
Datum: 23.10.2007
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 O 22/07
ECLI: ECLI:DE:LGK:2007:1023.5O22.07.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

TATBESTAND:

1

Die Parteien streiten über zwei Nachtragspositionen für Ausbauarbeiten der Bundesautobahn A 4 zwischen Köln-West und der Anschlussstelle L.

2

Die Klägerin beteiligte sich an der Ausschreibung zur Durchführung des Auftrages und gab ihr Angebot unter dem 26.11.2001 ab. Die Angebotssumme belief sich auf über 16 Mio. DM. Gegenstand des Ausschreibungsverfahrens waren u.a. die Besonderen Vertragsbedingungen, die unter der Ziffer 2. folgende Angaben bezüglich der Vertragsfristen enthalten:

3

"2.1 Beginn der Ausführung

4

Spätestens 15 Werktage nach Aufforderung.

5

2.2 Vollendung der Ausführung nach Werktagen

6

Spätestens 360 Werktage nach Baubeginn."

7

Eine Ergänzung zu diesen Ziffern erhält Seite 5/5 – BVB. Dort heisst es:

8

"Der Beginn der Ausführung (Baubeginn) wird mit der Aufnahme der vertraglich vereinbarten Bautätigkeit oder mit der Einrichtung der für diese Arbeiten erforderlichen Baustellen-Verkehrsführung auf der BAB definiert.

Dieser erste Tag der Ausführung setzt die Bauzeit in Gang.

10

Sollte der Auftragnehmer ohne Absprache mit dem Auftraggeber die Ausführung der Leistung nach dem in 2.1 genannten Zeitraum beginnen, so gilt der erste Werktag nach Ablauf dieses Zeitraums als der Tag des Baubeginns."

Die Zuschlagsfrist endete am 12.03.2002.

12

Nach Position 0.1.036 des Leistungsverzeichnisses sollte die Klägerin für die Herstellung der Dämme für Lärmschutzwände 71.000 m³ Boden liefern und einbauen. Da der B1-Partner, die Firma C, den Auftrag zum Umbau des N1 Stadions in Köln erhalten hatte und dort Boden anfiel, der in der Zeit vom 04.06. bis 06.07.2002 ausgebaut werden sollte und der der Klägerin zur Herstellung der Dämme geeignet schien, bot sie die Ausführung der vorgenannten Leistungsposition zum Preis von 0,06 DM an. Der günstige Preis war deshalb möglich, weil durch den Einbau entlang der A 4 die Entsorgungskosten für das Bodenmaterial des N1 Stadions in Höhe von 20,DM/m³ entfielen. Im Hinblick auf diesen niedrigen Preis für die Leistungsposition 0.1.036 war die Klägerin bereits im Januar 2002 um Aufklärung gebeten worden, worauf die Klägerin ihre Preisbildung insofern offengelegt hatte (Schreiben vom 29.01.2002, Anlage K 18).

13

Da ein Mitbewerber der Klägerin den beabsichtigten Zuschlag an diese durch die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln überprüfen liess, bat die Beklagte mehrmals um Verschiebung der Zuschlagsfrist, denen die Klägerin jeweils, zuletzt bis zum 31.08.2002, zustimmte.

14

Unter dem 29.07.2002 erteilte die Beklagte der Klägerin den Zuschlag. In dem Zuschlagsschreiben heisst es u.a., dass mit den Arbeiten spätestens 15 Werktage nach Aufforderung durch die Beklagte zu beginnen sei und diese spätestens 360 Werktage nach Baubeginn zu vollenden seien.

15

Mit Rücksicht auf die Verlängerung der Zuschlagsfrist verhandelten die Parteien in der Folgezeit über eine Zusatzvereinbarung. Nachdem die Beklagte zunächst folgende Formulierung vorgeschlagen hatte:

16

"5. Die Zuschlagsfrist wird gemäss den Schreiben vom 07.03.2002, 16.04.2002, 23.05.2002 und 12.06.2002 bis einschliesslich 31.08.2002 vorbehaltlos verlängert. Die vorgenannten Schreiben werden Vertragsbestandteil.",

widersprach dem die Klägerin mit Schreiben vom 22.08.2002 (Anlage K 16). Sie teilte mit, sie sei mit dieser Vereinbarung insoweit einverstanden, als der Zusatz "vorbehaltlos" gestrichen werde, da jetzt noch nicht abzusehen sei, ob durch die Vergabeverschiebung z.B. Lohnerhöhungskosten etc. entstehen oder nicht.

18

Entsprechend dem Vorschlag der Beklagten schlossen die Parteien sodann unter dem 04. bzw. 11.11.2002 die Zusatzvereinbarung zum Zuschlagsschreiben vom 29.07.2002 ohne den Zusatz "vorbehaltlos".

19

Infolge der verspäteten Zuschlagserteilung war der Klägerin der Einbau der beim Umbau des N1 Stadions in Köln anfallenden Erdmassen in die Wälle der A4 nicht möglich. Ob hierüber

20

und mit welchem Inhalt im zeitlichen Zusammenhang mit der Zuschlagserteilung zwischen den Parteien gesprochen wurde, ist streitig.

Die Beklagte forderte die Klägerin mit Schreiben vom 12.08.2002 auf, mit den Arbeiten zu beginnen, was tatsächlich am 19. bzw. 21.08.2002 auch geschah. Die Klägerin führte die Leistungsposition 0.1.036 aus, musste hierzu jedoch anderweitig Boden beschaffen und auch von Dritten Boden hinzuerwerben. Insgesamt baute sie 56.261,714m³ Boden ein. Diese Arbeiten wurden in der Zeit von Oktober 2002 bis Anfang April 2004 durchgeführt. Unter dem 15.01.2004 unterbreitete die Klägerin der Beklagten für diese Arbeiten ein Nachtragsangebot. Sie bot hierin nunmehr die Durchführung der Leistungsposition 0.1.036 zum Einheitspreis von 21,32DM an. Dieses Nachtragsangebot wies die Beklagte mit Schreiben vom 10.02.2004 zurück (Anlage K 5). Die Beklagte führte aus, dass die Erwartung der Klägerin, Boden aus der Baustelle Stadionneubau Köln zu holen, zwar Kalkulationsgrundlage der Klägerin für die Leistungsposition 0.1.036 gewesen sein möge, dies aber nicht Vertragsgrundlage geworden sei.

21

Nachdem die Abnahme am 23.03.2004 durchgeführt worden war, unterbreitete die Klägerin der Beklagten unter dem 30.08.2004 ein weiteres Nachtragsangebot für die Mehrkosten, die ihr infolge der Verschiebung des Baubeginns entstanden seien. Die Klägerin bezifferte diese Kosten auf der Grundlage eines von ihr eingeholten Gutachtens von Prof. Dr.-Ing. W (Anlage K 20) mit 834.422,22 DM.

22

Beide vorgenannten Nachtragspositionen 06.27 für die Leistungsposition 0.1.036 in Höhe von 1.213.469,80DM sowie 6.36 für die verzögerungsbedingten Mehrkosten sind Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

23

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte das Risiko der verspäteten Zuschlagserteilung zu tragen habe. Das gelte auch, wenn der Auftraggeber – wie hier – bei der Vergabe keine Fehler begangen habe. Anderenfalls würde dem Auftragnehmer dieses Risiko auferlegt, was jedoch unbillig sei, da er – obwohl er ihm Ausschreibungsverfahren siegreich gewesen sei – am Ende wirtschaftlich schlechter gestellt werde. Eine sachgerechte Lösung dieses Problems biete insoweit die analoge Anwendung des § 2 Nr. 5 VOB/B, wie sie von Teilen der Rechtsprechung (etwa OLG Jena, Urteil vom 22.03.2005 – 8 U 318/04) auch befürwortet werde. Dagegen sei die Anwendung einer vertragsrechtlichen Lösung, wie sie vom OLG Hamm (Urteil vom 05.12.2006 – 24 U 58/05) angewendet worden sei, nicht sachgerecht. Im Übrigen führe dieser Lösungsansatz auch vorliegend zur Bejahung des Anspruchs der Klägerin. Das ergebe sich schon daraus, dass die Zusatzvereinbarung vom November 2002 klB1 stellt habe, dass die Klägerin verzögerungsbedingte Mehrkosten geltend machen könne. Aus dem Gesamtzusammenhang der Ausschreibungsbedingungen, insbesondere den BVB, des Zusatzes hierzu sowie der Leistungsbeschreibung habe die Klägerin berechtigterweise davon ausgehen können, dass sie sowie sie auch kalkuliert habe - Mitte März 2002 mit der Bauausführung habe beginnen können. Zur Darlegung der Höhe der insgesamt geltend gemachten Mehrkosten bezieht sich die Klägerin auf das Gutachten von Prof. Dr.-Ing. W vom 19.08.2004 und eine Ergänzung vom 19.12.2006 (Anlage K 21). Hierzu trägt die Klägerin ergänzend und erläuternd vor.

24

Die Klägerin beantragt,

25

die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.208.318,56 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

26

Die Beklagte beantragt,

27

Diese trägt zu den Mehrkosten für den Erdaushub vor, dass zwei Tage nach Übersendung des Zuschlagsschreibens, mithin am 31.07.2002, mit Vertretern der Klägerin darüber gesprochen worden sei, ob diese den angebotenen Preis halten könne. Das hätten diese bejaht. Noch im Schreiben vom 22.08.2002 habe die Klägerin auch nichts dazu gesagt, dass sie hierfür einen höheren Preis verlangen werde, obwohl sie schon damals gewusst habe, dass das Material aus dem N1 Stadion nicht mehr zur Verfügung stehen werde. Im Schreiben vom 22.08.2002 habe sie allgemein nur von Lohnerhöhungskosten aus der Bauzeitverschiebung gesprochen. Wenn die Klägerin damals mitgeteilt hätte, sie könne den Einheitspreis nicht halten, hätte die Beklagte anderweitige Möglichkeiten, Material für die Dammschüttungen zu beschaffen, gehabt. Auffallenderweise habe die Klägerin das Nachtragsangebot für diese Position auch erst am 15.01.2004 vorgelegt. Sofern die Klägerin die Beklagte auf die Änderung des Preises hingewiesen hätte, hätte die Beklagte die Ausschreibung aufgehoben und den Auftrag womöglich an einen anderen Bieter, der deutlich günstiger als die Klägerin gewesen wäre, vergeben können. Hilfsweise beruft sich die Beklagte darauf, dass der Boden aus dem N1 Stadion zum Einbau in die Dammschüttungen ungeeignet gewesen sei. Im Hinblick auf die Mehrkosten für die Bauzeitverlängerung hält die Beklagte den rechtlichen Ansatz über eine analoge Anwendung des § 2 Nr. 5 VOB/B für nicht zutreffend. Die Beklagte macht im Übrigen geltend, dass es eine vertragliche Festlegung der Bauzeit gar nicht gegeben habe. Im Vertrag sei ausdrücklich als Beginn der Arbeiten "15 Tage nach Aufforderung" durch die Beklagte vorgesehen gewesen. Die Darlegung der Mehrkosten mit Hilfe des Gutachtens Prof. Dr.-Ing. W hält die Beklagte für fehlerhaft, da es insgesamt von bloss abstrakten Annahmen ausgehe. Im Einzelnen wendet sich die Beklagte gegen die zeitlichen Grundlagen in dem Gutachten. Die Beklagte rügt, dass Nachträge im Wert von 4,3 Mio. DM unberücksichtigt blieben. Darin seien auch Sowiesokosten enthalten. Ausserdem sei es zu Verzögerungen im tatsächlichen Bauablauf gekommen, die von der Klägerin zu vertreten seien und nunmehr nicht zu einer Mehrkostenvergütung führen könnten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen. 30

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE: 31

Die Klage ist unbegründet. Der Klägerin steht weitere Vergütungsansprüche nicht zu. 32

I. Bauzeitverzögerung (834.422,22 DM netto) 33

Ein Anspruch auf Kosten der Bauzeitverzögerung auf der Grundlage einer analogen Anwendung von § 2 Nr.5VOB/B wäre grundsätzlich denkbar, wenn die Klägerin berechtigterweise bei ihrer Angebotskalkulation davon ausgehen durfte, mit den Arbeiten – so wie sie jetzt behauptet – Mitte März 2003 zu beginnen. Diese Annahme war auf der Grundlage der Angebotsunterlagen jedoch nicht gerechtfertigt. Ein konkretes Datum für den Beginn der Arbeiten enthalten die Ausschreibungsunterlagen der Beklagten nämlich nicht. 34

Die zunächst massgeblichen Regelungen hierzu enthalten die Besonderen Vertragsbedingungen in Ziffer 2. Dort heisst es jedoch unmissverständlich, dass mit der Ausführung 15 Werktage nach Aufforderung durch die Auftraggeberin zu beginnen sei. Eine nähere zeitliche Eingrenzung, insbesondere dahingehend, dass mit den Arbeiten zu einem datumsmässig festgelegten Zeitpunkt zu beginnen sei, enthält auch die Ergänzung zu Ziffer 2.1 der Besonderen Vertragsbedingungen gemäss der Seite 5/5 nicht. 35

Die Baubeschreibung hilft entgegen der Ansicht der Klägerin insoweit auch nicht weiter. Zwar heisst es dort, dass der Bauablauf weitest vorgegeben sei durch die Bauwerke, die in diesem Bauabschnitt liegen. Der Auftragnehmer treffe insbesondere auf eine eingerichtete 4+0-N+S-Verkehrsführung. Weiter heisst es dort, dass in relativ kurzer Zeit bestimmte Leistungen auszuführen seien. Auch diese Beschreibung enthält indes keine konkrete zeitliche Festlegung des Baubeginns. Darüber hinaus ist es gerade bei grösseren Bauvorhaben - wie hier - nicht ungewöhnlich, dass es zu gewissen Bauverzögerungen kommt.

Soweit die Klägerin meint, die vorerwähnte Regelung in den Besonderen Vertragsbedingungen "Beginn der Ausführung 15 Werktage nach Aufforderung" durch die Beklagte sei AGB-widrig, vermag dem die Kammer ebenfalls nicht zu folgen. Dass der Beginn von Bauarbeiten von der Aufforderung durch den Auftraggeber abhängen kann, ist nicht ungewöhnlich und damit auch nicht als AGB-widrig anzusehen. 37

Soweit die Klägerin des Weiteren geltend macht, durch die Art der Vertragsgestaltung werde dem Auftragnehmer einseitig das Risiko einer verzögerten Vergabe übertragen, führt das im vorliegenden Fall auch nicht zum Erfolg der Klage. Es ist der Klägerin zuzugeben, dass es durchaus Vertragsgestaltungen geben kann, die zu einer einseitigen und nicht mehr zulässigen Belastung des Auftragnehmers führen. Eine solche Fallgestaltung liegt hier indes schon deswegen nicht vor, weil die Klägerin nicht unangemessen benachteiligt wird. Es liegt insbesondere kein ungewöhnliches Wagnis vor, was der Klägerin auferlegt worden ist und worauf sich die Klägerin nicht hätte einstellen können. Massgebend ist vorliegend, von welcher Bauzeit die Klägerin bei ihrer Kalkulation berechtigterweise ausgehen konnte. Wie bereits ausgeführt, war der Beginn der Ausführung gerade nicht datumsmäßig festgelegt. Selbst wenn man – mit der Klägerin – davon ausginge – was jedoch nach den Vertragsgrundlagen nicht berechtigt ist - , sie habe damit rechnen können, Mitte März mit den Arbeiten zu beginnen, stellt es kein so ungewöhnliches Wagnis dar, wenn die Klägerin tatsächlich erst am 19. bzw. 21.08.2002 mit den Arbeiten beginnen konnte. Es handelt sich nur um einen Zeitraum von fünf Monaten, der nicht ausserhalb dessen liegt, womit man bei Bauarbeiten einer solcher Grössenordnung, wie sie hier gegeben war, ohnehin rechnen muss. 38

II. Nachtragsposition 6.27 (1.202.875,40 DM) 39

Auch insoweit kommt ein zusätzlicher Vergütungsanspruch der Klägerin nicht in Betracht. Zwischen den Parteien war bei Auftragserteilung klar, dass der von der Klägerin angebotene günstige Preis von 0,06 DM darauf beruhte, dass die Firma C, als Partnerin der B1, gleichzeitig den Auftrag zum Umbau des N1 Stadions erhalten hatte und der dort zu entfernende Boden geeignet war, in die Dammschüttungen entlang der BAB A 4 eingebracht zu werden. Zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 29.07.2002 war der Klägerin ein solches Vorgehen indes nicht mehr möglich. 40

Gleichwohl hat die Klägerin – wozu sie nach Auffassung des Gerichts jedoch verpflichtet gewesen wäre – diesen Umstand nicht mitgeteilt und damit der Beklagten die Möglichkeit genommen, zur Vermeidung von unnötigen Mehrkosten tätig zu werden. Das Verhalten der Klägerin stellt sich insofern als eine schwerwiegende Verletzung der ihr obliegenden Pflichten gegenüber der Beklagten dar. 41

Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin auf diesen Umstand nicht hingewiesen hat. 42

Die Beklagte hat insofern vorgetragen, dass die Vertreter der Klägerin in einem Gespräch am 31.07.2002 gefragt worden seien, ob die Klägerin in der Lage sei, den günstigen 43

Einheitspreis für den Einbau des Bodens zu halten. Das sei von den Mitarbeitern der Klägerin bestätigt worden. Demgegenüber hat die Klägerin im Schriftsatz vom 08.06.2007, dort Seite 2, vorgetragen, dass die Kostenerhöhung nicht "thematisiert" worden sei. Was die Klägerin damit meint, ist unklar geblieben. Auch im nachgelassenen Schriftsatz hat die Klägerin hierzu keine weitere Stellungnahme abgegeben, obwohl im Termin vom 17.07.2007 darauf hingewiesen wurde. Dieser Vortrag der Klägerin lässt sich jedenfalls so verstehen, dass die Klägerin gerade nicht darauf hingewiesen hat, sie könne den Einheitspreis nicht halten und sei nunmehr gezwungen, höhere Kosten geltend zu machen. Dem entspricht auch das Schreiben der Klägerin vom 22.08.2002, in dem sie den Vorbehalt bezüglich der Nachtragsvereinbarung damit begründet hat, Lohnerhöhungskosten wegen der verspäteten Vergabe noch nicht beziffern zu können. Auch das reicht als hinreichender Vorbehalt nicht aus. Aus dem sich aus § 6 Nr. 1 VOB/B ergebenden Rechtsgedanken, der hier sinngemäß Anwendung findet, folgt nämlich, dass ein Auftragnehmer, der sich in der vorgesehenen Ausführung des Auftrags durch einen Umstand gehindert sieht, der in der Sphäre des Auftraggebers liegt, diese Behinderung anzuzeigen hat. Die Behinderungsanzeige dient der Information des Auftraggebers über die Störung. Er soll gewarnt und es soll ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Behinderung abzustellen (BGHZ 143, 33= BauR 2000, 722 = NJW 2000, 1336).

Dieser Verpflichtung ist die Klägerin vorliegend nicht nachgekommen. Sie hat vielmehr erst, nachdem sie schon lange mit den Arbeiten begonnen hatte, am 15.01.2004 das Nachtragsangebot über die durchzuführenden Arbeiten übersandt. Das war zu spät. Die Klägerin hat damit der Beklagten die Möglichkeit genommen, diese Baukostensteigerungen zu vermeiden. 44

Damit entfällt ein Vergütungsanspruch für die von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten. 45

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 709 ZPO. 46

Streitwert: 1.208.318,56 €. 47