

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:-----ja

VO PR 8/55 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen für Bauleistungen vom 19. Dezember 1955, BAnz Nr. 249, § 5 Abs. 1

- a) § 5 Abs. 1 BaupreisVO ist gültig. Er hält sich im Rahmen der Ermächtigung von § 2 PreisG. (Vgl. auch BVerfGE 8, 274).
- b) Für die Frage, ob ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Preis und Leistung, d.h. eine wesentliche Überschreitung des Richtlinienpreises (gem. der Anlage zu § 5 Abs. 1 BaupreisVO) durch den Angebotspreis vorliegt, ist allein auf das prozentuale Verhältnis der beiden Bezugsgrößen abzustellen. Dabei ist der Prozentsatz nicht abhängig von der Größe des Auftrags; er ist nicht etwa um so niedriger, je größer der Auftrag ist.
- c) Eine Überschreitung des Richtlinienpreises um 4 % ist keine wesentliche Überschreitung und kein auffälliges Mißverhältnis im Sinne von § 5 BaupreisVO. Selbst eine Überschreitung von 7 % liegt noch im Rahmen des Zulässigen.

BGH, Urt.v. 5. Dezember 1968 - VII ZR 92/66 - OLG Celle
LG Hannover -

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII_ZR_92/66

URTEIL

Verkündet am

5. Dezember 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

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

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 9. März 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1960 - 1961 führte die Klägerin auf Bestellung der Beklagten Rohbauarbeiten an der Werkhalle A 17 des Kasernen-Neubaus Sch██████ bei Bremen aus. Die Werklohnforderung der Klägerin von insgesamt 168.822,96 DM bezahlte die Beklagte bis auf einen Rest von 24.070,45 DM. In dieser Höhe erklärte sie auf Grund einer preisrechtlichen Nachprüfung die Forderung der Klägerin für nicht gerechtfertigt. Den strittigen Betrag überwies sie auf ein Sperrkonto der Klägerin bei der Commerzbank D██████. Um die Freigabe dieses Kontos streiten die Parteien im gegenwärtigen Prozeß.

Die Klägerin hat mit der Klage zuletzt von der Beklagten Freigabe in Höhe von 23.711,28 DM nebst Zinsen



gefordert; die Beklagte mit der Widerklage von der Klägerin Freigabe in Höhe von 6.570,45 DM.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage in der jeweils geforderten Höhe (beim Landgericht nur 17.500 DM) stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die (erst bei ihm erhobene) Widerklage in Höhe eines - von der Klägerin nicht mehr beanspruchten - Teilbetrages von 359,17 DM zugesprochen und sie im übrigen abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage und ihre Widerklage, soweit sie abgewiesen worden ist, weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte stützt ihre Einwendungen gegen den Klageanspruch auf die vom Bundeswirtschaftsminister erlassene Verordnung PR Nr. 8/55 vom 19. Dezember 1955, BAnz. Nr. 249, (BaupreisVO). Grundlage dieser Verordnung ist § 2 PreisG (BGBl III 720 - 1). Die dort dem Bundeswirtschaftsminister erteilte Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen ist mit dem Grundgesetz vereinbar (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, oder ob sie nicht dazu dienen solle, das fiskalische Interesse an niedrigen Baukosten zu wahren. Die BaupreisVO gelte nur für Bauaufträge der öffentlichen Hand. Durch überhöhte Preise für Privatbauten könne aber der Preisstand in gleicher Weise gefährdet werden. Falls die Verordnung in ihrer praktischen Handhabung nur den Zweck habe, der öffentlichen Hand höhere Bauausgaben zu ersparen, wäre sie unwirksam. Die öffentlichen Auftraggeber könnten durch vorherige Preisprüfung oder durch vertragliche Vereinbarung von Kalkulationshöchstsätzen für angemessene Preise sorgen. Die nachträgliche Berufung auf eine gesetzliche Preisbindung stelle einen schwerwiegenden Eingriff in den Grundsatz der Vertragstreue dar. Dieser sei nur dann gerechtfertigt, wenn ernsthafte Störungen des Preisstandes drohten, die auf andere Weise nicht abgewendet werden könnten.

Die Bedenken des Berufungsgerichts sind nicht gerechtfertigt.

1.) Die Gültigkeit des § 5 Abs. 1 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 Er-

mächtigung 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 1955 (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 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 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 zustande gekommene 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 aufrecht erhalten 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 Bauaufträge 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) wurde im Jahre 1966 an Gebäuden fertiggestellt (S. 248 aaO):

a) Wohngebäude:

aa) Gebietskörperschaften:	für 620 Millionen DM
bb) gemeinnützige Wohnungsunternehmen:	für 5.394 Millionen DM
cc) freie Wohnungsunternehmen:	für 1.500 Millionen DM
dd) sonstige Unternehmen und Private:	für 17.869 Millionen DM

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 aaO):

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 öffentlich 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 Preisstandes 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.

II.

In seiner (späteren) Entscheidung vom 11. Januar 1967, welche Gegenstand des Revisionsurteils VII ZR 50/67 vom 5. Dezember 1968 ist, hat derselbe Senat des Oberlandesgerichts in einem gleichliegenden Fall zur BaupreisVO folgende weiteren - auch hier einschlägigen - Ausführungen gemacht:

Stärker als die Bedenken gegen die Gültigkeit des § 5 Abs. 1 der BaupreisVO seien die 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 Mittel 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 dem öffentlichen Auftraggeber frei, von der Auftragserteilung abzusehen oder den Unternehmer zur Forderung eines geringeren Preises zu veranlassen. 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 marktwirtschaftlichen 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. Es 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. OGHZ 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 Vertragspreiss 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."

1.) Das Berufungsgericht führt aus, diese Vorschrift komme hier zur Anwendung, obwohl der Auftrag nicht unmittelbar im Wettbewerb vergeben worden sei. Denn die Klägerin habe ihren im Wettbewerb angebotenen Preis noch ermäßigt. Sie könne daher nicht schlechter gestellt werden, als sie gestanden hätte, wenn sie den Auftrag auf Grund ihres Wettbewerbsangebotes erhalten hätte. Auch die Preisüberwachungsstelle habe das Hauptangebot der Klägerin nach § 5 Abs. 1 BaupreisVO beurteilt, und die Beklagte habe hiergegen keine Bedenken erhoben.

Die Revision erhebt hiergegen keine Einwendungen, jedoch ist im Schrifttum insoweit Kritik laut geworden (vgl. Horoth, Baupreisrecht, 2. Aufl. S. 114 f).

Sie ist nicht begründet. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hat hier zunächst eine Ausschreibung der Bauleistungen (vgl. § 3 Ziff. 1 a und b VOB (A)) stattgefunden. Der Vertragspreis ist dann dadurch zustande gekommen, daß die Klägerin den von ihr auf Grund der Ausschreibung angebotenen Preis auf Verlangen der Beklagten weiter ermäßigt hat. Auch ein auf diese Weise zustande gekommener Preis beruht noch auf dem vorangegangenen Wettbewerb, wie er sich auf Grund der Ausschreibung ergeben hatte. Auch ein solcher Preis ist daher noch im Sinne des § 5 BaupreisVO als "im Wettbewerb zustande gekommen" anzusehen, wenn auch die endgültige Vergabe der Bauarbeiten freihändig geschehen ist (§ 3 Ziff. 1 c VOB (A)).

Darauf, ob die weiteren vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang gemachten - von Hereth aaO angegriffenen - Ausführungen zutreffen, kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an.

2.) Zur Auslegung des § 5 Abs. 1 BaupreisVO führt das Berufungsgericht - sich den früheren Entscheidungen des Oberlandesgerichts 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. Dabei müsse auch berücksichtigt werden, daß eine eindeutige Feststellung des Richtlinienpreises nicht möglich sei. Die Richtlinien erforderten eine Kalkulation, die weitgehend auf Schätzungen beruhe. So könne es z.B. verschieden beurteilt werden, was im Einzelfall als "wirtschaftliche Betriebsführung" und "zweckmäßige Arbeitsgestaltung" anzusehen sei (Nr. 1 b der Richtlinien), welche Kapitalverzinsung, Abschreibung und Reparaturkosten angemessen seien (Nr. 3 a der Richtlinien), welche Baustellenkosten und allgemeinen Geschäftskosten wirtschaftlich gerechtfertigt seien oder wie hoch der kalkulatorische Gewinn anzusetzen sei (Nr. 4 der Richtlinien). Die Spanne für allgemeine Geschäftskosten betrage erfahrungsgemäß 6 - 10 %, für Wagnis und Gewinn weitere 4 - 8 % der Herstellkosten, die Differenz zwischen Niedrigstwerten (10 %) und Höchstwerten (18 %) ergebe also zusammen 8 %. Es liege auf der Hand, daß die Ermittlung des Richtlinienpreises je nach Ansatz sehr unterschiedliche Ergebnisse haben

könne. Auch aus diesem Grunde könne eine Überschreitung des Richtlinienpreises um nur wenige Prozent nicht zu einer Unzulässigkeit des vereinbarten Preises führen.

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

Die Rüge ist nicht begründet.

a) 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, Baupreisrecht, 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.

b) 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.

c) 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. Die im Schrifttum und auch von der Revision

vertretene 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 stellt - bei einem Angebotspreis von 173.190,08 DM - 3.476,15 DM = 169.713,93 DM und einer Abrechnungssumme von 168.822,96 DM - eine Überschreitung des Richtlinienpreises in Höhe von 3,7 % fest. Es folgt dabei im wesentlichen dem Sachverständigen T.

Diese Feststellungen greift die Revision in verschiedenen Punkten an.

1.) Der Sachverständige hat für die Gemeinkosten der Baustelle, die allgemeinen Geschäftskosten und den Gewinn (vgl. Richtlinien Ziff. 4) eine "Umlagerechnung über den Endpreis" vorgenommen. Das ist eine zulässige und betriebswirtschaftlich anerkannte Kalkulationsart (Hereth-Lehning-Petzold 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.

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, 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.

2.) Das Berufungsgericht prüft, ebenso wie der Sachverständige, den Angebotspreis der Klägerin auf seine preisrechtliche Zulässigkeit. Es stellt dann fest, daß sich in der Schlußabrechnung der Klägerin infolge Änderungen der Massen allenfalls nur eine geringfügige Preisveränderung gegenüber dem Angebotspreis ergeben habe.

Das greift die Revision an. Sie weist aber nicht nach, daß die Beklagte in den Tatsacheninstanzen substantiierte Behauptungen vorgetragen und unter Beweis gestellt hätte, mit denen diese Feststellung des Berufungsgerichts nicht vereinbar wäre. Unter diesen Umständen braucht nicht erör-

tert zu werden, ob Fälle denkbar sind, in denen eine Änderung der Massen zu einer wesentlichen Preisverschiebung führen könnte (vgl. dazu Hereth, Baupreisrecht, 2. Aufl. S. 123 - 124).

3.) Das Berufungsgericht hat, auch insoweit dem Sachverständigen T■■■ folgend, für die Beförderung der Arbeiter zur Baustelle und zurück mit Hilfe eines Autobusses der Klägerin 2.250 DM zugebilligt.

Das beanstandet die Revision zu Unrecht. Unstreitig war die Baustelle zwar nur 3 km von der Stadtgrenze Bremens, aber 30 km von der Stadtmitte entfernt. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler annehmen, daß in diesem besonderen Falle der Klägerin überrdurchschnittlich hohe Transportkosten entstanden, die durch den Betrag der Baustellengemeinkosten nicht gedeckt wurden, zumal der Sachverständige und das Berufungsgericht diesen Betrag mit 6,5 % recht niedrig angesetzt haben. (Vgl. oben zu III 2; S. 9 des Berufungsurteils; Hereth-Lehning-Petzoldt aaO Erl. R 4.10).

Der von der Revision vermißten nochmaligen Anhörung des Sachverständigen durch das Berufungsgericht bedurfte es unter diesen Umständen nicht.

4.) Der Sachverständige T■■■ und das Berufungsgericht haben bei der Preisermittlung mit einem "Mittellohn" von 3,20 DM/h gerechnet.

Die Revision meint, es dürften nur 2,99 DM/h in Ansatz gebracht werden.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Sachverständige hat in seinem Nachtragsgutachten (S. 8) zu dem Einwand der Beklagten Stellung genommen. Dagegen hat die Beklagte später nichts Substantiiertes mehr vorgebracht.

5.) Das Berufungsgericht hat der Klägerin ca. 500 DM Anfuhrkosten für Baugerät zugebilligt.

Die Revision bemängelt, daß das Berufungsgericht dabei davon ausgegangen ist, das Baugerät sei vom Betriebssitz der Klägerin angefahren worden, während es sich in Wahrheit auf einer benachbarten Baustelle befunden habe.

Die Rüge ist schon deswegen nicht begründet, weil, worauf auch das Berufungsgericht zutreffend hinweist, selbst dann, wenn man diese 500 DM vom Richtlinienpreis absetzt, die Obergrenze eines preisrechtlich zulässigen Preises nicht überschritten sein würde. Es ergibt sich nämlich dann ein Richtlinienpreis von 162.075,02 DM (vgl. S. 8 BU). Der Angebotspreis der Klägerin von 168.612,01 DM liegt rund 4 % darüber.

6.) In dem ursprünglichen Auftrag der Beklagten an die Klägerin waren zwei Rippendecken vorgesehen. Vereinbarungsgemäß wurden aber später keine Rippendecken, sondern billigere Massivdecken ausgeführt. Darüber verhält sich das Nachtragsangebot der Beklagten vom 14.4./1.6.1961 Pos. 1 und 2 (zusammen 14.898,33 DM).

Das Berufungsgericht hat der Preisprüfung auch insoweit den Richtlinienpreis gem. § 5 BaupreisVO zu Grunde gelegt.

Das beanstandet die Revision. Sie meint, es hätte gemäß § 11 Abs. 1 BaupreisVO mit einem Selbstkostenpreis gerechnet werden müssen.

Das trifft nicht zu.

Es kann dahinstehen, ob diese letztere Berechnungsart zur Feststellung einer Preisüberschreitung in Höhe von 4.925,92 DM führen würde, wie die Revision meint. Denn § 11 Abs. 1 BaupreisVO zwingt nicht zur Anwendung von Selbstkostenpreisen, sondern eröffnet - abweichend von § 6 Abs. 1 BaupreisVO - nur die Befugnis, solche zu vereinbaren. Die Vereinbarung von Wettbewerbspreisen bleibt zulässig (Pribilla aaO IV B § 11 S. 2). Dann kann aber auch ein Preis, der als Wettbewerbspreis zulässig wäre, wie das Berufungsgericht das hier festgestellt hat, nicht bloß deswegen als preisrechtlich unzulässig angesehen werden, weil er in einem Nachtragsangebot genannt ist.

V.

Das Berufungsgericht hat nach alledem eine unzulässige Preisüberschreitung gemäß § 5 Abs. 1 der BaupreisVO zutreffend verneint. Mit Recht geht es davon aus, daß eine Überschreitung um 3,7 % kein auffälliges Mißverhältnis zwischen Preis und Leistung und keine wesentliche Überschreitung des Richtlinienpreises darstellt. Für eine Überschreitung von 4 % (s. oben IV 5) gilt nichts anderes. (Abweichend Horeth, Baupreisrecht, 2. Aufl. S. 116 - 123). In der ebenfalls am 5. Dezember 1968 entschiedenen Sache VII ZR 50/67 hat der Senat eine Überschreitung um rund 7 %

noch als im Rahmen des Zulässigen liegend erachtet; in jenem Fall betrug die Angebotssumme 525.092,37 DM.

Die Revision ist daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Vogt

Erbel

Meyer

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

Glanzmann