

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 50/67

URTEIL

Verkündet am

5. Dezember 1968

Horn

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Prä-
sidenten der Oberfinanzdirektion Hannover,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Karl-Friedrich S. [REDACTED] in R. [REDACTED]
als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma L. [REDACTED] &
Sohn, Bauunternehmung, in S. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 11. Januar 1967 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die im August 1963 in Konkurs gefallene Gemeinschuldnerin und ursprüngliche Klägerin führte in den Jahren 1960 - 1961 auf Bestellung der Beklagten Rohbauarbeiten an den Gebäuden Nr. 8, 9 und H des Kasernen-Neubaus Seedorf, Landkreis Bremervörde aus. Die Werklohnforderung der Klägerin von insgesamt 1.196.204,21 DM bezahlte die Beklagte bis auf einen Rest von 116.643,14 DM. In dieser Höhe erklärte sie auf Grund einer preisrechtlichen Nachprüfung die Forderung der Klägerin für nicht gerechtfertigt, meinte vielmehr, sie habe schon 22.025,95 DM zuviel bezahlt.

Von dem strittigen Betrag hat zunächst die Gemeinschuldnerin und später der Konkursverwalter mit der Klage

- 3 -

einen Teilbetrag von 97.199,68 DM nebst 10 % Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat - unter Abweisung der Mehrforderung - der Klage in Höhe von 94.116,83 DM nebst 7 % Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte stützt ihre Einwendungen gegen den Klageanspruch auf die vom Bundeswirtschaftsminister erlassene Verordnung Fr. Nr. 8/55 vom 19. Dezember 1955, BAnz. Nr. 249, (BaupreisVO). Grundlage dieser Verordnung ist § 2 PreisG (BGBI III 720 - 1). Die dort dem Bundeswirtschaftsminister erteilte Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen ist grundgesetzgemäß (BVerfGE 8, 274).

I.

Das Berufungsgericht äußert gegen die Gültigkeit des § 5 Abs. 1 der BaupreisVO Bedenken, die es jedoch letztlich offen läßt. Es führt dazu aus:

Die BaupreisVO solle nach ihrem Vorspruch dem Zweck dienen, "marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge für Bauleistungen verstärkt durchzusetzen". Es sei schon fraglich, ob diese Zielsetzung mit



der im Preisgesetz erteilten Ermächtigung vereinbar sei. Bei dem hier in Betracht kommenden § 5 Abs. 1 BaupreisVO sei zudem zweifelhaft, ob diese Regelung unerlässlich sei, um Gefährdungen oder ernsthafte Störungen des gesamten Preisstandes abzuwehren. Die Bestimmung gelte nur für Bauaufträge der öffentlichen Hand. Durch überhöhte Preise für Privatbauten könne aber der Preisstand in gleicher Weise gefährdet werden. Zu überhöhten Preisen komme es nur, wenn echter Wettbewerb fehle. Es gehöre zu den marktwirtschaftlichen Grundsätzen, daß sich die Preise im freien Spiel der Kräfte bildeten und nach Angebot und Nachfrage richteten. Das könne zwar zu einem Ansteigen der Baupreise führen, wenn die Nachfrage nach Bauunternehmerleistungen stärker sei als das Angebot. Hohe Preise seien aber noch keine überhöhten Preise. Einen überhöhten, d.h. einen höheren als den marktwirtschaftlich gerechtfertigten Preis könne ein Unternehmer nur verlangen, wenn es an einem Wettbewerb fehle. Solange sich mehrere Unternehmer um einen Auftrag bemühten, könne nur derjenige damit rechnen, den Auftrag zu erhalten, der davon absehe, überhöhte Preise zu fordern. Entspreche aber der geforderte Preis marktwirtschaftlichen Grundsätzen, so sei zweifelhaft, ob es zum Nutzen des Gemeinwohls geboten sei, ihn für unzulässig zu erklären, wenn er den sog. "Richtlinienpreis" (§ 5 Abs. 1 Satz 2 BaupreisVO) wesentlich überschreite. Auf diese Weise könnte den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit gegeben werden, einen marktwirtschaftlich gerechtfertigten Preis zu beanstanden. Sie könnten einen Vorteil erlangen, den die privaten Auftraggeber nicht hätten.

Die Bedenken des Berufungsgerichts sind nicht gerechtfertigt.

1.) Die Gültigkeit der BaupreisVO ist an den Grundsätzen zu messen, welche das Bundesverfassungsgericht in seiner oben genannten Entscheidung über Umfang und Inhalt der in § 2 PreisG gegebenen Ermächtigung herausgearbeitet hat. Danach gilt zusammenfassend folgendes (vgl. S. 313 ff aaO):

"Das "Programm", das mit Hilfe des § 2 PreisG verwirklicht werden soll, ist die "Aufrechterhaltung des Preisstandes". Die Ermächtigung hat ordnungssichernde Tendenz und läßt deshalb nur Maßnahmen zu, die unerlässlich sind, um Gefährdungen und ernsthafte Störungen des gesamten Preisstandes abzuwehren. Die Ermächtigung soll dem Übergang zu normalen Preisverhältnissen dienen; sie rechtfertigt nur solche Preisregelungen, die für besondere Bereiche des Wirtschaftslebens zum Nutzen des Gemeinwohls geboten sind. Beim Gebrauch der Ermächtigung muß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mitteln gewahrt werden. Die Ermächtigung darf nicht zu einer aktiven, die Preis- und Wirtschaftsordnung umgestaltenden Wirtschaftspolitik benutzt werden."

Das Bundesverfassungsgericht führt in dem Urteil dann weiter aus: Diese Bestimmtheit des Zweckes, die durch die bisherige Handhabung der Ermächtigung durch den Bundesminister für Wirtschaft noch deutlicher hervorgetreten sei, genüge den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Von der Ermächtigung könne nur in diesem Sinne Gebrauch gemacht werden. Der Inhalt der Rechtsverordnungen, zu deren Erlass der § 2 PreisG ermächtige, sei insofern bestimmt, als Preise festgesetzt oder genehmigt werden könnten. Zur Festsetzung von Preisen gehöre auch der Erlass von Preisberechnungsvorschriften, wie sie vor allem bei

der Preisregelung für öffentliche Aufträge seit jeher üblich seien, z.B. die VO Pr. 8/55 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen für Bauleistungen vom 19. Dezember 1966 (BAnz. Nr. 249).

Diese Ausführungen lassen erkennen, daß das Bundesverfassungsgericht keine Bedenken gegen die Gültigkeit der von ihm ausdrücklich erwähnten BaupreisVO gehabt hat. Dasselbe gilt für das Urteil des Bundesgerichtshofs BGHZ 46, 168, 175 f.

2.) Bei verfassungs- und gesetzeskonformer Auslegung (vgl. dazu unter III) hält sich § 5 Abs. 1 BaupreisVO im Rahmen der Ermächtigung des § 2 PreisG und ist daher gültig.

a) Das Berufungsgericht befürchtet, die BaupreisVO diene nur dem fiskalischen Interesse an besonders niedrigen Baukosten. Zu solchem Zwecke hätte allerdings der Bundeswirtschaftsminister die BaupreisVO nicht erlassen dürfen. Es fehlt aber jeder hinreichende Anhaltspunkt dafür, daß solche Erwägungen eine maßgebende Rolle gespielt hätten.

Allerdings ist es eine notwendige Folge der Preisprüfung gemäß der BaupreisVO, daß die öffentliche Hand überhöhte Baupreise vermeiden kann. Diese als notwendiger "Reflex" sich zwangsläufig ergebende Folge rechtfertigt aber noch nicht den Schluß, der Bundeswirtschaftsminister habe mit dem Erlass der BaupreisVO "die staatliche Selbstprivilegierung als Zweck" verfolgt (vgl. Forsthoff, Die Bauwirtschaft 1959, 659).

b) Das Berufungsgericht leitet aus dem Vorspruch der BaupreisVO zunächst das Bedenken her, diese diene

lediglich der Förderung des Wettbewerbs; das sei kein der Ermächtigung des § 2 PreisG entsprechendes Ziel, da diese Vorschrift nur Ausnahmen von der freien Preisbildung im Wettbewerb zulasse.

Indessen darf gerade auf dem Gebiet der Bauwirtschaft die Sicherung des Wettbewerbs als ein hervorragendes Mittel betrachtet werden, einem "Davonlaufen" der Baupreise entgegenzuwirken und damit das von § 2 PreisG verfolgte Ziel zu erreichen, "den Preisstand aufrechtzuerhalten". Allerdings bedarf es dort, wo mit Hilfe des freien Wettbewerbs dieses Ziel nicht voll zu erreichen ist, einer gewissen Prüfung und Kontrolle. Diese wird durch die BaupreisVO ermöglicht.

Die Entwicklung der Baukonjunktur und der Baupreise seit 1950 bis heute hat gezeigt, daß der freie Wettbewerb allein auf dem Gebiet der Bauwirtschaft nicht in der Lage war und ist, den Preisstand aufrechtzuerhalten. Konjunkturüberhitzung und Überbeschäftigung im Bauwesen haben vielmehr zu erheblichen Preissteigerungen in der Bauwirtschaft geführt. Es kommt noch hinzu, daß die Ortsgebundenheit von Bauleistungen die Gefahr von Störungen der marktwirtschaftlichen Preisbildung in besonderem Maße mit sich bringt (vgl. Hereth-Lehning-Petzoldt, BaupreisVO S. 1 Ziff. 2). Die von der BaupreisVO (vgl. §§ 5 ff aaO) bevorzugten, notfalls nach § 18 aaO zu prüfenden Wettbewerbspreise sind ein geeignetes Mittel, dem entgegenzuwirken.

Nach dem vorübergehenden Nachlassen in der Zeit von 1966 bis Mitte 1967 ist die Baukonjunktur seitdem wieder kräftig angestiegen. Die Vollbeschäftigung ist ganz oder nahezu wieder erreicht. Preisauftreibende Tendenzen sind

erneut erkennbar. Es besteht daher auch heute noch die Lage fort, die im Jahre 1955 den Bundeswirtschaftsminister veranlaßt hat, zum Zwecke der Preisstabilität die BaupreisVO zu erlassen.

c) Das Berufungsgericht beanstandet - im Widerspruch zu seinen unter b) erwähnten Bedenken - auch, daß es nach der BaupreisVO zulässig sein soll, marktwirtschaftlich zustandegekommene Preise unter besonderen Umständen zu verhindern. Aber gerade das ist, wie das Berufungsgericht auch nicht verkennt (s. oben zu b), das Ziel des § 2 PreisG, der Maßnahmen vorsieht, durch welche der Preisstand aufrechterhalten werden soll.

d) Das Berufungsgericht hält es schließlich für bedenklich, daß die BaupreisVO nur für Bauaufträge der öffentlichen Hand gelte, nicht aber für den Bereich privaten Bauens.

Dabei ist zunächst übersehen, daß die BaupreisVO grundsätzlich auch für Bauaufträge privater Bauherren gilt, sofern das Bauvorhaben überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanziert wird (Näher vgl. §§ 2, 3 Abs. 2 aaO).

Für die Beschränkung auf öffentliche oder mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauvorhaben gibt es sodann einen triftigen Grund.

Öffentliche und mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauten bilden einen großen und wichtigen Teil des gesamten Bauwesens. In einschlägigen Kommentaren wird der prozentuale Anteil der öffentlichen Bauten auf 25 - 30 %, einschließlich der mit öffentlichen Mitteln finanzierten Bauten auf

50 - 70 % des gesamten Bauvolumens angegeben (Pribilla, Kostenrechnung und Preisbildung, 2. Aufl. IV A Vorbem. S. 3; Altmann, BaupreisVO, 2. Aufl. S. 13). Nach dem Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland (Ausgabe 1968) wurden im Jahre 1966 an Gebäuden fertiggestellt (S. 248 aa0):

a) Wohngebäude:

- aa) Gebietskörperschaften: für 620 Millionen D
- bb) gemeinnützige Wohnungsunternehmen: für 5 394 Millionen D
- cc) freie Wohnungsunternehmen: für 1 500 Millionen D
- dd) sonstige Unternehmen und Private: für 17 869 Millionen D

b) Nichtwohngebäude:

- aa) Gebietskörperschaften: für 5 514 Millionen DM
- bb) sonstige: für 7 514 Millionen DM,

Im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau wurden im Jahre 1966 bewilligt (S. 253 aa0):

- a) öffentliche Mittel: 3 244 Millionen DM
- b) Kapitalmarktmittel: 3 899 Millionen DM
- c) sonstige Mittel: 2 981 Millionen DM.

Auch diese Zahlen zeigen eindrucksvoll die große Bedeutung der öffentlichen und mit öffentlichen Mitteln finanzierten Bauaufträge im Rahmen der gesamten Bauwirtschaft. Der ganz überwiegend von der öffentlichen Hand durchgeführte Tiefbau, namentlich der Straßenbau, ist dabei noch nicht einmal berücksichtigt.

Es ist weiter zu beachten, daß auch die Größenordnung der einzelnen Bauvorhaben der öffentlichen Hand durchschnittlich die privater Bauvorhaben beträchtlich übersteigt.

Aus diesem Grunde haben die Preise für öffentliche und mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauten eine wesentliche und maßgebende "Leitfunktion" für die Baupreise insgesamt. Laufen die Preise für diese Bauten davon, so wird es nicht möglich sein, das Preisniveau auf dem privaten Bausektor stabil zu halten. Andererseits durfte der Verordnungsgeber erwarten, daß, wenn es gelingt, die Preise für öffentliche und mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauvorhaben unter Kontrolle zu halten, sich auch das Niveau privater Baupreise vom Stand jener Preise nicht allzu weit entfernt.

Deswegen konnte und durfte es dem Bundeswirtschaftsminister genügen, über die Kontrolle der Preise für öffentliche und mit öffentlichen Mitteln finanzierte Bauvorhaben auf das Baupreisniveau überhaupt einzuwirken. Angesichts der überragenden Bedeutung der Bauwirtschaft und der geschilderten, schon 1955 feststellbaren Preistendenzen ist auch nicht zu bestreiten, daß die Vorschrift des § 5 BaupreisVO "unerlässlich" war, um Gefährdungen und Störungen des gesamten Preisstands abzuwehren (BVerfG aaO). Der Fall liegt in jeder Hinsicht anders als der in BGHSt 17, 76 entschiedene, in welchem der Bundesgerichtshof eine Preisvorschrift auf dem Gebiet der Kraftfahrtversicherung für unwirksam erklärt hat.

e) Das Berufungsgericht meint, schon der Umstand, daß der Baupreis sich im freien Spiel der Kräfte bilde und nach Angebot und Nachfrage richte, schließe es aus, ihn als "überhöht" zu bezeichnen, möge er auch "hoch" sein.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Erfahrung der Entwicklung auf dem Baupreis seit 1950 hat gelehrt, daß

auf diesem Gebiet mit dem freien Spiel der Kräfte allein nicht auszukommen ist, weil es für sich allein nicht in der Lage ist, den Baumarkt vor Überhitzung zu bewahren. Gerade darin liegt die Rechtfertigung für das preisregelnde Eingreifen des Bundeswirtschaftsministers mit Hilfe der BaupreisVO. Jede Preisregelung schränkt notwendigerweise den durch Angebot und Nachfrage im freien Wettbewerb gebildeten Preis ein. Darin liegt gerade der Zweck der Preisregelung. Das hat das Berufungsgericht verkannt.

II.

Es führt weiter aus:

Stärker als die Bedenken gegen die Gültigkeit des § 5 Abs. 1 der BaupreisVO seien die - von ihm aber letztlich ebenfalls offen gelassenen - Bedenken gegen die Art und Weise, in der die Beklagte von dieser Bestimmung Gebrauch mache. Der Verdacht eines Mißbrauchs sei nicht von der Hand zu weisen. Wenn schon vom Verordnungsgeber gefordert werde, daß er beim Erlaß einer Verordnung auf Grund des Preisgesetzes den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mitteln wahre, so müsse das erst recht für die Anwendung der Bestimmung des § 5 Abs. 1 BaupreisVO in der Praxis gelten. Mit Hilfe dieser Bestimmung solle verhindert werden, daß Bauunternehmer für ihre Leistungen überhöhte Preise forderten und erhielten. Dieser Zweck könne unschwer durch eine Preisprüfung vor Auftragserteilung erreicht werden. Insoweit werde es auch nicht zu beanstanden sein, daß hierbei die geforderten Preise mit den sog. Richtlinienpreisen verglichen würden. Sollte sich bei einer solchen Prüfung herausstellen, daß die geforderten Preise die Richtlinienpreise wesentlich überschritten, so

stehe es den öffentlichen Auftraggebern frei, von der Auftragserteilung abzusehen, oder den Unternehmer zu veranlassen, zu niedrigeren Preisen anzubieten. Auch ein privater Auftraggeber, der sich gegen Übervorteilung schützen wolle, müsse so verfahren. Es sei aber nicht einzusehen, inwiefern es der Zweck dieser Bestimmung rechtfertigen sollte, den öffentlichen Auftraggebern das Recht zu geben, sich auch nach Vertragsabschluß auf die Unzulässigkeit der vereinbarten Preise zu berufen, und zwar sogar dann, wenn es sich um Preise handele, die im Wege des Wettbewerbs zustande gekommen seien und marktwirtschaftshafter Grundsätzen gerecht würden. Auch das berechnete Interesse der Allgemeinheit daran, daß mit öffentlichen Mitteln sparsam umgegangen werde und die Unternehmer keine überhöhten Preise erhielten, rechtfertige nicht die Wahl eines Mittels, das sich als ein schwerwiegender Eingriff in den Grundsatz der Vertragstreue darstelle. Auch - und erst recht - von öffentlichen Auftraggebern müsse erwartet werden, daß sie Verträge, die sie geschlossen hätten, hielten.

1.) Diese Ausführungen gehen fehl. Ein Verstoß gegen Preisvorschriften wirkt unmittelbar auf den Inhalt des Vertrages ein. Er führt nicht zu dessen Nichtigkeit (§ 134 BGB) sondern nur dazu, daß der zulässige Preis an die Stelle des preisrechtlich unzulässigen Preises tritt und damit Vertragspreis ist. Nur der zulässige Preis ist von Anfang an geschuldet (vgl. BGHZ 1, 72, 76; BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB; BGHSt 8, 221, 225 f).

Bei solcher Rechtslage ist kein Raum für eine Berufung auf § 242 BGB. Es kann keine Rede davon sein, daß die öffentliche Hand sich nachträglich vom Vertragspreis lossage,

diesen einseitig herabsetze und dadurch gegen Treu und Glauben verstoße.

2.) Vor kleinlicher Handhabung der Preisprüfung muß und kann der Unternehmer ausreichend durch verfassungs- und gesetzeskonforme Auslegung der BaupreisVO geschützt werden, wie unten zu III noch darzulegen ist.

III.

Das Berufungsgericht wendet § 5 Abs. 1 BaupreisVO an. Er lautet:

"Preise für Bauleistungen, die im Wettbewerb zustande gekommen sind, sind preisrechtlich unzulässig, wenn der Preis in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung steht. Ein Preis steht in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung, wenn er einen nach der Anlage ermittelten Preis wesentlich überschreitet."

Zur Auslegung dieser Bestimmung führt das Berufungsgericht - sich den früheren Entscheidungen des OLG Celle NJW 1965, 542 und 1670 anschließend - aus:

Ein auffälliges Mißverhältnis und eine wesentliche Überschreitung seien nur bei groben und auffälligen Abweichungen zu bejahen. Eine nur unwesentliche Überschreitung des (nach den Richtlinien zu § 5 Abs. 1 BaupreisVO zu ermittelnden) "Richtlinienpreises" könne dafür nicht ausreichen. Der Richtlinienpreis sei auch kein genau bestimmbarer Preis; denn die Richtlinien erlaubten bei zahl-

reichen Ansätzen einen Spielraum. Bei der Kalkulation komme es weitgehend auf Schätzungen an. So könne z.B. verschieden beurteilt werden, was unter einer "wirtschaftlichen Betriebsführung" und einer "zweckmäßigen Arbeitsgestaltung" zu verstehen sei (Nr. 1 b der Richtlinien), was "verkehrsübliche ... Preise" seien (Nr. 2 a), ob ein Ansatz dem "Grundsatz sparsamer Wirtschaftsführung" entspreche (Nr. 2 b), welche Kapitalverzinsung, welche Abschreibung und welche Reparaturkosten "angemessen" seien (Nr. 3 a), welche Mieten "marktüblich" seien (Nr. 3), was unter einer "sparsamen Wirtschaftsführung" zu verstehen sei (Nr. 3 c), welche Kosten "wirtschaftlich gerechtfertigt" seien (Nr. 4 a, 4 b und 5 a) und was unter "gesamtwirtschaftlichen Durchschnittswerten" zu verstehen sei (Nr. 4 d). Von Betrieb zu Betrieb könnten beträchtliche Unterschiede vorkommen. Für allgemeine Geschäftsunkosten werde erfahrungsgemäß mit einem Satz von 6 % - 10 % des Umsatzes gerechnet; die kalkulatorischen Zuschläge für Wagnis und Gewinn lägen erfahrungsgemäß zwischen 4 % und 8 % der Angebotssumme.

Könne aber der Richtlinienpreis je nach Ansatz, Maßstab, Grundsätzen und Beurteilung verschieden hoch ausfallen, so könne der geforderte Preis nicht schon dann als unzulässig angesehen werden, wenn er den Richtlinienpreis nur um wenige Prozente überschreite.

Die Entscheidung, wann ein Mißverhältnis so groß sei, daß es auffalle, könne auch nicht von der Größe des Auftrags abhängen. Es müsse vielmehr sowohl bei einem kleinen als auch bei einem großen Auftrag mit demselben prozentualen Maßstab gemessen werden. Das Berufungsgericht

neige dazu, ein "auffälliges Mißverhältnis", d.h. eine "wesentliche Überschreitung" des Richtlinienpreises erst dann anzunehmen, wenn der geforderte Preis den Richtlinienpreis um mindestens 10 % übersteige.

Die Revision meint demgegenüber, bei großen Bauaufträgen sei schon eine Überschreitung von wenigen Prozent preisrechtlich unzulässig. Die Rüge ist nicht begründet.

1.) Die Frage ist streitig. Für eine großzügige Auslegung des § 5 treten z.B. ein: Pribilla aaO IV B § 5 S. 2 - 6; Altmann, aaO Erl. 5.5; Depenbrock, Bauverwaltung 1965, 749; für eine genauere Handhabung sind dagegen: Hereth, BaupreisVO, 2. Aufl. S. 116 - 123; Hereth-Lehning-Petzoldt aaO Erl. 5.13 - 5.20 und 5.23 - 5.24; Lehning, Betrieb 1965, 283; Crome, Betrieb 1965, 697).

2.) Durch die Verwendung der Begriffe "auffälliges Mißverhältnis" und "wesentliche" Preisüberschreitung hat der Verordnungsgeber zum Ausdruck gebracht, daß nur in schwerwiegenden Fällen in die freie Preisbildung eingegriffen werden soll. Nur diese Auslegung entspricht auch dem Ziel der Verordnung, "marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge für Bauleistungen verstärkt durchzusetzen", wie es im Vorspruch der Verordnung heißt.

3.) Dadurch, daß § 5 BaupreisVO auf das auffällige Mißverhältnis zwischen Leistung und Preis abstellt, kommt zum Ausdruck, daß nicht die DM-Summe der Überschreitung als solche maßgebend ist, sondern der Prozentsatz der Überschreitung. Der im Schrifttum und auch von der Revision vertretenen Meinung, bei einem kleinen Auftrag könne eine

Überschreitung von wenigen Prozent zulässig, bei einem großen Auftrag dieselbe prozentuale Überschreitung aber unzulässig sein, ist nicht haltbar. Ein "Mißverhältnis" zwischen Preis und Leistung kann immer nur unter Beachtung der Relation beider Bezugsgrößen festgestellt werden. Wenn in § 5 Abs. 1 BaupreisVO der Begriff "auffälliges Mißverhältnis" durch den anderen Begriff "wesentliche Überschreitung" näher erläutert ist, so kann das nicht dazu führen, bei der Auslegung, was unter "wesentlicher Überschreitung" zu verstehen ist, ganz außer acht zu lassen, daß es sich nach der Vorschrift stets auch um ein "auffälliges Mißverhältnis" handeln muß.

IV.

Das Berufungsgericht folgt bei der Ermittlung des "Richtlinienpreises" im wesentlichen den Feststellungen des Landgerichts, das sich seinerseits auf die Gutachten des Sachverständigen Lehmann gestützt hat. Auf dieser Grundlage stellt das Berufungsgericht für das Gebäude 8 (bei einer Bauauftragssumme von 396.972,29 DM) eine Preisüberschreitung von etwa 2,5 %, für das Gebäude H (bei einer Bauauftragssumme von 525.092,37 DM) eine Überschreitung von etwa 5,9 % und für das Gebäude 9 (bei einer Bauauftragssumme von 190.670,17 DM) keine Überschreitung fest.

Diese Feststellungen greift die Revision in verschiedenen Punkten an:

1.) Der Sachverständige hat für die Gemeinkosten, die allgemeinen Geschäftskosten und den Gewinn (vgl. Richtlinien Ziff. 4) eine "Umlagerechnung über den Endpreis" vorgenommen; das ist eine zulässige und betriebs-

wirtschaftlich anerkannte Kalkulationsart (Hereth-Lehning-Petzoldt aaO S. 55 Nr. 4).

Die Revision meint, der Sachverständige und das Berufungsgericht hätten die (weniger genaue) "Zuschlagskalkulation" anwenden müssen, weil die Klägerin sich bei ihrer Kalkulation dieser Methode bedient habe, und weil die Parteien das - mit der Klausel: "Der U.Zuschlag ist auf 73 % reduziert" - vereinbart hätten.

Die Rüge ist nicht begründet. Führt auch nur eine der verschiedenen möglichen und als zulässig anerkannten Kalkulationsarten zu dem Ergebnis, daß ein auffälliges Mißverhältnis und eine wesentliche Preisüberschreitung im Sinne des § 5 Abs. 1 BaupreisVO nicht festgestellt werden können, so ist der Vertragspreis preisrechtlich zulässig. Darauf, welcher Kalkulationsart sich der Unternehmer im Einzelfall bedient hat oder was die Parteien etwa über die anzuwendende Kalkulationsart vereinbart haben, kommt es hierfür nicht an.

Hat der Unternehmer zu niedrig kalkuliert, so ist auch eine wesentliche Überschreitung des besonders niedrigen Vertragspreises nicht etwa preisrechtlich unzulässig. Für diese Frage kommt es überhaupt nicht auf den Vertragspreis, sondern nur auf den nach der Anlage der BaupreisVO zu ermittelnden "Richtlinienpreis" an. Bei dessen Ermittlung sind Preisbehörde und Gericht an vertragliche Vereinbarungen der Parteien nicht gebunden.

Die Gemeinschuldnerin hat sich, wie die Revision selbst ausführt, bei ihrer Abrechnung an die getroffenen Vereinbarungen gehalten. Eine Vertragsverletzung liegt daher insoweit nicht vor.

2.) Das Berufungsgericht billigt der Gemeinschuldnerin eine Kalkulation des Ortszuschlags der Löhne nach Ortsklasse II und die Berücksichtigung eines Wegegeldes für ihre Arbeiter zu, weil sie diese übertariflichen Leistungen tatsächlich erbracht habe.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Denn es ist, worauf die Revisionsantwort zutreffend hinweist, auf die damaligen besonderen betrieblichen Verhältnisse der Gemeinschuldnerin abzustellen. Hatte sie übertarifliche Leistungen zu erbringen, um ihre Arbeiter zu halten, so durfte sie diese Leistungen auch ihrer Kalkulation zu Grunde legen, ohne gegen Preisvorschriften zu verstoßen.

Zu Unrecht beruft sich die Revision demgegenüber auf Ziff. 1 a der Richtlinien zu § 5 BaupreisVO. Dort heißt es:

"Der Berechnung (der Löhne) sind die zur Zeit des Preisangebots tatsächlich gezahlten Löhne und Gehälter, Zulagen und Zuschläge sowie Lohn- und Gehaltsnebenkosten zugrunde zu legen, soweit sie tariflich zugelassen und angemessen sind."

Beides hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß bejaht. Tariflöhne sind Mindestlöhne. Übertarifliche Leistungen sind tarifvertraglich nicht verboten. Wenn in Ziff. 1 a der Richtlinien von "tariflich zugelassenen" Löhnen die Rede ist, so kann damit nur die Untergrenze der Löhne gemeint sein. Ihre obere Grenze wird nach den Richtlinien durch die "Angemessenheit" bestimmt.

3.) Das Berufungsgericht berechnet, dem Sachverständigen folgend, die Lohnkosten nach dem "Mittelwert" (vgl. zu dieser Berechnungsart Hereth-Lehning-Petzoldt aaO S. 71 Nr. R 1.4).

Die Revision verweist darauf, daß die Parteien etwas anderes vereinbart hätten.

Das geht fehl, wie bereits oben zu IV 1 ausgeführt ist. Daß sich die Gemeinschuldnerin ihrerseits nicht an die Vereinbarungen gehalten hätte, bringt die Revision nicht vor.

4.) Bei den Autobuskosten folgt das Berufungsgericht dem Landgericht. Dieses hat an Autobuskosten bei allen 3 Gebäuden (Nr. 8, 9 und H) je 8.736,-- DM zugebilligt. Es hat damit die Ansätze des Sachverständigen bei Bau 8 um 936,-- DM, bei Bau 9 und H um je 6.201,-- DM überschritten.

Das beanstandet die Revision.

Die Rüge kann auf sich beruhen. Denn selbst wenn man insoweit der Revision folgt, ergeben sich keine prozentualen Überschreitungen solcher Größenordnung, daß die Preise der Gemeinschuldnerin als preisrechtlich unzulässig anzusehen wären. Das gilt selbst dann, wenn man der Revision weiter darin folgen würde, daß auch der vom Sachverständigen für Autobuskosten zugebilligte niedrigere Betrag noch etwas zu hoch sei. Die stärkste Überschreitung, welche das Berufungsgericht bei dem Gebäude H mit 5,9 % berechnet hat, würde sich bei Absetzung der strittigen Autobuskosten auf ... rund 7 % erhöhen. Auch eine solche Überschreitung

würde sich aber noch im Bereich des nach § 5 Abs. 1 BaupreisVO preisrechtlich Zulässigen halten.

5.) Die Revision wendet sich gegen die von Land- und Oberlandesgericht zugebilligten Beträge für Kies und Beton mit der Begründung, die Gemeinschuldnerin müsse sich an ihrer niedrigeren Angebotskalkulation festhalten lassen. Das ist verfehlt, wie bereits oben zu IV 1 ausgeführt ist.

6.) Das Berufungsgericht beruft sich wegen der übrigen Beanstandungen der Beklagten auf die Ausführungen des Landgerichts, denen es sich anschließt.

Die Revision meint, es fehle insoweit an einer Begründung des Berufungsgerichts.

Das trifft nicht zu. Der Umfang der im Berufungsurteil ausgesprochenen Verweisung auf das landgerichtliche Urteil ist klar.

7.) Das Landgericht, dem sich das Berufungsgericht insoweit angeschlossen hat, hält bei der Berechnung der Gemeinkosten den Ansatz des Gehaltes eines Bauführers für berechtigt, zumal dem Kläger die Stelle eines zusätzlichen Oberpoliers nicht zugebilligt werde. Bei dem Umfang der Baumaßnahmen und ihrer zeitlich gedrängten Durchführung sei ein Bauführer erforderlich gewesen, wie auch der Sachverständige mit Recht angenommen habe.

Die Revision verweist darauf, daß ein Bauführer nicht tätig geworden sei. Statt dessen hat die Gemeinschuldnerin aber einen zweiten Polier eingesetzt.

Bei der Preisbemessung nach den Richtlinien ist davon auszugehen, was objektiv erforderlich ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Einsatz eines Bauleiters geboten. Dann kann für die Kalkulation des Richtlinienpreises der Einsatz eines Bauführergehalts bei den Löhnen nicht beanstandet werden.

8.) Zu den Posten "Träger beim Abladen und beim Mauern" und "Löhne" meint die Revision, die von der Gemeinschuldnerin bei Abgabe ihres Angebots angewandte Kalkulationsart sei auch bei der Ermittlung des Richtlinienpreises anzuwenden.

Das trifft nicht zu, wie bereits oben zu IV 1 dargelegt ist. Daß die Gemeinschuldnerin selbst sich nicht an vertragliche Vereinbarungen gehalten hätte, behauptet die Revision nicht.

V.

Nach alledem ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Vogt

Bundesrichter Dr. Finke
ist erkrankt und kann
deshalb nicht unter-
schreiben.

Glanzmann