
Datum: 15.11.1995
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 56/95
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1995:1115.2U56.95.00

Normen: BGB § 631; VOB/B § 2 NR. 5 U. 6

Leitsätze:

Dissens über den Gegenstand des Werkvertrages

Bei einem Dissens über den genauen Gegenstand eines Werkvertrages (hier: Einbau nur verzinkter oder zusätzlich polyesterbeschichteter Bleche) ist der Besteller nur verpflichtet, gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B die Mehrkosten zu tragen, die sich aufgrund seiner späteren Klarstellung ergeben.

Tenor:

Das Urteil ist rechtskräftig.

Tatbestand

1

Die Klägerin verfolgt mit Klage und Berufung einen restlichen Anspruch für die Lieferung von Stahltrapezblechen für die Errichtung des Daches einer Abfallhalle der Beklagten. Der Auftragsvergabe war eine Ausschreibung der Beklagten vorausgegangen. Im Leistungsverzeichnis (Los 1, Titel I, Pos.1) hieß es, daß die Bleche und das Verbindungsmaterial verzinkt anzubieten seien, und zwar im Profil "F. 135/310, tN = 1mm, ca, 13 kg/qm, Positivlage". Die Klägerin erhielt am 23. Juli 1992 zu den Bedingungen des Angebots und der Beschreibung im Leistungsverzeichnis den Zuschlag. Die Anwendung der VOB wurde zwischen den Parteien vereinbart. Als die Klägerin an der Baustelle verzinkte, aber nicht polyesterbeschichtete Profile anlieferte, lehnte die Beklagte den Einbau ab und verlangte die Lieferung polyesterbeschichteter Bleche. Das geschah in der Folgezeit auch. Die Beklagte zahlte insgesamt 53.857,86 DM.

2

Die Klägerin meint, ihr stünden darüber hinaus der Mehrpreis für die polyesterbeschichteten Bleche (8.289,60 DM zuzüglich Mehrwertsteuer), die Materialkosten für die zurückgenommenen verzinkten Bleche und die Transportkosten der verzinkten Bleche zu, weil die Beklagte einen Zusatzauftrag zur Lieferung polyesterbeschichteter Bleche erteilt habe. Insgesamt hat sie einen Betrag von 67.038, 31 DM geltend gemacht.

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht nach Durchführung einer Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Die Klägerin habe lediglich die ihr nach dem ursprünglichen Auftrag obliegenden Leistungen erbracht. Aus der Angabe "F. 135/310" im Leistungsverzeichnis ergebe sich, daß dieses Produkt nicht nur verzinkt, sondern auch polyesterbeschichtet zu sein habe. Zwar sei im Angebot der Klägerin nicht ausdrücklich von F.-Profilen die Rede. Daß diese gemeint seien, ergebe sich aber aus dem Leistungsverzeichnis, auf das Bezug genommen worden sei. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Klägerin nicht bewiesen, daß sie bei der Auftragsvergabe darauf hingewiesen habe, ihr Angebot betreffe nur verzinkte Bleche, ein zusätzlicher Korrosionsschutz durch Polyesterbeschichtung sei zusätzlich zu bezahlen. 4

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie meint, aus der Beschreibung "Profil: F. 135/310" ergebe sich nicht, daß die Bleche nicht nur, wie im Leistungsverzeichnis gesagt, verzinkt, sondern auch beschichtet zu liefern gewesen seien. Dieses Profil biete alternative Beschichtungsmöglichkeiten, auch eine bloße Verzinkung. 5

Bei dieser Sachlage müsse die Beklagte beweisen, daß die Klägerin (im Telefonat zwischen den Zeugen E. und Sch.) erklärt habe, in ihrem Angebot sei die zusätzliche Beschichtung enthalten. 6

In Höhe eines Teilbetrages von 7215,00 DM nebst anteiligen Zinsen hat die Klägerin vor Eintritt in die mündliche Verhandlung die Berufung zurückgenommen, da sie inzwischen einen Teil der zurückgenommenen Bleche verkauft hat. 7

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. 8

Von einer weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird gemäß § 543 I ZPO abgesehen. 9

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 10

Die zulässige Berufung ist in der Sache nur teilweise begründet, im übrigen aber unbegründet. 11

1) Der Klägerin steht ein weiterer Werklohnanspruch für die Lieferung polyesterbeschichteter Bleche gem. § 631 BGB nicht zu, denn ein Änderungsvertrag dahingehend, daß statt ursprünglich geschuldeter nur verzinkter Bleche solche mit Polyesterbeschichtung zu liefern seien, ist nicht zustandegekommen. Die Beklagte hat mit ihrem Schreiben vom 16. Oktober 1992 unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß nach ihrer Auffassung von Anfang an polyesterbeschichtete Bleche zu liefern gewesen seien. Sie hat daher das Angebot der Beklagten auf Ergänzung des ursprünglichen Vertrages dahin, daß nunmehr statt bloß verzinkter Bleche solche mit Polyesterbeschichtung zu liefern seien, ausdrücklich abgelehnt. Die Klägerin wiederum hat diese Ablehnung hingenommen und unter Aufrechterhaltung ihres Rechtsstandpunktes zur Vermeidung von etwaigen Schadensersatzforderungen polyesterbeschichtete Bleche geliefert. Eine vertragliche Vereinbarung zur zusätzlichen Lieferung polyesterbeschichteter Bleche ist daher nicht zustandegekommen, und es ist auch 12

kein neuer Preis für eine Mehrleistung nach § 2 Nr.5 oder 6 VOB/Teil B - die VOB war nach dem Vertrag der Parteien anzuwenden - vereinbart worden.

2) Die Beklagte muß die Leistung der Klägerin auch nicht deshalb im vollen Umfang gemäß § 631 BGB zusätzlich vergüten, weil die Klägerin die nach dem Vertragsinhalt lediglich geschuldeten verzinkten Bleche geliefert hat und sie gleichwohl auf der zusätzlichen Lieferung polyesterbeschichteter Bleche gegen Rücknahme der nur verzinkten Bleche bestanden hat. 13

Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, daß sich aus dem Vertrag nicht ergibt, daß nur verzinkte Bleche zu liefern waren. Die in der Leistungsbeschreibung in Bezug genommene Beschreibung der Firma F. zu den zu liefernden Stahltrapezblechen bestimmt die zu erbringende Leistung nicht hinreichend klar, denn in dieser Beschreibung sind gleichermaßen zum "Trapezprofil 135/310" verschieden starke Polyesterbeschichtungen als auch zwei Verzinkungsarten angegeben. Aus dem Vertrag der Parteien läßt sich nicht entnehmen, welche Sorte geliefert werden sollte. Auch die Auslegung aus dem Empfängerhorizont ergibt keine Klarheit, denn für die Klägerin als Empfängerin der Ausschreibung und Fachfirma war nicht ein bestimmtes Verständnis naheliegender als das andere. 14

Die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme hat gleichfalls nicht ergeben, daß die Parteien sich auf eine der genannten Möglichkeiten verständigt hätten, denn die Zeugenaussagen zur inhaltlichen Klarstellung widersprechen sich, wie das Landgericht mit Recht ausgeführt hat, ohne daß Anlaß bestünde, dem einen Zeugen mehr zu glauben als dem anderen. Eine weitere Beweiserhebung zu diesem Punkt verspricht keine weitere Aufklärung, auch nicht die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum üblichen Verständnis der Leistungsbeschreibung, denn bei der offengebliebenen Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Ausführungsvarianten kann es kein "übliches" Verständnis geben, da es gerade auf die Ausübung dieser Wahl durch die Parteien ankommt. 15

Entgegen der Auffassung des Landgerichts läßt sich angesichts der Aufzählung mehrerer Bearbeitungsmöglichkeiten im Prospekt der Firma F. aus diesem Prospekt nicht entnehmen, daß ohne eine zusätzliche Absprache polyesterbeschichtete Trapezbleche zu liefern waren. Es bestand daher hinsichtlich der Bearbeitungsqualität ein versteckter Einigungsmangel im Sinne des § 155 BGB zwischen den Parteien, da der verwendete Begriff nach dem Prospektinhalt mehrdeutig ist und beide Parteien ihn unterschiedlich verstanden haben. Da der Einigungsmangel einen untergeordneten Punkt des Gesamtvertrages betrifft, bleibt die Wirksamkeit des Gesamtvertrages von ihm unberührt (§ 155 BGB). 16

3) Nach § 2 Nr.5 VOB/B ist die Beklagte bei dieser Sachlage nur verpflichtet, die Mehrkosten der polyesterbeschichteten Bleche gegenüber den zunächst gelieferten nur verzinkten Blechen zu tragen, denn die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vereinbarte Leistung sind durch die nachträgliche Klarstellung der Beklagten erst hinreichend konkretisiert worden (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 12. Aufl. (1993) § 9 VOB/A Rn.39 und § 2 VOB/B Rn. 273, 274; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 2. Aufl. (1993), Rn. 164). Nimmt der Auftraggeber bei einem zunächst bestehenden Dissens später eine Klarstellung vor, die zu einem höheren Leistungsumfang führt, hat er für diese Mehrkosten einzustehen. Angesichts des bisher bestehenden Dissens kann sich der Auftragnehmer aber nicht darauf berufen, es handele sich insoweit um einen neuen Auftrag, der zusätzlich zu vergüten sei. § 2 Nr.5 VOB trifft insoweit eine sachgerechte Risikoverteilung bei Mißverständnissen und Unklarheiten, die letztlich beide Seiten zu verantworten haben. 17

Da es hinsichtlich des neuen Preises nicht zu einer Vereinbarung zwischen den Parteien im Sinne des § 2 Nr.5 VOB/B gekommen ist, muß dieser Preis durch gerichtliche Bestimmung festgesetzt werden (BGH NJW 1968, 1234; OLG Celle BauR 1982, 381). Der Senat geht - im Rahmen der erforderlichen Schätzung nach § 287 II ZPO - davon aus, daß die Parteien redlicherweise den Mehrpreis der beschichteten Bleche gegenüber den nur verzinkten Blechen, die der Kalkulation der Klägerin zugrundelagen, vereinbart hätten.

Ein weitergehender Anspruch wegen der gelieferten Bleche und der Kosten der Zweitanzlieferung bzw. des Abtransportes steht der Klägerin hingegen bei der gegebenen Sachlage gemäß § 2 Nr.5 VOB/B nicht zu, und ein solcher Anspruch ergibt sich auch nicht aus anderen Rechtsvorschriften. Insbesondere ergibt sich ein solcher Anspruch nicht aus § 2 Nr.6 VOB/B, denn diese Vorschrift erfaßt nur den Fall der Forderung von Leistungen, die bisher im Vertrag überhaupt noch nicht vorgesehen waren (Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 VOB/B, Rn. 289). 19

Der Klägerin steht wegen der gelieferten beschichteten Bleche auch kein Anspruch aus § 812 I 1 BGB zu, denn die Beklagte ist nicht ungerechtfertigt bereichert, da der Rechtsgrund in der Vereinbarung gemäß § 2 Nr.5 VOB/B liegt, auch wenn eine Vergütungsregelung nicht zustandegekommen ist. 20

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 97, 101 ZPO. 21

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO. 22

Die Wertfestsetzung ergibt sich aus § 546 II ZPO. 23

Streitwert für die Berufungsinstanz: a) Bis zum 4.10.1995: 67.038,31 DM b) Ab 4.10.1995: 59.823,31 DM 24

8 8 25

6 6 26