
Datum: 13.03.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 15/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0313.21U15.06.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 254/05

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 01.12.2005 verkündete Urteil des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

- | | |
|---|---|
| I. | 1 |
| Der Beklagte schrieb unter der Projektbezeichnung "Kläranlage F, Anschluss X, Los 3 S" auf der Grundlage der VOB mit einem Leistungsverzeichnis vom 04.02.2003 die Unterquerung | 2 |
| | 3 |

der Ruhr mit einer Abwasserleitung aus. Die Baumaßnahme stand im Zusammenhang mit der Erweiterung der Kläranlage F. Die 6,5 km ruhraufwärts gelegene Kläranlage F sollte durch den Bau einer weiterführenden Kanalisation an die Kläranlage F angebunden werden. Es war vorgesehen, das Abwasser an der Kläranlage F über ein Pumpwerk anzuheben, es zunächst in einen links der Ruhr bis zur Höhe der Ruine L verlaufenden Verbindungssammler und bei Ruhr-km 24,000 mit der ausgeschriebenen Dükerung auf das rechte Ruhrufer zu leiten. Dort sollte der Verbindungssammler ruhraabwärts bis zur Kläranlage F verlaufen. Nach dem von der Streithelferin erstellten Leistungsverzeichnis war die Dükerung im sog. Horizontalspülbohr- (HDD-) Verfahren durch vier parallel geführte, das Flussbett schräg schleifende Horizontalbohrungen auszuführen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das auszugsweise mit der Klageerwidern vorgelegte Leistungsverzeichnis (Anlage B 9, Bl. 163-170 d.A.) Bezug genommen.

Das dem Leistungsverzeichnis beigefügte Baugrundgutachten des von dem Beklagten beauftragten Ingenieurbüros C2 + M vom 17.07.2002 (Anlage B 14) sah demgegenüber "wegen der verschiedenen Gefälleverhältnisse des Dükers" die Ausführung durch einen gesteuerten Rohrvortrieb vor. Laut Gutachten könne im Bereich der Bohrung das Vorkommen harter Felsen nicht ausgeschlossen werden. Daher müsse ein Vortriebsverfahren gewählt werden, das den stark wechselnden Baugrundverhältnissen zwischen weich ausgebildetem Flutlehm, Ruhrschotter bis hin zu Festgestein angepasst werden könne. 4

Die Klägerin erstellte zu den ausgeschriebenen Arbeiten unter dem 24.03.2003 ein Angebot über 1.098.101,26 € zzgl. USt. Auf die Bohrkanalarbeiten entfiel bei einer Menge von 775 m zu einem Einheitspreis von 414,76 € ein Nettobetrag von 321.439 € (Anlage B 8, Bl.162 d.A.). Die Horizontalbohrarbeiten (Pos. 3.4.1.1. des Angebotes) bot die Klägerin als Nachunternehmerleistung an, weil ihr Betrieb auf diese Leistung nicht eingerichtet sei (Anlage B 15). Zu dieser Leistungsposition holte sie ein Angebot der Fa. T2 vom 17.03.2003 zum Einheitspreis von 234 €/m zzgl. pauschal 1.850 € für die Einrichtung der Baustelle und 325 € je Std. für Wartezeiten ein. In dem Angebot wird ausgeführt, die Zusatzklassen S 1 bis S 4 und die Felsklassen FD/FZ 3 + 4 würden als besondere Leistung gesondert abgerechnet. Die geforderten maximalen Abweichungen könnten nicht garantiert werden. Leistungen für aufgegebene Bohrstrecken würden ebenfalls abgerechnet. Wegen der Einzelheiten wird auf das Angebot der Fa. T2 vom 17.03.2003 (Anlage BB 4, Bl.425 f. d.A.) verwiesen. 5

In der Folgezeit verlängerte die Klägerin auf Wunsch des Beklagten wiederholt die Zuschlagsfrist. Am 09.01.2004 fand zwischen der Klägerin, dem Beklagten und der Streithelferin ein Bietergespräch statt. Die Klägerin äußerte in dem Gespräch erstmals Zweifel an der Machbarkeit der Dükerung im HDD-Verfahren. 6

In dem von der Beklagten erstellten Protokoll (Anlage K 1, Bl.7-11 d.A.) heißt es u.a.: 7

"Die Erstellung der Bohrkanäle gem. Pos. 3.4.1.1. wird von Fa. Sonntag als schwierig eingestuft. 8

Um eine eindeutige Abrechnung der o.g. Position zu gewährleisten, ist es nach Ansicht des Bieters erforderlich, die kalkulatorischen Ansätze vor Auftragserteilung offen zu legen bzw. festzulegen. Als Grundlage dient hierbei das Bodengutachten, ... Analog der abgebildeten Bohrprofile wird Fa. T schichtenweise den kalkulierten, submittierten Einheitspreis nachweisen. Die Abrechnung erfolgt anhand der tatsächlich vor Ort vorgefundenen Bodenverhältnisse. ... 9

Aufgrund der schwierigen geologischen Verhältnisse können nach Auffassung des Bieters Leistungen anfallen, die abrechnungstechnisch als besondere Leistungen zu beurteilen sind. In Ergänzung des LV's wird Fa. T die nach ihrer Meinung erforderlichen Leistungen formulieren und mit Auftragsvergabe um Einheitspreisbestätigung bitten. Nebenleistungen gemäß VOB sind hiervon ausgeschlossen. ..."

Mit Schreiben vom 15.01.2004 (Anlage K 17, Bl.52-54 d.A) teilte der Niederlassungsleiter der Klägerin, der Zeuge W, dem Beklagten mit, die Klägerin habe entsprechend dem Bodengutachten mit den Bodenklassen LNW 1-3 und LBM 1-2 kalkuliert. Kurz vor dem Gespräch vom 09.01.2004 sei sie jedoch von mehreren Nachunternehmern über erhebliche geologiebedingte Probleme bei Dükerungen der Ruhr unterrichtet worden. Die Bieter hätten allesamt von ihren zur Submission eingereichten Angeboten Abstand genommen. Die Durchörterung von Festgesteinen sei ihr als besondere Leistung zusätzlich zu vergüten. Gleiches gelte für den Einbau von Casing-Rohren, HDI-Injektionen bzw. Betonit-Mehrverbrauch, da im teilweise sehr weitgestuften und grobkörnigen Ruhrschotter ein erhebliches Risiko für einen Zusammenbruch des Bohrkanals und für Ausbläser in die Ruhr bestehe. Die Klägerin forderte, vor Auftragsvergabe entsprechende Einheitspreise für die Gesteinsklassen FZ/FD 1 bis FZ/FD 4 und für die zusätzlichen Maßnahmen zur Stützung des Bohrkanals zu vereinbaren. Zudem verlangte sie die Vereinbarung eines Einheitspreises auch für Fehlbohrungen, da bei einem inhomogenen Verlauf der Felslinie die in der Ausschreibung genannten maximalen Abweichungen nicht eingehalten werden könnten. 11

Mit Schreiben vom 20.01.2004 wies Herr W darauf hin, dass alle angefragten Nachunternehmer – u.a. auch die Fa. T2 – sich gegen die Ausführung der ausgeschriebenen Horizontalspülbohrarbeiten ausgesprochen hätten. Aufgrund dieser nunmehr gewonnen Erkenntnisse halte die Klägerin die Ausführung der ausgeschriebenen Ruhrdükerung für nicht durchführbar und schlage stattdessen das Microtunnelingverfahren vor. 12

Der Beklagte erteilte der Klägerin auf der Grundlage des Angebotes vom 24.03.2003 unter dem 26.01.2004 den Auftrag. Den Beginn der Vertragsarbeiten setzte er auf April 2004 fest. Laut Auftragsschreiben ist das Protokoll des Bietergesprächs vom 09.01.2004 Vertragsbestandteil. Die Klägerin überreichte mit Schreiben vom 13.01.2004 (Anlage K 3, Bl.13 d.A.) die gegengezeichnete Ausfertigung des Auftragsschreibens, erklärte jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 15.01.2004, sie könne dem Protokoll des Bietergesprächs vom 09.01.2004 nicht vollinhaltlich zustimmen. 13

Mit Schreiben vom 13.02.2004 meldete der Zeuge W nunmehr förmlich Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung an. Die Klägerin beauftragte das Ingenieurbüro E mit einer Machbarkeituntersuchung. In seinem Gutachten vom 26.03.2004 (Anlage K 22, Bl. 64 – 99 d.A.) schätzte das Ingenieurbüro die Dükerung im HDD-Verfahren u.a. wegen der ungünstigen Baugrundverhältnisse als nicht machbar ein. Anlässlich einer Besprechung vom 30.03.2004 überreichten der Geschäftsführer der Klägerin und Herr W des Beklagten das Gutachten. Mit Schreiben vom 31.03.2004 an den Beklagten (Anlage K 20, Bl.60 f. d.A.) bat Herr W über eine Änderung des Bauentwurfs nachzudenken. Außerdem meldete er eine Behinderung an, weil bis zur Festlegung eines durchführbaren Herstellungsverfahrens keine Arbeitsvorbereitungen möglich seien. Der Mitarbeiter X des Beklagten wies die Behinderungsanzeige im Schreiben vom 30.04.2004 zurück. Mit Schreiben vom 03.06.2004 (K 21, Bl. 62 f. d.A.) teilte der Zeuge W mit, dass die Klägerin nach dem Einholen ergänzender Stellungnahmen des Ingenieurbüros E vom 18./19.05.2004 (K 23, Bl. 100- 106 d.A.) wegen unvollständiger und mangelhafter Ausführungsplanung die Leistung verweigert, und forderte eine rechtsverbindliche Erklärung über die Übernahme aller Mehrkosten bei 14

Misslingen der Arbeiten durch den Beklagten sowie eine Vertragsanpassung. Daraufhin kündigte der Beklagte den Vertrag mit Schreiben vom 05.07.2004 (K 5, Bl. 15 d.A.) mit sofortiger Wirkung, da er "aufgrund der vorliegenden Umstände" derzeit keine Handlungsalternative sähe.

Die Klägerin erteilte dem Beklagten unter dem 13.08.2004 unter Bezugnahme auf die Berechnung der von ihr beauftragten G.I.B. H Ingenieurbüro für Bauwesen GmbH (im Folgenden G.I.B. GmbH) eine Rechnung über 150.508,83 €. Der Betrag setzt sich aus sog. "Sonderkosten" in Höhe von 19.726,51 € für die Machbarkeitsstudie, die Beratung durch Rechtsanwalt Dr. N2, die Erstellung von Unterlagen und Durchführung von Ortsterminen sowie einem Vergütungsanspruch in Höhe von 130.782,32 € zusammen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berechnungen der G.I.B. GmbH (Anlage K 8, Bl.18-38 d.A.) Bezug genommen.

Die Klägerin hat die von der H GmbH errechnete Vergütung geltend gemacht. Sie ist der Ansicht, der Beklagte habe am 05.07.2004 eine freie Kündigung im Sinne von § 8 Nr.1 VOB/B ausgesprochen. Ein Kündigungsgrund habe nicht vorgelegen. Insbesondere sei sie aus den von dem Ingenieurbüro E genannten Gründen berechtigt gewesen, die Leistung zu verweigern.

Sie hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 150.508,83 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.09.2004 zu zahlen.

Der Beklagte und die Streithelferin haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte und die Streithelferin sind der Ansicht, es fehle wegen eines versteckten Dissenses bereits an einem Bauvertrag zwischen den Parteien. Sie behaupten hierzu, zwar seien beide Parteien von einem Vertragsschluss ausgegangen, tatsächlich habe man sich jedoch nicht geeinigt, da der Beklagte das Angebot der Klägerin im Zuschlagsschreiben aufgrund der Einbeziehung des Protokolls vom 09.01.2004 nur unter Änderungen angenommen habe, mit denen wiederum die Klägerin nicht einverstanden gewesen sei. Jedenfalls sei ein etwaiger Vertrag aus wichtigem Grund gekündigt worden, da die Klägerin sich unberechtigt geweigert habe, mit den Leistungen im April 2004 zu beginnen. Im Hinblick auf das Gesamtverhalten der Klägerin sei eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung entbehrlich gewesen.

Der Beklagte hat behauptet, die Ausführungen der H GmbH zu den nicht ersparten Baustellengemeinkosten für Kalkulation, Material, Subunternehmeranfrage und Angebotszusammenstellung seien nicht nachvollziehbar. Die nicht ersparten Kosten für die Arbeitsvorbereitung seien mit 6.480 € zu hoch angesetzt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, ein Werkvertrag sei nicht zustande gekommen. Der Beklagte habe durch Einbeziehung des Protokolls vom 09.01.2004 das Angebot vom 24.03.2003 hinsichtlich der Preise für die Bohrarbeiten erweitert. Dieses erweiterte Angebot habe die Klägerin nicht angenommen, sondern mit Schreiben vom 13.02.2004 zurückgewiesen und durch Bezugnahme auf das Schreiben vom 20.01.2004, mit dem sie die Machbarkeit in Zweifel gezogen hatte, auch Abstand von den angebotenen Preisen genommen.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Erwägungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs.1 Nr.1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.	24
Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung. Sie vertritt die Auffassung, das Landgericht habe zu Unrecht einen Dissens angenommen. In dem Protokoll vom 09.01.2004 werde lediglich eine zusätzliche Vergütung für den Fall angesprochen, dass andere Gesteinsschichten als im Bodengrundgutachten vorgegeben vorlägen. Grundlage der Abrechnung seien nach wie vor Leistungsverzeichnis und Bodengrundgutachten gewesen. Der Hinweis der Klägerin, sie sei mit dem Protokoll nicht vollinhaltlich einverstanden, habe nur auf die Machbarkeit des HDD-Verfahrens gezielt; sie habe damit nicht von dem Angebot Abstand nehmen wollen.	25
Die Klägerin berechnet die Vergütung nunmehr wie folgt:	26
"nicht ersparte Nachunternehmeraufwendungen": 105.309,25 €	27
"nicht ersparte Baustellengemeinkosten": 39.461,96 €	28
"nicht ersparte allgemeine Geschäftsunkosten" 57.075,28 €	29
"Wagnis und Gewinn" 34.245,17 €	30
-----	31
236.091,66 €	32
Hierzu behauptet sie nunmehr, sie hätte bei Auftragsdurchführung aufgrund gleicher vertraglicher Regelungen im Hauptunternehmervertrag mit dem Beklagten wie im Nachunternehmervertrag mit der Fa. T2 einen Vergabegewinn von 105.309,25 € bei der Leistungsposition 3.4.1.1 erzielen können.	33
Den Vergabegewinn errechnet sie aus dem Unterschiedsbetrag zwischen der Urkalkulation (Anlage BB 7, Bl.469- 485 d.A.) in Höhe von 288.509,25 € und dem Angebotspreis der Fa. T2.	34
Der Zeuge T2 habe vor dem Bietergespräch vom 09.01.2004 dem Zeugen W telefonisch zugesichert, zu dem Angebot vom 17.03.2003 zu stehen. Nach dem Bietergespräch vom 09.01.2004 habe die Fa. T2 zwar die Vergütung von Zulagen verlangt und ein Nachtragsangebot vom 15.01.2004 übersandt. Aus dieser in den entscheidenden Positionen gegenüber dem Angebot vom 17.03.2003 unverändert gebliebenen "Kostenschätzung" der Nachunternehmerin vom 15.01.2004 (Anlage BB 9, Bl.549 f. d.A.), auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird, ergebe sich aber die Bereitschaft der Fa. T2 zur weiteren Leistungserbringung. Etwaige Kostenerhöhungen im Vergleich zum Angebot hätte die Klägerin an den Beklagten weiterreichen können. Jedenfalls hätte sie eine andere Firma beauftragen oder die Leistungen selbst durchführen können.	35
Die Klägerin ist der Auffassung, dass sie zumindest auf der Basis der Urkalkulation abrechnen dürfe.	36
Zu den nicht ersparten Baustellengemeinkosten zählt die Klägerin unter Bezugnahme auf eine weitere Stellungnahme der H GmbH vom 21.11.2006 (Anlage zum Ss vom 24.11.06, Bl.389 - 421 d.A.), u.a. die Kosten für Kalkulation und Material- sowie	37

Subunternehmeranfragen in Höhe von nunmehr insgesamt 32.500 €, ferner 50 % der Kosten für die Arbeitsvorbereitung des Projektes, nämlich das Einholen und Prüfen der Lagepläne von Ver- und Entsorgungsleitungen, und das Erstellen eines Bauablaufplans zu Kosten von 6.480 € sowie Bürgschaftskosten in Höhe von 258,75 €.

Die Klägerin beantragt nunmehr, 38

den Beklagten unter Abänderung des Urteils des Landgerichts F zu verurteilen, an sie 39
255.817,07 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem
15.09.2004 zu zahlen.

Der Beklagte und die Streithelferin beantragen, 40

die Berufung und den erweiterten Klageantrag zurückzuweisen. 41

Sie behaupten, ein Vergabegewinn wäre nicht entstanden. Der Einheitspreis von 414,76 €/m 42
sei für die Klägerin nicht auskömmlich gewesen, da höhere Kosten für die
Nachunternehmerin Fa. T2 entstanden wären. Der Nachunternehmerin habe das
Bodengrundgutachten bei Angebotsabgabe nicht vorgelegen, sonst hätte sie höhere Preise
berechnet. Die Fa. T2 habe von ihrem Angebot Abstand genommen. Das Angebot der
Nachunternehmerin sei im Januar 2004 wirtschaftlich überholt gewesen.

Nach Ansicht des Beklagten sind zudem die Wagniskosten als ersparte Aufwendungen 43
abzuziehen. Kosten für das Einholen von Angeboten seien nach § 20 Nr.2 Abs.1 S.1 VOB/A
nicht zu entschädigen. Er bestreitet die Höhe der kalkulierten Baustellengemeinkosten und
die Angemessenheit der Kosten für die Arbeitsvorbereitung. Hierzu behauptet er, die Prüfung
der Lagepläne der Ver- und Entsorgungsleitungen erfordere nur Minuten. Für die Erstellung
eines Bauablaufplans sei es zu früh gewesen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen T und W sowie 44
durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Ing. X. Wegen
des Inhalts und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der
Senatstermine vom 16.08.2007 und 17.01.2008 nebst Berichterstattevermerk und auf die
schriftlichen Stellungnahmen des Sachverständigen vom 31.12.2007 (Bl.633-642 d.A.) und
vom 12.01.2008 (Bl.616-626 d.A.) verwiesen.

II. 45

Die zulässige Berufung hat im Ergebnis keinen Erfolg. 46

Die Klage ist auch mit dem nunmehr gestellten Klageantrag unbegründet. 47

A. Vergütungsanspruch 48

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung einer Vergütung aus §§ 49
8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, 649 BGB. Zwar ist zwischen den Parteien ein wirksamer Bauvertrag
abgeschlossen worden (1.). Die Kündigung des Beklagten vom 5.7.2004 ist auch als freie
Kündigung im Sinne von § 649 BGB anzusehen (2). Der Klägerin steht aber gleichwohl ein
daraus herzuleitender Vergütungsanspruch nicht zu (3).

1. Wirksamer Vertragsschluss 50

51

Zwischen den Parteien ist entgegen der Auffassung des Landgerichts mit Erteilung des Zuschlags am 26.1.2004, mit dem die Beklagte das Angebot der Klägerin vom 24.3.2003 annahm, ein wirksamer Vertrag zustande gekommen. Dass die Zuschlagserklärung der Beklagten Änderungen oder Einschränkungen enthielt und dass deshalb ein wirksamer Vertrag nicht zustande kam, kann nicht festgestellt werden. Gegen einen Änderungswillen des Beklagten spricht bereits, dass er die Klägerin entgegen der dann zu beachtenden Regelung in § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A nicht aufforderte, sich über die Annahme zu erklären. Tatsächlich bestand dazu aber auch kein Anlass. In dem Zusatz, das Protokoll vom 9.1.2004 werde Vertragsbestandteil, lag keine das Angebot der Klägerin abändernde Annahmeerklärung. Dieses Protokoll enthielt nämlich insbesondere keine Änderung der Preise für die Leistungsposition 3.4.1.1. Für die Beklagte bestand auch kein Anlass, der Klägerin insoweit Zugeständnisse zu machen, da diese an ihr Angebot nach wie vor gebunden war. Soweit aus dem Protokoll hervorgeht, dass über bestimmte mögliche Erschwernisse eine abschließende Regelung noch nicht erzielt sei, steht das der Annahme eines wirksamen Vertragsschlusses nicht entgegen, dieser Umstand rechtfertigt auch nicht die Annahme eines offenen Dissenses im Sinne von § 154 Abs. 1 BGB. Danach ist ein Vertrag im Zweifel nicht abgeschlossen, solange die Parteien sich nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte. Das gilt aber nicht, wenn die Parteien sich trotz einzelner offener Punkte vertraglich binden wollten. Das war hier der Fall. Zwar hat die Klägerin beim Bietergespräch vom 9.1.2004 ihre Vorstellungen über die Abrechnung besonderer Leistungen auf Grund schwieriger geologischer Verhältnisse dargelegt und weitere Ausführungen hierzu angekündigt. Über die Vergütung eventueller Erschwernisse haben sich die Parteien vor Zuschlagserteilung auch nicht geeinigt. Dennoch war ein bindender Vertragsschluss von bei Parteien gewollt. Das ergibt sich aus dem Zuschlag als solchem, aber auch aus dem Protokoll über das Bietergespräch am 9.1.2004. Dort ist nämlich ausdrücklich festgehalten, dass die Klägerin die nach ihrer Meinung erforderlichen Leistungen formulieren und (erst) mit Auftragsvergabe um Einheitspreisbestätigung bitten sollte. Daraus geht eindeutig der Wille der Parteien hervor, dass ein wirksamer Vertrag schon mit Zuschlag zustande kommen und die Vergütung für bestimmte Erschwernisse später geregelt werden sollte. Der bindende Vertragsschluss scheitert auch nicht an einem versteckten Einigungsmangel im Sinne von § 155 BGB. Zum einen war den Parteien im Zeitpunkt der Zuschlagserklärung bewusst, dass die Abrechnung eventueller Erschwernisse noch nicht abschließend geregelt war. Selbst wenn aber die Parteien einzelne Fragen irrtümlich für geregelt gehalten haben sollten, obwohl das nicht der Fall war, ist aus den bereits dargelegten Gründen anzunehmen, dass der Vertrag auch ohne Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein sollte. Entgegen der Ansicht des Beklagten scheitert der Vertragsabschluss auch nicht daran, dass die Klägerin das von ihr am 13.2.2004 gegengezeichnete Auftragsschreiben mit der Anmerkung zurücksandte, das Protokoll werde nicht vollinhaltlich anerkannt. Zu diesem Zeitpunkt war der Vertrag nämlich durch den Zuschlag vom 26.1.2004 bereits endgültig zustande gekommen. Das Schreiben vom 13.2.2004 sollte lediglich zu Beweis Zwecken den Empfang des Auftragsschreibens bestätigen. Die bereits verbindlich gewordenen Vertragserklärungen der Parteien konnten durch dieses Schreiben nicht mehr geändert werden.

Es ist daher mit Erteilung des Zuschlags ein wirksamer Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen.

52

2. Kündigungserklärung

53

Die Kündigungserklärung der Beklagten vom 5.7.2004 ist als freie Kündigung im Sinne von § 8 Nr. 1 VOB/B anzusehen, da ein wichtiger Grund für eine Kündigung nicht vorlag (a) und die

54

Kündigungserklärung deshalb in eine freie Kündigung umzudeuten ist (b).

a. Keine wirksame Kündigung aus wichtigem Grund

55

Die Voraussetzungen für die von dem Beklagten ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund gemäß §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 5 Nr. 4 1. Alt. VOB/B liegen nicht vor. Andere Kündigungsgründe sind nicht dargetan.

56

Eine Kündigung nach §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 5 Nr. 4 1. Alt. VOB/B setzt voraus, dass der Unternehmer den Beginn der Ausführung verzögert hat oder mit der Vollendung in Verzug geraten und ihm eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt worden ist verbunden mit der Erklärung, dass ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist der Auftrag entzogen werde. Ob die Klägerin unter den hier gegebenen Umständen den Beginn der Ausführung tatsächlich in vorwerfbarer Weise verzögert hat bzw. mit der Vollendung in Verzug geraten ist, kann dahinstehen. Jedenfalls fehlt es unstreitig an der erforderlichen Fristsetzung mit Kündigungsandrohung. Diese war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung bedarf es nämlich nur dann nicht, wenn sich das Verhalten des Auftragnehmers als besonders schwere Vertragsverletzung darstellt, die eine Nachfristsetzung unzumutbar macht. Das ist der Fall, wenn der Auftragnehmer so schwerwiegend und schuldhaft gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstoßen hat, dass die für die Durchführung des Bauvertrages erforderliche Vertrauensgrundlage nachhaltig erschüttert ist (Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Aufl., B § 5 Nr. 4 Rn. 19). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Zwar äußerte die Klägerin am 15.1.2004 Bedenken gegen die Durchführbarkeit der Arbeiten im HDD-Verfahren, zeigte am 31.3.2004 eine Behinderung an und verlangte mit Schreiben vom 13.5.2004 eine Vertragsanpassung. Dieses Verhalten stellte unter den hier gegebenen Umständen aber keine schwerwiegende Vertragsverletzung dar, die eine Fristsetzung entbehrlich machte. Zum einen lehnte die Klägerin die Ausführung der Arbeiten nicht endgültig ab, noch unmittelbar vor der Kündigung bot sie mit Schreiben vom 3.6.2004 eine einvernehmliche Lösung an. Zum anderen hatte das zögerliche Verhalten der Klägerin einen sachlichen Grund. Ihre Auffassung, die Dükerung sei im HDD-Verfahren nicht durchführbar, wurde durch die Machbarkeitsstudie des Ingenieurbüros E gestützt. E kam nämlich in seinem Gutachten vom 26.3.2004 zu dem Ergebnis, dass das HDD-Verfahren wegen ungünstiger Baugrundverhältnisse, zu geringer Überdeckung, beengter Verhältnisse auf der Startseite und der Unmöglichkeit einer wasserdichten Durchdringung des Spundwandverbaus nicht durchführbar sei, und riet von einer Querung der Ruhr in dieser Weise dringend ab. Bei diesem Gutachten handelte es sich auch nicht um ein Gefälligkeitsgutachten, das die Klägerin zur Durchsetzung zusätzlicher Vergütungsansprüche ins Feld führte, obwohl die Bedenken inhaltlich unbegründet waren. Vielmehr hat auch der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr. Ing. X die in dem Gutachten E geäußerten Bedenken ausdrücklich geteilt.

57

Unter diesen Umständen ist schon zweifelhaft, ob der Klägerin eine vorwerfbare Pflichtverletzung zur Last fiel. Jedenfalls war aber eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung durch die Beklagte unverzichtbar, um der Klägerin deutlich zu machen, dass es nunmehr F2 würde und die Beklagte auf der vorgesehenen Ausführungsart und dem unverzüglichen Beginn der Arbeiten bestehe.

58

Da es daran unstreitig fehlt und auch andere Kündigungsgründe nicht ersichtlich sind, lag ein wichtiger Grund für eine Kündigung nicht vor.

59

b. Umdeutung in eine freie Kündigung

60

61

Die unwirksame außerordentliche Kündigung des Bauvertrages ist regelmäßig in eine freie Kündigung im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B umzudeuten. Die Auslegung der Kündigungserklärung ergibt nämlich in der Regel, dass der Bauvertrag unabhängig davon beendet sein soll, ob ein wichtiger Grund vorliegt, da nur so die Voraussetzungen für den Einsatz eines Drittunternehmers oder für den vollständigen Abbruch des Vorhabens konfliktfrei geschaffen werden können (dazu BGH Urt. vom 24.7.2003 – VII ZR 218/02, BauR 2003, 1889). So lag es auch hier. Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

Die Rechtsfolgen der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung beurteilen sich daher nach den in § 8 Nr. 1 VOB/B vorgesehenen Rechtsfolgen der freien Kündigung. 62

3. Vergütungsanspruch der Klägerin 63

Gleichwohl steht der Klägerin ein Vergütungsanspruch aus §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB gegen den Beklagten nicht zu. 64

a. Allgemeine Grundsätze zur Abrechnung nach §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB 65

Der Auftragnehmer kann nach vorzeitiger Beendigung des Vertrages gemäß §§ 8 Nr. 1, VOB/B, 649 BGB die vereinbarte Vergütung verlangen. Er muss sich aber anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart bzw. an Gewinn aus "Füllaufträgen" erzielt hat. Mit dieser Regelung soll erreicht werden, dass der Unternehmer durch die Kündigung des Bestellers keine Nachteile erleidet, daraus aber auch keine Vorteile zieht. 66

Der Unternehmer ist aber auch nicht gehindert, von der im Gesetz vorgesehenen Abrechnungsweise abzuweichen und stattdessen die von ihm vertragsgemäß erbrachten Leistungen – die Klägerin bezeichnet die von ihr erbrachten Vorleistungen als nicht ersparte Aufwendungen – sowie den aus dem Auftrag entgangenen Gewinn geltend zu machen. Das setzt voraus, dass es sich bei den tatsächlich ausgeführten Leistungen um Vertragsleistungen handelt. Das ist vielfach unproblematisch, etwa wenn sich diese aus dem Leistungsverzeichnis ergeben. Das kann aber problematisch sein, wenn es sich um Leistungen handelt, die – etwa Projektkosten – im Leistungsverzeichnis nicht ausdrücklich ausgewiesen sind, weil sie – mehr oder weniger – in die Vertragspreise einkalkuliert sind. In diesen Fällen sind derartige Leistungen nur insoweit zu vergüten, als sie tatsächlich im Vertrag vorgesehen sind. Der Unternehmer darf die Abrechnung nach §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB nämlich nicht dazu benutzen, Leistungen abzurechnen, die er in seiner ursprünglichen Kalkulation vergessen hatte und die deshalb in den Vertragspreisen nicht enthalten sind. Für die Berechnung des entgangenen Gewinns ist darauf abzustellen, welchen Verlauf das Vorhaben tatsächlich genommen hat bzw. bei Durchführung genommen hätte. Auch hier kann der Unternehmer vielfach für die Darlegung im Prozess auf seine ursprüngliche Kalkulation zurückgreifen, wenn keine Anhaltspunkte für einen abweichenden Verlauf erkennbar sind (Kniffka, Jahrbuch Baurecht 2000, 1, 10; BGH Urteil vom 22.9.2005 – VII ZR 63/04 = NJW-RR 2006, 29). Anders liegt es aber, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen von der ursprünglichen Planung und Kalkulation abweichenden Verlauf bestehen. Dann ist für die Berechnung des entgangenen Gewinns auf den tatsächlichen Ablauf abzustellen, den das Bauvorhaben genommen hat bzw. genommen hätte. Ist es nicht in der vorgesehenen Weise durchgeführt worden, muss notfalls mit Hilfe eines Sachverständigen ermittelt werden, wie es bei tatsächlicher Durchführung voraussichtlich verlaufen wäre. Auf keinen Fall darf diese von der gesetzlichen Regelung abweichende Art der Abrechnung dazu führen, dass der Unternehmer die dadurch gegebenen Manipulationsmöglichkeiten dazu 67

nutzt, sich bei einem insgesamt unauskömmlich kalkulierten Vertrag doch noch Vergütungsansprüche zu verschaffen, indem er einzelne Leistungspositionen und den kalkulierten Gewinn herausgreift und abrechnet, die übrigen Leistungspositionen, bei denen er "Geld mitgebracht hätte", dabei aber außen vor lässt. Er darf nämlich nicht besser gestellt werden, als er bei Ausführung des Auftrags gestanden hätte (Drittler in BauR 2006,1215, 1216). Es gibt auch keine Deckelung der anzurechnenden Ersparnisse derart, dass die kalkulierten Kosten die Obergrenze der Ersparnis darstellen, so dass wenigstens der kalkulierte Gewinn erhalten bleibt. Ebenso wenig ist die abziehbare Ersparnis auf die jeweilige Position begrenzt (Kniffka iBr-online-Kommentar zum Bauvertragsrecht, Stand 29.2.2008, § 649 Rn. 78). Danach kann der Abzug der Ersparnis bei nur einer einzigen Leistungsposition dazu führen, dass der ansonsten gegebene Vergütungsanspruch vollständig aufgezehrt wird.

b. Zur Abrechnung im vorliegenden Fall

68

Nach den oben dargestellten Grundsätzen kann nicht festgestellt werden, dass der Klägerin der von ihr errechnete Vergütungsanspruch zusteht. Dabei kann der Umfang der erbrachten und deshalb abrechnungsfähigen Leistungen dahinstehen (aa.), da daraus entstandene Vergütungsansprüche in jedem Fall durch die Ersparnis bei anderen Leistungspositionen des insgesamt unauskömmlich kalkulierten Vertrages mehr als aufgezehrt werden (bb.).

69

aa. Abrechenbare Leistungen

70

Es kann dahinstehen, ob es sich bei den von der Klägerin geltend gemachten Rechnungspositionen

71

"nicht ersparte Baustellengemeinkosten" 39.461,96 €,

72

"nicht ersparte allgemeine Geschäftskosten" 57.075,28 €,

73

"Wagnis und Gewinn" 34.245,17 €

74

überhaupt um in dieser Form und Höhe abrechnungsfähige Rechnungspositionen handelt. Selbst wenn man das zugunsten der Klägerin unterstellt, steht ihr der daraus geltend gemachte Anspruch nicht zu.

75

bb. Ersparte Aufwendungen

76

Die weiter von ihr geltend gemachte Position

77

"nicht ersparte Nachunternehmeraufwendungen" 105.309,25 €

78

(gemeint ist der rechnerisch ermittelte Vergabegewinn aus der Durchführung der Horizontalbohrarbeiten durch die Fa. T2) wäre nämlich nicht nur nicht angefallen. Die Durchführung dieser Arbeiten hätte vielmehr aller Voraussicht nach zu derart hohen eigenen Aufwendungen der Klägerin geführt, dass die aus anderen Positionen verdiente Vergütung bzw. der kalkulatorisch errechnete Gewinn mehr als aufgezehrt worden wären.

79

(1)

80

Die Klägerin selbst war auf Grund des mit der Beklagten geschlossenen Vertrages zur Durchführung der Horizontalbohrarbeiten Pos. 3.4.1.1 zu einem Einheitspreis von 414,76 €/m verpflichtet. Sie hatte diese Leistung ausdrücklich als Nachunternehmerleistung angeboten,

81

weil ihr Betrieb darauf nicht eingerichtet sei (Anlage B 15). Den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten entgangenen Gewinn aus dieser Position berechnet sie nunmehr in der Weise, dass sie das Angebot der Fa. T2 vom 17.3.2003 entgegenstellt, in dem diese Leistung zum Einheitspreis von 234 €/m zuzüglich pauschal 1.850,- € für die Baustelleneinrichtung und 325 € pro Stunde für Wartezeiten angeboten wird, allerdings mit dem Zusatz, die Zusatzklassen S 1 bis S 4 und die Felsklassen FD/FZ 3 und 4 würden gesondert berechnet, die geforderten maximalen Abweichungen könnten nicht garantiert werden, Leistungen für aufgegebene Bohrstrecken würden ebenfalls abgerechnet (Anlage BB 4, Bl. 425 f. d.A.). Ob sich bei Durchführung des Vorhabens trotz dieser Abweichungen zwischen dem Angebot T2 und dem Vertrag mit der Beklagten der errechnete Vergabegewinn ergeben hätte, weil die in dem Angebot der Fa. T2 aufgeführten besonders zu berechnenden Leistungen auch der Beklagten ganz oder teilweise gesondert hätten in Rechnung gestellt werden können, ist bereits zweifelhaft, kann letztlich aber dahinstehen.

(2) 82

Tatsächlich stand der Klägerin nämlich im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung für die wichtigste Leistungsposition 3.4.1.1 kein auch nur ansatzweise kostendeckendes Nachunternehmerangebot zur Verfügung, weil alle anderen Bewerber inzwischen abgesprungen waren (aa), die Fa. T2 an das Angebot vom 17.3.2003 nicht mehr gebunden war und sich daran auch nicht mehr gebunden fühlte (bb) und die "Kostenschätzung" der Fa. T2 vom 15.1.2004 nicht zur Vertragsgrundlage gemacht werden sollte, eine Vertragsabwicklung auf dieser Grundlage aber auch zu einem für die Klägerin wirtschaftlich desaströsen Ergebnis geführt hätte (cc). 83

(aa.) 84

Die Klägerin war nach eigenen Angaben im Vergabeverfahren nicht in der Lage, die Horizontalbohrarbeiten selbst auszuführen (Schreiben vom 24.3.2003 Anlage B 15). Die Arbeiten sollten daher durch einen Nachunternehmer ausgeführt werden. 85

(bb.) 86

Das Angebot der Fa. T2 vom 17.3.2003 war im Januar 2004 nicht mehr annahmefähig, weil die Klägerin versäumt hatte, die mit dem Beklagten vereinbarte Verlängerung der Bindefrist an die Fa. T2 durch entsprechende Vereinbarung "weiterzureichen" und weil die Fa. T2 – der die Zwangslage der Klägerin offensichtlich nicht verborgen geblieben war – sich an dieses Angebot zu Recht nicht mehr gebunden fühlte. 87

Das Angebot der Fa. T2 stammte vom 17.3.2003. Der Fa. T2 war aus den zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen bekannt, dass die Klägerin an ihr Angebot gegenüber dem Beklagten ursprünglich bis Ende Juni 2003 – zu diesem Zeitpunkt war ursprünglich der Zuschlag vorgesehen - gebunden war. Sie durfte daher bei Abgabe ihres Angebotes damit rechnen, dass – so § 147 Abs. 2 BGB – ihr Angebot bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden konnte, in dem der Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen zu erwarten war. Unter regelmäßigen Umständen durfte sie dann aber noch im Juli 2003 mit der Antwort auf ihr Angebot rechnen, danach musste sie sich daran nicht mehr festhalten lassen. Die Annahme des Angebotes erfolgte dann aber tatsächlich – ohne dass die Bindefrist für die Fa. T2 verlängert worden wäre – erst im Januar 2004, also zu spät. 88

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht überdies fest, dass die Fa. T auch nicht auf Grund weiterer Abreden an ihr Angebot vom 17.3.2003 gebunden war und sich daran zu 89

Recht auch nicht gebunden fühlte. Der Zeuge T hat vielmehr bei seinen Vernehmungen am 16.8.2007 und 24.1.2008 ausdrücklich erklärt, dass er die Ausführung des Auftrags zu den am 17.3.2003 angebotenen Preisen "klipp und klar" abgelehnt habe, weil er an der Arbeit kein Interesse mehr gehabt habe. Die Fa. T2 habe nämlich in der Zwischenzeit in der Nähe eine Ruhrdükerung ausgeführt und sei dabei auf die in dem Gutachten E beschriebenen Schwierigkeiten gestoßen. Für die Richtigkeit seiner Aussage spricht auch die anschließende Übersendung der "Kostenschätzung" vom 15.1.2004, die – wie noch auszuführen sein wird – eine grundlegend andere Vergütungsregelung enthielt und in der es ausdrücklich hieß, dass das Angebot vom 17.3.2003 nicht mehr gültig sei. Letztlich spricht für die Richtigkeit seiner Aussage auch, dass die Klägerin in ihrem Schreiben vom 15.1.2004 an die Beklagte selbst eingeräumt hat, die Bieter hätten "allesamt....von ihren zur Submission eingereichten Angeboten Abstand genommen". Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Aussage des Zeugen W. Zwar hat dieser bekundet, der Zeuge T2 habe in einem Gespräch im Dezember 2003 seine Bereitschaft erkennen lassen, sich an dem Angebot festhalten zu lassen, jedenfalls habe er T2 so verstanden. Auch der Zeuge W hat aber erklärt, T2 habe jedenfalls am 15.1.2004 ausdrücklich Abstand von dem früheren Angebot genommen. Eine entgegenstehende verbindliche mündliche Zusage des Zeugen T2 in dem Gespräch vor Weihnachten erscheint dem Senat aber wenig wahrscheinlich. Das Angebot T2 war – so auch der Zeuge W – ausgesprochen preisgünstig. Die Fa. T2 hatte aber in der Zwischenzeit mit einer anderen Dükerung in der Nähe sehr schlechte Erfahrungen gemacht. Es erscheint wenig plausibel, dass der Zeuge T2 sich unter diesen Umständen an seinem Angebot vom 17.3.2003 festhalten lassen wollte, obwohl ihm – wie er glaubhaft bekundet hat – der Ablauf der Bindefrist bestens bekannt war.

Nach alledem ist der Senat auf Grund der durchgeführten Beweisaufnahme überzeugt, dass das Angebot der Fa. T2 vom 17.3.2003 im Januar 2004 nicht mehr annahmefähig war und dass die Fa. T2 zu Recht nicht mehr bereit war, sich daran festhalten zu lassen. Irgendein anderer Nachunternehmer, auf den die Klägerin hätte zurückgreifen können, stand nicht zur Verfügung. Schon aus diesem Grunde bestehen grundlegende Bedenken gegen die von der Klägerin gewählte Art der Abrechnung. Wenn der Unternehmer nach vorzeitiger Beendigung eines Vertrages den ihm entgangenen Vergabegewinn geltend machen will, muss er nämlich darlegen, dass er den ihm erteilten Auftrag zu entsprechenden Bedingungen an einen Nachunternehmer weitergegeben hatte bzw. hätte weitergeben können. Es reicht nicht, dass er irgendwelche von ihm kalkulierten Rechnungsansätze zugrunde legt, zu denen kein Nachunternehmer zu arbeiten bereit gewesen wäre. Hinzu kommt, dass die Klägerin bei der Berechnung des von ihr kalkulierten Vergabegewinns einen weitgehend störungsfreien Verlauf der Arbeiten im HDD-Verfahren zugrunde gelegt hat, obwohl – wie noch darzulegen sein wird – vieles dafür spricht, dass eine solche Durchführung sich als schwierig bzw. technisch gar nicht machbar erwiesen hätte mit der Folge, dass die von der Klägerin zu zahlende Nachunternehmervergütung ihre kalkulatorischen Ansätze weit überstiegen und die gesamte Restvergütung einschließlich des entgangenen Gewinns aufgezehrt hätte.

(cc.)

Ob es sich bei der "Kostenschätzung" der Fa. T2 vom 15.1.2004 überhaupt um ein verbindliches Angebot gehandelt hat, auf das die Klägerin notfalls einzugehen bereit gewesen wäre, kann dahinstehen, weil sie aus gutem Grund ihre Klageforderung gar nicht auf der Grundlage dieser "Kostenschätzung" berechnet. Hätte die Klägerin nämlich den Nachunternehmervertrag mit der Fa. T2 auf dieser Grundlage abgeschlossen, wäre der gesamte Vertrag mit der Beklagten für sie nicht mehr auskömmlich gewesen, weil mit der Durchführung der Horizontalbohrarbeiten durch die Fa. T2 aller Voraussicht nach derart hohe

und nicht an den Beklagten weiterzureichende Aufwendungen entstanden wären, dass der gesamte Vergütungsanspruch der Klägerin einschließlich des entgangenen Gewinns davon aufgezehrt worden wäre. Entgegen der Auffassung der Klägerin handelt es sich nämlich bei der "Kostenschätzung" vom 15.1.2004 nicht um ein in den maßgeblichen Positionen unverändertes Angebot oder um einen bloßen Nachtrag mit dem Wunsch nach einer nicht ins Gewicht fallenden Zulage. Zwischen der "Kostenschätzung" vom 15.1.2004 und dem ursprünglichen Angebot vom 17.3.2003 bestand vielmehr ein über die Auskömmlichkeit des Vertrages mit dem Beklagten entscheidender großer Preisunterschied. Dies hat der Sachverständige Prof. Dr. Ing. X bei seiner Anhörung durch den Senat überzeugend dargelegt. Anders als noch im Angebot vom 24.3.2003 teilte die Fa. T2 in ihrer "Kostenschätzung" vom 15.1.2004 die Leistungsposition 2 nämlich in Bohrungen für Rohre DA 450 und DA 110 auf und verdoppelte damit den Angebotspreis für diese Position. Zum anderen wies sie die Positionen 8-11, die im Angebot vom 17.3.2003 noch in die Einheitspreise einkalkuliert waren, nunmehr gesondert aus. Schließlich nahm sie im Unterschied zu ihrem Angebot vom 17.3.2003 und auch zum Angebot der Klägerin an den Beklagten vom 24.3.2003 sämtliche Felsklassen heraus und führte sie gesondert in einer Erschwernisposition auf. Daraus ergibt sich – selbst wenn man die nach Ansicht der Klägerin nicht auszuführenden Positionen 4-6 und auch den Betonitverbrauch in Position 12 außer acht lässt – nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Ing X ein Preisanstieg von 183.200,- € auf 471.536,- €. Noch nicht berücksichtigt ist dabei die Zulage für die Felsklassen in Höhe von 118,- €/m.

Diese Preissteigerung hätte die Klägerin auch nicht auf den Beklagten abwälzen können. Die 93
deutliche Anhebung der Vertragspreise beruht nämlich nicht auf Mengenmehrungen, ändernden Anordnungen oder zusätzlich geforderten Arbeiten im Sinne der §§ 2 Nr. 3 ff. VOB/B, sondern allein auf einer gänzlich anderen und für die Fa. T2 wesentlich günstigeren Kalkulation der schon zuvor angebotenen Leistungen. Dieses Risiko musste die Klägerin aber selbst tragen, da sie es versäumt hatte, die mit dem Beklagten vereinbarte Verlängerung der Bindefrist durch entsprechende Vereinbarung mit der Fa. T2 an diese "weiterzureichen". Der Sachverständige Prof. Dr. Ing. X hat jedenfalls überzeugend darlegt, dass es angesichts des im vorliegenden Fall zu erwartenden Verlaufs der Arbeiten, wenn sie denn durchgeführt worden wären, zu einem für die Klägerin in wirtschaftlicher Hinsicht "desaströsen Verlauf" gekommen wäre. Es spricht danach alles dafür, dass die verfrühte Kündigungserklärung des Beklagten für die Klägerin geradezu ein Glücksfall war, weil sie dadurch schon in einem ganz frühen Stadium aus einem unauskömmlich kalkulierten Vertrag entlassen wurde, bei dessen Ausführung sie am Ende "Geld mitgebracht hätte".

Angesichts dieser Umstände kann nicht festgestellt werden, dass der Klägerin der von ihr 94
geltend gemachte Vergütungsanspruch aus §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB tatsächlich zusteht.

B. "Sonderkosten" 95

Die Klägerin hat gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Ersatz der "Sonderkosten" 96
für die Machbarkeitsstudie, die Beratung durch Rechtsanwalt Dr. N, die Erstellung von Unterlagen und die Durchführung von Ortsterminen in Höhe von insgesamt 19.726,51 €.

Ein Anspruch aus §§ 8 Nr. 1 VOB/B, 649 BGB kommt insoweit nicht in Betracht. Soweit es 97
sich dabei um Leistungen handeln sollte, die zu den vertraglichen Leistungen gehörten und in die Vertragspreise einkalkuliert waren, ist darüber nach den oben dargelegten Grundsätzen abzurechnen. Auch insoweit gilt, dass diese Leistungen nicht isoliert geltend gemacht werden können. Soweit diese Leistungen nicht zu den vertraglichen Leistungen gehörten, kommt allenfalls ein Schadensersatzanspruch in Betracht.

Der Klägerin steht aber auch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB gegen den Beklagten nicht zu, da es an der dafür erforderlichen Pflichtverletzung des Beklagten fehlt. Der von der Klägerin geltend gemachte Verstoß gegen die in § 9 Nr. 1 VOB/A aufgestellten Ausschreibungsgrundsätze liegt nämlich nicht vor, da die Ausschreibung eindeutig und erschöpfend war. Das zugrunde gelegte Leistungsverzeichnis enthielt mit der Entscheidung für das HDD-Verfahren und seinen weiteren detaillierten Vorgaben eine hinreichend klare und vollständige Beschreibung der geforderten Leistung. Es ist auch nicht dargetan, dass der Zuschlagsentscheidung in der Ausschreibung nicht genannte Kriterien zugrunde lagen. Die Klägerin konnte ihre Preise auch ohne umfangreiche Vorarbeiten kalkulieren. Insbesondere war die Einholung eines weiteren Gutachtens dafür nicht erforderlich, da die Klägerin als Fachbetrieb die mit dem HDD-Verfahren verbundenen allgemeinen Risiken kannte. Auf die hier bestehenden besonderen Risiken hatte der Beklagte sie überdies hinreichend hingewiesen. Den Ausschreibungsunterlagen lag nämlich das Baugrundgutachten des Ingenieurbüros C2 und M bei, aus dem sich die besonderen Schwierigkeiten hinreichend klar ergaben. Das Ingenieurbüro hat sowohl die Gefälleverhältnisse des Dükers angesprochen, als auch das Vorkommen von Ruhrsotter und Felsgestein beschrieben. Es hat sogar ausdrücklich festgestellt, es komme als Ausführungsmethode nur ein gesteuerter Rohrvortrieb in Betracht. Auf diese Erkenntnisse hat später dann auch der von der Klägerin eingeschaltete Gutachter E zurückgegriffen. Damit waren die geforderten Leistungen und die Risiken von vornherein hinreichend beschrieben. Dass der Beklagte eine Art der Ausführung ausgeschrieben hat, die technisch überhaupt nicht machbar war, konnte aber auch nicht festgestellt werden. Vielmehr sind derartige Dükerungen an anderer Stelle der Ruhr auch im HDD-Verfahren durchgeführt worden. Der Sachverständige Prof. Dr. Ing. X hat dazu erklärt, auch im vorliegenden Fall sei das nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen, wenngleich eine erfolgreiche Bohrung glückliche Umstände vorausgesetzt hätte. Diese Risiken waren der Klägerin aber von vornherein bekannt.	98
Auch der hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch steht der Klägerin daher nicht zu.	99
C.	100
Die Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 543 ZPO.	101