

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/A § 9 Nr. 1 und 2; VOB/B § 2 Nr. 5

- a) Eine Ausschreibung, die neben bestimmt formulierten Mindestanforderungen festlegt, daß weitere Leistungen der von dem Auftragnehmer als Vertragsleistung übernommenen Tragwerksplanung zu entsprechen haben, legt den Vertragsinhalt hinreichend bestimmbar fest.
- b) Für die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses ist nicht von Bedeutung, daß die übernommenen Verpflichtungen kalkulierbar sind.
- c) Eine mit § 9 VOB/A unvereinbare Ausschreibungstechnik führt nicht dazu, daß anstelle der ausgeschriebenen Leistung eine mit § 9 VOB/A übereinstimmende Vertragsinhalt wird. § 9 VOB/A enthält kein zwingendes Vertragsrecht.
- d) Ein sachkundiger Auftragnehmer kann sich nicht darauf berufen, er habe die mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung verbundene Risikoverlagerung nicht erkennen können oder nicht zu erkennen brauchen.

BGH, Urteil vom 27. Juni 1996 - VII ZR 59/95 - OLG Karlsruhe
LG Mannheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 59/95

Verkündet am:
27. Juni 1996
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 3. Februar 1995 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 hatte für die Beklagte Sanierungsarbeiten an einer 1925 errichteten Doppelschleuse mit zwei Kammern und einer 1973 versetzt errichteten Ersatzschleuse zu einem Pauschalpreis zu erbringen. Der Vertrag kam aufgrund einer Ausschreibung nach VOB/A zustande. Ihm liegt u.a. die VOB/B zugrunde. Im Streit ist noch die Vergütung für die Bewehrung der linken Schleusenwand. Insoweit weist das Leistungsverzeichnis auf, daß die Flächenbewehrung nach der Zwangsbeanspruchung zu bemessen sei, mindestens aber eine angegebene Stärke aufzuweisen habe. Die für die Bemessung der Zwangsbeanspruchung erforderliche Statik hatte die Klägerin als Vertragsleistung zu erbringen. Im übrigen hatte die Klägerin Verankerungen in den Schleusenwänden anzubringen; für diese werden Mehrkosten geltend gemacht.

Die Klägerin verlangt u.a. für Mehrverbrauch an Stahl sowie für umständlichere und aufwendigere Arbeiten für die Verankerungen zusätzliche Vergütung.

Das Landgericht hat den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Stahlmehrverbrauch

1. Das Berufungsgericht hält in Übereinstimmung mit dem Landgericht die Klage für dem Grunde nach berechtigt. Es führt hierzu aus:

Die Klägerin habe nach § 2 Nr. 5 VOB/B Ansprüche auf zusätzliche Vergütung für den Stahlmehrverbrauch.

Die Ausschreibungsmethode der Beklagten, eine Mindestbewehrung vorzugeben und die konkret auszuführende Leistung der von der Klägerin erst als Vertragsleistung zu erstellenden Tragwerksplanung zu überlassen, sei mit § 9 Nr. 1 und 2 VOB/A nicht vereinbar. Es sei der Klägerin nicht zuzumuten, diese Tragwerksplanung bereits als Grundlage ihres Angebots zu erstellen. Ohne eine solche Planung könne aber das Angebot nicht genau kalkuliert werden. Somit habe die Klägerin im Ergebnis ihr Angebot erst auf der Grundlage der vertraglich zusätzlich zu erstellenden Tragwerksplanung abgeben können. Diese Situation sei einer Änderung des Bau-

entwurfs nach § 2 Nr. 5 VOB/B gleichzustellen, da sich aufgrund der später erstellten Statik ein erheblich höherer Stahlbedarf als für die konkret ausgeschriebene Mindestbewehrung ergeben habe. Der Anspruch auf Mehrvergütung werde auch nicht durch die fehlende vorherige Ankündigung in Frage gestellt, da diese keine Anspruchsvoraussetzung sei. Gegen die Vertragsklausel der Beklagten, die abweichend von § 2 Nr. 5 VOB/B auch für dessen Anwendungsbereich eine vorherige Ankündigung zwingend vorschreibe, bestünden Bedenken aus § 9 AGBG. Jedenfalls aber verstoße die Beklagte gegen Treu und Glauben, wenn sie sich hierauf berufe, obwohl sie die veränderte Leistung habe ausführen lassen. Deshalb könne hier dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Vereinbarung der Klausel überhaupt substantiiert vorgetragen habe.

2. Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg.

a) Das Berufungsgericht will die hier gegebene Situation einer Änderung des Bauentwurfs im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B gleichstellen. Die vom Berufungsgericht damit für richtig gehaltene entsprechende Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B auf die vorliegende Fallgestaltung läßt sich nicht rechtfertigen.

Sie beruht jedenfalls in den tragenden Teilen der Argumentation auf einer Verkennung der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien.

b) Von unrichtigen rechtlichen Anforderungen an die Festlegung von Vertragsinhalten gehen die Ausführungen des Berufungsgerichts aus, daß nach seiner Überzeugung die Klägerin "ihr Angebot abschließend erst nach Vorliegen einer umfassenden statischen Berechnung erstellen konnte, die sie andererseits aber erst nach Auftragserteilung als gesonderte vertragliche Leistung schuldete". Verträge müssen nicht im Sinne der Anforderungen des Berufungsgerichts bzw. der ihnen zugrundeliegenden Vorstellungen des Sachverständigen bestimmt sein. Es genügt vielmehr, wenn der Vertragsinhalt bestimmbar festgelegt wird (vgl. etwa Senatsurteil vom 8. Februar 1996 - VII ZR 219/94 = BauR 1996, 412). Den gesetzlichen Anforderungen an die Festlegung eines Vertragsinhaltes entspricht die Ausschreibung. Sie legt nämlich neben bestimmt formulierten Mindestanforderungen fest, daß weitere Leistungen der Auftragnehmerin der vertraglich übernommenen Tragwerksplanung zu entsprechen haben. Damit ist der Vertragsinhalt hinreichend bestimmbar festgelegt.

Nicht für eine wirksame Vertragsgestaltung relevant ist auch das vom Berufungsgericht im Anschluß an den Sachverständigen verwendete Argument, es sei mangels Kalkulierbarkeit des Stahlverbrauchs für den Auftragnehmer unzumutbar, eine entsprechende Verpflichtung einzugehen. Das ist mit den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen nicht vereinbar. Weder ist es für die Wirksamkeit einer Willenserklärung von Bedeutung, daß die damit eingegangenen Verpflichtungen kalkulierbar sind, noch gibt es auch nur einen Erfahrungssatz, wonach regelmäßig nur kalkulierbare Verpflichtungen eingegangen werden. Die Klä-

gerin ist diese Verpflichtung in Kenntnis ihrer Bedeutung eingegangen. Willensmängel macht sie nicht geltend.

Ohne rechtliche Bedeutung sind deshalb auch alle Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen belegt werden soll, daß die Erstellung einer Tragwerksplanung in der Angebotsphase für den Auftragnehmer zu aufwendig gewesen wäre. Ob und wie sich ein Vertragspartner der Risiken eines Vertragsschlusses vergewissert, ist ausschließlich seine Sache. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nach dem riskante Leistungen nicht übernommen werden können.

Der rechtliche Ansatz des Berufungsgerichts verstößt schließlich auch gegen den Grundsatz, daß Verträge nach Möglichkeit so auszulegen sind, daß sie eine abschließende und widerspruchsfreie Regelung des einschlägigen Lebenssachverhalts bewirken. Die Auslegung des Berufungsgerichts führt nämlich im Gegenteil dazu, daß der Vertrag eine geplante, durch analoge Anwendung des Vertragsergänzungsverfahrens nach § 2 Nr. 5 oder 6, § 1 Nr. 3 oder 4 VOB/B zu schließende Lücke aufweist.

c) Das Berufungsurteil läßt sich auch nicht darauf stützen, daß die von der Beklagten verwendete Ausschreibungstechnik nicht mit § 9 VOB/A zu vereinbaren ist. Nach der Rechtsprechung des Senats hat § 9 VOB/A keine Außenwirkung in dem Sinne, daß dem Verstoß eines an die VOB/A gebundenen Auftraggebers gegen sie unmittelbar rechtsgeschäftliche Wirkung etwa in dem Sinne zukäme, daß die betreffende Ausschreibung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB anzusehen wäre. Auch eine solche

Auslegung würde im übrigen nicht zu den Ergebnissen führen, die die Klägerin anstrebt. Die VOB/A enthält auch nicht etwa zwingendes Vertragsrecht derart, daß statt der geschlossenen Vereinbarung die nach § 9 VOB/A gebotene Vertragsinhalt wird.

Allerdings kann die VOB/A sich mittelbar zugunsten des Auftragnehmers auswirken. So kann der Bieter nach der Senatsrechtsprechung Auslegungszweifel zugunsten einer der VOB/A entsprechenden Auslegung lösen (BGH, Urteil vom 11. November 1993 - VII ZR 47/93 = BauR 1994, 236 = ZfBR 1994, 115 = BGHZ 124, 64 = NJW 1994, 850 - Wasserhaltung II). Eine Auslegung der Ausschreibung und damit des Vertragsangebots dahin, daß die Klägerin das Risiko eines Stahlmehrverbrauchs aufgrund der erst später zu erstellen- den Statik nicht solle tragen müssen, ist hier aber nicht möglich, weil die mit dem Vertragsschluß beabsichtigte Risikoverlagerung für die Klägerin zweifelsfrei erkennbar war.

Ein Verstoß gegen die VOB/A konnte deshalb hier kein Auslegungsvertrauen im Sinne der Rechtsprechung des Senats begründen. Die Ausschreibungstechnik der funktionalen Leistungsbeschreibung ist verbreitet und in Fachkreisen allgemein bekannt. Ein sachkundiger Auftragnehmer kann sich nicht darauf berufen, die damit verbundene Risikoverlagerung habe er nicht erkennen können oder nicht zu erkennen brauchen. Dies gilt um so mehr, als bestimmte Formen der funktionalen Leistungsbeschreibung und damit auch die damit verbundenen Risikoverlagerungen der VOB/A nicht unbekannt sind (vgl. § 9 Nr. 10 f VOB/A). Die von der Beklagten ver-

wendete funktionale Leistungsbeschreibung der Bewehrung war offensichtlich und konnte bei der gebotenen Prüfung und Bewertung der Ausschreibungsunterlagen Auslegungszweifel des Bieters nicht begründen. Es lag hier auf der Hand, welche Risiken durch die Art der Ausschreibung auf die Klägerin verlagert werden sollten. Das sieht wohl auch das Berufungsgericht nicht anders, es will nur die Risikozuweisung nachträglich korrigieren.

Hinzu kommt, daß die Leistungen hier pauschal vergeben worden sind. Damit ist die Klägerin ohnehin bewußt ein Mengenrisiko hinsichtlich des Stahlverbrauchs eingegangen. Wenn es sich dabei auch nicht um das Risiko von Planungsänderungen handelte, so mußte doch die Aufmerksamkeit der Klägerin gerade auf Mengenrisiken der Vertragsgestaltung hingelenkt worden sein.

Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann somit nicht angenommen werden, daß der Klagsanspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

d) Nicht geprüft hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus zu Recht -, ob auf der Basis der angegebenen Betongüte eine andere Bewehrung zu erstellen gewesen wäre als bei der tatsächlich vorhandenen von B 5. Mehraufwendungen, die auf falschen Angaben des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung beruhen, sind durch den vereinbarten Preis nicht abgegolten (§ 2 Nr. 1 VOB/B). Wegen solcher Aufwendungen könnte ein Anspruch der Klägerin wegen Mehrverbrauchs im Hinblick auf diesen Unterschied nach § 2 Nr. 5 ff VOB/B in Betracht kommen, wenn die vertraglichen

Voraussetzungen im übrigen anzunehmen sein sollten. Darüber kann in der Revisionsinstanz nicht abschließend entschieden werden.

e) Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, ob sich der Klaganspruch als Schadensersatzanspruch rechtfertigen läßt.

Nach der Rechtsprechung des Senats kann es Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß auslösen, wenn der Bieter deshalb Nachteile erleidet, weil er - im Ergebnis zu Unrecht - auf die Einhaltung der VOB/A vertraut hat (BGH, Urteil vom 9. April 1992 - VII ZR 129/91 = BauR 1992, 759 = NJW-RR 1992, 1046 = ZfBR 1992, 211 - Wasserhaltung I). Das kommt hier allerdings, wie ausgeführt, nicht in Betracht.

Es könnten aber Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 26 GWB daraus hergeleitet werden, daß ein Auftraggeber unter Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung dem Auftragnehmer mißbräuchliche Vertragsbestimmungen zumutet (vgl. hierzu etwa Kapellmann/Schiffers Band 2. Pauschalvertrag, Rdn. 569 S. 199 m.w.N.).

Ob schließlich ein Verstoß gegen Vergabebestimmungen der VOB/A seit Inkrafttreten der Vergabeverordnung auch Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz auslösen können, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil die fragliche Ausschreibung vor Inkrafttreten der Vergabeverordnung stattfand.

II.

Verankerungen:

1. Hinsichtlich der Verankerungen hält das Berufungsgericht ebenfalls Ansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B für gerechtfertigt. Es leitet dies daraus her, daß aus den Ausschreibungsunterlagen nicht erkennbar gewesen sei, daß die Verankerung in morbidem Kernbeton mit einer Qualität von B 5 vorzunehmen gewesen sei. In Übereinstimmung mit dem Sachverständigen ist das Berufungsgericht deshalb der Meinung, ein den Anforderungen des § 9 Nr. 2 VOB/A entsprechender Text des Leistungsverzeichnisses habe den Einpreßmörtel nach Verbrauch, da anders nicht meßbar und eine Variierung der Bohrlochdurchmesser und -längen sowie der Ankerlänge nach laufenden Metern statt nach Stückzahl aufweisen "müssen". Deshalb hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen keine Zweifel daran, daß der nach tatsächlicher Bauausführung erforderlich gewordene Mehraufwand im Bereich der Verankerung wie auch der entsprechende Mehrverbrauch des Verpreßmörtels wegen der angebotenen Leistungsposition "in den Verantwortungsbereich der Beklagten" falle.

2. Auch dem kann nicht in jeder Hinsicht gefolgt werden.

Ein Mehraufwand, der dadurch entstanden ist, daß statt der angegebenen bzw. aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen Betongüte von B 25 nur Betongüte B 5 vorgefun-

den wurde, kann zwar Ansprüche nach § 2 Nr. 5 ff VOB/B rechtfertigen. Die vom Berufungsgericht angenommene Anwendbarkeit von § 2 Nr. 5 VOB/B läßt sich aber nicht so begründen, wie das Berufungsgericht das ausgeführt hat.

Ingenieurtechnische Anforderungen an eine "ordnungsge-
mäße" Leistungsbeschreibung, wie sie das Berufungsgericht
als Grundlage seiner Argumentation nimmt, können nicht dazu
führen, daß von der geschlossenen Vereinbarung völlig unab-
hängige Größen zum Vertragsinhalt werden. Daß man damit im
Ergebnis die ingenieurtechnischen Optimierungsanforderungen
und § 9 Nr. 2 VOB/A als zwingendes Vertragsrecht behandelt,
ist rechtlich nicht haltbar.

Zu vergleichen wird hier sein, wie die Klägerin die
Verankerungen nach der angegebenen Betongüte tatsächlich
angeboten hat, damit, ob und welcher Mehraufwand sich auf
dieser Grundlage durch die vorgefundene Betongüte ergeben
mußte. Im übrigen wird auf der Grundlage der Ausführungen
zu I. zu prüfen sein, ob überhaupt die vertraglichen Vor-
aussetzungen eines Anspruchs auf Mehrvergütung gegeben
sind.

Falls es auf die vertraglich vorgesehene Ankündigung
der Mehrforderung ankommen sollte, wird das Berufungsge-
richt die vom Senat in seiner Entscheidung vom 23. Mai 1996
(VII ZR 245/94 = BauR 1996, 542 - zur Veröffentlichung in
BGHZ bestimmt) aufgestellten Grundsätze zu berücksichtigen
haben.

III.

Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehenbleiben, es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen erforderlich sind, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben wird.

Lang

Quack

Thode

Hausmann

Wiebel