

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B § 2 Nr. 5

- a) Aus einer Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B ergeben sich für den Auftragnehmer zusätzliche vertragliche Leistungspflichten. Deshalb müssen solche Anordnungen für den Auftragnehmer eindeutig als Vertragserklärungen verpflichtend sein.
- b) § 2 Nr. 5 VOB/B ist nicht anzuwenden, wenn die geänderte Leistung bereits vom bestehenden vertraglichen Leistungsumfang umfaßt ist. Dazu gehört insbesondere der Fall, daß der vertraglich geschuldete Erfolg nicht ohne die Leistungsänderung zu erreichen ist.

BGH, Urteil vom 9. April 1992 - VII ZR 129/91 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 129/91

URTEIL

Verkündet am
9. April 1992
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. April 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang und die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Haß und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 6. Mai 1991 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin hat Bauarbeiten am Hochwasserrückhaltebecken S., Sielbauwerk Polder II durchgeführt. Der Bauvertrag wurde nach öffentlicher Ausschreibung aufgrund eines Leistungsverzeichnisses des beklagten Landes geschlossen. Ihrer Vereinbarung haben die Parteien die VOB/B zugrunde gelegt.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es um die Kosten der Wasserhaltung und fehlgeschlagener Versuche, Kies unter Wasser einzubauen, für die die Klägerin zusätzlich insgesamt 180.891,40 DM zuzüglich Zinsen verlangt. Das begründet sie damit, daß auf Anordnung des Beklagten statt der von ihr beabsichtigten offenen eine aufwendigere geschlossene Wasserhaltung außerhalb des Spundwandkastens durchgeführt worden ist.

Im Leistungsverzeichnis war die Wasserhaltung pauschal ausgeschrieben. Planungsunterlagen für sie gab es nicht. Die Klägerin hat die Wasserhaltung mit pauschal 9.000 DM angeboten. Nach ihrer Behauptung hat sie aus den der Ausschreibung beigefügten Gründungsempfehlungen entnommen, daß eine einfache Wasserabsenkung ausreichend sein müsse. Das hat sich in dieser Weise dann nicht bestätigt. Vielmehr war wegen des Grundwasserstandes ein hydraulischer Grundbruch zu befürchten. Das führte dann nach einigen fehlgeschlagenen Abhilfeversuchen dazu, daß auf Empfehlung oder Anordnung des für das beklagte Land beteiligten Ingenieurbüros

die geschlossene Wasserhaltung außerhalb des Spundwandkastens ausgeführt worden ist.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B zu. Aufgrund von Anordnungen des Auftraggebers seien die Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Wasserhaltung geändert worden. Die von der Klägerin beabsichtigte offene Wasserhaltung wäre über die ganze Bauzeit hinweg möglich gewesen, wenn - wie im Leistungsverzeichnis gefordert - Beobachtungsrohre gesetzt und durch gesteuerte Absenkung des Grundwassers außerhalb und innerhalb der Baugrube annähernd gleiche Wasserstände gehalten worden wären. Da das beklagte Land aber wegen Sicherheitsbedenken hiervon Abstand genommen habe, müsse es die Mehrkosten der auf seine Anordnung durchgeführten geschlossenen Wasserhaltung tragen. Das gleiche gelte für die Kosten des fehlgeschlagenen Versuchs, zur Abwendung der aufwendigen geschlossenen Wasserhaltung Kies unter Wasser in dem erforderlichen Ausmaß zu verdichten.

II.

Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten mit Erfolg. Im gegenwärtigen Stand des Verfahrens kann nicht davon ausgegangen werden, daß überhaupt Anordnungen im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B getroffen worden sind.

1. Aus einer Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B ergeben sich für den Auftragnehmer zusätzliche vertragliche Leistungspflichten. Deshalb müssen solche Anordnungen für den Auftragnehmer eindeutig als Vertragserklärungen verpflichtend sein (Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., § 2 VOB/B Rdn. 273 unter Bezug auf BGH, Urteil vom 9. Juni 1969 - VII ZR 67/67 = SF Z 2.414 Bl. 219). Sie sind von bloßen Wünschen des Auftraggebers zu unterscheiden, die nicht zwingend befolgt werden müssen und die den Auftragnehmer lediglich zur Überprüfung seines Verfahrens veranlassen sollen (Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, Rdn. 174; Riedl in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 6. Aufl., § 2 Rdn. 79 h).

Als Anordnung in diesem Sinne kommt nur eine Erklärung in Frage, die die vertragliche Leistungspflicht erweitert, die also eine neue Verbindlichkeit des Auftragnehmers begründen soll. § 2 Nr. 5 VOB/B ist deshalb nicht anzuwenden, wenn eine Leistungsänderung bereits vom vertraglichen Leistungsumfang umfaßt ist, etwa weil ein bestimmter vertraglicher Erfolg auf ein erkennbar nicht vollständiges Leistungsverzeichnis angeboten worden ist (Riedl in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 6. Aufl., § 2 Rdn. 79 e unter Bezug auf BGH Urteil vom 25. Juni 1987

- VII ZR 107/86 = ZfBR 1987, 237 = BauR 1987, 683 = NJW-RR 1987, 1306 = SFH § 2 Nr. 5 VOB/B (1973) Nr. 4).

Auch ist die die vertragliche Leistungspflicht erweiternde Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu unterscheiden von Anordnungen im Sinne von § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B, durch die lediglich eine bereits bestehende Leistungspflicht konkretisiert oder eine vertragsgemäße Ausführung gewährleistet werden soll.

2. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall folgendes:

a) Wasserhaltung

Ob hier eine Anordnung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B vorliegt, kann nicht unabhängig von den vertraglichen Pflichten der Klägerin festgestellt werden. Dabei ist vor allem bedeutsam, daß mangels hinreichender Unterlagen eine bestimmte Form der Wasserhaltung nicht Vertragsinhalt geworden ist. Vielmehr hatte die Klägerin ohne Rücksicht auf ihre eigenen Planungsvorstellungen und Kalkulationsüberlegungen eine nach Sachlage mögliche Wasserhaltung zu leisten. Eine Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B kommt überhaupt nur in Frage, wenn die vertragliche Leistungspflicht der Klägerin in bezug auf die Wasserhaltung erweitert worden ist. Das ist nur anzunehmen, wenn sie nicht ohnehin zu der tatsächlich erbrachten Leistung verpflichtet war und wenn die "Anordnung" in dem Sinne für sie verbindlich war, daß sie eine neue und zusätzliche Vertragspflicht begründete.

Für die Frage einer verbindlichen, die vertragliche Leistungspflicht erweiternden Anordnung in Abgrenzung zu einer die Vertragspflichten lediglich konkretisierenden Anordnung nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B kann hier ferner nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Anordnung in einer Situation gegeben worden ist, in der sich eine andere Form der Wasserhaltung als ein für den Auftraggeber erhebliches und unter Umständen unzumutbares Risiko dargestellt haben kann. Für die Abgrenzung kommt es nicht auf hypothetische Überlegungen, sondern darauf an, wie sich für den Auftraggeber im Zeitpunkt der "Anordnung" die Situation darstellte. Diese war hier zunächst dadurch gekennzeichnet, daß die Klägerin gar nicht die vom Berufungsgericht für durchführbar gehaltene, sondern eine einfachere Art der offenen Wasserhaltung gewählt hatte. Brauchte der Auftraggeber dann wegen der vorhandenen Risiken vernünftigerweise eine offene Wasserhaltung hier nicht mehr hinzunehmen, so konnte die Klägerin die getroffenen Anordnungen mit Rücksicht auf ihre nicht weiter konkretisierte Leistungspflicht nur als eine Anordnung nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B verstehen, gegen die sie bei fehlendem Einverständnis hätte Einwendungen gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B erheben müssen.

Schließlich ist hier zu beachten, daß die Klägerin den versprochenen Erfolg (Wasserhaltung) ohne Planungsunterlagen für die Art der Ausführung pauschal versprochen hat (§ 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B). Damit war sie dem Risiko ausgesetzt, über die von ihr kalkulierte Ausführung hinaus erhebliche Mehrleistungen erbringen zu müssen, ohne dafür eine zusätzliche Vergütung beanspruchen zu können. Dieses Risiko war für sie um so höher, als sie ihr Angebot auch ohne

Vorliegen der Statik des Spundwandkastens abgegeben hat, somit keine Gewähr dafür haben konnte, daß die Statik für die von ihr geplante Art der offenen Wasserhaltung geeignet war.

Das Berufungsgericht scheint davon auszugehen, daß die fehlende Statik und die sich daraus ergebenden Unsicherheiten zu Lasten des Beklagten gehen. Das wäre nicht zutreffend. Es mag zwar sein, daß das beklagte Land gemäß § 9 VOB/A gehalten war, die Statik vorher zu liefern. Das führt aber allenfalls zu einer vorvertraglichen oder vertraglichen Vertrauenshaftung (Senatsurteil vom 21. November 1991 - VII ZR 203/90 = BauR 1992, 221 = ZfBR 1992, 67). Diese kann hier aber nicht durchgreifen, weil die Klägerin wußte, daß ihr keine Statik zur Verfügung stand. Sie durfte deshalb nicht auf bestimmte, für sie günstige statische Voraussetzungen vertrauen.

Sowohl zum Umfang der Vertragspflichten unter Berücksichtigung des Pauschalvertragsrisikos wie zur Verbindlichkeit der Anordnung fehlen hinreichende Feststellungen des Berufungsgerichts. Feststellungen fehlen auch dazu, ob in der konkreten Situation, in der die fragliche Anordnung ergangen ist, eine andere Form der Wasserhaltung für den Auftraggeber noch zumutbar war.

b) Naßeinbau

Bei dieser Sachlage kann auch der zunächst versuchte Naßeinbau eine Maßnahme gewesen sein, die der Klägerin höhere Kosten der Wasserhaltung, die bei der gegebenen Risi-

kosituation anfallen mußten (vgl. a), ersparen sollte und die damit von ihrem Leistungsrisiko möglicherweise mitumfaßt war.

III.

Selbst wenn eine Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B vorliegen sollte, hat das Berufungsgericht nicht bedacht, daß die Vertragspflicht der Klägerin, die Wasserhaltung zu einem Pauschalpreis zu leisten, mit den angesetzten 9.000 DM bei weitem unterbewertet sein könnte. Anhaltspunkte ergeben sich hierfür schon daraus, daß die Mitbewerber weit höhere Kosten angesetzt haben. Im übrigen wird eine Unterbewertung der Leistung auch dadurch deutlich, daß die konkrete, von der Klägerin gewählte Art der Wasserhaltung jedenfalls ungeeignet gewesen sein dürfte, so daß allemal erhebliche zusätzliche Kosten angefallen wären, die sich die Klägerin anrechnen lassen müßte. Zu Lasten der Klägerin würden gegebenenfalls sämtliche Kosten des von ihr versprochenen Leistungserfolgs gehen. Das sind die Kosten für eine technisch einwandfreie Wasserhaltung, die auf die konkreten Bodenverhältnisse und auf die vorhandene Statik abgestimmt war und Bruchrisiken ausschloß.

IV.

Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehenbleiben, es ist aufzuheben.

Da weitere Feststellungen erforderlich sind, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuweisen.

Lang

Haß

Bliesener

Wiebel

Quack