

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 37/72

URTEIL

Verkündet am
28. September 1972
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bauunternehmung Wilhelm F. [REDACTED] GmbH, B. [REDACTED],
Hauptverwaltung D. [REDACTED] ([REDACTED]), vertreten durch ihren
Geschäftsführer Wilhelm F. [REDACTED] jun., ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik D e u t s c h l a n d (Bundesstraßen-
verwaltung), vertreten durch das Land Nordrhein-Westfalen,
dieses vertreten durch den Landschaftsverband Rheinland,
dieser vertreten durch seinen Direktor, K. [REDACTED], K. [REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Vogt und der Bundesrichter Dr. Finke, Schmidt, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 31. März 1967 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beteiligte sich im Jahre 1961 am Ausbau der Autobahn zwischen Leverkusen und Köln-Mülheim, und zwar aufgrund einer Ausschreibung des Autobahnneubauamtes (ANA) vom September 1960, ihres Angebots vom 22. November 1960 und des Zuschlags für das Los III vom 17. Februar 1961. Die Geltung der VOB war vereinbart. Bei der ersten Baustellenbegehung am 17. März 1961 stellte sich heraus, daß die Ausschreibung infolge eines Berechnungsfehlers unter der Position 35 (evtl. 35a) Aufschüttungsmassen (48.000 cbm Kiessand) enthielt, die tatsächlich nicht benötigt wurden. Der Klägerin war u.a. die Position 35 zugeschlagen worden, womit die Alternativposition 35a entfiel.

Die Klägerin will für ihr Angebot die Lieferung von (später nicht benötigten) 48.000 cbm Dammschüttmaterial

- 3 -

(Pos. 35) und 38.000 cbm Frostschutzkies (Pos. 93) im "Verbund" kalkuliert haben. Sie habe eine Bezugsquelle an der Hand gehabt, bei der sie den Kies für Position 93 dann besonders billig hätte beziehen können, wenn sie zugleich den bei der Kiesgewinnung anfallenden Abraum (die über dem Kies liegenden Deckschichten) als Dammschüttmaterial für Position 35 hätte verwenden können. Nur deswegen habe sie den geringen Preis von 4,50 DM/cbm Frostschutzkies in ihr Angebot eingesetzt. Durch den Fortfall der Position 35 sei dieser ihrer Kalkulation die Grundlage entzogen; das sei auch dem Leiter des ANA am 17. März 1961 sofort klargeworden. Anstelle des von ihr angebotenen Kubikmeterpreises für Frostschutzkies von 4,50 DM sei nunmehr ein Preis von mindestens 10,05 DM angemessen (Differenz: 5,55 DM). So habe denn auch das ANA für 15.000 cbm, die über die Ausschreibungsmengen hinaus von ihr angefahren worden seien, 10,05 DM und für weitere Mengen 9,41 DM gezahlt.

Die Klägerin hat für eine Teilmenge von 6.000 cbm Kies eine Nachforderung von 5,55 DM pro cbm = 33.300 DM nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 32.460,- DM nebst Zinsen stattgegeben und dabei einen gerechtfertigten Mehrpreis von 5,41 DM zugrundegelegt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils erster Instanz. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt, Oberlandesgerichtsrat Dr. M. [REDACTED] habe an der Beratung des Berufungsurteils nicht mitgewirkt und es auch nicht unterschrieben.

Die Rüge ist nicht gerechtfertigt.

1. Angesichts der Widersprüche zwischen den dienstlichen Erklärungen der Richter Dr. M. [REDACTED] und D. [REDACTED] einerseits und Dr. Ma. [REDACTED] andererseits hat der Senat nicht festzustellen vermocht, daß das Berufungsurteil abschließend ohne Dr. Ma. [REDACTED] beraten worden ist.

2. Da dieser durch Krankheit verhindert war, das Urteil zu unterschreiben, durfte seine Unterschrift gemäß § 315 Abs. I Satz 2 ZPO durch den Vorsitzenden ersetzt werden.

II.

Die Revision trägt vor, das Berufungsgericht habe die Behauptung der Klägerin außer acht gelassen, zwischen den Parteien sei nach Feststellung des Ausschreibungsfehlers eine Vereinbarung darüber getroffen worden, daß die Klägerin für die gesamte gelieferte Kiesmenge einen angemessenen Preis erhalten solle. Diese Vereinbarung habe die Klägerin wiederholt mit Beweisantritt vorgebracht. Das Berufungsgericht hätte die angebotenen Zeugen hören müssen.

Die Rüge ist nicht begründet.

1. Es trifft zwar zu, daß die Klägerin während des Rechtsstreits mehrfach die Vorgänge zwischen der Baustellenbegehung am 17. März 1961 und dem Ablehnungsschreiben vom 27./28. April 1961 vorgetragen und unter Zeugenbeweis gestellt hat. Insbesondere soll der Oberbaurat M. schon am 17. März 1961 gesagt haben, das ANA werde "bluten" müssen, wenn sich der Ausschreibungsfehler bestätige, und soll in den folgenden Tagen die Klägerin zur Fortsetzung ihrer Leistung mit der Zusicherung angehalten haben, sie werde einen angemessenen Preis erhalten.

2. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß die Parteien eine wirksame Vereinbarung über einen neuen Preis für die Position 93 getroffen hätten. Die Klägerin hat nicht behauptet, daß M. bevollmächtigt gewesen wäre, für die Beklagte eine solche Vereinbarung mit der Klägerin abzuschließen. Deswegen hat die Klägerin auch nach eigenem Vortrag, ungeachtet der angeblichen Zusagen des Oberbaurats M. vom 17. März 1961 und 12. April 1961, auf einer schriftlichen Bestätigung seitens der Beklagten bestanden. Diese schriftliche Bestätigung ihres neuen Angebots vom 30. März 1961 hat sie nicht erhalten; die Bestätigung ist vielmehr am 27. und 28. April von dem Leiter der Vertragsabteilung des ANA Sc. ausdrücklich abgelehnt worden, wie die Klägerin selbst vorträgt. Sie hat demnach die behaupteten Äußerungen des Oberbaurats M. selbst nicht als eine verbindliche Zusage aufgefaßt, sondern daraus nur die Erwartung geschöpft, das ANA werde sich bereit finden, einen angemessen höheren Preis zu zahlen. Schon deswegen ist auch für die Annahme einer Anscheinsvollmacht kein Raum.

III.

§ 2 Nr. 5 VOB (B) ist hier nicht anwendbar.

Diese Bestimmung setzt voraus, daß die Grundlagen des Preises für eine bestimmte im Vertrag vorgesehene Leistung durch Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers geändert werden. Dies ist hier bei der Position 93 nicht der Fall. Welche Vergütung der Klägerin für die fortgefallene Position 35 zusteht, ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits. Preisgrundlagenänderungen bei einer der vorgesehenen Leistungen geben nur für diese Leistung Anlaß, einen neuen Preis zu vereinbaren. § 2 Nr. 5 VOB (B) wirkt sich - wie auch § 2 Nr. 3 VOB (B) - immer nur für die Position aus, bei der Änderungen vorgenommen worden sind (Ingenstau/Korbion VOB, 6. Aufl. B § 2 Rz. 73-77; Urteile des Senats vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 223/62 - und 20. März 1969 - VII ZR 29/67 - = LM Nr. 36 zu VOB (B)). Der Annahme der Revision, hier seien die Positionen 35 und 93 wegen der "Verbundkalkulation" als eine Position aufzufassen, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die Klägerin den "Verbund" ihrer Kalkulation der Beklagten nicht erkennbar gemacht, nicht "offen gelegt" hat, wie zu IV näher ausgeführt ist.

IV.

Aus demselben Grunde scheitert die Annahme der Klägerin, mit dem Fortfall der Position 35 sei die Geschäftsgrundlage für die Preisvereinbarung zu Position 93 weggefallen. Das Berufungsgericht hat zutreffend festgestellt, der in zahlreiche Positionen gegliederte Bauvertrag lasse einen sachlichen Zusammenhang der Positionen 35 und 93 nicht

erkennen. Der Umstand, daß die Klägerin in ihrem Angebot für beide Positionen dieselbe Entnahmestelle (Km 538) angegeben habe, stelle allein auch für das sachkundige ANA keinen Hinweis auf eine Verbundkalkulation dar.

Die Revision macht geltend, das ANA habe als sachkundiger Vertragspartner die Verbundkalkulation tatsächlich schon bei der Bearbeitung des Angebots der Klägerin erkannt. Die Klägerin hat dafür aber in den Vorinstanzen keinen Beweis angetreten. Sie hat vielmehr selbst vorgetragen, Oberbaurat M. mit seinen Begleitern sei erst bei der Baustellenbegehung am 17. März 1961 von ihr über die preislichen Folgen des Fortfalls der Position 35 unterrichtet worden und habe dabei beruhigende Erklärungen abgegeben. Zu dieser Zeit aber war der Zuschlag bereits erteilt.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin müsse, da sie eine kalkulatorische Verbindung der beiden Positionen in ihrem Angebot nicht kenntlich gemacht habe, das Risiko ihrer Kalkulation tragen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

V.

Schadensersatzansprüche hat die Klägerin, wie sie in den Vorinstanzen wiederholt ausdrücklich erklärt hat, nicht geltend gemacht. Deswegen braucht auf die rechtlichen Gesichtspunkte des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen und der positiven Vertragsverletzung nicht eingegangen zu werden.

VI.

Die Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft, sie aber nicht für begründet erachtet. Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Finke

Schmidt

Meise

Recken