

---

**Datum:** 30.12.1996  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 27. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 27 U 73/96  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:1996:1230.27U73.96.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Aachen, 43 O 181/95

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14. Juni 1996 verkündete Urteil der 3. Handelskammer des Landgerichts Aachen - 43 O 181/95 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

### Entscheidungsgründe

- 1
- 2 Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Der Klägerin steht ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte nicht zu, da zwischen den Parteien ein Vertrag über Sanierungsarbeiten an der DB-Brücke in G. nicht zustande gekommen ist.
- 3 Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der sich aus positiver Vertragsverletzung oder § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB herleiten ließe, kommt nur in Betracht, wenn die Parteien sich über den Abschluß eines Werkvertrages einig waren. An einer solchen Einigung fehlt es hier jedoch.
- 4 Dem mit Schreiben der Klägerin vom 14.06.1995 vorgeschlagenen Auftrag über Sanierungsarbeiten hat die Beklagte mit ihrem Antwortschreiben vom 19.06.1995 ausdrücklich widersprochen.
- 5 Zu einem Vertragsabschluß ist es auch nicht dadurch gekommen, daß die Klägerin in dem genannten Schreiben vom 14.06.1995 auf ein bereits vorliegendes, bindendes Vertragsangebot der Beklagten dessen Annahme erklärt hat.
- 6 Zwar beinhaltet das Schreiben der Beklagten unter dem 24.04.1995 ein bindendes Angebot zum Abschluß eines Werkvertrages über Sanierungsarbeiten an der Bundesbahnbrücke, § 145 BGB. Entgegen der Ansicht der Beklagten sprechen nämlich sowohl der Wortlaut des

Schreibens, hier insbesondere der letzte Satz, als auch sein Inhalt und die weiteren Umstände für die Abgabe einer bindenden Erklärung. Es handelt sich um ein - abgesehen von den unstreitig herauszunehmenden Positionen 3.001 und 3.002 - vollständiges Angebot mit genauen Preisangaben; soweit die Massen noch nicht feststanden, ist der Endpreis offen gelassen worden. Die Beklagte hat zwar ihre Kalkulation als "vorläufig" bezeichnet; dieser Vorbehalt bezieht sich aber nur auf die Frage der Geltung der VOB/B. Bei Abgabe des Angebots lagen der Beklagten bereits alle wesentlichen Informationen zum Vertragsinhalt vor. Denn mit den Angebotsunterlagen hatte die Klägerin ihr neben dem Leistungsverzeichnis auch die Baubeschreibung (deren Seiten 4 bis 11) per Fax übermittelt, wie es sich aus der Aussage der Zeugin W. in Zusammenhang mit dem Sendeprotokoll vom 25.04.1995 ergibt. Die Beklagte vermochte den Verbleib der nach ihrer Darstellung fehlenden Seiten nicht plausibel zu erklären. Bei Eingang unleserlicher Kopien wäre eine - unstreitig nicht geschehene - Rückfrage der Beklagten erfolgt. Diese übersandten Unterlagen enthalten genaue Angaben zu Zeit, Ort und sonstigen Besonderheiten der Auftragsausführung. Damit kann ein ausreichend bestimmtes Vertragsangebot bejaht werden.

Die Klägerin hat allerdings bereits unter dem 08.06.1995 dieses Angebot der Beklagten abgelehnt und um Abgabe eines neuen Angebotes, und zwar mit einem erweiterten Auftragsvolumen, gebeten. Da die Beklagte dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist, ist weder ein Vertrag mit dem ursprünglich geplanten Inhalt, noch mit dem erweiterten Volumen zustande gekommen (§ 150 Abs. 2 BGB). Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Beklagte an ihr ursprüngliches Angebot vom 25.04.1995 gebunden war, kann an dieser Stelle offen bleiben.

7

Das per Fax übermittelte Schreiben der Klägerin mit Datum vom 08.06.1995 läßt nämlich erkennen, daß die Auftraggeberin nunmehr an einer Durchführung sämtlicher Sanierungsarbeiten durch einen Unternehmer interessiert ist und deshalb zu einem Angebot für sämtliche Leistungen auffordert. Die von ihr gewählte Formulierung "Alle Arbeiten sollen gesamt vergeben werden" macht dies deutlich. Die Aussagen der Zeugen W. und K. belegen darüber hinaus, daß am 08. oder 09.06.1995 zwischen den Parteien telefonisch über eine erweiterte Auftragsvergabe gesprochen wurde. Die Zeugin W. hat den Ablauf dergestalt geschildert, daß sie nach Eingang des Zuschlags durch den Landschaftsverband am 08.06.1995 die Beklagte telefonisch zu einem erweiterten Angebot aufgefordert hat und es im weiteren Verlauf zu Gesprächen darüber gekommen sei. Eine Beschränkung auf den ursprünglichen Auftragsumfang entsprechend dem Angebot vom 25.04.1995 habe sie der Beklagten erst nach deren Ablehnung eines erweiterten Auftrags und nach Rücksprache ihrerseits mit dem Geschäftsführer ihrer Verwaltungs-GmbH vorgeschlagen. Dieses Verhalten der Vertreterin der Klägerin im Zusammenhang mit dem Fax vom 08.06.1995 bedeutete aus der Sicht der Beklagten, daß die Auftraggeberin das ursprüngliche Angebot abgelehnt und nunmehr zur Abgabe eines erweiterten Angebots aufgefordert hat. Das später erfolgte Angebot auf der Grundlage des ursprünglichen Auftragsvolumens stellte sich für die Beklagte als ein neues Angebot dar, da es erst nach Ablehnung der Auftragserweiterung erfolgt ist.

8

Dieses auf das ursprüngliche Auftragsvolumen reduzierte erneute Angebot hat die Beklagte nicht mehr akzeptiert. Zwar läßt sich aus der Aussage der Zeugin W. entnehmen, daß man sich telefonisch - nach einigem Hin und Her - in diesem Sinne geeinigt habe. Dem widerspricht jedoch die Aussage K., wonach die Beklagte telefonisch endgültig abgelehnt habe. Das Ablehnungsschreiben der Beklagten vom 19.06.1995 nimmt ausdrücklich auf die telefonische Absage Bezug und bestätigt insofern diese Angabe. Sonstige greifbare Anhaltspunkte für die Richtigkeit der einen oder anderen Aussage sind für den Senat nicht

9

ersichtlich, so daß allein die Aussage W. einen mündlichen Vertragsabschluß anläßlich der Telefonate am 09.06.1995 nicht belegen kann.

Aber auch bei einer abweichenden Auslegung des Schreibens der Klägerin vom 08.06.1995, nämlich als Aufforderung zu einem ergänzenden Angebot neben dem in Kraft bleibenden ursprünglichen Angebot vom 25.04.1995, läßt sich ein Vertragsabschluß nicht bejahen. 10

Die Klägerin hat dann nämlich das bindende Angebot der Beklagten vom 25.4.1995 nicht rechtzeitig angenommen. Eine Annahmeerklärung durch ihr Schreiben vom 14.06.1995 erfolgte verspätet, § 147 Abs. 2 BGB. Da mit dem Angebot der Beklagten vom 25.04.1995 und in den diesem zugrunde liegenden Unterlagen keine Fristbestimmung im Sinne des § 148 BGB erfolgt ist, ist die Frage der Rechtzeitigkeit der Annahme danach zu beurteilen, innerhalb welcher Frist "unter regelmäßigen Umständen" eine Annahme zu erwarten ist, § 147 Abs. 2 BGB. Eine Frist von über sieben Wochen, wie sie hier verstrichen ist, ist üblicherweise im geschäftlichen Bereich zu lang (vgl. dazu Staudinger-Bork, BGB, 13. Aufl., § 147 Rz. 15). Allerdings sind verzögernde Umstände oder Besonderheiten beim Adressaten, die dem Antragenden bekannt sind, zu berücksichtigen, und sie können zu einer Fristverlängerung führen. Hier war Anlaß der Angebotsabgabe eine öffentliche Ausschreibung, was der Beklagten bekannt war. Dadurch verlängert sich die Bindungsfrist bei entsprechender Berücksichtigung der Zuschlagsfrist des öffentlichen Anbieters. Abzustellen ist hier auf einen üblichen Ablauf bei einer öffentlichen Ausschreibung, von dem auch die Beklagte ausgehen mußte. Welche Zuschlagsfrist konkret vereinbart worden ist, war ihr nicht bekannt. Deshalb ist die Regelfrist des § 19 VOB/A zugrunde zu legen, das sind 30 Kalendertage. Eine Überschreitung dieser Regelfrist durch den öffentlichen Auftraggeber bedarf des Vorliegens besonderer Gründe, wozu hier nichts bekannt geworden ist (vgl. dazu BGH BauR 92, 229; Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., § 19 VOB/A). Aufgrund der Umstände bei der Angebotsabgabe im April 1995 war der Beklagten deutlich geworden, daß die Angebotsfrist für ihre Auftraggeberin alsbald nach Abgabe des Angebots durch die Beklagte ablaufen und dementsprechend die Zuschlagsfrist alsbald beginnen würde. Mit einem Ablauf der 30-Tage-Frist war deshalb bis Ende Mai 1995, spätestens bis Montag, den 29.05.1995, zu rechnen. Daran anschließend ist zu Gunsten der Klägerin noch eine kurze Bearbeitungs-/Überlegungsfrist anzusetzen, so daß die Bindungsfrist der Beklagten spätestens eine Woche später, nämlich am 06.06.1995 (Dienstag nach Pfingsten) abläuft. Somit war die Annahmeerklärung am 14. Juni jedenfalls verspätet. 11

Das Vorbringen der Klägerin, es bestehe ein Handelsbrauch dahin, daß für den Subunternehmer bei öffentlichen Ausschreibungen eine Bindungsfrist von 8 Wochen üblich sei, bleibt unklar. Ein solcher, wohl auf die Baubranche beschränkter Handelsbrauch erscheint nur dann sinnvoll, wenn er zugleich eine Regelung zur Bestimmung des Fristbeginns enthält, so daß dieser für die Beteiligten berechenbar ist. Der klägerische Vortrag läßt darüber hinaus auch Angaben zur örtlichen Verbreitung dieser branchenspezifischen Gewohnheit vermissen und macht nicht deutlich, warum der 12

Subunternehmer 8 Wochen gebunden sein soll, wenn die gesetzliche Zuschlagsfrist nur gut 4 Wochen beträgt. Eine Beweiserhebung über das Bestehen eines entsprechenden Handelsbrauchs ist deshalb nicht veranlaßt. Zudem ist der entsprechende Vortrag in der mündlichen Verhandlung weiter abgeschwächt worden, daß nur so "sieben oder acht Wochen" Bindung üblich sei. 13

Die erstmals in der mündlichen Verhandlung von der Klägerin behauptete Darstellung, durch ihre Mitarbeiterin sei bereits am 08.06.1995 telefonisch eine Auftragserteilung erfolgt, wird durch die Aussage dieser Zeugin nicht bestätigt. Vielmehr hat sie, wie aufgezeigt, zunächst 14

mit dem Zeugen K. über einen deutlich vergrößerten Auftrag gesprochen. Eine nochmalige Vernehmung der Zeugin gemäß § 398 ZPO kommt nicht in Betracht, da sie in erster Instanz zu diesen Fragen umfassend vernommen wurde.

Die Ausführungen in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 04.12.1996 veranlassen nicht zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO. Die dort aufgestellte Behauptung, die Zeugin W. habe bereits am 08.06.1995 zu Beginn des Telefonats ausdrücklich einen Subunternehmerauftrag gemäß Angebot vom 25.04.1995 erteilt, hat die Zeugin in ihrer erstinstanzlichen Vernehmung nicht bestätigt. Daß eine nochmalige Vernehmung der Zeugin nicht geboten ist, ist bereits ausgeführt. Im übrigen steht diesem neuen Vorbringen der Verspätungseinwand entgegen. 15

Weitere Anspruchsgrundlagen, auf die die Klägerin ihren Anspruch mit Erfolg gründen könnte, sind nicht ersichtlich. Es käme allenfalls ein Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo in Betracht. Dieser scheitert jedoch daran, daß er ein hier nicht feststellbares schuldhaftes Verhalten voraussetzt und im übrigen nur Ersatz des negativen Interesses gewährt. 16

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 17

Gründe, die Revision gemäß § 546 Abs. 1 Satz 2 ZPO zuzulassen, liegen nicht vor. 18

Die Frage der Dauer der Bindungsfrist für den Subunternehmer bei öffentlichen Ausschreibungen ist für die Entscheidung nicht erheblich geworden. Im übrigen handelt es sich hierbei um eine Frage, die sich an den Umständen des konkreten Einzelfalles orientiert, und nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. 19

Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer der Klägerin: 47.384,58 DM. 20