
Datum: 13.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 125/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1113.24U125.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 295/10

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 28. Juni 2011 – 27 O 295/10 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einer Abschlagsrechnung vom 12.11.2008 auf Vergütung von Mehraufwendungen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb einer Wasserhaltungsanlage an der Baugrube L-Platz im Zuge des U – Bahnbaues in L2 in Anspruch. Zur näheren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 Absatz 1 Nummer 1 ZPO).

3

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und hierzu ausgeführt, es bestehe weder ein zusätzlicher Vergütungsanspruch gemäß § 2 Ziffer 5 VOB/B noch gemäß § 2 Ziffer 7 VOB/B.

4

Die Klägerin verlange eine Vergütung für Leistungen, die sie im Rahmen der nach den Vertragsunterlagen übernommenen Pflichten ohnehin schulde. Gemäß der Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) trage die Klägerin das Risiko einer gegenüber den Angaben im Baugrundgutachten erhöhten Wasserdurchlässigkeit des Bodens im Umfange einer Zehnerpotenz. Mit der im Wortlaut eindeutigen vertraglichen Regelung sei das Baugrundrisiko bis zu einem als K – Wert bezeichneten Durchlässigkeitsbeiwert von $1 \cdot 10^{-4}$ in zulässiger Weise auf die Klägerin verlagert worden. Entgegen der Ansicht der Klägerin hätten die Antworten auf die Bieterfragen diese Regelung nicht zu Gunsten der Klägerin abgeändert. Mit der Beantwortung der Bieterfrage Nummer 14 habe die Beklagte im Gegenteil sogar deutlich gemacht, dass sie die Regelung über das Baugrundrisiko nicht abändern wolle und dieses weiterhin bei dem Bieter liege. Auch die Beantwortung der Bieterfrage Nummer 20, die sich mit Komplettheitsklauseln befasse, habe keine Änderung bewirkt. Die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) stelle keine Komplettheitsklausel dar, da sie Nachträge nicht komplett ausschließe. Der Ausschluss beschränke sich nur auf eine Vergütung für Wassermehrmengen, die sich aus einer um eine Zehnerpotenz erhöhten Wasserdurchlässigkeit des Bodens ergeben können. Die Frage Nummer 20 nehme Bezug auf zwei Klauseln, die anders als die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) als Komplettheitsklauseln anzusehen seien. Diese Klauseln hätten zunächst den Ausschluss von Nachträgen wegen Lücken und Widersprüchen in der Leistungsbeschreibung ausgeschlossen und das Risiko der Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der Unterlagen dem Bieter auferlegt. Dies sei nicht vergleichbar mit dem Risiko einer erhöhten Wasserdurchlässigkeit des Bodens. Anders als die Klägerin annehme, werde ihr auch nicht jedes erdenkliche Risiko eines in der vorhandenen Geologie möglichen Grundwasseranfalles auferlegt. Da laut hydrologischer Karte eine Bodendurchlässigkeit von $1 \cdot 10^{-3}$ im Baubereich möglich sei, stelle eine Übernahme des Risikos von $1 \cdot 10^{-4}$ keine vollständige Risikoüberwälzung dar. Ein Verstoß der Beklagten gegen die Regelung des § 9 VOB/A a. F. sei nicht feststellbar. Da der Vertrag eine klare Risikoverlagerung auf die Klägerin vorsehe, sei eine Auslegung des Vertrages gemäß § 9 VOB/A nicht erforderlich. Es sei auch nicht erkennbar, dass die Beklagte gegenüber den Bietern allgemein signalisiert habe, sich in jeder Hinsicht VOB/A-konform zu verhalten.

Gegen dieses am 04. Juli 2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit am 02. August 2011 eingegangenem Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach einer Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 05. Oktober 2011 mit am 30. September 2011 per Fax eingegangenem Schriftsatz begründet. 5

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil mit dem Ziel, eine Verurteilung der Beklagten entsprechend dem erstinstanzlichen Klageantrag zu erreichen. 6

Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin entsprechend der Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 das Risiko für eine Wasserdurchlässigkeit bis zum Faktor $1 \cdot 10^{-4}$ übernommen habe. Die Verkürzung der Sicht allein auf diese Vertragsklausel werde einer umfassenden Auslegung des Vertrages nicht gerecht. Bei der Auslegung des Vertrages hätte das Landgericht vielmehr berücksichtigen müssen, dass es weitere Vertragsbestandteile, insbesondere die Antworten auf die Bieterfragen Nummer 14 und 20 gebe. Im Rahmen der Auslegung der Leistungsbeschreibung hätte das Landgericht Sachverständigenbeweis erheben müssen. 7

Bei der Auslegung des Vertrages sei auf den objektiven Empfängerhorizont potentieller Bieter abzustellen, wobei das gesamte Vertragswerk einzubeziehen sei. Die für die Bildung einer 8

Kalkulationsgrundlage der Klägerin wichtigen Angaben über die Wasserdurchlässigkeit fänden sich an weiteren Stellen in den Unterlagen. Nach dem Baugrundgutachten ELE 2002, dem Kapitel 2 in der ZTVNoSü Teil I und der Vorbemerkung zum Leistungsverzeichnis habe die Klägerin von einem Durchlässigkeitsfaktor $1 \cdot 10^{-5}$ ausgehen können. Bei Annahme dieses Wertes sei das anzuwendende Dichttopfsystem umsetzbar gewesen.

Die einzige Angabe, die sich mit den übrigen Leistungsbeschreibungen nicht habe in Einklang bringen lasse, sei die Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2. Diese Regelung umschreibe das Störfallrisiko. Dies sei kein erkennbares Risiko, sondern ein besonderes, nicht erwartbares Risiko. Anders als von der Beklagten angenommen, könne die Abweichung im Rahmen einer Zehnerpotenz nicht als Sicherheitsreserve verstanden werden. Durch die Schwankungsbreite von einer Zehnerpotenz sei das Risiko für die Bieterseite unkalkulierbar geworden. Ließe man eine solche Schwankungsbreite zu, sei eine Kontrolle der Fehlstellen in der Baugrubenumschließung nicht möglich und das hieraus resultierende Gefahrenpotential bzgl. der Standsicherheit nicht beherrschbar. Bei Annahme eines Durchlässigkeitsbeiwertes von $1 \cdot 10^{-4}$ sei das Dichttopfkonzepth nicht mehr umsetzbar gewesen.

9

Demnach habe ein Widerspruch zwischen der Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 und den übrigen Angaben bestanden. Diesen Widerspruch habe die Beklagte später aufgelöst. Mit der Beantwortung der Frage Nummer 14 habe die Beklagte den Bietern nämlich erklärt, dass diese das Baugrundrisiko nur im Rahmen der überlassenen Gutachten zu tragen hätten. Demnach habe der Bieter kein weitergehendes Risiko tragen müssen als das in den Gutachten beschriebene. Somit habe die Regelung, wonach das Risiko einer Abweichung in Höhe einer Zehnerpotenz vom Bieter zu tragen sei, aus Bietersicht keinen Bestand mehr gehabt. Hierdurch sei aus Bietersicht nicht nur der Widerspruch zu den übrigen Unterlagen aufgelöst worden. Für diese Sicht der Bieter spreche auch, dass nur bei Annahme des K-Wert Faktors $1 \cdot 10^{-5}$ überhaupt eine technische Umsetzung möglich gewesen sei.

10

Wäre demgegenüber das Risiko eines bestehenden Durchlässigkeitsfaktors von $1 \cdot 10^{-4}$ auf die Bieter verlagert worden, so hätten diese – angesichts der technischen Undurchführbarkeit des Dichttopfprinzips – das gesamte Risiko des Nichtfunktionierens des Bauverfahrens zu tragen gehabt. Bei der vom Landgericht angenommenen abgeholten Schwankungsbreite sei eine derartige Regelung der Risikoverteilung bei möglichen Störfällen zudem unnötig gewesen, wenn die Klägerin sowieso jede nur mögliche Wassermenge hätte tragen müssen. In tertiären Fein- und Mittelsanden in Köln sei es schlechterdings ausgeschlossen, dass die vertikale Strömung den Faktor $1 \cdot 10^{-4}$ habe. Anders als das Landgericht angenommen habe, sei die Beklagte sogar nach ihrem Vortrag davon ausgegangen, dass die Klägerin sogar das Risiko für einen Durchlässigkeitsbeiwert von 10^{-3} übernommen habe. Für das im Rahmen der Auslegung des Vertrages erforderliche technische Verständnis habe sich das Landgericht mangels eigener Kenntnis eines Sachverständigen bedienen müssen. Diese Notwendigkeit werde angesichts der Fehlinterpretation der hydrologischen Karte erkennbar.

11

Eine Aufgabe der Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 sei im Übrigen auch durch die Beantwortung der Bieterfrage Nummer 20 erfolgt. Die Beklagte habe die Regelung des Kapitels 25 der ZTVNoSü, wonach Nachträge ausgeschlossen sein sollten, in der Weise geändert, dass die Bieter dies als einen Entfall der Komplettheitsklausel verstehen durften. Da die Beklagte einen Faktor von $1 \cdot 10^{-4}$ annehme, mit diesem aber in den tertiären Sanden des Kölner Baugrundes nicht zu rechnen sei, würde durch die Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 letztlich doch das vollständige Risiko eines erhöhten Grundwasserandrangs auf die Klägerin verlagert. Diese Klausel stelle daher, anders als vom Landgericht angenommen, eine Komplettheitsklausel dar.

12

Angesichts der widersprüchlichen Angaben der Ausschreibung könne von der vom Landgericht angenommenen Eindeutigkeit einer Risikoverlagerung auf die Klägerin nicht ausgegangen werden. Nach den Grundsätzen des § 9 VOB/A hätte daher berücksichtigt werden müssen, dass der Klägerin mit der Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 ein ungewöhnliches Wagnis auferlegt werde. Die Klägerin hätte das Planungsrisiko des Verfahrens und Betriebes der Wasserhaltungsanlage, das Prognoserisiko der Auswirkungen der Wasserhaltung, das genehmigungsrechtliche Risiko und etwaige Umweltrisiken sowie das Prognoserisiko der Dichtigkeit der Baugrube bzgl. der Standsicherheit der umliegenden Bebauung aufgebürdet bekommen. Hiermit habe die Klägerin nicht rechnen müssen.	13
Unstreitig sei, dass die Beklagte ihre Ausschreibung VOB/A-konform habe ausschreiben wollen, so dass die Ansicht des Landgerichts unzutreffend sei, wonach sich die Beklagte nur in Bezug auf einzelne Bieterfragen VOB/A-konform habe verhalten wollen.	14
Zulässigerweise gehe sie aus der 56. Abschlagsrechnung vom 12. November 2008 vor. Die in die 56. Abschlagsrechnung erstmals von ihr eingestellten und vorliegend eingeklagten Positionen fänden sich in allen weiteren Abschlagsrechnungen wieder und seien von der Beklagten nicht erfüllt worden. Der Vorlage einer jüngeren Abschlagsrechnung bedürfe es nicht, da die neueren Abrechnungen die Position weiter enthielten und ein positiver Saldo von der Beklagten nicht bestritten werde.	15
Die Klägerin beantragt,	16
unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des Landgerichts Köln, Urteil vom 28. Juni 2011 – 27 O 295/11, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 3.162.244,40 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. November 2008 aus 3.147.994,60 € zu zahlen.	17
Die Beklagte beantragt,	18
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	19
Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die Klage sei bereits unzulässig, da die Klägerin sich zwar hinsichtlich des Zahlungsanspruches auf die 56. Abschlagsrechnung vom 12. November 2008 berufe, aber nicht vortrage, dass diese einen für sie positiven Saldo in Höhe der Klageforderung ausweise. Letztlich sei diese Abschlagsrechnung zwischenzeitlich überholt, da sich der von der Klägerin abgerechnete Leistungsstand monatlich ändere und hierauf zwischenzeitlich auch Zahlungen erfolgt seien. Alleinentscheidend sei der im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestehende Saldo. Da die Klägerin ihre Ansprüche zudem in unterschiedlichen Verfahren einklage, müsse sie darlegen, dass ihr in Ansehung aller dieser Verfahren insgesamt ein positiver Saldo zustehe. Dies gelte auch angesichts der bloß isolierten Geltendmachung von einzelnen Positionen aus einer Abschlagsrechnung. Auch deren Durchsetzbarkeit setze einen positiven Saldo im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung voraus. Dessen Darlegung sei Teil der Schlüssigkeit einer zulässigen Teilklage.	20
Nach dem Vertrag schulde die Klägerin nicht nur eine Wasserhaltung, die nur für Böden mit einem Wasserdurchlässigkeitsbeiwert von $1 \cdot 10^{-5}$ geeignet sei. Der Vertrag lege vielmehr einen Wert von $1 \cdot 10^{-4}$ fest, so dass der von der Klägerin behauptete Durchlässigkeitswert von $k = 4,91 \cdot 10^{-5}$ noch vom Leistungssoll umfasst werde.	21

- Die Feststellung des Landgerichts, dass Grundwasserabsenkungsmaßnahmen bei einem Durchlässigkeitsbeiwert von $1 \cdot 10^{-4}$ geschuldet werden, sei nicht zu beanstanden. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Durchführung der Auslegung habe es nicht bedurft, da es sich insofern um eine Rechtsfrage handle. Der Wert sei mit der Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 festgelegt und später nicht abgeändert worden.
- Der Wert ergebe sich auch unabhängig von der Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 bereits aus den übrigen Unterlagen wie den Baugrundgutachten vom 19. Dezember 1994 und 15. August 2002, deren Werte in die Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 2.2.3 übernommen worden seien. 23
- Allein die Anmerkung im Baugrundgutachten vom 15. August 2002 weise auf einen Wert von $1 \cdot 10^{-5}$ hin. Bei einer Gesamtbetrachtung könne sich die Klägerin aber nicht allein auf die für sie positiven Umstände berufen und die übrigen vertraglichen Regelungen außer Acht lassen. Das Baugrundgutachten führe zudem nicht aus, dass der niedrigere Wert für die Dimensionierung der Anlage oder als Kalkulationsgrundlage geeignet sei. 24
- Auch der Hinweis in der Regelung in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 2.3.1, wonach die vertikale Durchlässigkeit eine Zehnerpotenz geringer sei als die horizontale, habe sich nur auf den vorangestellten Wert von Sand und Kies mit einem k - Wert von $6 \cdot 10^{-3}$ bezogen. Zudem sei die Klägerin gehalten gewesen, eine Sicherheitsreserve einzuplanen. 25
- Eine Widersprüchlichkeit der Angaben in den Ausschreibungsunterlagen sei nicht erkennbar, da die Angaben ausreichend waren, um eine Kalkulation durchzuführen. Ein unkalkulierbares oder ungewöhnliches Wagnis liege nicht vor, da die von der Klägerin ursprünglich angesetzten Energiekosten noch nicht erreicht seien. Letztlich habe die Klägerin auf etwaige Widersprüchlichkeiten im Rahmen der Ausschreibung hinweisen müssen. 26
- Eine Einschränkung des geforderten Leistungssolls sei nicht erfolgt. Mit der Beantwortung der Bieterfrage Nummer 14 habe die Beklagte eindeutig erklärt, auf der Geltung der ursprünglichen Regelung zu beharren. Mit der Beantwortung der Bieterfrage Nummer 20 sei kein Verzicht auf die in der ZTVNoSü Teil I Kapitel 8.2.2 enthaltene Regelung verbunden gewesen, da diese Regelung keine Komplettheitsklausel enthalte. Hiergegen spreche bereits, dass die Regelung Nachträge durchaus zulasse. Die Beantwortung habe sich zudem auf zwei konkrete andere Klauseln bezogen. Es werde ferner bestritten, dass in tertiären Fein- und Mittelsanden eine Durchströmung von $1 \cdot 10^{-4}$ nur in horizontaler Richtung, nicht aber in vertikaler Richtung vorkomme. Der Klägerin sei durch die Regelung somit nicht das vollständige Risiko der Schwankungsbreite zugewiesen worden. 27
- Auch der von der Klägerin behauptete Durchlässigkeitsbeiwert von $4,9 \cdot 10^{-5}$ bleibe bestritten. Die Klägerin habe ihre Kalkulation letztlich nicht an den Vorgaben der Ausschreibung orientiert, so dass sie das Risiko einer Fehlkalkulation zu tragen habe. 28
- Ein Anspruch gemäß § 2 Nummer 5 VOB/B scheitere zudem an der fehlenden Änderung des Bauentwurfes bzw. der fehlenden Anordnung im Sinne des § 2 Nummer 5 VOB/B. Eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung der Beklagten liege nicht vor. Die bloße Mitteilung an den Auftraggeber, es lägen veränderte Umstände vor, stelle keine vertragsändernde Leistungsbestimmung dar, zumal der Auftraggeber auf die Umstände keinen Einfluss habe. Auch bei der Erklärung der Beklagten, die Klägerin solle die Absenkziele erreichen, handle es sich nicht um eine vertragsändernde Leistungsbestimmung. 29

Hinsichtlich der Voraussetzungen des § 2 Nummer 7 VOB/B habe die Klägerin nicht dargelegt, dass eine erhebliche Massenabweichung der ausgeführten Leistungen von den vertraglich vorgesehenen vorliege und ein Festhalten am Pauschalpreis unzumutbar sei.	
Die Klageforderung bleibe auch der Höhe nach bestritten.	31
Zum weiteren Vorbringen der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	32
II.	33
Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass ein Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung nicht besteht, weil die von der Klägerin abgerechnete Leistung bereits Bestandteil der vertraglich vereinbarten Leistung zum vertraglich vereinbarten Preis war.	34
1.	35
Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung und somit den Inhalt der Ausschreibung an. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB. Dabei sind das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen (BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368 - 380; Urteil vom 22. April 1993 - VII ZR 118/92, WM 1993, 1717- 1719). Neben dem Wortlaut der Ausschreibung sind die Umstände des Einzelfalles, unter anderem die konkreten Verhältnisse des Bauwerks zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, NJW 2002, 1954 – 1955, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 38/01, WM 2002, 1560 - 1562). Angesichts des auf dem Vergabeverfahren der VOB/A beruhenden Vertragsschluss ist die Auslegung der Ausschreibung so vorzunehmen, wie sie der maßgebliche Empfängerkreis, also die potentiellen Bieter, verstehen musste. Mit anderen Worten: Grundlage der Auslegung ist der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (BGH, Urteil vom 11. November 1993 - VII ZR 47/93, BGHZ 124, 64 - 71). Dabei kommt dem Wortlaut eine besondere Bedeutung zu, weil der Empfängerkreis der Erklärung nur abstrakt bestimmt ist. Daneben sind auch die Umstände des Einzelfalles, also z.B. die konkreten Verhältnisse des Bauwerks, die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 22. April 1993 - VII ZR 118/92, WM 1993, 1717- 1719).	36
2.	37
Von diesen Grundsätzen ausgehend ist die Vertragsauslegung, die das Landgericht vorgenommen hat, nicht zu beanstanden.	38
a.	39
Wie das Landgericht überzeugend dargelegt hat, sahen die Vertragsunterlagen im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) vor, dass die Klägerin Grundwasserabsenkungsmaßnahmen bei einem Durchlässigkeitsbeiwert bis zu $1 \cdot 10^{-4}$ schulde. Da der Text insofern eindeutig ist, bedurfte es keiner weiteren Auslegung. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer (BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23-35) wird von den Parteien nicht in Zweifel gezogen. Die strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung des	40

Bundesgerichtshofes an die Vereinbarung einer solchen Risikoverlagerung stellt (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009 – VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 ff., juris Tz81), sind mit dieser vom Wortlaut her eindeutigen Regelung erfüllt.

b. 41

Die von der Klägerin bemühten anderen Textstellen mögen aus ihrer Sicht einen geringeren Durchlässigkeitsbeiwert von $1 \cdot 10^{-5}$ als Kalkulationsgrundlage nahegelegt haben; dies ändert aber nichts an der eindeutigen Risikoverteilung. Letztlich geht sogar selbst die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) von einem k - Wert von $1 \cdot 10^{-5}$ aus, da sie auf das Bodengutachten ELE vom 15. August 2002 verweist, das eine Wasserdurchlässigkeit für tertiäre Sande von $1 \cdot 10^{-4}$ angibt und in einer Anmerkung ausführt, dass die Berechnung der durch Umströmung anfallenden Grundwassermengen mit einem k – Wert von $1 \cdot 10^{-5}$ vorgenommen werden könne. Von den Grundlagen der Kalkulation ist aber die Risikoverteilung zu unterscheiden. Die Annahmen für die Kalkulationsgrundlage sind daher anders zu beurteilen als die Risikoverteilung selber. Während die Kalkulation einen störungsfreien Betrieb auf der Grundlage der im Gutachten getroffenen Feststellungen unterstellt, geht die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) gerade von einem Störfall und damit von einer Abweichung vom Normalbetrieb aus. Dadurch ändern sich aber die grundsätzlichen Kalkulationsgrundlagen nicht. Die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) zielt auf eine Risikoverteilung im Falle fehlerhafter Ausgangsannahmen bei der Kalkulationsgrundlage. Dieser Störfall hat sich ereignet. Demnach hat die Klägerin das Risiko bis zu einem k - Wert von $1 \cdot 10^{-4}$ selber zu tragen. 42

c. 43

Dieser angesichts des eindeutigen Wortlauts der Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) eindeutigen Risikoverteilung kann die Klägerin auch nicht mit dem Hinweis begegnen, sie habe eine andere Kalkulationsgrundlage gewählt. Auch für die Klägerin war der Unterschied zwischen den Kalkulationsgrundlagen und der Risikoverteilung erkennbar. Demnach steht die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) auch nicht in Widerspruch zu den übrigen Regelungen, da sie nicht auf eine Kalkulation, sondern auf eine Risikoverteilung zielt und schon deshalb von anderen Annahmen ausgeht. Somit bedurfte es, anders als die Klägerin meint, auch keiner Auflösung eines Widerspruches zwischen den einzelnen Vertragsteilen. 44

d. 45

Weder die Beantwortung der Bieterfragen durch die Beklagte noch eine Auslegung des Vertrages im Hinblick auf § 9 VOB/A rechtfertigen ein anderes Verständnis. 46

aa. 47

Wie das Landgericht überzeugend dargelegt hat, führen die Antworten auf die Bieterfragen nicht zu einer Änderung des eindeutigen Regelungsinhaltes im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166). 48

(1) 49

Mit der Beantwortung der Bieterfrage Nummer 14 hat die Beklagte im Gegenteil sogar deutlich gemacht, dass sie die Regelung über das Baugrundrisiko nicht abändern wolle und dieses weiterhin bei dem Bieter liege. Die Beantwortung wies klar auf die bisher vorgesehene 50

Regelung hin, ohne diese im Wortlaut zu verändern. Schon aus der fehlenden Neuformulierung der Passage im Rahmen der Beantwortung ergibt sich, dass der Regelungsinhalt unangetastet bleiben sollte. Auch der Umstand, dass der Verweis nur die Seite 165 nicht aber die Seite 166 umfasste, führt zu keiner anderen Beurteilung. Bereits das Landgericht hat überzeugend und klar hervorgehoben, dass sich die Bezugnahme auf die gesamte Passage bezog und damit auch die Seite 166 umfasste. Eine Aufgabe des Risikofaktors wäre nur bei einer Streichung der Passage auf Seite 166 anzunehmen gewesen. Eine solche ist nach den Vertragsunterlagen hier – anders als hinsichtlich anderer Passagen des Vertrages, die auf entsprechende Beantwortung von Bieterfragen hin geändert und im Text ausgetauscht wurden - aber gerade nicht vorgenommen worden. Ohne dass es eines Bezuges auf Seite 166 bedurfte, zeigt letztlich auch der letzte Satz auf Seite 165, dass die Durchlässigkeit der vertikalen Schichten nicht zwingend eine um eine Zehnerpotenz geringere Durchlässigkeit als eine horizontale Schicht aufweisen müsse. Auch hiervon seien Abweichungen möglich. Demnach durfte die Klägerin bereits wegen der auf Seite 165 angeführten Schwankungsmöglichkeit keinen k – Wert von $1 \cdot 10^{-5}$ zu Grunde legen, sondern musste mit einer Abweichung bis $1 \cdot 10^{-4}$ rechnen.

Auch aus der positiven Beantwortung der Frage selbst, wonach Baugrundrisiken nur im Rahmen der dem Bieter überlassenen Gutachten zu übernehmen seien, kann nicht auf einen Verzicht der Risikoregelung geschlossen werden. Die Risikoverteilung selbst basiert auf den in dem Gutachten angenommenen k - Wert von $1 \cdot 10^{-5}$. Durch die Antwort wurde klargestellt, dass diese Annahme weiterhin gelten sollte. Damit wurde aber der hierauf fußende Risikofaktor in Höhe einer Zehnerpotenz nicht aufgegeben. 51

(2) 52

Anders als von der Klägerin angenommen, liegt auch in der Beantwortung der Bieterfrage Nummer 20 kein Verzicht auf die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166). Die in Teil II Kapitel 25.1. ZTV NoSü (Seite 308) gestrichene Komplettheitsklausel bezog sich auf das Risiko unvollständiger oder widersprüchlicher Unterlagen. Derartige Umstände sollten keinen Anspruch auf zusätzliche Leistungen begründen können. Die Streichung betraf somit ein konkretes Risiko. Entsprechend der Anfrage Nummer 20 sollte diese Streichung nicht durch im Vertrag enthaltene Einzelklauseln unterlaufen werden. 53

Schon nach dem Wortlaut der Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) handelt es sich hierbei aber nicht um eine Komplettheitsklausel. Insbesondere wurde gerade kein Risiko beschrieben, das seine Ursache in den unzutreffenden Angaben in den Ausschreibungsunterlagen haben konnte. Die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) sah vielmehr eine Risikoaufteilung in einem Bereich vor, der von beiden Seiten nicht beherrschbar war. Damit bezog sich die Beantwortung weder konkret noch ihrem allgemeinen Inhalt nach auf die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166). 54

Soweit die Klägerin eingewandt hat, die Regelung käme angesichts der Bodenverhältnisse einer kompletten Risikoübernahme gleich, berechtigt dies nicht zu der Feststellung, dass die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) eine Komplettheitsklausel darstelle. Entscheidend ist, dass die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) allein das konkrete Risiko der Abweichung der Durchlässigkeitsbeiwerte beschreibt. Weitere Probleme der Grundwasserabsenkung oder der Grundwasserhaltungen wurden gerade nicht – wie es bei einer Komplettheitsklausel zu erwarten wäre – auf den Bieter verlagert. Gleiches gilt für chemische Bestandteile des Wassers. Auch nach dem Ausschreibungstext wird hinsichtlich des Durchlässigkeitsbeiwertes sogar von der Möglichkeit einer die Zehnerpotenz übersteigenden Abweichung ausgegangen. Unabhängig von den tatsächlich angetroffenen 55

Bodenverhältnissen stellt die Klausel somit klar, dass sie eine vollständige Risikoüberwälzung auf die Bieter gerade nicht beabsichtigt und schon aus diesem Grunde nicht als Komplettheitsklausel verstanden werden konnte.

Letztlich führt auch der Einwand, das Dichttopfsystem sei bei den von der Beklagten angenommenen Werten nicht umsetzbar, zu keiner anderen Bewertung. Die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) zielt auf eine bloße Risikoverteilung hinsichtlich der Wassermengenerhöhung. Damit stellt sie weder die Kriterien auf, nach denen das Projekt noch verwirklicht werden kann, noch verlagert sie das gesamte Baurisiko auf die Bieter. Die einzige Risikoverlagerung, die mit der Regelung bewirkt wird, ist das der Wassermengenerhöhung. Ob das Dichttopfsystem bei einem k – Wert von 10^{-4} umsetzbar gewesen wäre, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass es jedenfalls bis zu dem von der Klägerin behaupteten Wert von $4,91 \cdot 10^{-5}$ angewandt werden kann und die hierbei anfallenden Mehrmengen in dem Risikobereich der Klägerin liegen.

bb. 57

Mangels unklarer Vertragslage ist eine Auslegung entsprechend den Grundsätzen in § 9 VOB/A nicht erforderlich. Anders als von der Klägerin angenommen, trifft sie mit der Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) nur das Kostenrisiko. Hierdurch wurden weder das Planungsrisiko des Verfahrens und Betriebes der Wasserhaltungsanlage noch das Prognoserisiko der Auswirkungen der Wasserhaltung oder das genehmigungsrechtliche Risiko und etwaige Umweltrisiken oder das Prognoserisiko der Dichtigkeit der Baugrube bzgl. der Standsicherheit der umliegenden Bebauung aufgebürdet. Demnach ist der Einwand, bei einer derartigen Schwankungsbereite sei das Gefahrenpotential für die Standsicherheit nicht mehr beherrschbar, unzutreffend, da ein solcher Umstand im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) nicht geregelt wird. Im Übrigen kommt eine an den Vorgaben der VOB/A orientierte Auslegung auch nur in Betracht bei schutzwürdigem Vertrauen des Bieters (BGH, Urteil vom 11. November 1993 – VII ZR 47/93, BGHZ 124, 64 ff., juris Tz22). Daran fehlt es angesichts der hier eindeutig erkennbaren Risikoverlagerung.

e. 59

Anders als die Klägerin meint, bedurfte es im Rahmen der Vertragsauslegung auch nicht der Einholung eines Sachverständigengutachtens. Im Kern ist die Auslegung eine Rechtsfrage. Rechtsfragen sind einer Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht zugänglich (BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 75/03, ZfIR 2004, 667-670). Zwar kann bei einer gebotenen Auslegung von Leistungsverzeichnissen den Ausführungen eines technischen Sachverständigen eine begrenzte Funktion zukommen. Sie beschränkt sich jedoch im Wesentlichen darauf, das für die Beurteilung bedeutsame Fachwissen zu vermitteln, also etwa Fachsprache und Üblichkeiten, vor allem wenn sie sich zu einer Verkehrssitte im Sinne von § 157 BGB verdichtet haben (BGH, Urteil vom 09. Februar 1995 - VII ZR 143/93, ZfBR 1995, 191-192). Vorliegend geht es aber nicht um Fragen der Fachsprache, Üblichkeiten oder Verkehrssitte, sondern um die Auslegung einer bestimmten Klausel, in der keine weiteren erläuterungsbedürftigen Begriffe verwendet werden. Über die Bedeutung der hier verwendeten Begriffe streiten die Parteien gerade nicht.

3. 61

Da somit durch die Regelung im Teil I Kapitel 8.2.2, ZTV NoSü (Seite 166) die von der Klägerin geltend gemachten Leistungen bereits im Leistungssoll enthalten sind, scheidet eine 62

weitere Vergütung – sei es gem. § 2 Ziffer 5 VOB/B, sei es gem. § 2 Ziffer 7 VOB/B, sei es gem. § 2 Ziffer 8 VOB/B – aus, ohne dass es noch auf die weiter zwischen den Parteien streitigen Fragen - wie etwa die Zulässigkeit des Vorgehens aus einer früheren Abschlagsrechnung - ankommt.

4. 63

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Absatz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nummer 10, 711 ZPO. Ein Grund, die Revision gemäß § 543 Absatz 2 ZPO zuzulassen, ist nicht ersichtlich. Streitentscheidend ist die Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages, die der Senat auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vorgenommen hat. 64

Streitwert für das Berufungsverfahren: 65

3.162.244,40 € 66