihr berechneten Preisen vergütet werden.

#### IV.

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 14. März 1963 beantragt, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, damit durch ein Obergutachten die Ansicht des Sachverständigen Dr. Jensen widerlegt werden könne, daß der Bagger während der Arbeit mit dem Kompressor die aufgetretenen Steinhindernisse habe übergehen können.

Das Berufungsgericht hat dem nicht entsprochen, weil die Klägerin diesen Antrag in der letzten mündlichen Verhandlung hätte stellen können, die Klägerin ihre Mehraufwendungen nicht substantiiert habe und eine mangelnde Sachkunde des Sachverständigen Dr. Jensen sich nicht gezeigt habe.

Das rügt die Revision zu Unrecht.

Die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, wäre das Berufungsgericht nur verpflichtet gewesen, wenn es in der Verhandlung seiner Aufklärungspflicht nicht genügt hätte (§ 139 ZPO). Davon kann keine Rede sein. Denn es hat die Klägerin vorgeblich aufgefordert, ihre Mehraufwendungen unter Berücksichtigung ihrer Angebotspreise (§ 2 Ziff. 6 VOB (B)) darzulegen. Außerdem stand es ihm auch frei, ob es einen weiteren Sachverständigen vernehmen wollte (§ 412 ZPO). Schließlich aber hat es ohnehin bei seiner Schätzung (§ 287 ZPO) zugunsten der Klägerin berücksichtigt, daß die notwendig gewesene Zerkümmerung der Steine mittels Kompressors einen verlängerten Einsatz des Baggers und der übrigen Arbeitskräfte zur Folge gehabt hat.

V.

Da sich unter Berücksichtigung der Vergütung von 8.143,13 DM für die Mehraufwendungen ein die bereits gezahlten 118.000 DM übersteigender Betrag ergibt, hat das Berufungsgericht anhand der Schlußrechnung vom 3. Juni 1959 alle Posten der von der Klägerin geltend gemachten Forderung nachgeprüft. Es gelangt zu einem Gesamtbetrag von 121.031,85 DM, der der Klägerin auf jeden Fall zustehe. Noch nicht entschieden hat es über weitere Posten im Gesamtbetrag von 3.356,12 DM. Unter Berücksichtigung der gezahlten 118.000 DM hat es der Klägerin noch 3.031,85 DM nebst Zinsen zugesprochen. Demgemäß hat es die Klage über 53.162,46 DM abzüglich der für begründet erachteten 3.031,85 DM und der noch zur Entscheidung stehenden 3.356,12 DM durch Teilurteil in Höhe von 46.774,49 DM nebst Zinsen abgewiesen.

Die Revision greift die Berechnung der einzelnen vom Berufungsgericht für begründet erachteten Beträge der Schlußrechnung nicht an; diese läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

Die Revision erweist sich deshalb als unbegründet.

Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten der Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke