
Datum: 03.03.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 46/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0303.11U46.98.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 1 O 323/95

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 23. Januar 1998 verkündete Teilurteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 1 O 323/95 - wird zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten das vorbezeichnete Teilurteil des Landgerichts Bonn wie folgt abgeändert: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 32.974,51 DM nebst 10,5 % Zinsen seit dem 27. April 1995 zu zahlen; im übrigen wird die Klage abgewiesen. Hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits erster Instanz verbleibt es bei der Kostenentscheidung des Teil-Anerkenntnis- und Schlußurteils des Landgerichts Bonn vom 20. März 1998. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 DM abzuwenden, sofern die Beklagte nicht Sicherheit in gleicher Höhe vor der Vollstreckung leistet.

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Die Klägerin macht gegen die Beklagte eine Restwerklohnforderung in Höhe von 556.722,53 DM geltend; in der Berufungsinstanz sind hiervon noch 471.563,93 DM im Streit. | 2 |
| Durch schriftlichen Vertrag vom 16. Mai 1991, auf dessen Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 1 ff. AnlH), beauftragte die Beklagte die Klägerin mit Kanalbauarbeiten, und zwar im einzelnen mit der Errichtung des Nebensammlers S. mit Regenrückhaltebecken, Regenklärbecken und Pumpstation in K.-S. zu einem Gesamtpreis von 2.063,361,41 DM; die Geltung der VOB | 3 |

wurde vereinbart. Grundlage des Vertrages war das im Anlagenheft unter K 1 beigefügte Leistungsverzeichnis, das eine "tiefbautechnische Beurteilung" des Ingenieurbüros K. vom 12. November 1990 enthielt (vgl. auch Anlage B 2) und unter Ziffer 3.1 u.a. wie folgt lautet:

"3.1. Verbau

4

Auf einem Teil der K.straße wurde Schichtwasser auch oberhalb der Kanalsohle angetroffen. Es empfiehlt sich hier, einen senkrechten Verbau mittels leichter Spundbohlen (z.B. HL 1) vorzusehen, sofern nicht aus statischen oder rammtechnischen Erfordernissen größere Profile erforderlich sind. Einbindetiefe = 1,0 m unter Aushubsohle. Um eine Beschädigung der Dielen im Bereich der Straßendecke auszuschließen, kann bis max. 1,2 m Tiefe vorgeschachtet werden. Der Erdspalt zwischen Straßenoberbau und Verbau ist sofort nach dem Rammen sorgfältig zu verschließen. Die Dielen bzw. Bohlen sind vor dem Aushub mit einem langsam schlagenden Gerät zu rammen. Der Einsatz von Vibrationsrammen oder -ziehgeräten ist auf keinen Fall zulässig.

5

Beim Auftreten von Rammhindernissen im Boden (Findlinge) muß ggfs. vorgebohrt werden. Dies sollte bei der Ausschreibung (Eventualposition) berücksichtigt werden.

6

Durch elektroosmotische Vorgänge im Boden kommt es zu einem Wasserentzug unmittelbar an den Dielen und damit zu einer Anhaftung von Bodenteilen. Da diese Vorgänge zeitabhängig sind, sind die Arbeiten abschnittsweise und zügig durchzuführen.

7

In Bereichen mit seitlicher Bebauung, in denen kein Schichtwasser angetroffen wurde und der Boden als standfest anzusprechen ist, kann ein Verbau aus Kanaldielen eingesetzt werden."

8

Die Klägerin führte die Kanalbauarbeiten 1992 und 1993 aus; die Abnahmen der Arbeiten erfolgten am 18. Dezember 1992 und 9. Juni 1993.

9

Die Klägerin verwandte bei der Erstellung des notwendigen Verbaus - statt der in der tiefbautechnischen Beurteilung erwähnten "leichten" Spundbohlen - schwerere Spundbohlen des Typs "L. 22". Hierzu hatte die Klägerin der Beklagten unter dem 27. April 1992 ein Nachtragsangebot unterbreitet, das die Beklagte - nach Abschluß der Arbeiten - ablehnte.

10

Mit Schlußrechnung vom 7. Januar 1994 (Anlage K 2) hat die Klägerin insgesamt 2.821.735,73 DM (brutto) in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat nach Rechnungsprüfung Kürzungen vorgenommen, die sie später z.T. korrigierte.

11

Wegen eines verbliebenen (streitigen) Restbetrages in Höhe von 602.831,90 DM (brutto) hat die Klägerin am 11. August 1995 Klage erhoben; am 17. November 1995 hat die Beklagte einen weiteren Betrag von 46.109,37 DM (brutto) an die Klägerin gezahlt, so daß sich ein noch streitiger Betrag in Höhe von 556.722,53 DM ergibt.

12

Hierzu hat die Klägerin u.a. folgendes vorgetragen:

13

* Positionen 2.02.001 (= Nachtrag Pos. 10.1.0013 - 10.01.0014 D)

14

* Position 2.02.0002 (= Nachtrag Pos. 10.01.0015)

15

* Position 3.01.0012 (= Nachtrag Pos. 10.01.0016 - 10.01.0017;

16

10.01.0013 - 10.01.0014 D)

17

* Position 5.01.0012 (= Nachtrag Pos. 10.01.0013 - 0017)	18
Diese Positionen beträfen die Verwendung der schwereren Spundbohlen vom Typ "L. 22", die als verlorener Verbau im Erdreich verblieben seien. Sie - die Klägerin - habe erst nach Erstellung der Statik feststellen können, daß entgegen der Vorgaben der Beklagten im Leistungsverzeichnis (Bodengutachten K. vom 12. November 1990) hier "schwere" Spundbohlen des Typs "L. 22" erforderlich gewesen seien (Bl. 7 ff., 85 ff., 136 ff., 191 ff. d.A.); das Bodengutachten K. sei von falschen Voraussetzungen ausgegangen, da die Bodendrucke viel stärker gewesen und demgemäß statt der (vorgesehenen) 2,5 Meter Rammtiefe eine solche von 9 Metern erforderlich geworden sei. Ihr - der Klägerin - sei es hier jedenfalls "unzumutbar" gewesen, bereits vor der Angebotsabgabe eine statische Berechnung zu erstellen; dies sei zu kostenintensiv gewesen und hätte deshalb für sie eine Beteiligung an der Ausschreibung unwirtschaftlich gemacht. Die Beklagte schulde ihr jedoch die geforderte (Nachtrags)Vergütung, weil sie ihre nach § 9 VOB/A obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt habe. Zudem müsse hier aber auch von einer konkludenten Annahme des Nachtragsangebotes vom 27. April 1992 (K 4.2) ausgegangen werden, da die Beklagte die Arbeiten in Kenntnis des Nachtragsangebotes habe durchführen lassen (Bl. 8 d.A.). Im übrigen bestätige ein Gutachten des Ausschusses für das Verdingungswesen in vollem Umfang den Rechtsstandpunkt der Klägerin (Anlage K 4.4).	19
* Position 2.01.0012 der Hauptrechnung (Anlage K 2.1)	20
Hinsichtlich der Position 2.01.0012 habe die Beklagte zu Unrecht eine Kürzung in Höhe von 1.922,97 DM vorgenommen, indem sie die angesetzten 302.391 cbm Kiessand auf 255.442 cbm gekürzt habe (Bl. 6, 85 d.A.). Die in Rechnung gestellten 302.391 cbm Kiessand seien jedoch erforderlich gewesen, da im Interesse des Verkehrsflusses nach der Kanalverlegung eine Verfüllung erforderlich gewesen sei. Erst nach der Aufkoffierung für die spätere Kabelverlegungs- und Wasserleitungsarbeiten habe der Schotter laut Leistungsverzeichnis eingebracht werden können. Eine vorherige Verfüllung mit Schotter sei nicht möglich gewesen, da dies zu einer Vermischung von Aushub, Füllkies und Schotter geführt hätte. Eine getrennte Lagerung hätte zudem erhebliche Kosten verursacht.	21
* Position 3.01.0013	22
Nichts anderes gelte für die Position 3.01.0013 (Rückhaltebecken) und die	23
* Position 5.01.0012 (Schmutzwasserkanal).	24
* Positionen 3.01.0008 A und 5.01.008 A (Hauptrechnung)	25
Hierzu hat die Klägerin vorgetragen: Der Bodenaushub habe nicht mehr verfüllt werden können; deshalb sei der Abtransport zur Kippe veranlaßt worden. Dies sei von der Beklagten gesondert zu vergüten (Bl. 11, 17 d.A.).	26
* Position 4.02.0007	27
Die in dieser Position ausgewiesenen 339.350 m ³ Baugrubenverkleidung seien bei dem "Entlastungskanal" angefallen und auch erforderlich gewesen, weil ab einer Tiefe von 1,75 m mit einem "geschlossenen" Verbau hätte gearbeitet werden müssen; dieser sei auch an allen Stellen eingebracht worden (Bl. 17 d.A.).	28
* Position 3.01.0002 (Rechnung "Z.E.")	29
	30

Hierzu hat die Klägerin vorgetragen, sie habe Boden der Klasse 2 angetroffen, der demgemäß gesondert von der Beklagten zu vergüten sei (Bl. 20 d.A.).

* Position 7.02.0013 bis 7.02.0014 B 31

Die Klägerin hat behauptet, durch den Bauleiter der Beklagten, Herrn M., sei eine "Umpflasterung" angeordnet worden, obwohl die ursprüngliche Ausführung mangelfrei gewesen sei (Bl. 24 d.A.). Die Umpflasterung sei infolge der örtlichen Gegebenheiten erforderlich geworden; dies gelte in gleicher Weise für die Positionen 7.02.0014 A und B der Rechnung "Straßenbauarbeiten". 32

* Positionen 8.01.0003 und 8.01.0005 (Rechnung "H.straße/A.d.F.") 33

Diese seien zu vergüten, da nach der Kanalverlegung zunächst zum Zwecke der Wiederherstellung des Verkehrsflusses eine Verfüllung habe erfolgen müssen (Bl. 24 ff. d.A.). Zu diesem Zeitpunkt sei noch nicht bekannt gewesen, daß auch Kabel- und Wasserverlegungsarbeiten erfolgen sollten. Nachdem diese angeordnet und durchgeführt worden seien, sei der Aushub für den Straßenaufbau im Bereich der Kanaltrasse erfolgt und auf Weisung des Bauleiters M. eine im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehene Schottertragschicht eingebracht worden. Deshalb seien auch die in der Rechnung "Straßenbauarbeiten" unter den Positionen 8.01.0003 und 8.01.0005 in Ansatz gebrachten Leistungen zu vergüten (Bl. 24/25 d.A.). 34

Die Klägerin hat dementsprechend beantragt, 35

die Beklagte zu verurteilen, an sie 602.831,90 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 27. April 1995 zu zahlen, abzüglich am 17. November 1995 gezahlter 46.109,37 DM. 36

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. 37

Sie hat im wesentlichen vorgetragen: 38

Die Positionen 2.01.0001, 2.02.0002, 3.01.0012, 5.01.0011 der Hauptrechnung und der Nachtrag N 10 wegen der Verwendung schwererer Spundbohlen seien der Klägerin nicht zu vergüten, weil die Vorgabe in der bautechnischen Beurteilung (K.) bezüglich der Verwendung von "leichten" Spundbohlen erkennbar eine vorläufige Beurteilung gewesen sei. Die angegebene Einbindetiefe von (1 m habe bereits darauf hingewiesen, daß hier auch größere Profile und Einbindetiefen erforderlich werden könnten; es sei deshalb Sache der Klägerin gewesen, sich selbst vor der Abgabe ihres Angebotes hinreichend sachkundig zu machen, weil es allgemein üblich sei, bereits im Angebotsverfahren statische Berechnungen hinsichtlich der notwendigen Spundbohlen anzustellen, was zudem auch ohne einen besonderen Kostenaufwand möglich sei. 39

Zu den Positionen, die den Abtransport von Boden zur Kippe betreffen (3.01.0008 A und 5.01.0008 A), hat die Beklagte die Ansicht vertreten, diese Kosten gingen allein zulasten der Klägerin; denn nach der Position 3.1.66002 Nr. 62 gehe der überschüssige Boden in das Eigentum des Auftragnehmers (Klägerin) über. Deshalb müsse die Klägerin auch die Kosten der Beseitigung tragen (vgl. Bl. 49, 53 d.A.). 40

Die in der Schlußrechnung unter Position 4.02.0007 ausgewiesenen 339.350 m³ Baugrubenverkleidung seien deshalb nicht zu vergüten, weil die Klägerin einen solchen Verbau (teilweise) gar nicht erstellt habe. 41

42

Die Position 3.01.0002 (Rechnung "Z.E.") sei unberechtigt, weil ein Boden der Klasse 2 hier nicht vorhanden gewesen sei; für die Bodenklasse 2 sei ein Schichtenwasserstand von 2,85 m maßgeblich gewesen. Dieser sei aber aufgrund der Kanaltiefe überhaupt nicht erreicht worden.

Zu den Positionen 7.02.0013 und 7.02.0014 der Rechnung "H.straße/A.d.F." behauptet die Beklagte, bei den Umpflasterungsarbeiten habe es sich nicht um einen Zusatzauftrag gehandelt, sondern um Mängelbeseitigungsarbeiten der Klägerin. 43

Zu den Positionen 8.01.0003 und 8.01.0005 der Rechnung "H.straße/A.d.F." hat die Beklagte schließlich vorgetragen, zwischen den Parteien sei vereinbart worden, daß nur bis Unterkante Planum verfüllt werden solle. Deshalb stehe der Klägerin der geltend gemachte Vergütungsanspruch insoweit auch nicht zu (vgl. Bl. 58/59 d.A.). 44

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen und durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens (Dipl.-Ing. W.). Alsdann hat es durch Teilurteil vom 23. Januar 1998 (Bl. 249 ff. d.A.), auf das wegen aller weiteren Einzelheiten verwiesen wird, die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 136.010,92 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 27. April 1995 abzüglich am 17. November 1995 gezahlter 12.350,16 DM zu zahlen; wegen eines weitergehenden Betrages in Höhe von 463.913,98 DM hat es die Klage abgewiesen und die Kostenentscheidung dem Schlußurteil vorbehalten. Durch Teil-Anerkenntnis- und Schlußurteil vom 20. März 1998 (Bl. 331 ff. d.A.) hat das Landgericht schließlich die Beklagte zur Zahlung von 930,24 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 27. April 1995 verurteilt und von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz der Klägerin 77 % und der Beklagten 23 % auferlegt. Gegen dieses Teil-Anerkenntnis- und Schlußurteil haben beide Parteien kein Rechtsmittel eingelegt. 45

Gegen das Teilurteil vom 23. Januar 1998 wenden sich beide Parteien mit ihren zulässigen Berufungen. 46

Mit ihrer Berufung begehrt die Klägerin die Zahlung von weiteren 381.173,12 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 27. April 1995; dies betrifft den vom Landgericht abgewiesenen Vergütungsanspruch aus dem sog. Nachtragsangebot N 10. Von dem insoweit geltend gemachten Vergütungsanspruch in Höhe von 393.225,13 DM zieht die Klägerin zunächst einen Betrag in Höhe von 9.289,56 DM (netto) ab sowie einen weiteren Betrag in Höhe von 49.537,18 DM = 334.362,39 DM netto. Unter Berücksichtigung einer 14 %igen Mehrwertsteuer (= 46.810,73 DM) ergibt sich der mit der Berufung weiterverfolgte Klageantrag in Höhe von 381.173,12 DM (Bl. 336 d.A.). 47

Die Klägerin trägt hierzu vor: 48

Das Landgericht habe die mit dem Nachtragsangebot N 10 angebotenen und später der Beklagten berechneten Mehrkosten aus der Leistungsposition "Verbau" zu Unrecht abgewiesen; es habe vor allem die getroffenen Vereinbarungen der Parteien zu der Leistungsposition "Verbau" unzutreffend ausgelegt und gewürdigt: 49

Die Leistungen im Zusammenhang mit der Baugrubenverkleidung seien von der Beklagten in dem von ihr durchgeführten Ausschreibungsverfahren zu Titel 2 unter den Ordnungsziffern 2.2.60001 ff. (Seite 76 des als K 1 zu der Akte gereichten Leistungsverzeichnisses) ausgeschrieben worden ("Baugrubenverkleidung gemäß den statischen und konstruktiven Erfordernissen kraftschlüssig herstellen und vorhalten"). Die in dem Leistungsverzeichnis angesprochenen statischen Berechnungen hätten zum Ausschreibungszeitpunkt indes noch 50

nicht vorgelegen und sie sollten erst nach Zuschlag bzw. Auftragserteilung erstellt werden. Die Beklagte habe sich hier lediglich darauf beschränkt, den Bietern bei der Angebotsabgabe das Bodengutachten des Ingenieurbüros K. vom 12. November 1990 zur Einsichtnahme vorzulegen, in dem es unter Ziff. 3.1 Abs. 1 heiße: "Es empfiehlt sich hier, einen senkrechten Verbau mittels leichter Spundbohlen (z.B. HL 1) vorzusehen, sofern nicht aus statischen und rammtechnischen Erfordernissen größere Profile erforderlich sind. Einbindetiefe = 1,0 m unter Aushubsohle".

Diese, in dem Bodengutachten K. benannte, Verbauart sei indes "nicht einmal im Ansatz richtig" gewesen (Bl. 388 d.A.); vielmehr seien die Arbeiten (nur) unter Verwendung der wesentlich kostenintensiveren Spundbohlen des Typs "L. 22" auszuführen gewesen. 51

Sie - die Klägerin - könne daher (vgl. Bl. 388 ff. d.A.) ihren Vergütungsanspruch hinsichtlich der Mehrkosten auch auf § 2 Nr. 5 VOB/B stützen; denn das Ausschreibungsverfahren der Beklagten habe gegen § 9 VOB/A verstoßen. Das Leistungsverzeichnis der Beklagten habe sich nämlich nicht über die statischen und konstruktiven Erfordernisse der geforderten Bauleistung "Verbau") ausgelassen. Ihr selbst sei es daher anhand dieser Leistungsbeschreibung auch nicht möglich gewesen, die Boden- und Wasserverhältnisse im einzelnen sicher zu beurteilen. Die Beklagte habe sich hier einem "vollständigen Ausschreibungsverfahren" entzogen, keine statischen Berechnungen vornehmen lassen und diese auch - "wohl aus guten Gründen" - von den Bietern im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens auch nicht gefordert (Bl. 388 d.A.). Sie - die Klägerin - habe daher auch nur für die Angebotskalkulation das Bodengutachten K. verwenden können; keineswegs sei es aber ihre Aufgabe gewesen, "für sämtliche in Betracht kommenden Verbauarten unterschiedliche Kostenkalkulationen einzuholen und diese durch statische Vorgaben zu bestätigen". 52

Die Ausschreibungsunterlagen seien daher interessengerecht auszulegen, und zwar so, wie sie die potentiellen Bieter hätten verstehen müssen (vgl. Bl. 477 ff. d.A.). Dann sei aber davon auszugehen, "daß sich die Beklagte die Feststellungen des Bodengutachters K. zu eigen gemacht" habe (Bl. 390 d.A.). Für die Klägerin habe dies bedeutet, daß sie davon habe ausgehen können, daß "jedenfalls keine wesentliche Abweichung von dem angesetzten Bohlentyp notwendig werden" würde (Bl. 390 d.A.). 53

Das sei aber vorliegend der Fall gewesen: Die tatsächlich erforderliche Ausführung habe um ein 10faches über dem Kostenansatz gelegen. Es liege deshalb in jedem Fall eine wesentliche Änderung der vertraglichen Grundlagen vor. 54

Durch die Vorlage des Bodengutachtens K. habe die Beklagte - zumindest - einen begrenzten "Vertrauenstatbestand" geschaffen, an den sie sich festhalten lassen müsse. Sie - die Klägerin - habe es nicht übernommen, außergewöhnliche und wesentliche Änderungen des Leistungsumfangs im Rahmen ihrer Ausfhrungsverpflichtung zu übernehmen. 55

Auch die übrigen Voraussetzungen des § 2 Nr. 5 VOB/B, so trägt die Klägerin weiter vor, lgen vor; den geänderten Leistungsumfang habe sie der Beklagten unter dem 27. April 1992 (durch das als Anlage K 4.2 zu den Akten gereichte Schreiben) ausreichend angezeigt und auf die sich hieraus ergebenden Mehrkosten unter Erstellung einer entsprechenden Angebotskalkulation hingewiesen (Bl. 392 d.A.). Diesem Nachtragsangebot habe die Beklagte erst nach Ausführung der Arbeiten, nämlich am 6. Juli 1992 (Anlage K 4.3), widersprochen. Im übrigen sei das "frivole" Ausschreibungsverfahren der Beklagten auch in der Stellungnahme des Ausschusses für das Verdingungswesen im Regierungsbezirk K. (Anlage K 4.4) beanstandet worden, worauf verwiesen werde. 56

Die Klägerin vertritt die Ansicht, die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt zu erkennen gegeben, daß sie hier im Wege einer "funktionalen Leistungsbeschreibung" das Vergabeverfahren durchführen wolle; sie habe die Bieter vielmehr "ins offene Messer" laufen lassen. Die Beklagte sei gehalten gewesen zu prüfen, ob die von ihr gewählte offene Ausschreibung den schutzwürdigen Interessen der Bieter gerecht werde; die Beklagte habe hier in anstößiger Weise versucht, den Bietern das Risiko einer Fehleinschätzung einseitig aufzubürden. Der Anspruch auf die geltend gemachte Mehrvergütung ergebe sich daher jedenfalls auch aus c.i.c. sowie aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 26 GWB bzw. § 826 BGB.

57

Die Klägerin beantragt,

58

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Teilurteils die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 381.173,12 DM nebst nachfolgenden Zinsen zu zahlen:

59

für die Zeit vom 11.05.95 - 10.06.95 aus	26.549,33 DM	11,25 %	(= 746,70 DM);
für die Zeit vom 11.06.95 - 30.09.95 aus	99.761,26 DM	11,96 %	(= 3.645,72 DM);
für die Zeit vom 01.10.95 - 30.10.95 aus	1.559,07 DM	10,75 %	(= 41,90 DM);
für die Zeit vom 01.12.95 - 30.12.95 aus	10.452,46 DM	10,75 %	(= 280,91 DM);
für die Zeit vom 01.01.96 - 30.01.96 aus	141.092,42 DM	11,75 %	(= 1.381,53 DM);
für die Zeit vom 01.02.96 - 30.02.96 aus	182.429,61 DM	11,75 %	(= 1.786,29DM);
für die Zeit vom 01.03.96 - 30.03.96 aus	3.317,58 DM	10,75 %	(= 29,72 DM);
für die Zeit vom 01.04.96 - 30.04.96 aus	14.775,07 DM	10,75 %	(= 132,36 DM);
für die Zeit vom 01.05.96 - 30.05.96 aus	3.115,92 DM	10,61 %	(= 27,55 DM);
für die Zeit vom 01.06.96 - 30.06.96 aus	37.606,86 DM	10,50 %	(= 329,06 DM);
für die Zeit vom 01.07.96 - 30.07.96 aus	58.459,82 DM	11,50 %	(= 560,24 DM);
für die Zeit vom 01.08.96 - 30.08.96 aus	37.959,99 DM	10,50 %	(= 332,15 DM);
für die Zeit vom 01.09.96 - 30.09.96 aus	92.494,95 DM	11,50 %	(= 886,41 DM);
für die Zeit vom 01.10.96 - 30.10.96 aus	59.540,56 DM	10,50 %	(= 520,98 DM),
für die Zeit vom 01.11.96 - 30.11.96 aus	121.074,77 DM	11,50 %	(= 1.160,30 DM);
für die Zeit vom 01.12.96 - 30.12.96 aus	77.998,95 DM	11,50 %	(= 747,49 DM);
für die Zeit vom 01.01.97 - 30.01.97 aus	54.487,99DM	10,50 %	(= 476,77 DM);
für die Zeit vom 01.02.97 - 30.02.97 aus	106.337,30 DM	9,57 %	(= 848,04 DM);
für die Zeit vom 01.03.97 - 30.03.97 aus	140.141,05 DM	9,50 %	(= 1.109,45 DM);
für die Zeit vom 01.04.97 - 30.04.97 aus	186.359,99 DM	9,50 %	(= 1.475,35 DM);
für die Zeit vom 01.05.97 - 30.05.97 aus	169.803,77 DM	9,50 %	(= 1.344,28 DM);
für die Zeit vom 01.06.97 - 30.06.97 aus	271.422,30 DM	9,50 %	(= 2.148,76 DM);
für die Zeit vom 01.07.97 - 30.07.97 aus	197.542,72 DM	9,50 %	(= 1.563,88 DM);
für die Zeit vom 01.08.97 - 30.08.97 aus	328.971,78 DM	9,50 %	(= 2.604,36 DM);
für die Zeit vom 01.09.97 - 30.09.97 aus	364.860,61 DM	9,50 %	(= 2.888,48 DM);
für die Zeit vom 01.10.97 - 30.10.97 aus	414.000,00 DM	9,86 %	(= 3.401,70 DM);

60

für die Zeit vom 01.11.97 - 30.11.97 aus	247.353,10 DM	10,11 %	(= 2.083,95 DM);
für die Zeit vom 01.12.97 - 30.12.97 aus	98.824,97 DM	10,25 %	(= 844,13 DM);
für die Zeit vom 01.01.98 - 30.01.98 aus	180.043,06 DM	9,75 %	(= 1.462,85 DM);
für die Zeit vom 01.02.98 - 30.02.98 aus	290.344,60 DM	9,75 %	(= 2.359,05 DM);
für die Zeit vom 01.03.98 - 30.03.98 aus	395.282,44 DM	9,75 %	(= 3.211,67 DM);
für die Zeit vom 01.04.98 - 30.04.98 aus	318.795,06 DM	9,75 %	(= 2.590,21 DM);
für die Zeit vom 01.05.98 - 30.05.98 aus	361.373,50 DM	9,75 %	(= 2.936,16 DM);
für die Zeit vom 01.06.98 - 30.06.98 aus	332.174,75 DM	9,75 %	(= 2.698,92 DM);
für die Zeit vom 01.07.98 - 30.07.98 aus	316.102,15 DM	10,18 %	(= 2.681,60 DM);
sowie weitere Zinsen			
für die Zeit vom 01.03.98 - 30.03.98 aus	6.708,63 DM	9,75 %	(= 23,62 DM);
für die Zeit vom 01.05.98 - 30.05.98 aus	23.837,53 DM	9,75 %	(= 193,68 DM);
für die Zeit vom 01.06.98 - 30.06.98 aus	31.899,07 DM	9,75 %	(= 259,18 DM);
für die Zeit vom 01.07.98 - 30.07.98 aus	54.606,13 DM	9,75 %	(= 445,04 DM);
und schließlich Zinsen			
für die Zeit vom 30.04.95 - 30.06.95 aus	68.418,00 DM	9,50 %	(= 1.083,29 DM);
für die Zeit vom 30.06.95 - 30.09.95 aus	50.568,00 DM	9,50 %	(= 1.200,99 DM);
für die Zeit vom 30.09.95 - 30.12.95 aus	26.828,00 DM	9,25 %	(= 620,41 DM);
für die Zeit vom 30.12.95 - 30.03.96 aus	59.425,00 DM	8,75 %	(= 1.299,96 DM);
für die Zeit vom 30.03.96 - 30.05.96 aus	48.057,00 DM	8,75 %	(= 1.051,25 DM);
für die Zeit vom 30.06.96 - 30.09.96 aus	119.998,00 DM	8,75 %	(= 4.199,96 DM);
für die Zeit vom 30.09.96 - 30.12.96 aus	63.139,00 DM	8,75 %	(= 1.381,18 DM);
für die Zeit vom 30.12.96 - 30.03.97 aus	104.056,00 DM	8,75 %	(= 2.276,24 DM);
für die Zeit vom 30.03.97 - 30.06.97 aus	148.782,00 DM	8,75 %	(= 3.254,61 DM);
für die Zeit vom 30.06.97 - 30.09.97 aus	219.502,00 DM	8,75 %	(= 4.801,61 DM);
für die Zeit vom 30.09.97 - 30.12.97 aus	193.427,00 DM	8,75 %	(= 4.231,23 DM);
für die Zeit vom 30.12.97 - 30.03.98 aus	116.178,00 DM	8,75 %	(= 2.614,01 DM);
für die Zeit vom 30.03.98 - 30.06.98 aus	165.520,00 DM	8,75 %	(= 3.724,21 DM).

sowie hinsichtlich der durch den Zinsantrag vom 20. August 1998 und die beigegeführten Zinsbescheinigungen nicht erfaßten Beträge der Klageforderung eine Verzinsung von 1 % über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank auszusprechen.

61

Die Beklagte beantragt,

62

1.

63

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

64

2.

65

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Teilurteils die Klage wegen eines weiteren Betrages in Höhe von 91.661,15 DM sowie insoweit abzuweisen, als der Klägerin mehr als 1 % Zinsen über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank zugesprochen sind;	66
hilfsweise bittet die Beklagte um Vollstreckungsschutz.	67
Die Beklagte tritt den Behauptungen und Rechtsansichten der Klägerin entgegen und verteidigt das angefochtene Teilurteil, soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat (Bl. 419 ff. d.A.):	68
§ 2 Nr. 5 VOB/B scheide als Anspruchsgrundlage für die Klägerin aus; die Beklagte habe nämlich "hier nur ein Stück Verbau bestellt". Das sei von Anfang an "Vertragsgegenstand" gewesen. Eine Änderung durch eine Anordnung habe es durch die Beklagte nicht gegeben. Zwar könne eine Statik eine "Anordnung" des Auftraggebers darstellen; vorliegend habe der Auftraggeber (Beklagte) aber überhaupt keine statische Berechnung erstellt. Für Anordnungen des Auftragnehmers sehe die VOB aber keine Zusatzvergütung vor.	69
Die Beklagte habe im übrigen hier einen Verbau "gemäß den statischen und konstruktiven Erfordernissen" ausgeschrieben. Aus Ziff. 7 der Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis ergebe sich aber, daß der Auftragnehmer die erforderlichen Festigkeitsnachweise, statischen Berechnungen, Bewehrungs- und Schalpläne sowie Stahlauszüge zu erstellen und dem Auftraggeber (Beklagten) zu übergeben habe. Außerdem sei die Abnahme der Bewehrung des Baugrundverbaus durch einen Prüfenieur Sache der Klägerin als Auftragnehmerin gewesen und daher mit dem Einheitspreis abgegolten (Bl. 420 d.A.). Der Vertragsinhalt sei klar definiert gewesen und einer weiteren Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB nicht zugänglich. Allein der Bieter bestimme, welche Bohlen er verwende, insoweit sei also auch der Verbau "funktional beschrieben" gewesen.	70
Der Klägerin, so trägt die Beklagte weiter vor, stehe auch ein Anspruch aus c.i.c. nicht zu; diese sei nämlich kein "unkalkulierbares" Risiko eingegangen. Das Bodengutachten sei richtig (Bl. 14 d.A.); das folge auch aus den Angeboten der Mitbieter: Während die Klägerin nämlich die Position 2.2.1 mit (nur) 64,90 DM angeboten habe, liege das Angebot der Mitbieter teilweise bei 166,90 DM.	71
Die Ausschreibung sei im übrigen auch "bewußt" so gewählt worden, um "Nebenangebote" - Verwendung von längst abgeschriebenen Verbaumaterialien - zu vermeiden (Bl. 421 d.A.). Die Klägerin sei schließlich nicht schutzwürdig, weil sie selbst "frivol geboten" habe, was sie auch erkannt habe.	72
Im übrigen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung gegen die Zuerkennung der nachfolgenden Positionen:	73
* Position 2.01.0012 (1.922,97 DM)	74
* Position 3.01.0013 (5.842,07 DM)	75
* Position 5.01.0012 (6.985,61 DM)	76
* Position 3.01.0013 ("Z.E."; 3.539,99 DM)	77
Hierzu trägt die Beklagte vor (Bl. 406 ff. d.A.):	78
	79

Die Klägerin habe die Kanalgräben "bis 55 cm unter der Straßenoberkante verfüllen" müssen, weil die alte Straße noch beseitigt werden mußte. Aus diesem Grunde habe auch der Zeuge M. die ausdrückliche Anweisung erteilt, "nur soweit zu verfüllen, daß durch den nachfolgenden Straßenabbruch nicht bereits verfülltes Material erneut abgetragen" werden müsse. Hieran habe sich die Klägerin aber pflichtwidrig nicht gehalten, so daß bei dem Abbruch der alten Straße das von der Klägerin angefüllte Material wieder habe beseitigt werden müssen. Wenn der Sachverständige W. erklärt habe, die "beengten Platzverhältnisse" hätten einer solchen Ausführungsart entgegengestanden, so sei das unzutreffend. Die Klägerin sei jedenfalls gehalten gewesen, die erforderlichen Maßnahmen mit der Beklagten abzustimmen; sie habe demgegenüber weisungswidrig bis zur Oberkante verfüllt und damit Mehrkosten veranlaßt. Eine Sicherstellung aus "verkehrstechnischen Gründen" sei nicht erforderlich gewesen (Bl. 408 d.A.).

* Positionen 3.01.008 A (10.775,52 DM) und 5.01.008 A (11.232,14 DM) 80

Hierzu trägt die Beklagte vor: 81

Die Klägerin könne einen Vergütungsanspruch für das Abfahren der Bodenklasse 2 nur geltend machen, wenn tatsächlich auch Material der Bodenklasse 2 vorhanden gewesen sei. Die Klägerin habe hier behauptet, von den rund 450 ausgehobenen m³ seien insgesamt 350 m³ Boden der Klasse 2 gewesen; das sei unzutreffend und werde bestritten. Die Klägerin habe hier ein gemeinsames Aufmaß nicht vorgenommen. Die hieraus resultierenden Nachteile gingen zulasten der Klägerin (Bl. 409 d.A.). Im übrigen hätten sich die Zeugen M. und J. darauf verständigt, daß Bodenaushub ab einer Tiefe von 2,85 m generell als Bodenklasse 2 zu behandeln sei (Bl. 410 d.A.). 82

* Position 4.02.007 (Verbau) - 3.860,35 DM 83

Hierzu trägt die Beklagte vor: 84

Es komme insoweit darauf an, ob die Klägerin diese in Rechnung gestellte Leistung überhaupt erbracht habe. An einem gemeinsamen Aufmaß fehle es. Zwischen den Punkten 2117 und 2118 sei aber überhaupt nicht verbaut worden (Bl. 411 d.A.). 85

* Position 3.01.002 (7.227,27 DM und 86

* Position 5.01.002 (3.620,47 DM) 87

Hierzu trägt die Beklagte vor: 88

Ausweislich der Schlußrechnung zum "E." (Anlage K 2.2) sollten 229.432 m³ aus der Position 3.01.001 insgesamt der Bodenklasse 2 zugeordnet werden; gleiches gelte hinsichtlich der 118.413 m³ aus der Position 5.01.0001. 89

Aus Rammkernsondierungen ergebe sich aber, daß "an einigen wenigen Stellen im Zeitpunkt der Sondierung (September 1992) Boden der Klasse 2 vorhanden" gewesen sei. Das sei Anlaß für die Beklagte gewesen, den Kanal "höher" zu legen (Bl. 412 d.A.). Dementsprechend sei auch nur an wenigen Stellen - entsprechend der Sondierung des Zeugen K. - Bodenklasse 2 aufgetreten. Es müsse daher auch ausgeschlossen werden, daß der gesamte Aushub, wie geltend gemacht, der Bodenklasse 2 angehöre. 90

* Position 7.02.0013 - 7.02.0014 B (Pflasterarbeiten: 1.603,00 DM) 91

92

Ein Anspruch, so meint die Beklagte, scheide für die Klägerin aus, weil es sich insoweit um (reine) Nachbesserungsarbeiten der Klägerin gehandelt habe (Bl. 415 d.A.). Der Mangel - hier Unebenheiten im Straßenbelag - sei vor der Abnahme aufgetreten und von der Klägerin auch vor der Abnahme beseitigt worden (Bl. 415/416 d.A.).	
* Position 8.01.003 (13.054,47 DM) und	93
(jeweils Hauptrechnung)	94
* Position 8.01.0005 (7.099,12 DM)	95
Die Beklagte trägt hierzu vor (Bl. 416 ff. d.A.):	96
Die von der Klägerin insoweit geltend gemachten Vergütungsansprüche seien unbegründet, weil es wegen des Verkehrsflusses nicht notwendig gewesen sei, hier mehrfach zu verfüllen (vgl. Bl. 58 d.A.). Die Ausführungen des Sachverständigen hierzu seien nicht verständlich; die abgerechneten Arbeiten seien zu einer Wiederherstellung des Verkehrsflusses jedenfalls nicht erforderlich gewesen.	97
Im übrigen rügt die Beklagte die Abrechnung des Landgerichts hinsichtlich einer Teilzahlung (Bl. 417, 462 d.A.) und den zugesprochenen Zinssatz von 12 % (Bl. 419, 460 ff. d.A.).	98
Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Berufung der Beklagten.	99
Sie tritt den Behauptungen und Rechtsansichten der Beklagten entgegen und verteidigt im übrigen das angefochtene Teilurteil.	100
Wegen der gesamten weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der in dem Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Die von den Parteien zu den Akten gereichten Unterlagen waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	101
Der Senat hat Beweis erhoben nach Maßgabe des Beweisbeschlusses vom 14. April 1999 (Bl. 491 ff. d.A.). Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 15. September 1999 (Bl. 512 ff. d.A.) verwiesen.	102
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	103
Die Berufungen der Parteien sind zulässig, sachlich (überwiegend) begründet ist jedoch nur die Berufung der Beklagten.	104
1. Berufung der Klägerin	105
Die Berufung der Klägerin, mit der sie die Zahlung weiterer 381.173,12 DM nebst Zinsen begehrt, ist nicht begründet.	106
Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen wird, einen Vergütungsanspruch der Klägerin verneint. Die Berufung der Klägerin gibt insoweit nur zu folgenden ergänzenden Bemerkungen Anlaß:	107
Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch weder aus § 2 Nr. 5 VOB/B noch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß zu; auch Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 26 GWB und § 826 BGB oder Ansprüche wegen "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" scheiden hier aus.	108

- a) 109
- Es mag im Ausgangspunkt zutreffen, daß sich im Rahmen einer Ausschreibung, wie sie hier 110
vorgenommen worden ist, für den Bieter (Klägerin) erhebliche Schwierigkeiten ergeben, die
von dem Auftraggeber vorgegebene Leistung richtig abzuschätzen und zu kalkulieren; und es
kann hier auch mit der Klägerin angenommen werden, daß bei einer solchen Ausschreibung
der für eine zutreffende Kalkulation erforderliche Aufwand erheblich sein kann und deshalb
die Gefahr, zu "teuer" oder zu "niedrig" zu kalkulieren, groß ist. Dies alles rechtfertigt es aber
entgegen der Ansicht der Klägerin noch nicht, das Risiko einer Fehleinschätzung (vertraglich)
der Beklagten als Auftraggeberin aufzubürden.
- Das Leistungsverzeichnis sah hier vor, daß die geforderte Leistung ("Verbau") "nach den 111
statischen und konstruktiven Erfordernissen" auszuführen sei (Leitzordner K 1, Seite 76). Es
war hier jedoch Sache der Klägerin, eine "Statik" zu erstellen. Spezifizierte Angaben, etwa
über die bei dem Verbau zu erwartenden Anforderungen, enthielt das Leistungsverzeichnis
der Beklagten nicht, und sie wurden der Klägerin von der Beklagten auch nicht in einer
bestimmten und/oder verbindlichen Form vorgegeben.
- Der Umstand, daß in dem Bodengutachten K. vom 12. November 1990 (nur) von einem 112
"senkrechten Verbau mittels leichter Spundbohlen" die Rede war, deren Einbau "empfohlen"
werde, entlastet die Klägerin nicht. Diese Vorgaben der Beklagten bedeuteten - entgegen der
Klägerin - noch nicht eine Art "Einschränkung" der von ihr übernommenen Leistungspflichten,
also eine Begrenzung des bestehenden Leistungsrisikos. Dem steht schon entgegen, daß die
Empfehlung des Bodengutachters K. ausdrücklich nur greifen sollte, "sofern nicht aus
statischen oder rammtechnischen Erfordernissen größere Profile erforderlich" wurden.
- b) 113
- Die Leistungsbeschreibung eines Bauvertrages ist, wie der BGH (NJW 1999, 2432 ff.) 114
klargestellt hat, immer als "sinnvolles Ganzes" auszulegen; dabei gibt es keinen
grundsätzlichen Vorrang des Leistungsverzeichnisses vor den Vorbemerkungen. Nach der
Rechtsprechung des BGH darf der Bieter die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen
Ausschreibung nach der VOB/A im Zweifelsfall so verstehen, daß der Auftraggeber den
Anforderungen an die VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will (BGHZ 134, 245 ff.).
Danach ist die Leistung u.a. eindeutig zu beschreiben (§ 9 Nr. 1 VOB/A). Sind sprachliche
Formulierungen der Ausschreibung "nicht genügend aufeinander abgestimmt, ist einer
Auslegung der Vorzug zu geben, welche die nach der VOB/A geforderte Eindeutigkeit nicht
infrage stellt" (BGH a.a.O.). In diesem Sinne gehören aber auch die Vorbemerkungen wie die
einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses "zur Leistungsbeschreibung", da diese
wesentliche Aufgaben, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung
erforderlich sind, enthalten.
- c) 115
- Das Gebot, die Leistung eindeutig und widerspruchsfrei zu beschreiben, so daß die Preise 116
sicher von dem Bieter kalkuliert werden können, hat die Beklagte hier jedoch nicht verletzt.
Die Leistungen, die die Beklagte im Rahmen der Tiefbauarbeiten "erwartete", waren konkret
auf die Aufgabenstellung ("Verbau") bezogen. Aus den Vorbemerkungen und
Leistungsverzeichnis ergab sich der wesentliche Leistungsinhalt, den die Klägerin auch sach-
und fachgerecht verstehen konnte und mußte.

Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang zutreffend auch auf die Ziffer 7 der Vorbemerkungen hingewiesen; danach oblag dem Bieter die Verpflichtung, alle erforderlichen statischen Berechnungen - und damit auch diejenige für den Verbau - beizubringen und dem Auftraggeber "in 3facher Ausfertigung zu übergeben". Die Abnahme des Baugrubenverbaus durch den Prüfenieur war Sache des Bieters/Auftragnehmers und "mit den Einheitspreisen abgegolten".

Daraus folgt:

118

Das Leistungsverzeichnis in Verbindung mit den Vorbemerkungen legte hier der anbietenden Klägerin nahe, daß die Beklagte als Auftraggeberin den notwendigen Verbau nach dem Bodengutachten K. einer Bodenklasse 2 zuordnete, dies jedoch nicht als eine für den Bieter "endgültige" und damit verlässliche Einstufung ansah, die alle Risiken einer notwendigen baulichen Änderung ausschloß. Vielmehr brachte die Ausschreibung der Beklagten - als Ganzes verstanden - für die Klägerin hinreichend zum Ausdruck, daß die von der Beklagten auf der Grundlage des Bodengutachters K. vorgenommene Einschätzung und Bewertung eine Überprüfung im Rahmen des Angebotsverfahrens (durch den Bieter) nahelegte. Die Klägerin konnte angesichts dieser Vorgaben deshalb auch nicht darauf vertrauen, daß die Beklagte, soweit es um die Notwendigkeit eines sachgerechten Verbaus ging, alle Schwierigkeiten erkannt und bei der Ausschreibung bereits abschließend und ausreichend berücksichtigt hatte.

119

Dies gilt hier um so mehr, als das Bodengutachten K. unter Ziff. 2.4 (Seite 2) feststellt, daß Grundwasser in Form von Schichtwasser oberhalb der geplanten Kanalsohle anzutreffen sei; daran knüpft Ziff. 3.1 (Seite 4) des Gutachtens an und es wiederholt zunächst, daß Schichtwasser "auf einem Teil der Kanaltrasse oberhalb der Kanalsohle angetroffen" worden sei. Der Gutachter K. empfiehlt deshalb, daß "hier" - also dort, wo das Wasser oberhalb der Kanaltrasse steht - ein senkrechter Verbau vorgenommen wird. Damit handelte es sich bei der Aussage des Bodengutachters K. also schon nicht um einen generellen Vorschlag oder eine Vorgabe für den gesamten Bereich des Verbaus, sondern erkennbar um Angaben von Mindestanforderungen für einen Teilbereich der Kanaltrasse.

120

d)

121

Liegt somit aber eine unklare oder gar lückenhafte Leistungsbeschreibung durch die Beklagte nicht vor, so kann diese auch nicht mit dem nach Auffassung der Klägerin eingetretenen Risiko eines andersartigen, aber notwendigen Verbaus belastet werden. Die von der Klägerin zur Stützung ihrer Auffassung angezogenen Entscheidungen rechtfertigen keine andere Beurteilung:

122

Die von der Beklagten geforderte "Leistung" war hier, wie dargelegt, hinreichend vollständig beschrieben (vgl. BGH, BauR 1997, 126 ff.). Damit standen die von der Klägerin zu erbringende Leistung und der damit verbundene Erfolg ihrer Leistung hinreichend fest; und die Leistungsbeschreibung der Beklagten deckte damit auch Maßnahmen jeder Art ab, die erforderlich werden konnten, dieses Ziel zu erreichen (vgl. BGH, BauR 1991, 759 = NJW-RR 1992, 1046; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 406, Ziff. 3 der Gründe).

123

Es sind keine Gründe dafür ersichtlich oder von der Klägerin dargetan, daß die von ihr tatsächlich erbrachten Verbauarbeiten aufgrund völlig ungewöhnlicher oder von keiner Partei zu erwartender Umstände veranlaßt waren (BGH, BauR 1994, 237). Von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage kann deshalb auch nicht gesprochen werden.

124

125

Die Klägerin hätte als Fachfirma die Leistungsbeschreibung zumindest als "risikoreich" erkennen können; sie hätte daher vor Abgabe ihres Angebotes die Bodenverhältnisse und die damit zusammenhängenden statischen Gegebenheiten, wie es der Leistungsinhalt vorgab, überprüfen müssen. Das hat die Klägerin nicht getan; wenn sie - wie sie behauptet - vor Abgabe des Angebots dazu (etwa aus zeitlichen oder finanziellen Gründen) nicht in der Lage war, so hätte sie zumindest das erkennbare Risiko einer Fehleinschätzung mit der Beklagten erörtern (vgl. dazu auch Dähne, BauR 1999, 289, 302 ff. mit weiteren Nachw.) oder dieser Gefahr durch Abgabe eines Alternativangebots - für den Fall einer nicht vorhersehbaren "anderen" Bodenklasse - vorbeugen müssen. Das hat die Klägerin unterlassen und ihr Angebot - gleichsam vorbehaltlos - gegenüber der Beklagten abgegeben und damit zum Ausdruck gebracht, daß sie selbst Risiken, die mit der Leistungsbeschreibung erkennbar verbunden waren, tragen werde. Daran muß sich die Klägerin festhalten lassen (§ 242 BGB).	
Damit scheiden aber auch die übrigen, von der Klägerin in Erwägung gezogenen Anspruchsgrundlagen von vornherein aus.	126
2. Berufung der Beklagten	127
Die Berufung der Beklagten ist demgegenüber überwiegend begründet. Nach dem Ergebnis der zweitinstanzlichen Beweisaufnahme steht der Klägerin nur ein restlicher (Brutto)Restwerklohnanspruch in Höhe von 32.974,51 DM zu.	128
a)	129
Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 136.010,92 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 27. April 1995 zu zahlen abzüglich der am 17. November 1995 gezahlten 12.350,16 DM; damit ist die Beklagte im Ergebnis zur Zahlung von 123.660,76 DM brutto verurteilt worden. Die Berufung der Beklagten richtet sich u.a. - neben dem Zinsanspruch - gegen eine Verurteilung in Höhe von 78.435,10 DM zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer (vgl. Bl. 418 d.A.), die sich aus den nachstehenden Positionen zusammensetzt:	130
* Position 2.01.0012 1.922,97 DM	131
* Position 3.01.0013 5.842,07 DM	132
* Position 5.01.0012 6.985,61 DM	133
* Position 3.01.0013 (Z.E.) 3.539,99 DM	134
18.290,64 DM	135
Das Landgericht hat diese Positionen als berechtigt angesehen, weil "sie für die Erbringung der Werkleistung erforderlich waren und zum Leistungsumfang gehörten" (Urt. S. 13 ff.). Zur Begründung hat sich das Landgericht auf die gutachterlichen Darlegungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. W. vom 25. Juni 1997 bezogen, der die - von der Beklagten gewünschte Vorgehensweise - wegen "der beengten Platzverhältnisse" nicht für durchführbar hielt.	136
Dem vermag der Senat nach dem zweitinstanzlichen Beweisergebnis nicht beizutreten:	137
Die Klägerin hat hier schon nicht den ihr obliegenden Nachweis erbracht, daß sie - entgegen der vertraglichen Vorgabe - eine Auffüllung "bis Oberkante" Straße hat vornehmen dürfen.	138
	139

Der Zeuge M. hat hierzu bekundet (Bl. 516, 521 ff. d.A.), er habe über die Verfüllung "bis Oberkante" Straße mit dem Zeugen J. gesprochen und diesem erklärt, daß "wir jedenfalls eine Auffüllung bis Oberkante nicht bezahlen wollen". Hintergrund dieser Erklärung war, daß die Beklagte für die Anlieger "Umgehungen" bzw. Zufahrten während der Bauphase vorgesehen hatte und auch hat herstellen lassen, die eine (zusätzliche) Auffüllung bis Oberkante Straße entbehrlich machten. Der Zeuge M. hat in diesem Zusammenhang auch überzeugend zu dem Einwand der Klägerin, daß Gründe der Verkehrssicherung für eine Auffüllung der Gräben bis Oberkante Straße gesprochen hätten, dargelegt, die Klägerin habe selbst in dem hinteren Bereich der Baumaßnahmen Aufkofferungen der Straße vorgenommen, die es z.B. einem Milchwagen erlaubt hätten, dort zu fahren.

Dies hat der Zeuge J. zwar anders dargestellt (Bl. 529 ff. d.A.). Indes ergeben seine insoweit 140
abweichenden Bekundungen nicht, worauf die Beklagte zutreffend hinweist, daß hier eine Vereinbarung über die in Rechnung gestellte Auffüllung "bis Oberkante Straße" getroffen worden ist. Daß die Auffüllung bis Oberkante Straße hier aber aus Verkehrssicherheitsgründen zwingend geboten war, kann nicht angenommen werden. Dem widerspricht bereits, daß die Klägerin selbst, was nahegelegen hätte, auf diesen besonderen Umstand nicht hingewiesen hat. Die Darlegungen des Sachverständigen W. geben keinen Anlaß zu einer abweichenden Bewertung, da sie lediglich auf einer nicht näher begründeten Vermutung basieren. Konkrete Anhaltspunkte, die die Einholung eines weiteren Gutachtens rechtfertigen könnten, sind weder dargetan noch ersichtlich.

* Position 3.01.008 A 10.775,52 DM 141

* Position 5.01.0008 A 11.232,14 DM 142

22.007,66 DM 143

Das Landgericht hat der Klägerin den streitigen Mehrbetrag zugesprochen, weil davon 144
auszugehen sei, daß es sich bei diesen Positionen (durchgehend) um Boden der Klasse 2 gehandelt habe; deshalb erhöhe sich der klägerische Abrechnungsanspruch bei der Position 3.01.008 A (342.080 m³) um 10.775,52 DM und bei der Position 5.01.008 A (356.576 m³) um 11.232,14 DM (Urt. S. 16).

Nach dem zweitinstanzlichen Beweisergebnis sieht es der Senat als nicht erwiesen an, daß 145
die Klägerin berechtigt ist, in bezug auf die streitigen Positionen eine Bodenklasse 2 durchgängig in Ansatz zu bringen. Der Zeuge K., beratender Ingenieur für Geotechnik, hat bei seiner Vernehmung klargestellt, daß die Bodenklasse 2, die als "breiig bzw. flüssig gekennzeichnet" ist, einen Verbau erfordert. Soweit sich der Zeuge auf seine erstinstanzlichen Bekundungen bezogen und erklärt hat, Bodenklasse 2 habe hier "vorgelegen" (Bl. 226 d.A.), stehen dem aber die Bekundungen des Zeugen M. entgegen (Bl. 258 d.A.), der insoweit überzeugend dargelegt hat, daß gerade im Hinblick auf die Bodenuntersuchungen des Zeugen K. der gesamte Kanal angehoben worden sei und - gleichsam als Kompromiß - der unterhalb des entbohrten Wasserspiegels vorgefundene Boden als "Bodenklasse 2" anerkannt worden sei (vgl. Bl. 519 d.A.) Im übrigen sei der Boden aber "nicht ausgelaufen", Spuren von flüssigem Boden seien nach dem Abkippen nicht zu sehen gewesen (Bl. 230 d.A.). Dies hat der Zeuge M. bei seiner erneuten Vernehmung durch den Senat bestätigt (Bl. 516 ff. d.A.) und insoweit weiter darauf hingewiesen, daß es hier nur um den Aushub der Kanal- und Rohrgräben gehe (Bl. 520 d.A.).

Der Zeuge J. hat eine solche Vereinbarung über die Abrechnung der Bodenklasse 2 146
bestritten (Bl. 527/528 d.A.). Indes widerlegen seine Bekundungen nicht die Darstellung der

Beklagten, es sei eben bei dem Aushub keine Bodenklasse 2 vorhanden gewesen, die die geltend gemachte Erhöhung der Angebotspreise rechtfertige.

* Position 4.02.0007 3.860,00 DM 147

Das Landgericht hat diese Position unter Hinweis auf die gutachterlichen Darlegungen des Sachverständigen W. zuerkannt; ein geschlossener Verbau sei hier "bereits im Hinblick auf die Tiefe der Baugrube erforderlich" gewesen. Der Verbau sei tatsächlich auch von der Klägerin ausgeführt worden (Urt. S. 20). Nach der Aussage des Zeugen J. habe der Verbau lediglich zwischen den Punkten 2117 und 2118 gefehlt. 148

Nach dem zweitinstanzlichen Beweisergebnis ist der Senat nicht hinreichend davon überzeugt, daß die Klägerin den streitigen Verbau tatsächlich vorgenommen hat. Der Zeuge M. hat anhand der Abrechnungszeichnung (Bl. 223 d.A.) im einzelnen dargelegt, daß zwischen den Teilstücken 2115 und 2116 ein Verbau vorhanden war; dieser Bereich ist auch abgerechnet und bezahlt worden. In dem Bereich zwischen 2116 und 2117, der über flacheres Privatgelände ging, ist nach den Bekundungen des Zeugen jedenfalls nur eine Sohle bis 1,50 m Tiefe geschaffen worden, in der ein Verbau aber nicht stattgefunden hat (Bl. 520, 521 d.A.). Dementsprechend habe er - der Zeuge - auch schon in den Abschlagsrechnungen den Verbau "herausgenommen". 149

Die Bekundungen der Zeugen S. (Bl. 524, 3. Abs. d.A.) und J. (Bl. 528, 3. Abs. d.A.) rechtfertigen demgegenüber keine andere Beurteilung. Beide Zeugen haben nicht bestritten, daß in dem Bauabschnitt "Z.E." auf den von der Beklagten vorgelegten Bildern kein Verbau zu sehen ist, und der Zeuge J. hat auch für den Bereich des Teilstücks 2117 ("vielleicht etwa 1,20 m, im Höchstfall 5 m") einen Verbau ausgeschlossen. 150

Die Berechtigung des Abzugs durch die Beklagte ist von der Klägerin somit, was ihr obliegt, nicht widerlegt worden. 151

* Position 3.01.0002 7.227,27 DM 152

* Position 5.01.002 3.620,47 DM 153

10.847,74 DM 154

Diese Positionen hat das Landgericht der Klägerin zugesprochen, weil es sich bei den Aushubarbeiten im Bereich "Z.E." um Boden der Klasse 2 gehandelt habe; dies folge vor allem aus der überzeugenden Aussage des Zeugen K. (Urt. S. 22-24). 155

Dem vermag der Senat aufgrund des zweitinstanzlichen Beweisergebnisses nicht zu folgen. Es kann hier dahinstehen, ob, wie die Beklagte vorträgt, die Abrechnung der Klägerin (Anlage K 2) "falsch" ist. Die Klägerin hat jedoch auch hier nicht den ihr obliegenden Nachweis erbracht, daß - in dem geltend gemachten Umfang - Boden der Klasse 2 überhaupt vorhanden war. Der Zeuge K. hat insoweit anhand der von der Beklagten vorgelegten Fotografien für diesen Bereich eine Bodenklasse 2 ausgeschlossen; der Zeuge M. hat für den oberen Bereich Bodenklasse 2 verneint (Bl. 517 d.A.). Und auch der Zeuge S. hat angesichts der ihm vorgelegten Fotografien des Bauabschnitts "Z.E." eingeräumt, daß auf diesen Bildern jedenfalls eine Bodenklasse 2 nicht zu sehen sei (Bl. 524 d.A.). Angesichts dieser Zeugenbekundungen sieht es der Senat als nicht erwiesen an, daß der streitige Bauabschnitt insoweit "durchgängig" (Zeuge S.) Bodenklasse 2 aufwies. 156

* Position 7.02.0013 - 7.02.0014 B 1.603,00 DM 157

Das Landgericht hat diese Position zugesprochen, weil es sich nach dem erstinstanzlichen Beweisergebnis nicht um eine Mängelbeseitigungsarbeit der Klägerin gehandelt habe, sondern vielmehr um Zusatzarbeiten, die in dem ursprünglichen Auftrag nicht enthalten gewesen seien (Urt. S. 25). Die Beklagte habe hier nicht den Nachweis erbracht, daß es sich um Gewährleistungsarbeiten der Klägerin gehandelt habe.	158
Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz insoweit vorgetragen, Mängel seien bereits vor Abnahme aufgetreten und durch die Klägerin beseitigt worden (Bl. 415 d.A.); es sei daher Sache der Klägerin, die Anspruchsvoraussetzungen für den geltend gemachten Vergütungsanspruch zu belegen.	159
Das zweitinstanzliche Beweisergebnis läßt nicht den Schluß zu, daß es sich bei der streitigen Position um eine Zusatzleistung der Klägerin handelt.	160
Der Zeuge M. hat bekundet (Bl. 522 ff. d.A.), der Subunternehmer der Klägerin, die Firma W., habe die tragende Teerdecke bereits frühzeitig eingebracht und alsdann auch die Abschluß-Feindecke hergestellt; dabei seien die vorhandenen Deckel und Schieber zu 80/90 % ordnungsgemäß in der Straße eingebaut gewesen. Einige wenige Deckel und Schieber hätten jedoch noch angehoben werden müssen, was die Klägerin auch erledigt habe. Über die Mängelbeseitigung sei zwischen den Parteien gesprochen worden und er - der Zeuge M. - habe, um eine Art "Flickwerk" zu vermeiden, vorgeschlagen, die angehobenen Stellen zu "umpflastern".	161
Das habe die Klägerin gemacht. Kostenmäßig habe "beiasphaltieren" und "umpflastern" in etwa gleichgelegen.	162
Diesen Sachverhalt hat der Zeuge J. im Kern bestätigt.	163
Das Beweisergebnis läßt daher nicht den Schluß zu, daß es sich hier um kostenpflichtige Zusatzarbeiten der Klägerin gehandelt hat. Die ordnungsgemäße Einbindung der vorhandenen Deckel und Schieber gehörte unzweifelhaft zum Leistungsbild der Klägerin. Wenn sie sich nach der Anhebung der Schieber und Deckel auf Vorschlag des Zeugen M. entschloß, die notwendige Einbindung durch Umpflasterung vorzunehmen, so stellt dies keine Zusatzarbeiten dar, sondern dies waren (freiwillig) übernommene Kosten einer von der Beklagten vorgeschlagenen Mängelbeseitigungsmaßnahme.	164
* Position 8.01.003 13.054,47 DM	165
* Position 8.01.005 7.099,12 DM	166
* Position 8.01.0003 (H.straße/A.d.F.) 754,36 DM	167
* Position 8.01.005 917,67 DM	168
Das Landgericht hat diese Positionen der Klägerin zugesprochen und sich hierbei auf die gutachterlichen Darlegungen des Sachverständigen W. gestützt (Urt. S. 26 ff.).	169
Nach dem zweitinstanzlichen Beweisergebnis kann, wie bereits zu den Positionen 2.01.0012; 3.01.0013; 5.01.0012 und 3.01.0013 ausgeführt worden ist, nicht davon ausgegangen werden, daß eine Auffüllung bis Oberkante Straße erforderlich war.	170
b)	171
	172

Hieraus folgt:

Die vorstehend aufgeführten streitigen Positionen ergeben einen Gesamtbetrag von (netto) 173
78.435,01 DM. Hierauf sind - nicht wie die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung ansetzt -
15 % MwSt zuzuschlagen, sondern entsprechend der klägerischen Schlußrechnung 14 % =
10.980,90 DM = (brutto) 89.415,91 DM.

2. 174

Abzuziehen ist weiterhin eine Überzahlung von 1.270,34 DM netto. Die Beklagte hat in ihrer 175
Berufungsbegründung (vgl. Bl. 418 d.A.) belegt, daß insoweit tatsächlich eine Überzahlung
vorliegt. Dem ist die Klägerin nicht substantiiert entgegengetreten (Bl. 447 d.A.). Von einem
"Anerkenntnis" der Beklagten in Höhe von 2.961,12 DM, das den streitigen Abzug in Höhe
von 1.270,34 DM umfaßt, kann nicht ausgegangen werden.

3. 176

Soweit die Beklagte den zuerkannten Zinssatz von 12 % beanstandet, ist dies nur teilweise 177
berechtigt. Die Klägerin hat in dem Berufungsverfahren hinreichend nachgewiesen, daß sie
Kontokorrentkredit in Anspruch nimmt. Der Senat schätzt den mittleren Zinssatz gemäß § 287
ZPO auf 10,5 %.

Mit dieser Maßgabe war das angefochtene Urteil, wie aus dem Tenor ersichtlich, abzuändern. 178

4. 179

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO; der Ausspruch über die vorläufige 180
Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Kostenentscheidung des
Landgerichts im Schlußurteil vom 20. März 1998 ist von den Parteien nicht angefochten
worden.

Streitwert für die Berufungsinstanz: 472.834,27 DM (381.173,12 DM + 91.661,15 DM) 181

Beschwer der Beklagten: 974,90 DM 182

Beschwer der Klägerin: über 60.000,00 DM 183