

17
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB Teil A §§ 19, 21, 23

Zur Behandlung eines angeblichen Kalkulationsirrtums
bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Bestätigung
von BGH NJW 1980, 180).

BGH, Urt. v. 19. Dezember 1985 - VII ZR 188/84 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 188/84

URTEIL

Verkündet am: 19. Dezember 1985
Henco, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landschaftsverbands Rh[REDACTED], vertreten durch
seinen Direktor, K[REDACTED] U[REDACTED], Kö[REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma H[REDACTED] & B[REDACTED] KG, Br[REDACTED]straße [REDACTED],
A[REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Ge-
sellschafterin, die Beteiligungsgesellschaft H[REDACTED]-
[REDACTED] & B[REDACTED] mbH, diese vertreten durch den Geschäfts-
führer Herbert Br[REDACTED], ebenda,
2. die Beteiligungsgesellschaft H[REDACTED] & B[REDACTED] mbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Herbert Br[REDACTED],
Bra[REDACTED]straße [REDACTED], A[REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerinnen
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 1985
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Quack
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 9. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Köln vom 27. März 1984
aufgehoben. Die Klage ist dem Grunde
nach gerechtfertigt.
Wegen der Höhe der Forderung und der
gesamten Kosten des Rechtsstreits wird
die Sache an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger schrieb 1978 den Neubau einer Brücke aus. Die Beklagte zu 1 (künftig: Beklagte; die Beklagte zu 2 ist persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 1) beteiligte sich mit sieben weiteren Bietern (von denen drei Alternativangebote abgaben) an der Ausschreibung. Bei der Eröffnung der Angebote am 6. September 1978 war die Beklagte mit rund 4.724.000,- DM die niedrigste Anbieterin, während das nächste Angebot bei 5.798.000,- DM lag und das teuerste 7.318.000,- DM betrug. In den "Besonderen Vertragsbedingungen" des Klägers heißt es unter Ziffer 6.5:

"Ausführungsunterlagen

Vom Auftragnehmer für die Ausführung der Baumaßnahme hergestellte Unterlagen (Zeichnungen, Berechnungen usw.) sind dem Auftraggeber zu überlassen:

Es wird folgendes vereinbart:

Für die gesamten Kunstbauwerke sind vom AN dem AG die folgenden Unterlagen zu übergeben:

I. Vor Baubeginn (Rechtzeitig zur Prüfung)

- a) Ausführungszeichnungen als Lichtpausen (4-fach)
- b) Festigkeitsberechnungen als Lichtpausen (4-fach)

II. Zur Abrechnung

- a) Lichtpausen der Ausführungszeichnungen
- b) Lichtpausen der Massen- und Gewichts-berechnungen einschl. der erforderlichen Aufmaße (sämtliche 2-fach)

Für I und II erfolgt keine besondere Vergütung.

....."

Unter dem 15. September 1978 teilte die Beklagte auf Rückfrage dem Kläger mit, sie habe in ihrem Angebot die Kosten der Statik, die sie mit 320.730,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer berechnet hatte, nicht berücksichtigt, weil sie im Leistungsverzeichnis nicht gesondert erfaßt gewesen seien. Da der Kläger dem widersprach und nicht bereit war, ein entsprechendes Nachtragsangebot zu akzeptieren, erklärte die Beklagte unter dem 7. November 1978 vorsorglich die Anfechtung ihres Angebots. Am 9. November 1978 erteilte der Kläger der Beklagten den Zuschlag zu den Bedingungen des ursprünglichen Angebots.

Da die Beklagte die Ausführung des Auftrags trotz entsprechender Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung durch den Kläger verweigerte, wiederholte der Kläger die Ausschreibung (an der sich die Beklagte nicht beteiligte) und erteilte dem niedrigsten Bieter den Zuschlag. Die dadurch entstandenen Mehrkosten beziffert er auf 814.800,81 DM. Diesen Betrag verlangt er von der Beklagten.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 811.755,14 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat zur Klageabweisung geführt. Mit seiner - angenommenen - Revision, die der Beklagte zurückzuweisen bittet, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß

nach Ziffer 6.5 der "Besonderen Vertragsbedingungen" im Angebot der Beklagten aus objektiver Sicht die Kosten der Statik in den Einheitspreisen inbegriffen seien. Ein Dissens der Parteien scheide daher aus. Das ist richtig und wird auch von den Parteien nicht mehr in Frage gestellt.

2. Die Frage, ob die vorsorglich erklärte Anfechtung durchgreife, läßt das Berufungsgericht offen (dazu nachstehend II 4). Es hält jedoch die Annahme des Angebots der Beklagten trotz des "nachvollziehbar begründeten Mißverständnisses" für treuwidrig. Der Kläger habe hier nämlich - anders als in früheren Ausschreibungen, an denen sich die Beklagte beteiligt habe - das Mißverständnis der Bieterin mitveranlaßt, da die Ausschreibungsunterlagen nicht die letzte wünschenswerte Klarheit aufgewiesen hätten.

Da die Beklagte bereits lange vor dem Zuschlag erklärt habe, daß sie die Kosten der Statik im Hinblick auf das Leistungsverzeichnis in ihrem Angebot nicht berücksichtigt habe, hätte der Kläger auf die Bemühungen der Beklagten, ihre "wohlverstandenen" Interessen zu wahren, eingehen müssen. Wenn er stattdessen der Beklagten dennoch 64 Tage nach Eröffnung des Angebots (und zwei Tage nach erfolgter Anfechtung) den Zuschlag auf ein Angebot erteilt habe, das auch aus seiner Sicht auf einem Mißverständnis habe beruhen können, liege darin ein Verstoß gegen die Vertragspflicht zu redlichem Verhalten.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, wer die Statik zu erbringen und für die dafür anfallenden Kosten aufzukommen hat, ist Ziffer 6.5 der "Besonderen Vertragsbedingungen". Daß es nach dieser Bestimmung Sache der Beklagten war, die Statik ohne besondere Vergütung zu fertigen, nimmt auch das Berufungsgericht an. Ein anderes Verständnis dieser Regelung ist nach dem hinreichend klaren Wortlaut kaum vorstellbar. Schließlich war es nach Absatz I b dieser Bedingungen ausdrücklich Aufgabe der Beklagten, dem Kläger vor Baubeginn die Festigkeitsberechnungen als Lichtpausen rechtzeitig zur Prüfung zu übergeben. Die Beklagte nimmt nicht etwa Anstoß an der Bezeichnung der Statik als "Festigkeitsberechnungen". Sie will nur geltend machen, sie habe die Bestimmung so verstanden, daß sie ohne besondere Vergütung lediglich vier Lichtpausen von der vom Kläger zu stellenden Statik fertigen müsse. Das ist mit dem Inhalt der "Besonderen Vertragsbedingungen" schlechthin unvereinbar. Wer es als Auftragnehmer übernimmt, die Statik dem Auftraggeber rechtzeitig zur Prüfung zu übergeben, und zwar "als" (= in Form von) Lichtpausen, kann nicht ernstlich erwarten, daß ihm eben diese Festigkeitsberechnungen vom Auftraggeber gestellt werden.

Das gilt umso mehr, als auch in den vorangegangenen fünf Ausschreibungen des Klägers, an denen sich die Beklagte beteiligt hatte, der Kläger entweder

klar erklärt hatte, daß der Auftraggeber die statische Berechnung stellt, oder aber eben verlangt hatte, daß der Auftragnehmer die statischen Berechnungen und die Ausführungszeichnungen aufzustellen und vor Beginn der Ausführung zur Prüfung vorzulegen hat. Da hier jeder Hinweis darauf fehlt, daß die Statik vom Auftraggeber gestellt wird, kann der Regelung in Ziffer 6.5 der "Besonderen Vertragsbedingungen" - auch bei einer "Gesamtschau" der Dinge - kein vom Wortlaut abweichender Sinn gegeben werden.

2. Bei dieser Sachlage wird aber zugleich deutlich, daß das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgeht, der Kläger handele treuwidrig, wenn er die Beklagte an ihrem Angebot festhält.

a) Es trifft zwar zu, daß der Auftraggeber an sich verpflichtet ist, den Anbieter auch auf einen - sonst rechtlich grundsätzlich unbeachtlichen - Kalkulationsirrtum hinzuweisen, wenn er den Irrtum vor Vertragsschluß erkennt (Senatsurteil NJW 1980, 180; vgl. dazu Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., A § 19, Rdn. 10 m.N.). Das hilft der Beklagten jedoch schon deshalb nichts, weil der Kläger hier durchaus Anlaß hatte, der Behauptung der Beklagten, sie sei einem Kalkulationsirrtum unterlegen, zu mißtrauen.

Einmal nämlich sprachen bereits der hinreichend deutliche Wortlaut der vertraglichen Regelung und die früheren Ausschreibungen des Klägers, an denen sich der Beklagte beteiligt hatte (vgl. vorstehend II. 1), gegen ein Mißverständnis der Beklagten und

für die Annahme, die Beklagte wolle - nachdem sie erkannt hatte, daß sie das weitaus billigste Angebot abgegeben hatte - unter einem Vorwand eine zusätzliche Vergütung bewilligt erhalten. Immerhin hat - das ist unstreitig - keiner der weiteren sieben Bieter die Ausschreibung so verstanden wie die Beklagte. Zum anderen aber weist in diese Richtung - wie der Kläger zu Recht ausführt - auch die Tatsache, daß die Beklagte zunächst außerdem geltend gemacht hatte, sie habe die Lohngleitklausel versehentlich mit 0,00 angesetzt, während sie dann später wegen eines angeblichen Kommafehlers den Änderungssatz mit 0,31 angab. Daß diesem vorprozessualen Versuch, zu einer zusätzlichen Vergütung zu gelangen, die innere Berechtigung fehlte, hat inzwischen ersichtlich auch die Beklagte eingesehen.

Spricht bei dieser Sachlage aber viel für die Darstellung des Klägers, er habe der Behauptung der Beklagten nicht geglaubt, sie sei einem Kalkulationsirrtum erlegen, läßt sich auch nicht feststellen, daß er einen derartigen Irrtum vor Vertragsschluß erkannt hat. Daß er ihn hätte erkennen können, genügt nicht (Senat aaO).

Bei dem hinreichend klaren Wortlaut der Vertragsbestimmung kann auch nicht angenommen werden, der Kläger habe ein etwaiges Mißverständnis der Beklagten zumindest mitveranlaßt, so daß die Beklagte an ihr Angebot nicht mehr gebunden gewesen wäre, wie das Berufungsgericht meint. Im übrigen könnte eine so weitreichende Rechtsfolge unter den gegebenen Umständen auch und gerade aus den Grundsätzen von Treu und Glauben auf keinen Fall hergeleitet werden.

b) Nicht zu folgen vermag der Senat schließlich der Auffassung des Berufungsgerichts, es sei der Beklagten nicht zuzumuten gewesen, die Statik zu erbringen und die Frage, wer die entsprechenden Kosten zu tragen hat, später - notfalls auf dem Prozeßwege - zu klären. Auch insoweit beruht die trichterliche Überzeugungsbildung auf einer verkürzten Sicht der Dinge.

Da der Beklagten bekannt war, daß ihr Angebot um rund 1.000.000,- DM niedriger lag als das des nächsten Bieters, mußte ihr klar sein, daß sie ein erhebliches "Mehrkosten-Risiko" einging, wenn sie wegen des Streits um die Kosten der Statik (die sie auf 320.730,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer errechnet, während der Kläger lediglich von rund 80.000,- DM ausgeht) die Erfüllung des Vertrages mit einem Bauvolumen von fast 5.000.000,- DM verweigerte. Zu Recht meint der Kläger, die Beklagte hätte in dieser Lage den Auftrag zunächst einmal ausführen und die umstrittene Frage gesondert klären lassen sollen, wie es in derartigen Fällen häufig geschieht. Das war auch hier eine angemessene Lösung. Das Ansinnen des Klägers zeigt, daß er keineswegs darauf bestand, die Beklagte müsse sich seiner Auffassung endgültig beugen. Daß die Beklagte dadurch in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten wäre, behauptet sie selbst nicht. Dann aber wären die berechtigten Belange der Beklagten mit der Möglichkeit, ihren Standpunkt auf dem Rechtswege überprüfen zu lassen, voll gewahrt gewesen. Wenn sie sich stattdessen trotz der - gemessen am Gesamtvolumen des Bauauftrags - geringfügigen Meinungsverschiedenheit

strikt weigerte, den Auftrag überhaupt auszuführen, falls der Kläger die Kosten der Statik nicht ausdrücklich übernimmt, muß sie sich vorwerfen lassen, den Grundsatz der Vertragstreue aus verhältnismäßig unbedeutendem Anlaß preisgegeben zu haben.

3. Daß der Kläger das Ende der Zuschlagsfrist hier über die Sollfrist des § 19 Nr. 2 VOB/A hinaus vom 6. September 1978 bis zum 16. November 1978 festgesetzt hat, ließ die Bindung der Beklagten an ihr Angebot nicht entfallen. Die Zuschlagsfrist von 24 Werktagen ist - wie bereits der Wortlaut der Bestimmung nahelegt - keine Höchstfrist (Ingenstau/Korbion, aaO, A § 19, Rdn. 1; a.A. OLG Köln - Schäfer/Finnern/Hochstein, § 19 VOB/A Nr. 4). Im Hinblick auf das hier ausgeschriebene größere Brückenbauwerk, für das auch Nebenangebote zugelassen waren und abgegeben wurden, ist die festgesetzte Frist rechtlich nicht zu beanstanden. Es liegt vielmehr ein begründeter Ausnahmefall vor, der es rechtfertigt, hier für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote eine erheblich längere Zuschlagsfrist festzusetzen.

4. Schließlich ist der Vertrag auch nicht durch die von der Beklagten erklärte Anfechtung hinfällig geworden. Zwar hat das Berufungsgericht die Entscheidung über die Wirksamkeit der Anfechtung offen gelassen. Das hindert den Senat aber nicht, die Frage selbst zu entscheiden, weil der Prozeßstoff insoweit abgeschlossen ist und weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen.

Ein Irrtum über den Erklärungsinhalt, in der Erklärungshandlung oder über eine verkehrswesent-

liche Eigenschaft scheidet ersichtlich aus. Es bleibt deshalb lediglich zu prüfen, ob der nach dem Vortrag der Beklagten in Betracht kommende Kalkulationsirrtum hier zur Anfechtung berechtigt. Das ist nicht der Fall.

Grundsätzlich trägt derjenige, der aufgrund einer für richtig gehaltenen, in Wirklichkeit aber unzutreffenden Berechnungsgrundlage einen bestimmten Preis oder eine Vergütungsforderung ermittelt und seinem Angebot zugrunde legt, auch das Risiko dafür, daß seine Kalkulation zutrifft (Heiermann BB 1984, 1836; vgl. auch John JuS 1983, 176). Ob das nur für den "internen" (= verdeckten) oder auch für den "externen" (= offenen) Kalkulationsirrtum gilt, ist allerdings strittig (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 44. Aufl., Anm. 5 f zu § 119 m.N.). Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bisher offen gelassen (vgl. BGH NJW 1983, 1671; Urteile vom 12. April 1960 - VIII ZR 137/59 = LM BGB § 119 Nr. 8 und vom 28. April 1971 - V ZR 201/68 = LM aaO Nr. 21, jeweils m.w.N.; John, aaO). Sie bedarf auch jetzt keiner Entscheidung, weil nicht dargetan ist, daß die Beklagte die dem Preis zugrundeliegende Kalkulation ausdrücklich zum Gegenstand der Vertragsverhandlungen gemacht hat. Nur dann aber käme ein "externer" Kalkulationsirrtum in Betracht.

Offen kann hier schließlich ferner bleiben, ob ausnahmsweise auch bei einem "internen" Kalkulationsirrtum dem Bieter dann ein Anfechtungsrecht - analog § 119 Abs. 1 BGB - zustehen kann, wenn der Auftraggeber den Kalkulationsirrtum vor Vertragsschluß positiv erkennt (so Heiermann, aaO, S. 1840 im Anschluß an Wieser, NJW 1972, 708). Denn an dieser Voraussetzung fehlt es gerade.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, da das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen zur Höhe der Klageforderung getroffen hat. Es kann jedoch ein Urteil über den Grund des Anspruchs ergehen (BGHZ 53, 17, 23). Zur Entscheidung über die Höhe der Klageforderung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Quack