
Datum: 20.09.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 152/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0920.24U152.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 24 O 122/00

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25. November 2004 verkündete Teilurteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelferin der Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, falls nicht die Beklagte bzw. die Streithelferin der Beklagten zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Restwerklohnzahlung aus einem Vertrag über die Ausführung von Stahl- und Membrandacharbeiten an dem Objekt "N" in P in Anspruch. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Nachdem die Parteien über die

1

2

3

sonstigen streitigen Positionen einen Teilvergleich unter Widerrufsvorbehalt geschlossen haben (vgl. Beschluss des Landgerichts Münster vom 24.11.2004, Bl. 789 f. d. A.), hat das Landgericht durch das angefochtene Teilurteil über die noch streitigen Nachträge D und H der Schlussrechnung (vgl. Bl. 75 ff. und 114 ff. d. A.) sowie über den Feststellungsantrag entschieden. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Gemäß § 2 Nr. 7, 6, 5 VOB/B bleibe, wenn als Vergütung der Werksumme eine Pauschalsumme vereinbart sei, diese Vergütung grundsätzlich unverändert. Die Parteien hätten einen Globalpauschalpreisvertrag geschlossen, bei welchem alle Unrichtigkeiten und Unvollständigkeiten der Planung und Leistungsermittlung grundsätzlich in das Risiko des Auftragnehmers fallen würden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne nicht davon ausgegangen werden, der Mehrverbrauch an Stahl und zusätzliche Transportkosten seien auf eine nachträgliche Veränderung des von der Klägerin geschuldeten Leistungsumfangs zurückzuführen. Die Klägerin habe ihr Vorbringen nicht beweisen können, auf der Grundlage des Schreibens der für die Beklagte handelnden Streithelferin vom 03.11.1998 seien die Mehrmaßnahmen erforderlich geworden. Auch sei das Ingenieurbüro X nicht als Erfüllungsgehilfin der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin tätig geworden. Auch das Feststellungsbegehren bleibe ohne Erfolg, da kein rechtlicher Gesichtspunkt ersichtlich sei, aus welchem die Beklagte verpflichtet wäre, die Klägerin von weiteren Honoraransprüchen des U GmbH freizustellen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Urteil (dort Seite 9 ff.) Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Klägerin, die ihren Zahlungsanspruch weiterverfolgt. 4

Das Landgericht habe das Vertragsverhältnis der Parteien fehlerhaft interpretiert und das Ergebnis des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. X2 fehlerhaft gewürdigt. 5

Die Klägerin habe nicht das Risiko für die Planungs- und Leistungsermittlung getragen. Soweit die Klägerin Planung und Leistung geschuldet habe, habe sich dies ausschließlich auf die von ihr vertraglich geschuldete Leistung bezogen, nämlich die raumabschließende Hülle. Diese Leistung sei auf der Basis einer bauseitig vorgegebenen Lastannahme für ein bauseitig vorgegebenes zusätzliches Element, nämlich Bühnentechnik mit Grid gerechnet, preislich angeboten und vertraglich geregelt worden. Das Landgericht habe übersehen, dass in dem Angebot der Klägerin vom 14.08.1998, das Vertragsbestandteil geworden sei, Herstellung, Lieferung und Einbau von Einrichtungs- bzw. Ausstattungsgegenständen, wie z. B. Bühnenrahmen nicht im Leistungsumfang enthalten sein sollten, worunter auch die Bühnentechnik mit dem streitauslösenden Grid fallen würde. Dementsprechend habe die Klägerin auch nicht die Lastenberechnung für die Bühnentechnik mit dem Grid veranlasst. Die Klägerin habe, wie sich aus dem im Angebot vom 14.08.1998 zusammengefassten "Leistungsumfang Ceno Tec" ergebe, allenfalls die Aufgabe gehabt, ihre Tragkonstruktion für Lastangaben der einzuhängenden, von der Beklagten zu verantwortenden Konstruktion der Bühnentechnik zu ertüchtigen. Die hierfür erforderlichen Angaben habe sie durch ein Schreiben des für die Lastenermittlung zuständigen Ingenieurbüros J vom 10.08.1998 (Bl. 285 d. A.) erhalten. Es stelle ein Versäumnis der Beklagten dar, wenn sie diese Lastangaben ungeprüft an die Klägerin habe weiterleiten lassen. Die genannte Mitteilung durch Schreiben vom 10.08.1998 sei vor der Ausschreibung des klägerischen Angebots erfolgt. Die Klägerin habe keine Pflicht oder Veranlassung gehabt, die Richtigkeit dieser nicht in ihren Aufgabenbereich fallenden Angaben zu überprüfen. Nichts anderes gelte deswegen, weil das Schreiben als "erster Lastenüberblick" deklariert gewesen sei, da die Beklagte gewusst habe, dass die Klägerin die Angaben für ihre Angebotskalkulation benötigt habe. 6

Die nach Auftragserteilung vorgegebene Lastverdoppelung habe sich danach als nachträgliche ändernde Anordnung erwiesen, die auf einen nicht dem Aufgabenbereich der Klägerin zuzuordnenden Leistungsteil zurückzuführen sei. Entgegen dem Verständnis des Landgerichts habe die Klägerin bewiesen, dass mit dem Schreiben der Streithelferin vom 03.11.1998 (Bl. 404 ff.) tatsächlich in erheblichem Umfang Mehrmassen gefordert worden seien. Hierbei könne dahinstehen, ob das Schreiben missverständlich sei, jedenfalls habe das Schreiben eine Lastverdoppelung beinhaltet mit der Folge, dass Mehrmassen erforderlich geworden seien. An dieser Auffassung habe der Sachverständige bis zuletzt festgehalten, was das Landgericht offenbar missverstanden habe.

Hiernach liege eine Einwirkung im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B seitens der Beklagten als Auftraggeberin mit den daraus resultierenden preislichen Konsequenzen vor. Die Mehrkostenforderung der Klägerin sei somit gemäß § 2 Nr. 7 VOB/B in Verbindung mit § 2 Nr. 5 VOB/B begründet. 8

Den im Protokoll vom 10.12.1998 angesprochenen Zwischenschritt habe der Techniker U in seiner Planung bereits berücksichtigt. Die Pläne vom 17.12.1998 seien dem Fachingenieur U nicht bekannt gemacht worden. Eine Änderung der Planung des Fachingenieurs U nach dem 17.12.1998 hätte zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung und zu erheblichen Mehrkosten geführt. 9

Wegen der weiteren Einzelheiten der anspruchsbegründenden Voraussetzungen werde auf das erstinstanzliche, vom Landgericht nicht beschiedene Vorbringen sowie Beweisanerbieten Bezug genommen. 10

Die Klägerin beantragt, 11

unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Teilurteils die Beklagte zu verurteilen, an 12
sie 369.993,55 € nebst 9 % Zinsen seit dem 05.07.2000 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Gegenstand der Angebote der Klägerin seien die von ihr selbst leistungserfasste und geplante Dachkonstruktion einschließlich Tragwerk gewesen. Das Schreiben des Büros J vom 10.08.1998 sei unmittelbar gegenüber dem Fachingenieur U, der für die Klägerin tätig gewesen sei, erfolgt. Die Beklagte sei nicht in diesen Informationsaustausch eingebunden gewesen, sie habe selbst nicht über Lastangaben zum Grid verfügt. Das Schreiben habe auch nur einen ersten Lastenüberblick mit Ca.-Werten enthalten, eine Planung des Grids habe zum damaligen Zeitpunkt noch nicht existiert, was der Fachingenieur U auch gewusst habe. Nachdem am 29.10.1998 die beteiligten Fachingenieure ohne Beteiligung der Parteien das mittlerweile als Vorentwurf geplante Grid diskutiert hätten, sei zwischenzeitlich von einer Gesamtlast von 5685 KN ausgegangen worden, nachdem das Schreiben des Büros J vom 10.08.1998 noch eine Gesamtlast von ca. 2800 KN genannt habe. Am 08.12., 09.12 und 10.12.1998 seien dann aber unter Beteiligung des Fachingenieurs U und der Streithelferin Gespräche geführt worden, um die Verkehrsfläche der Bühne, mithin des Grids, zu reduzieren, so dass sich schließlich eine Gesamtlast von 2956 KN ergeben habe, was in etwa der im ersten Lastenüberblick vom 10.08.1998 genannten Zahl entsprochen habe. Die entsprechenden Pläne hätten dem Fachingenieur U spätestens am 17.12.1998 vorgelegen. Gleichwohl habe Herr U am 15

18.12.1998 seine Planung beim Prüfstatiker eingereicht, ohne die tatsächliche Gesamtlast von 2956 KN zu berücksichtigen.

Das Landgericht habe völlig zu Recht den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als Globalpauschalpreisvertrag gewertet und der Klägerin das Risiko fehlerhafter Lastangaben zugerechnet. Dass die Klägerin das Grid nebst Bühnentechnik nicht als Leistung geschuldet habe, spiele keine Rolle, da sie jedenfalls eigenverantwortlich die Leistungserfassung der vertraglich vereinbarten Dachkonstruktion nebst Tragwerk übernommen habe. Wenn sie sich in diesem Zusammenhang mit Ca.-Angaben des Büros J begnügt habe, und auf dieser Grundlage die Dimensionierung der Binder und damit die Stahlmassen kalkuliert habe, habe dies in ihrer eigenen Risikosphäre gelegen und rechtfertige keine zusätzliche Vergütung. Bewusst hätten die Parteien sich auf eine Vertragsklausel dahingehend, dass eine bestimmte Stahlmasse oder Dimensionierung geschuldet sei, verzichtet.

Die Beklagte habe der Klägerin keine Leistung in Form einer detaillierten oder funktionalen Leistungsbeschreibung vorgegeben. Ebenso wenig habe es eine Anordnung in Bezug auf die Gesamtlast des Grids gegeben, noch sei es zu einer Leistungsänderung gekommen. Die Leistungserfassung sei gerade Aufgabe der Klägerin gewesen. Die Beklagte habe nicht gewusst, mit welcher Gesamtlast die Klägerin rechnete und sie habe selbst keine entsprechenden Lastangaben gekannt. Im Übrigen habe es auch deswegen keine Leistungsänderung gegeben, weil die schließlich sich ergebende tatsächliche Gesamtlast derjenigen, die im ersten Lastenüberblick genannt worden sei, weitgehend entsprochen habe.

Schließlich werde der erstinstanzliche Vortrag wiederholt, dass der angebliche Mehrvergütungsanspruch weiterhin auch der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt sei.

Die Streithelferin der Beklagten beantragt ebenfalls,
die Berufung zurückzuweisen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne nicht die Rede davon sein, dass die Klägerin bewiesen habe, mit dem Schreiben der Streithelferin vom 03.11.1998 seien tatsächlich Mehrmassen gefordert worden. Auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil werde Bezug genommen. Auch sei nach der Besprechung vom 10.12.1998 die Optimierung der Planung und die Gesamtlast allen klar gewesen. In den Gesprächen vom 08. bis 10.12.1998 sei alles besprochen worden, was das Büro X in seinem Plan vom 17.12.1998 dargestellt hatte. Der Zeuge U sei die ganze Zeit dabei gewesen und habe gewusst, was besprochen worden sei. Die abschließenden neu ermittelten Lasten seien jedoch aus nicht nachvollziehbaren Gründen nicht in die Berechnung des Büros U für die Klägerin eingeflossen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Inhalt der Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat durch Einholung mündlicher Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. X2 und N Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk über die mündliche Verhandlung vom 20.09.2005 verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

1.

Der Erlass eines Teilurteils war zulässig, was von Amts wegen zu prüfen ist. Insbesondere ist das Gebot der Widerspruchsfreiheit von Teil- und Schlussurteil nicht verletzt, da auch für den Fall des Widerrufs des zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs die Entscheidung über den Streitgegenstand des Teilurteils unabhängig davon ist, wie das Schlussurteil über den Rest des noch anhängigen Streitgegenstandes entscheidet und keine Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen besteht.

2. 28

Die Klägerin kann von der Beklagten nicht die Vergütung ihrer Nachträge D und H verlangen. 29

a) 30

Der Mehrvergütungsanspruch folgt insbesondere nicht aus dem von der Klägerin herangezogenen § 2 Nr. 5 VOB/B in Verbindung mit § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B. 31

Der zwischen den Parteien geschlossene VOB-Vertrag ist ein Pauschalpreisvertrag. Dies hat gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 1 VOB/B grundsätzlich zur Folge, dass die Vergütung unverändert bleibt. Allerdings ist durch den in Satz 4 der genannten Vorschrift enthaltenen Verweis auf § 2 Nr. 5 VOB/B klargestellt, dass dann, wenn durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist. Insoweit gilt bei einer Vereinbarung der Parteien, nach welcher der Auftragnehmer einen Teil der geschuldeten Leistung nicht oder anders als ursprünglich vereinbart ausführen soll, dass die Rechtsfolgen dieser Vereinbarung durch Auslegung zu bestimmen sind, wobei auf die Umstände abzustellen ist, die zur Aufhebung oder Änderung geführt haben. Beruht die Leistungsänderung auf einer Anordnung des Auftraggebers, ist gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 4 VOB/B die Regelung des § 2 Nr. 5 VOB/B anwendbar (BGH, Urteil vom 29.06.2000, NZBau 2000, 467). In einem solchen Fall ist § 2 Nr. 5 VOB/B auch dann anwendbar, wenn die geänderte ausgeführte Leistung zu keiner wesentlichen Abweichung vom vereinbarten Preis führt (BGH, Nichtannahmebeschluss vom 12.09.2002, NZBau 2002, 669). § 2 Nr. 5 VOB/B ist indes nicht anzuwenden, wenn die geänderte Leistung bereits vom bestehenden vertraglichen Leistungsumfang umfasst ist. Vielmehr setzt eine Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B voraus, dass sich aus ihr für den Auftragnehmer zusätzliche vertragliche Leistungspflichten ergeben. Eine Anordnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B kommt danach nur in Betracht, wenn die vertragliche Leistungspflicht des Auftragnehmers erweitert worden ist, wenn er also nicht ohnehin zur tatsächlich erbrachten Leistung verpflichtet war und die Anordnung eine neue und zusätzliche Vertragspflicht begründete (BGH, Urteil vom 09.04.1992, NJW-RR 1992, 1046).

Die vorgenannten Anspruchsvoraussetzungen liegen hier nicht vor. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag stellt einen sogenannten Globalpauschalvertrag dar. In der vereinbarten Pauschalsumme von 2,85 Mio. DM zuzüglich MWSt sollte alles inbegriffen sein, "was zur vollständigen, ordnungsgemäßen Auslieferung erforderlich ist" (Ziffer 4 des Auftragsschreibens vom 23.10.1998, Bl. 45 d. A.). In dem ursprünglichen Angebot der Klägerin vom 14.08.1998, das ebenfalls Vertragsbestandteil geworden ist, hatte diese die "Herstellung, Lieferung und Montage der kompletten Hallenkonstruktion" angeboten (Bl. 27 d. A.). Als im Leistungsumfang der Klägerin enthalten wurde ausdrücklich "das Aufstellen der prüffähigen statischen Berechnung" (Bl. 29 d. A.) angeführt. Außerdem heißt es im Angebot vom 14.08.1998, dass Tragekonstruktion und Membrane nach den zur Zeit gültigen DIN-Vorschriften bemessen und berechnet würden (Bl. 28 d. A.). Danach ist der Einschätzung des 33

Landgerichts zu folgen (vgl. Urteil Seite 11 oben), dass die Klägerin auch die statischen Berechnungen und die Leistungsermittlungen für die von ihr aufzubringende Dachkonstruktion schuldete.

Hieran ändert auch der in der Berufungsbegründung angeführte Passus aus dem Angebot vom 14.08.1998, Seite 2 (Bl. 28 d. A.) nichts, wonach nicht im Leistungsumfang der Klägerin enthalten waren "Herstellung, Lieferung und Einbau von Einrichtungs- bzw. Ausstattungsgegenständen wie z. B. die Bühnenrahmen ...". Dass die Klägerin die Bühnentechnik nicht schuldete, ist unstrittig. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sie die Herstellung, Lieferung und Montage der kompletten Hallenkonstruktion schuldete und dass hierzu auch die zutreffende Ermittlung und Berechnung der Traglasten und der Statik gehörte. 34

Die in dem Schreiben des Ingenieurbüros J vom 10.08.1998 (Bl. 285 ff. d. A.) genannten Lasten sind nicht Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Pauschalpreisvertrages geworden. Eine Bezugnahme auf dieses Schreiben oder auf die in dem Schreiben genannten Lasten fehlt, so dass sie auch nicht Gegenstand des zwischen den Parteien geschlossenen Pauschalpreisvertrages geworden sind. 35

Eine Einbeziehung der in dem Schreiben vom 10.08.1998 genannten Lasten in den Vertrag ergibt sich auch nicht aus den Umständen. Die Beklagte selbst gab durch das Schreiben vom 10.08.1998 keine vertraglichen Vorgaben. Vielmehr stammte das Schreiben gar nicht von ihr. Verfasser des Schreibens war das Ingenieurbüro J, das als Teil des Planungsteams S für die D GmbH tätig war, nicht aber für die Beklagte, was unstrittig ist. Ebenso unstrittig ist, dass die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt noch gar keinen Auftrag von der D GmbH erhalten hatte. Der Umstand, dass die Beklagte die Klägerin auf deren Anfrage wegen der anfallenden Lasten an das Büro J verwiesen hat, führt vor diesem Hintergrund nicht dazu, dass der Beklagten der Inhalt des Schreibens vom 10.08.1998 zugerechnet werden könnte. Evident wollte sie dessen Inhalt gerade nicht verantworten und zum Vertragsgegenstand machen. Auch ist das Büro J mit der Übersendung des Schreibens vom 10.08.1998 nicht als Erfüllungsgehilfin der Beklagten gegenüber der Klägerin tätig geworden. Das würde voraussetzen, dass das Büro J nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen der Beklagten bei der Erfüllung einer der Beklagten obliegenden Verbindlichkeit als ihre Hilfsperson tätig geworden wäre (vgl. Palandt-Heinrichs § 278 Rdnr. 7 m.w.N.). Dies war indes gerade nicht der Fall. Zwischen dem Büro J und der Beklagten bestanden zum damaligen Zeitpunkt unstrittig noch keine Vertragsbeziehungen. Das Büro J ist bei der Beantwortung der Anfrage des Büros U nicht als Hilfsperson der Beklagten tätig geworden, sondern als Teil des ursprünglichen Planungsteams S, das von der D AG beauftragt worden war. Dieses hat gemäß dem Vermerk auf Seite 2 unten des Schreibens vom 10.08.1998 eine Durchschrift desselben erhalten. Das Büro J handelte auch nicht im Pflichtenkreis der Beklagten, da die Ermittlung und Berechnung der Traglasten und der Statik gerade nicht der Beklagten oblag. 36

Im übrigen war das Schreiben vom 10.08.1998 auch inhaltlich nicht dazu geeignet, für die Klägerin als verbindliche Angebotsgrundlage zu dienen. Die dort angegebenen Lasten wurden ausdrücklich als erster Lastenüberblick bezeichnet, was offensichtlich einen eher unverbindlichen Charakter hatte. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass dem für die Klägerin tätigen Ingenieurbüro U unstrittig bekannt war, dass zum damaligen Zeitpunkt das Grid noch gar nicht geplant war, so dass eine Verkehrslastfläche noch gar nicht bestimmt werden konnte mit der Folge, dass es sich bei der angegebenen voraussichtlichen Gesamtlast nur um eine grobe Schätzung handeln konnte. 37

Es bleibt daher bei dem Ergebnis, dass die Lastenermittlung im Risikobereich der Klägerin lag, wie auf Seite 11 des angefochtenen Urteils zu Recht ausgeführt. Die vorgenommene Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages führt aus den vorgenannten Gründen gerade dazu, dass nicht die Beklagte, sondern die Klägerin das Risiko für eine richtige Kalkulation im Hinblick auf die zu tragenden Lasten übernehmen sollte. Ergeben sich in einem solchen Fall nachträglich bei unverändertem Leistungsinhalt größere Leistungsmengen, ändert das grundsätzlich nichts an der vereinbarten Pauschale sofern dies für den Auftragnehmer bei sachgerechter Prüfung hinreichend erkennbar gewesen wäre (Ingenstau-Korbion-Keldungs, § 2 Nr. 7 VOB/B Rdnr. 5). Die von den Parteien gewählte funktionale Leistungsbeschreibung führt dazu, dass Mehr- oder Minderleistungen, aber auch Erschwernisse grundsätzlich nicht auszugleichen sind, soweit sie sich im Rahmen des vertraglichen Leistungsumfangs und Leistungsziels halten, weil die Vertragsparteien das Leistungsziel in den Vordergrund ihrer vertraglichen Abmachung gestellt haben und den Leistungsumfang bewusst pauschalisieren wollten. Dies gilt vor allem auch bei erkennbar vorläufigen und/oder unvollständigen Leistungsbeschreibungen, bei welchen der Auftragnehmer bewusst das Risiko der Unüberschaubarkeit von Einzelleistungen eingeht und das vertragliche Risiko übernimmt, alle für das vertraglich vereinbarte Leistungsziel erforderlichen Leistungen zu erbringen (Werner-Pastor, Rdnr. 1192 f.). Ohne Bedeutung für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses mit diesem Inhalt ist es, dass der Auftragnehmer mit dem Übergang zur funktionalen Beschreibung ein erhebliches und für ihn unter Umständen auch schlecht kalkulierbares Risiko eingeht (BGH BauR 1997, 464, 465).

Da somit der im Schreiben des Büros J vom 10.08.1998 mitgeteilte "erste Lastenüberblick" nicht Vertragsgegenstand zwischen den Parteien war, vielmehr die Lastenermittlung nach dem Vertragsinhalt im Risikobereich der Klägerin lag, konnte das Schreiben der Streithelferin der Beklagten vom 03.11.1998 (Bl. 404 ff. d. A.) bereits deswegen keine Änderung oder Anordnung der Beklagten im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B sein. Die der Klägerin nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag obliegenden Pflichten wurden hierdurch nicht erweitert. Vielmehr war die Klägerin ohnehin aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages zur Herstellung, Lieferung und Montage der kompletten Hallenkonstruktion verpflichtet. Soweit die Klägerin zuvor von zu geringen Lasten ausgegangen sein sollte, lag dies nach dem Inhalt des geschlossenen Vertrages gerade in ihrem Risikobereich.

Ein Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B scheidet danach aus. Die weitere Frage, ob das für die Klägerin tätige Ingenieurbüro U aufgrund der am 17.12.1998 erfolgten Lastenreduzierung auf 2956 KN, also auf annähernd die im Schreiben vom 10.08.1998 mitgeteilte Last (vgl. die Tabelle auf Seite 18 des ergänzenden Sachverständigengutachtens vom 24.03.2003, Bl. 628 d. A.) nicht ohnehin gehalten gewesen wäre, die statischen Berechnungen entsprechend anzupassen, so dass es zu den hier geltend gemachten Mehrkosten nicht gekommen wäre, oder ob ihm dies in Unkenntnis der Planänderung nicht möglich war, kann somit für den vorliegenden Rechtsstreit dahinstehen.

b)

Ebenso wenig steht der Klägerin ein Anspruch aus § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B zu. Die Voraussetzungen dieser Norm liegen nicht vor, was die Klägerin im übrigen auch selbst nicht geltend macht. Ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehrkosten könnte nach dieser Vorschrift nur dann verlangt werden, wenn die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich abweicht, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme gemäß § 242 BGB nicht zumutbar ist. Wann dies der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalls,

wobei bei einem Globalpauschalvertrag die Darlegung und der Beweis eines geänderten Bausolls oder einer Mehrleistung nur grundsätzlich schwieriger ist, weil insoweit das Leistungsziel im vertraglichen Vordergrund steht (Werner/Pastor, Rdnr. 1203). Grundsätzlich ist bei einer etwaigen Anpassung des Pauschalpreises eine bestimmte Toleranzgrenze (Zumutbarkeitsgrenze) zu berücksichtigen, da die Parteien bei einem Pauschalpreisvertrag die entsprechenden Bauleistungen und auch den Preis pauschaliert haben. Die Toleranzgrenze kann nicht nach starren Prozentsätzen oder Regeln festgelegt werden, da es nicht entscheidend auf Mengenabweichungen bei einzelnen Positionen ankommt, sondern auf ein deutliches Missverhältnis zwischen der Gesamtbauleistung und dem Pauschalpreis. An diese Voraussetzungen sind strenge Anforderungen zu stellen (Werner-Pastor, a.a.O. m.w.N., Ingenstau-Korbion-Keldungs § 2 Nr. 7 VOB/B Rdnr. 25). Es muss ein objektiv feststellbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen, das für einen Vertragspartner unerträglich ist, und es dürfte für ihn nicht vorhersehbar sein (Keldungs a.a.O.). Ein Mehrvergütsanspruch kommt danach im Allgemeinen nur dann in Betracht, wenn die Mengenabweichungen über 20 % liegen und die Pauschale insgesamt in diesem Rahmen überschritten wird. Unerheblich sind grundsätzlich Mengenanweichungen bei einzelnen Positionen, soweit dadurch nicht die Opfergrenze der Gesamtpauschale überschritten wird (vgl. Werner-Pastor a.a.O. und Ingenstau-Korbion-Keldungs a.a.O., jeweils m. w. N.). Danach kommt vorliegend ein Ausgleich gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B deswegen nicht in Betracht, weil die genannte 20 %-Grenze angesichts des vom Sachverständigen festgestellten Mehrverbrauchs im Wert von 357.500,00 DM (Gutachten vom 03.04.2002, Seite 20) und des vereinbarten Pauschalpreises von 2,85 Mio. DM deutlich nicht erreicht wird, woran sich auch bei Berücksichtigung der geltend gemachten Transportmehrkosten nichts ändern würde (vgl. Bl. 114 d. A.). Angesichts der vorbezeichneten Gesamtumstände des Falles wäre es im Übrigen auch aus sonstigen Gründen nicht angezeigt, zu Gunsten der Klägerin eine Erhöhung des Pauschalpreises als angemessen anzusehen.

c) 43

Schließlich folgt aus den obigen Ausführungen auch, dass der Klägerin gegen die Beklagte kein Anspruch aus c.i.c. wegen falscher Angaben vor Vertragsschluss zusteht (vgl. dazu Werner-Pastor, Rdnr. 1203). Die Beklagte hat das Schreiben vom 10.08.1998 nicht verfasst. Der Inhalt des Schreibens kann ihr auch nicht zugerechnet werden, weil das Büro J nicht als Erfüllungsgehilfin der Beklagten gegenüber der Klägerin tätig geworden ist. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Das zum damaligen Zeitpunkt nicht vertraglich mit der Beklagten verbundene Büro J ist nicht als Hilfsperson der Beklagten tätig geworden, sondern als Teil des Planungsteams RKW. Dies war unwidersprochen auch der Klägerin bekannt. Allein die Weiterleitung der Klägerin an das Büro J durch die Beklagte führt nicht dazu, dass das Büro J als Erfüllungsgehilfin der Beklagten anzusehen wäre. Dies ergibt sich vorliegend auch aus den geschilderten Gesamtumständen. Eine Haftung aus c.i.c. scheitert aber insbesondere auch daran, dass die Lastenermittlung gerade der Klägerin oblag, das Büro J somit nicht im Pflichtenkreis der Beklagten gegenüber der Klägerin tätig geworden ist. Vielmehr bediente sich die Klägerin des Büros J zur Erfüllung ihrer eigenen, ihr gegenüber der Beklagten obliegenden vertraglichen Verbindlichkeit. Auch dies folgt aus der oben dargestellten vertraglichen Pflichtenverteilung.

3. 45

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 101 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den § 708 Nr. 10, 711 ZPO. 46

