BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 346/01

Verkündet am:
27. November 2003
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

VOB/B § 1 Nr. 4

a) § 1 Nr. 4 VOB/B regelt ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers. Dieser ist unter den Voraussetzungen des § 1 Nr. 4 VOB/B berechtigt, durch eine einseitige empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung den Leistungsumfang des Vertrages zu ändern.

b) Eine wirksame Leistungsänderung gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B begründet unmittelbar einen Anspruch des Auftragnehmers gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B auf eine zusätzliche Vergütung.

c) Eine Erklärung gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B kann von einem Dritten für den Auftraggeber nur wirksam im Rahmen einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht abgegeben werden.

d) Die Leistungsänderung gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B ist ein Verpflichtungsgeschäft im Sinne des § 109 ThürKommO, so daß ein Landkreis durch eine Erklärung des zuständigen Landrats oder seines Stellvertreters nur wirksam verpflichtet werden kann, wenn die in der Thüringer Kommunalordnung geregelten Voraussetzungen für eine wirksame Vertretung beachtet worden sind.

BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 346/01 - OLG Jena
LG Erfurt

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 12. September 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 987.355,77 DM (= 504.826,99 €) und Zinsen hieraus abgewiesen wurde.

Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Restwerklohn.

Die Klägerin erhielt nach öffentlicher Ausschreibung den Zuschlag für die Arbeiten zum Ausbau der Verbindungsstraße zwischen den Ortschaften D. und U. Hierfür sollte ein 2,2 km langer Feldweg zu einer asphaltierten Verbindungs-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

straße ausgebaut werden. Die Parteien schlossen am 25. November 1994 einen Bauvertrag, der eine vorläufige Vertragssumme von 867.939,28 DM aufwies. Dem Vertrag lag ein von der Streithelferin der Klägerin erstelltes Leistungsverzeichnis zugrunde. Ferner wurden von dem Beklagten gestellte "Besondere Vertragsbedingungen" Bestandteil des Vertrages. Nachrangig war die Geltung der VOB/B vereinbart. Der Beklagte hatte die Streithelferin der Klägerin mit der Planung, Ausschreibung, Bauüberwachung, Bauoberleitung und der örtlichen Bauleitung beauftragt. Nach Abnahme erstellte die Klägerin unter Berücksichtigung bereits geleisteter Zahlungen eine Schlußrechnung über 1.917.796, 51 DM. Nach der Prüfung der Schlußrechnung durch die Streithelferin der Klägerin hielt der Beklagte lediglich eine Vergütung von noch 856.609,99 DM für gerechtfertigt.

Die Differenz beruht im wesentlichen auf unterschiedlichen Ansichten der Parteien darüber, ob Arbeiten, in deren Rahmen zur Verbesserung der Bodenkennwerte der gesamte, nicht tragfähige Boden ausgetauscht wurde, von dem Beklagten zu vergüten seien. Vorgesehen war ursprünglich, im Bereich der beiden Ortschaften den Weg jeweils auf einer Länge von 60 bis 70 m in seiner vollen Breite 30 bis 40 cm tief auszuschachten und zu stabilisieren. Das etwa 2 km lange Mittelstück des Feldweges sollte im wesentlichen unverändert bleiben und mit einer Schotterschicht versehen werden. Am rechten und linken Rand des Feldwegs sollte in einer Breite von 1 bis 2 m der vorhandene Boden grundhaft aufgebaut und entsprechend stabilisiert werden. Während der Bauausführung stellte die Klägerin durch Lastplattendruckversuche fest, daß die Tragfähigkeit im Bereich des Untergrundes des Mittelstückes der geplanten Sohle unzureichend war. Daraufhin tauschte sie zwischen Mai und Juni 1995 den gesamten, nicht tragfähigen Untergrund aus.

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz nur noch darüber, ob die zusätzlichen Erdarbeiten von dem Beklagten zu vergüten sind.

II.

Das Landgericht hat der Klägerin die für die Erdarbeiten geltend gemachte Mehrvergütung zugesprochen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage hinsichtlich der Mehrvergütung für die zusätzlich durchgeführten Erdarbeiten abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dieses wird auch über das im Revisionsverfahren aufgeworfene Problem der Parteistellung auf Klägerseite zu befinden haben.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

II.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf eine Vergütung oder auf Erstattung der ihr entstandenen Kosten zu.

1. Die Klägerin könne die zusätzlichen Kosten nicht gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B wegen Überschreitung des Mengenansatzes verlangen. Das scheitere daran, daß die ausgeführte Menge um weit mehr als 10 % überschritten worden sei. Eine Abrechnung auf der Grundlage des § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B komme nicht in Betracht, da im Leistungsverzeichnis die vorzunehmende Ausschachtungstiefe angegeben sei und es sich bei darüber hinausgehendem Mehraushub um eine Zusatzleistung handele.

2. Ein Vergütungsanspruch ergebe sich nicht aus § 2 Nr. 6 VOB/B. Eine Zusatzleistung wie der Mehraushub müsse von dem Auftraggeber gefordert werden. Für ein solches Verlangen sei nichts ersichtlich. Selbst wenn die Auslegung des Baubesprechungsprotokolls vom 13. März 1995 ergebe, daß eine Zusatzleistung von den Beteiligten für erforderlich gehalten worden sei, habe es der Streithelferin der Klägerin und dem Mitarbeiter des Beklagten H. an der Vertretungsmacht gefehlt, diese fordern zu können.

Bevollmächtigt, für den Beklagten Verpflichtungserklärungen abzugeben, sei der Landrat. Dieser könne Dritte bevollmächtigen, ihn zu vertreten. Eine Bevollmächtigung des Mitarbeiters H., Zusatzleistungen zu fordern, habe nicht bestanden. Auch nach Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht habe die Klägerin nicht von einer Vertretungsbefugnis des H. ausgehen dürfen. Das Schriftformerfordernis für Zusatzaufträge weise den Vertragspartner der öffentlichen Hand hinreichend darauf hin, daß sich die öffentliche Hand nur durch schriftliche Verträge wirksam binden könne.

3. Auch aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B folge kein Anspruch der Klägerin. Es könne unterstellt werden, daß die Mehrleistungen für die Erfüllung des Vertrages notwendig gewesen seien. Die vorgenommene Bauausführung habe jedoch nicht dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprochen und sei ihm auch nicht unverzüglich angezeigt worden. Entscheidungen über den Ausbau von Straßen treffe üblicherweise der Kreistag. Wenn die mit der Planung beauftragte Streithelferin der Klägerin zunächst ein Volumen von 2 Mio. DM für die Baumaßnahme kalkuliert habe, die Belastung des Haushaltes mit dieser Summe jedoch nicht als vertretbar erschienen sei, so daß der Beklagte ein "entschlacktes" Leistungsverzeichnis habe erstellen lassen, aufgrund dessen er mit Kosten von ca. 1 Mio. DM gerechnet habe, zeige das, daß es nicht dem Willen des Beklagten entsprochen habe, für den Straßenausbau 2 Mio. DM auszugeben. Das ergebe sich auch daraus, daß der öffentliche Auftraggeber in der Verwendung seiner Mittel nicht frei sei. Die notwendigen Mittel hätten auch im Nachhinein nicht aufgebracht werden können, da nur begrenzte Fördermittel zur Verfügung gestanden hätten. Auch daraus, daß die Straße als künftige Kreisstraße konzipiert und ein Förderantrag gestellt worden sei, folge nicht, daß die politisch Verantwortlichen das Vorhaben zu welchen Kosten auch immer hätten durchführen wollen und daß es höchste Priorität genossen habe. Bei Kenntnis der wahren Kosten hätte der Beklagte den Straßenausbau zunächst aufschieben oder ganz von ihm Abstand nehmen können.

Es fehle an einer unverzüglichen Anzeige der Zusatzleistungen, die Anspruchsvoraussetzung sei. Dem Schreiben vom 18. Mai 1995 lasse sich der Umfang der Mehrkosten nicht entnehmen. Jedenfalls sei die Anzeige erst am 30. Mai 1995 und damit verspätet eingegangen, da die Tieferschachtungsarbeiten am 31. Mai 1995 im Wesentlichen abgeschlossen gewesen seien. Die Klägerin hätte das Erfordernis der Zusatzarbeiten auch früher erkennen können, nämlich spätestens nach der Durchführung der Druckplattenversuche am

1. und 8. März und der Entschließung zur Tiefergründung laut Protokoll vom 13. März 1995. Die Klägerin hätte die Arbeiten unterbrechen und bis zu einer Entscheidung der Beklagten abwarten müssen.

Eine wirksame Anzeige enthielten die Protokolle vom 13. März und 5. April 1995 nicht. Möglicherweise seien die Protokolle dem Mitarbeiter H. zeitnah übergeben worden und dieser zur Entgegennahme und Weiterleitung bevollmächtigt gewesen. Den Protokollen sei jedoch nicht zu entnehmen, daß Zusatzarbeiten in erheblichem Umfang und zu erheblichen Kosten anfallen würden.

4. Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag scheitere daran, daß die Zusatzleistungen nicht dem mutmaßlichen oder wirklichen Willen des Beklagten entsprochen hätten.

5. Ein Anspruch aus § 812 BGB komme neben § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B nicht in Betracht, da § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B für den Anspruch auf Bezahlung aufgedrängter Leistungen besondere Voraussetzungen aufstelle und damit den Bereicherungsanspruch einschränke. Selbst wenn man § 812 BGB neben § 2 Nr. 8 VOB/B für anwendbar hielte, entfiele ein Anspruch, da die Bereicherung aufgedrängt sei. Der Beklagte habe keine Aufwendungen erspart, da es nicht seinem Willen und seinem Interesse entsprochen habe, die Straße zu den entstandenen Kosten auszubauen.

III.

Das hält der rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B abgelehnt. Die vereinbarte Vergütung kann nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B angepaßt werden, wenn es ohne Eingriff in den ursprünglichen Leistungsbestand zu einer reinen Mengenänderung bei den Vordersätzen der bei Vertragsschluß festgelegten Leistungen kommt. Die Klägerin stützt ihren Vergütungsanspruch darauf, daß entgegen der ursprünglichen Planung das nicht tragfähige Erdreich im Bereich des gesamten Feldwegs ausgetauscht wurde. Darin liegt keine Mengenabweichung, sondern eine inhaltliche Änderung der ursprünglich vereinbarten Leistung.

2. Ebenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf besondere Vergütung gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 4 VOB/B verneint. Ein auf § 2 Nr. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 4 VOB/B gestützter Anspruch scheitert daran, daß die Beklagte bei Abgabe der auf die Ausführung zusätzlicher Leistung gerichteten Willenserklärungen nicht wirksam vertreten wurde.

a) Das Verlangen einer zusätzlichen Leistung gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B führt dazu, daß der vertragliche Leistungsumfang erweitert wird und der Auftragnehmer einen Anspruch auf besondere Vergütung erwirbt (§ 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B). Mit der Vereinbarung der VOB/B wird dem Auftraggeber das Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt, unter den Voraussetzungen des § 1 Nr. 4 VOB/B durch einseitige empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung den Leistungsumfang zu ändern (BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 - VII ZR 186/93, BauR 1994, 760 = ZfBR 1995, 15; Urteil vom 25. Januar 1996 - VII ZR

233/94, BGHZ 131, 392, 398, ZfBR 1996, 196 = BauR 1996, 378). Der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung gem. § 2 Nr. 6 VOB/B und die diesem Anspruch entsprechende Verpflichtung des Auftragnehmers werden für die zusätzliche Leistung erst durch das Verlangen der zusätzlichen Leistung begründet.

Die Erklärung gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B kann von einem Dritten für den Auftraggeber nur wirksam im Rahmen einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht abgegeben werden (BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 - VII ZR 186/94, BauR 1994, 760 = ZfBR 1995, 15).

b) Der beklagte Landkreis kann als kommunale Gebietskörperschaft des Landes Thüringen durch eine Erklärung gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B den vertraglichen Leistungsumfang wirksam nur erweitern und einen zusätzlichen Vergütungsanspruch des Auftragnehmers gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B begründen, wenn der Landrat als vertretungsberechtigtes Organ oder sein Stellvertreter die Erklärung abgegeben hat, und die nach der Thüringer Kommunalordnung (ThürKommO) für eine wirksame Verpflichtung des Landkreises erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

c) Nach § 109 Abs. 2 Satz 1 und 2 ThürKommO sind Erklärungen, durch welche der Landkreis verpflichtet werden soll, nur bindend, wenn sie in schriftlicher Form abgegeben werden. Die Erklärungen sind durch den Landrat oder seinen Stellvertreter unter Angabe der Amtsbezeichnung handschriftlich zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung kann durch einen Beigeordneten oder Bediensteten des Landkreises erfolgen, sofern eine den Erfordernissen des § 109 Abs. 2 Satz 1 und 2 ThürKommO entsprechende Vollmacht erteilt wurde. Bei § 109 Abs. 2 ThürKommO handelt es sich wie bei den entsprechenden Regelungen der Kommunalordnungen anderer Länder, auch wenn sie als Formvor-

schriften bezeichnet werden, um materielle Vorschriften über die Beschränkung der Vertretungsmacht, die dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihrer Mitglieder dienen und zur Anwendung der §§ 177 ff. BGB führen (ständige Rechtsprechung; vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2001 - XII ZR 183/98, NJW-RR 2001, 1524) .

Der Anwendungsbereich des § 109 Abs. 2 ThürKommO ist eröffnet. Bei der auf die Ausführung einer zusätzlichen Leistung gerichteten Willenserklärung handelt es sich um ein Verpflichtungsgeschäft im Sinne dieser Vorschrift. Verpflichtungsgeschäfte sind Erklärungen, die auf eine Verpflichtung der Gebietskörperschaft abzielen im Gegensatz zu solchen Erklärungen, bei denen die Verpflichtung nur eine Nebenfolge der Erklärung ist oder die die Gebietskörperschaft belasten, aber keine neue Verpflichtung zur Folge haben (BGH, Urteil vom 6. März 1986 - VII ZR 235/84, BGHZ 97, 224; Muth/Plumbaum u.a., Potsdamer Kommentar zur Kommunalverfassung des Landes Brandenburg, § 67 GemO Anm. 3; Sponer/Jacob/Menke, Landkreisordnung für den Freistaat Sachsen, 2. Aufl., § 56 LKrO Anm. 1; v. Loebell, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl, § 56 Anm. 1; Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen § 64 Anm. II. 1; Schneider/Dreßler, Hessische Gemeindeordnung, § 71 HGO Anm. 3).

Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß die für die Beklagte handelnden Personen, insbesondere ihr Mitarbeiter H., die Anforderungen des § 109 ThürKommO beachtet haben.

3. Soweit das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B abgelehnt hat, hält das den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Das Berufungsgericht hat nicht abschließend geklärt, ob die zusätzlichen Arbeiten, die von der Klägerin erbracht worden sind, um die Tragfähigkeit des Untergrundes zu gewährleisten, notwendig waren. Für die Revisionsinstanz ist zugunsten der Klägerin zu unterstellen, daß diese Arbeiten erforderlich waren.

b) Die Begründung des Berufungsgerichts trägt seine Annahme, die Vornahme der Arbeiten habe dem mutmaßlichen Willen des Beklagten nicht entsprochen, nicht. Das Berufungsgericht hat bei seiner Beurteilung des mutmaßlichen Willens des Beklagten nicht alle Umstände berücksichtigt und Vorbringen der Klägerin außer Acht gelassen, das dafür spricht, daß die für die Herbeiführung der Tragfähigkeit des Untergrundes vorgenommenen Arbeiten dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprachen und dieser den Bau der Ortsverbindungsstraße auch zu der durch die Arbeiten hervorgerufenen höheren Vergütung gewollt hätte.

Mutmaßlich ist derjenige Wille des Auftraggebers, der bei objektiver Beurteilung aller gegebenen Umstände von einem verständigen Betrachter vorauszusetzen ist (BGH, Urteil vom 4. April 1974 - VII ZR 222/72, LM Nr. 71 zu VOB/B; Hdb. priv. BauR (Kleine-Möller), 2. Aufl., § 10 Rdn. 549).

Das Berufungsgericht hat den der Durchführung der Arbeiten entgegenstehenden Willen des Beklagten hauptsächlich daraus hergeleitet, daß dieser zunächst mit Kosten von 2 Mio. DM für den Ausbau der Straße kalkuliert hat und sodann ein "entschlacktes" Leistungsverzeichnis über eine Bausumme von 1 Mio. DM erstellen ließ. Diese Schlußfolgerung des Berufungsgerichts ist für den Fall, daß der Bau der Verbindungsstraße nur mit den zur Herbeiführung der Tragfähigkeit des Untergrundes durchgeführten Arbeiten zu der hierfür anfallenden zusätzlichen Vergütung möglich war, nicht zwingend. Der Erstellung des

"entschlackten" Leistungsverzeichnisses läßt sich lediglich entnehmen, daß der Beklagte die Verbindungsstraße für eine möglichst geringe Vergütung bauen lassen wollte.

Von den von der Klägerin vorgebrachten weiteren Anhaltspunkten, die dafür sprechen könnten, daß der Bodenaustausch dem mutmaßlichen Willen des Beklagten entsprach, hat das Berufungsgericht das Argument, daß die geplante Ortsverbindungsstraße als Kreisstrasse konzipiert gewesen sei, als unerheblich behandelt und weiter ausgeführt, daß sich aus der Stellung eines Förderantrages nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz nicht zwingend ergebe, daß das Vorhaben geradezu unumgänglich gewesen sei.

Damit hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin nicht vollständig berücksichtigt. Die Klägerin hat nämlich darüber hinaus vorgetragen, daß der Beklagte seinen Förderanträgen eine Bausumme von rund 2 Mio. DM zugrundegelegt hat und lediglich deswegen nicht sämtliche Fördermittel erlangt werden konnten, weil Förderanträge versäumt worden seien. Ferner hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen, daß ein Abbruch des Vorhabens nicht nur dazu geführt hätte, daß der Beklagte der Klägerin die erbrachten Leistungen und den entgangenen Gewinn hätte vergüten müssen, ohne dafür eine entsprechende Gegenleistung zu erhalten, sondern auch den Verlust sämtlicher Fördermittel, einschließlich der bereits ausgezahlten, verursacht hätte. Neben der Konzipierung der Ortsverbindungsstraße als Kreisstraße spricht auch das Vorbringen der Klägerin, ohne den Ausbau der Straße wäre das Zusammenwachsen der ehemaligen Kreise W. und A. nur schwierig zu realisieren gewesen, dafür, daß für den Ausbau der Ortsverbindungsstraße erhebliche politische Interessen stritten.

Bei der erneuten Beurteilung des mutmaßlichen Willens des Beklagten wird das Berufungsgericht die von der Klägerin angeführten Gesichtspunkte, sofern sie zutreffend sind, gegenüber dem Interesse des Beklagten an einer wirtschaftlichen Haushaltsführung und an einer möglichst preisgünstigen Durchführung der Arbeiten zu gewichten haben. Soweit das Berufungsgericht bislang darauf abgestellt hat, daß der Beklagte den Straßenausbau zunächst aufschieben oder von der Durchführung ganz hätte Abstand nehmen können, wird es zu beachten haben, daß es bei der Beurteilung des mutmaßlichen Willens nur tatsächlich vorhandene Alternativen einfließen lassen darf. Lediglich theoretisch denkbare Möglichkeiten können die Annahme eines mutmaßlichen Willens nicht stützen (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 111/00, BauR 2002, 312, 313 = ZfBR 2002, 149 f.). Es wird deshalb zu prüfen sein, ob die vorübergehende Einstellung der Arbeiten oder die endgültige Aufgabe des Vorhabens angesichts der bereits vorgenommenen Arbeiten und der dennoch zu erwartenden Kosten, denen keine brauchbare Gegenleistung gegenübergestanden hätte, eine ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeit war. Daran bestehen nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts erhebliche Zweifel.

c) Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Überprüfung auch nicht stand, soweit es die Anspruchsvoraussetzung der unverzüglichen Anzeige der ohne Auftrag erbrachten Leistungen verneint hat. Das Berufungsgericht überspannt die Anforderungen an diese Anzeige. Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der Auftragnehmer die nicht beauftragten Leistungen nach Art und Umfang so beschreibt, daß der Auftraggeber rechtzeitig informiert wird und ihm die Möglichkeit gegeben wird, billigere Alternativen zu wählen. Diesen Anforderungen hat die Klägerin durch die Übersendung des Protokolls "zur Feststellung der Bodenverbesserung in der seitlichen Verbreiterung" der OVS D./U.,

dessen Gegenstand eine Baubesprechung vom 13. März 1995 war, genügt. In dem Protokoll heißt es:

"1. Der grundhafte Ausbau in der seitlichen Verbreiterung wird max. 50 cm tiefer gegründet, um einen Bodenaustausch zur Sicherung der erforderlichen EV2 - Werte von 45 MN/m² realisieren zu können.

2. Die Dicke des Bodenaustauschs wird nach Vorlage der Ergebnisse der Lastplattendruckversuche auf dem Soll - Planum unter Hinzuziehung der Werte auf dem bereits verbesserten Planum entschieden.

3. ...

4. Zwischen Planum und einzubauendem Kalkmineralgemisch wird ein Vlies eingelegt, welches seitlich aufgekantet bzw. eingeschlagen wird."

Dadurch wird hinreichend deutlich, welche Arbeiten zur Stabilisierung des Bodens vorgenommen werden sollten, nämlich insbesondere ein Austausch des Bodens. Dies gilt umso mehr, als nach dem unstreitigen Sachverhalt auf Anordnung der Beklagten diese zur Herstellung der Tragfähigkeit des Bodens erforderlichen Maßnahmen bereits zuvor auf einer Teststrecke vorgenommen worden waren. Die vom Berufungsgericht als fehlend beanstandeten näheren Angaben zur Höhe der für die nicht in Auftrag gegebenen Leistung anfallenden Vergütung waren nicht erforderlich. § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B verlangt lediglich, daß die Leistungen angezeigt werden. Für den Schutz des Auftraggebers ausreichend ist es wie bei § 2 Nr. 6 VOB/B, daß für ihn deutlich wird, daß die Leistungen nicht unentgeltlich erbracht werden. Das ergibt sich aus dem bereits genannten Protokoll über die Baubesprechung vom 13. März 1995, wonach die "Maßnahmen der Bodenverbesserung ... kostenwirksam" werden.

4. Sollte das Berufungsgericht wiederum zur Verneinung eines Anspruchs der Klägerin aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B gelangen, wird es erneut zu prüfen haben, ob der Klägerin gesetzliche Ansprüche zustehen. Für die von der Klägerin verlangte zusätzliche Vergütung kommen Ansprüche aus berechtigter und unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag sowie bereicherungsrechtliche Ansprüche in Betracht.

a) Diese scheitern nicht daran, daß § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B gesetzliche Ansprüche ausschließt.

(1) Der § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B in der am 11. Juni 1996 bekannt gemachten Fassung, der vorsieht, daß die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag unberührt bleiben, ist nicht anwendbar, weil die Vertragsparteien die Fassung des § 2 Nr. 8 VOB/B vereinbart haben, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im November 1994 maßgeblich war.

(2) § 2 Nr. 8 VOB/B in der zwischen den Parteien vereinbarten Fassung hält jedoch, soweit er gesetzliche Ansprüche ausschließt, der Inhaltskontrolle nach dem AGBG nicht stand (BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88, BGHZ 113, 315, 322 ff.). § 2 Nr. 8 VOB/B muß nach dem AGBG überprüft werden, da die Parteien aufgrund der ebenfalls in den Vertrag einbezogenen, von dem Beklagten gestellten "Besonderen Vertragsbedingungen" die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart haben.

(3) Durch die Einbeziehung der Klauseln Nr. 16.2, Nr. 16.3 und Nr. 18.1 der "Besonderen Vertragsbedingungen" haben die Parteien das in der VOB/B vorgesehene Gefüge von Leistung und Gegenleistung zuungunsten der Klägerin verschoben (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 155/86, BGHZ 101, 357, 360 ff.; Urteil vom 19. Mai 1994 - VII ZR 26/93, BauR 1994,

617, 618 = ZfBR 1994, 262, 263; Urteil vom 9. Oktober 2001 - X ZR 153/99, BauR 2002, 775, 777).

aa) Nr. 16 der "Besonderen Vertragsbestimmungen" lautet:

16.1 ...

16.2 Die Entlassung aus der Gewährleistungsfrist ist vom Auftragnehmer 4 Wochen vor Ablauf der Verjährung schriftlich zu beantragen.

16.3 Der Auftragnehmer verzichtet auf den Einwand verspäteter Mängelrüge; der Auftragnehmer kann daher die Mängelbeseitigung, auch für Mängel, die vor bzw. bei der Abnahme der Leistungen zu erkennen waren oder vorhanden sind, bis zum Ablauf der Gewährleistung verlangen.

Die Regelung in Nr. 16.2 weicht zu Lasten des Auftragnehmers von der Regelung des § 13 Nr. 4 VOB/B ab. Sie hat in den Fällen, in denen der Auftragnehmer es versäumt, den Antrag rechtzeitig vor Ablauf der Gewährleistungsfrist zu stellen, mittelbar zur Folge, daß die Gewährleistungsfristen verlängert werden.

Nr. 16.3 ist aus der Sicht des Auftragnehmers so zu verstehen, daß der Auftraggeber auch solche Mängel, die er vor der Abnahme erkannt hat, bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist auch ohne einen entsprechenden Vorbehalt bei der Abnahme geltend machen können soll. Das widerspricht zu Lasten des Auftragnehmers der in § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B getroffenen Regelung (BGH, Urteil vom 6. Juni 1991 - VII ZR 101/90, BauR 1991, 740, 741 = ZfBR 1991, 253, 254).

Ob Nr. 16.2 und Nr. 16.3 der "Besonderen Vertragsbedingungen" ebenfalls einer Inhaltskontrolle nach dem AGBG nicht standhalten, bedarf keiner

Entscheidung, weil ein relevanter Eingriff in die VOB/B auch durch eine Klausel erfolgen kann, die einer Inhaltskontrolle nicht standhalten würde.

bb) In Nr. 18.1 der "Besonderen Vertragsbedingungen" ist geregelt, daß Abschlagszahlungen nur bis 90 % der erbrachten Leitungen ausgezahlt werden. Das greift erheblich zu Lasten des Auftragnehmers in § 16 Nr. 1 VOB/B ein, wonach erbrachte Leistungen vollständig zu vergüten sind (BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88, BGHZ 113, 315, 322 ff.; Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 155/86, BGHZ 101, 357, 361 ff.).

b) Mit der Begründung des Berufungsgerichts läßt sich aus den oben zu § 2 Nr. 8 VOB/B dargelegten Gründen (vgl. oben 3.b) das für einen Anspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag erforderliche mutmaßliche Interesse des Beklagten nicht verneinen.

c) Sofern sich das mutmaßliche Interesse des Beklagten nicht feststellen lassen sollte, wird das Berufungsgericht Ansprüche der Klägerin aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag zu prüfen haben.

d) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung können ebenfalls nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts verneint werden. Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dafür, daß die von der Klägerin erbrachten Leistungen, die für die Errichtung der Straße notwendig waren, dem Beklagten aufgedrängt worden wären. Aus seinen Feststellungen ergibt sich nicht, daß die Arbeiten unerwünscht gewesen wären und der Beklagte ihre Beseitigung verlangt hätte. Die Straße wird vielmehr genutzt. In einem derartigen Fall ist die

öffentliche Hand bereichert, wobei sich die Bereicherung auch aus den ersparten Aufwendungen ergeben kann (BGH, Urteil vom 26. April 2001 - VII ZR 222/99, BauR 2001, 1412, 1413 f. = ZfBR 2001, 455).

Dressler Thode Hausmann

Wiebel Kuffer