
Datum: 30.12.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 83/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:1230.17U83.13.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 1 O 340/12

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 2. Oktober 2013 verkündete Urteil des 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 1 O 340/12 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistungen i.H.v. 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Rest-Werklohn in Form von Stillstandskosten geltend. Wegen des Sachvorbringens der Parteien im ersten Rechtszug und de dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Nachdem sie erstinstanzlich im Wege der Teilklage lediglich 87.412,53 € geltend gemacht hatte, hat sie ihre Klageforderung im

1

2

3

4

Berufungsverfahren auf den vollen ihrer Ansicht nach ihr zustehenden Betrag von 127.302,36 € erhöht und begehrt zudem erstmals 10.000,00 € Schadenersatz für ein baubegleitend eingeholtes Privat-Gutachten.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. 5

Sie rügt, das Landgericht habe den Sachverhalt im Tatbestand des Urteils teilweise falsch dargestellt. Wenn es dort heiße, „den Parteien sei klar gewesen, dass es zu archäologischen Funden kommen könne“, dann werde dadurch unzutreffender Weise suggeriert, dass beide Parteien in uneingeschränktem Umfang mit derartigen Funden im Rahmen der Herstellung der Baumaßnahme gerechnet hätten bzw. hätten rechnen müssen. Allein im Bereich des Schachtbauwerkes habe man jedoch mit derartigen Funden gerechnet. Dies sei auch das Ergebnis der Beweisaufnahme. 6

Darüber hinaus sei dem Landgericht eine falsche rechtliche Würdigung vorzuwerfen. Es komme nicht darauf an, dass ihr kein Anspruch aus § 2 Abs. 3, 5, 6 VOB/B, § 642 BGB zustehe. Richtige Anspruchsgrundlage sei § 313 BGB. Ohne eine genaue Begründung habe das Landgericht hierzu nur oberflächlich ausgeführt. Sie habe in erster Instanz auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes Bezug genommen. Die dort abgehandelten Sachverhalte seien mit dem Vorliegenden vergleichbar, so dass das Landgericht zutreffender Weise zu einem Anspruch zu ihren Gunsten aus § 313 BGB hätte kommen müssen. Im Übrigen sei die Ausschreibung der Beklagten hinsichtlich der drei in Rede stehenden Positionen des Leistungsverzeichnisses ohnehin nicht wirksam, da ein Verstoß gegen § 7 VOB/A vorliege. Auch hierzu habe sie ausführlich in erster Instanz vorgetragen, ohne dass das Landgericht dazu ausreichend Stellung genommen habe. Insgesamt sei dessen rechtliche Würdigung damit unzutreffend. Vielmehr hätte es angesichts des von ihr vorgelegten Privat-Gutachtens der Firma C in eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens eintreten müssen. 7

Die Klägerin beantragt sinngemäß, 8

unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts Bonn i.V.m. ihrer Klageerweiterung die Beklagte zu verurteilen, an sie 127.302,36 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit aus einem Betrag i.H.v. 87.412,53 € bzw. aus 39.889,83 € zu zahlen, 9

die Beklagte zu verurteilen, an sie außergerichtliche Kosten zur Einholung des Privat-Gutachtens i.H.v. 10.000,00 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, 10

sowie die Beklagte zu verurteilen, an sie außergerichtliche Kosten i.H.v. 1.150,35 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 11

Die Beklagte beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen und die Klägerin mit der Klageerweiterung abzuweisen. 13

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil als richtig. Sie weist darauf hin, dass für die Rüge eines fehlerhaft dargestellten Tatbestandes § 320 ZPO einschlägig sei. Einen entsprechenden Antrag habe die Klägerin, wie insofern unstreitig ist, nicht gestellt. Das Ergebnis der Beweisaufnahme habe das Landgericht zutreffend dargestellt und bewertet. 14

Ebenso wenig sei die rechtliche Würdigung des Landgerichts zu beanstanden. Wenn die Klägerin nun ausführe, es sei unerheblich, ob ihr ein Anspruch aus § 2 Abs. 3, 5, 6 VOB/B zustehe, so sei darauf hinzuweisen, dass sie selbst diese Anspruchsgrundlage in den Prozess eingeführt und ausführlich dazu Stellung genommen habe. Richtig sei lediglich, dass das Landgericht die Anspruchsgrundlage § 313 BGB knapp behandelt, dafür aber präzise verneint habe. Die Parteien hätten vorliegend eine vertragliche Vereinbarung wegen der in Rede stehenden Positionen getroffen. Diese Vereinbarung gehe dem Wegfall der Geschäftsgrundlage vor. Insgesamt sei dem Vortrag der Klägerin nicht zu entnehmen, und auch darin habe das Landgericht recht, weshalb sich die Kostengrundlage durch die Überschreitung der Vordersätze geändert haben sollte. Auf das Privat-Gutachten der Firma C könne sich die Klägerin ohnehin nicht berufen. Dort habe man sich nicht mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage beschäftigt, habe das Vorliegen einer Äquivalenzstörung nicht untersucht, habe auch nicht untersucht, ob der Klägerin Mehrkosten über ihr Angebotskalkulation hinaus entstanden seien, und zudem lasse das Privat-Gutachten jede Beachtung der vereinbarten Preise vermissen. Schließlich sei darin auf § 2 Abs. 5 VOB/B abgestellt worden, was rechtlich unzutreffend sei. Darüber hinaus habe die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung selbst die Ansicht vertreten, auf diese Anspruchsgrundlage komme es überhaupt nicht an. Insgesamt sei deshalb das Privat-Gutachten ungeeignet, um den Vortrag der Klägerin zu substantiieren. Schließlich sei ihre Ausschreibung im Hinblick auf § 7 VOB/A nicht zu beanstanden.

15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

16

II.

17

Die zulässige, insbesondere form- und fristgemäß eingelegte Berufung hat in der Sache selbst keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht der Klägerin Rest-Werklohn wegen Stillstandskosten nicht zugesprochen. Für einen weitergehenden Anspruch ist die Klägerin darlegungs- und beweisfällig geblieben.

18

- 1. Soweit die Klägerin die Rüge erhebt, das Landgericht habe den Sachverhalt im Tatbestand teilweise unrichtig dargestellt, kann sie damit keinen Erfolg haben.
- 120

Abgesehen davon, dass die Berichtigung des Tatbestandes gemäß § 320 ZPO binnen 2 Wochen nach Zustellung des Urteils beantragt werden muss, geht die diesbezügliche Berufungsrüge der Klägerin fehl. Vielmehr gibt der Tatbestand in jeglicher Hinsicht zutreffend den Vortrag der Parteien in erster Instanz wieder. Dem entspricht die Passage: „Den Parteien war klar, dass es zu archäologischen Funden kommen konnte. Im Bereich eines sogenannten Schachtbauwerkes ging man von der Möglichkeit größerer archäologischer Funde aus, da dieser Bereich eine Vergrößerung durch eine Verbreiterung erfuhr und hier größere Aushubarbeiten in gewachsenem Boden, nämlich in einem Bereich, in dem noch kein altes Kanalbauwerk vorhanden war, stattfanden.“ Darin ist eine Wertung zum Umfang der erwarteten archäologischen Funde nicht enthalten. Erst recht wird durch die vom Landgericht gewählte Formulierung Entsprechendes nicht suggeriert. Vielmehr wird der zwischen den Parteien unstrittige Sachverhalt dargestellt, der darüber hinaus im Leistungsverzeichnis und in Ziffer 12.12 der Besonderen Vertragsbedingungen dadurch zum Ausdruck kommt, dass beide mit archäologischen Funden anlässlich der Kanalbauarbeiten rechneten.

21

Zutreffend hat das Landgericht darüber hinaus bei der Darstellung des streitigen Vorbringens der Klägerin ausgeführt, dass sie behauptet hat, „die Beklagte habe ihr Leistungsverzeichnis darauf ausgelegt gehabt, das im Bereich der Kanaltrasse nicht mit archäologischen Funden zu rechnen sei“, und demgegenüber die davon abweichende Sachdarstellung der Beklagten: „... nicht nur im Bereich des Schachtbauwerkes, sondern auf der gesamten Kanallänge, wenn auch in etwas geringerem Umfang.“

- 2. Entgegen der von der Klägerin vertretenen Rechtsansicht kann sie sich bei der Berechnung ihrer Rest-Werklohnforderung nicht auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, stützen. Vielmehr ist der Anspruch der Klägerin auf der Grundlage des § 2 Abs. 3 VOB/B zu berechnen. Insofern ist sie jedoch darlegungs- und beweisfällig geblieben. 224

- a) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH BauR 2011, 1162, NJW-RR 2011, 886; BauR 2011, 1646 = NJW 2011, 3287) stellt § 2 Abs. 3 VOB/B für den Fall der Überschreitung der Massenansätze über 10 % hinaus eine abschließende Regelung dar. Die vorgenannte Norm ist nicht auf eine bestimmte prozentuale Überschreitung beschränkt. Für die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, ist kein Raum, weil für die Frage, wie die Vergütung bei Massenüberschreitungen zu ermitteln ist, eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wurde (BGHZ 179, 213 Rz. 36). 25

- Anderes kann gelten, wenn die Parteien eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage ihres Vertrages gemacht haben und diese überschritten wird. Grundsätzlich allerdings ist dem Einheitspreisvertrag, so wie er hier vorliegt, der Umstand immanent, dass eine Mengenänderung eintritt. Deshalb besteht in der Regel kein Grund für die Annahme, dass eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben worden ist. Anderes kann bei einer ungewöhnlichen Preisbildung gelten. Die darin angelegte Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung wirkt sich bei erheblichen Mengenänderungen viel stärker aus (BGH BauR 2011, 1162 = NJW-RR 2011, 886). 26

- Die Frage, ob ein bestimmter Umstand nach der gemeinsamen Vorstellung der Parteien zur Geschäftsgrundlage erhoben worden, ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln. Allerdings wird die Grundlage der Preisermittlung regelmäßig nicht zur Geschäftsgrundlage des Vertrages. Der Unternehmer allein trägt das Risiko einer unauskömmlichen Kalkulation (BGH BauR 2011, 1664 = NJW 2011, 3287). 27

- b) Das von der Beklagten erstellten Leistungsverzeichnis ist im Hinblick auf die hier relevanten Positionen 01.01.0003 (1,000 Wo Stillstandskosten pro Woche), 01.01.0004 (2,000 Tage Stillstandskosten pro Tag) und 01.01.0005 (8,000 h Stillstandskosten pro Stunde) entgegen der Berufungsbegründung nicht dahin zu verstehen bzw. auszulegen, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgingen, dass Stillstandszeiten wegen archäologischer Funde nur in dieser Höhe anfallen würden bzw. jedenfalls nicht wesentlich mehr. Im letzten Absatz von Ziff. 12.12 der Ausschreibung heißt es allgemein gehalten insoweit lediglich: „Die Kanalbaumaßnahme liegt innerhalb eines eingetragenen Bodendenkmals. Die Kanalbaumaßnahme wird archäologisch begleitet. Für den Fall, dass Funde zutage treten, sind die Bauarbeiten zu unterbrechen.“ 28

- c) Soweit sich die Klägerin in diesem Zusammenhang gegen die vom Landgericht vorgenommene Würdigung der Zeugenaussagen wendet, kann sie damit keinen Erfolg 29

haben.

Die Beweisaufnahme erster Instanz ist einer Überprüfung durch das Berufungsgericht nur insoweit zugänglich, als gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründet sind und eine erneute Feststellung gebieten. Dies bedeutet, dass eine Überprüfung nur darauf hin erfolgen kann, ob die Beweisaufnahme an einem Rechtsfehler leidet, also in sich widersprüchlich ist, den Denkgesetzen zuwider läuft oder wesentliche Teile des Beweisergebnisses unberücksichtigt lässt oder ob konkrete Gesichtspunkte vorhanden sind, die einen solchen Rechtsfehler bei der Tatsachenfeststellung möglich sein lassen und deshalb Zweifel am erstinstanzlich gefundenen Ergebnis begründen. Hieran gemessen ist die Beweismwürdigung des Landgerichts weder zu beanstanden noch im Ergebnis im Zweifel zu ziehen.

30

Das Landgericht hat die Aussagen der vernommenen Zeugen umfassend gewürdigt und ist verfahrensfehlerfrei zu seiner Ansicht gelangt, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen wären, dass die in das Leistungsverzeichnis eingestellten Vordersätze nicht oder nicht wesentlich überschritten würden. Zu Recht ist das Landgericht auch zu dem Beweisergebnis gelangt, dass nie die Rede davon gewesen sei, dass allein im Bereich des Schachtbauwerkes mit archäologischen Funden gerechnet werden musste. Den Zeugenaussagen ist zu entnehmen, dass man im Bereich der Kanaltrasse zwar mit einem Weniger an Funden gerechnet hat. Da die Schachtung aber sowohl breiter als auch zum Teil 25 cm tiefer ausgeführt werden sollte als im alten Schacht, musste man auch in diesem Bereich mit archäologischen Funden rechnen, wenn sich auch herausgestellt hat, dass diese umfangreicher als erwartet waren.

31

Dem Ergebnis der Beweisaufnahme lässt sich zudem entnehmen, dass es sich bei den in das Leistungsverhältnis eingestellten Vordersätzen um bloße Schätzwerte aufgrund bereits gemachter Erfahrungen in einer Parallelstraße gehandelt hat, wo ebenfalls Grabungen stattgefunden hatten. Darüber hinaus war auch der Klägerin unstreitig bekannt, dass sie ihre Arbeiten in einem Teil des C2 Stadtgebietes, dem sogenannten „S“ auszuführen hatten, in dem aufgrund der Historie jederzeit mit Stillstandszeiten wegen archäologischer Funde zu rechnen war, sodass sie die Angaben der Beklagten im Leistungsverzeichnis schon von daher keinesfalls als Maximalwerte und auch nicht als annähernde Höchstwerte auffassen konnte und durfte. Dass es bei Einheitspreisverträgen sogar regelmäßig zu Mengenänderungen kommt, solches diesem Vertragstypus gerade zu immanent ist, dazu wurde bereits ausgeführt.

32

d) Ebenso wenig vermag der Senat die Rechtsansicht der Klägerin zu teilen, dass schon der unstreitige Umstand allein, dass tatsächlich 3,5 Tage und 263,8 Stunden an Stillstandszeiten angefallen sind, geeignet ist, unter Außerachtlassung von § 2 Abs. 3 VOB/B vom Vorliegen der Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 313 BGB auszugehen. § 2 Abs. 3 VOB/B enthält gerade eine Regelung für den Fall, wie die Mehrvergütung bei Mengenüberschreitungen zu ermitteln ist. Soweit sich die Klägerin auf die eingangs bereits angeführten beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2011 stützt, sind diese vom Sachverhalt her mit dem vorliegenden nicht vergleichbar.

33

aa) Soweit es den Beschluss vom 22. März 2011 (BGH BauR 2011, 1162 = NJW-RR 2011, 886) betrifft, so hatte das Berufungsgericht seine Entscheidung, dass ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegt, damit begründet, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen waren, dass der von der dortigen Beklagten ausgeschriebene Vordersatz von 5 t zu entsorgender Abfälle jedenfalls annähernd den zu erwartenden Massen entsprechen

34

und auch der von der Klägerin angebotene Einheitspreis von 2.413,25 €/t auf einem realistisch kalkulierten Angebot beruhen würde. Tatsächlich ging es um ca. 610 t, wobei die Klägerin ihrerseits einen Nachunternehmer mit dieser Leistung zu einem Einheitspreis von 62,10 €/t beauftragte. Hieraus folgt, dass es sich um einen extremen Ausnahmefall handelte und es letztlich nach Treu und Glauben als unangemessen erschien, dass der Kläger als Auftragnehmer seine Leistung zu dem angebotenen, extrem überhöhten Preis würde abrechnen dürfen.

Der vorliegend zu entscheidende Fall unterscheidet sich von dem vom Bundesgerichtshof beurteilten zum einen schon dadurch, dass, wie ausgeführt, die Parteien gerade nicht davon übereinstimmend ausgehen konnten, die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Vordersätze entsprächen jedenfalls annähernd den zu erwartenden Massen. Zum anderen spricht zur Überzeugung des Senats vieles dafür, dass sich die Klägerin bei der Kalkulation des von ihr in das Leistungsverzeichnis der Beklagten eingesetzten Einheitspreise verkalkuliert hat, weil sie nicht alle Kostenfaktoren mit einbezogen hat und sie nun im Nachhinein versucht, diesen Fehler rückgängig zu machen. Ob es sich bei der Fehlkalkulation um ein Versehen handelt oder aber die Klägerin versucht hat, sich im Hinblick auf die Zuschlagserteilung gegenüber mitbietenden Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, vermag der Senat zwar nicht zu beurteilen. Den von der Beklagten vorgelegten Kalkulationsunterlagen der Klägerin (Anlage B10 = Bl. 204 f. d. A.), bei denen es sich allerdings nicht um die Urkalkulation handeln kann, da dort als Datum der 22. April 2010 zu lesen ist, das Angebot der Klägerin jedoch schon aus Dezember 2009 stammt, ist zu entnehmen, dass die Klägerin bei der Kalkulation der Kosten der Stillstandszeiten nur Personalkosten nebst eines Zuschlags für die allgemeinen Geschäftskosten einbezogen hat. Von LKW- oder Baggerkosten ist dort nicht die Rede. In der Ausschreibung war in den drei in Rede stehenden Positionen seitens der Beklagten ausdrücklich wie folgt formuliert worden bezüglich der der zu erwartenden Baustillstandszeiten: „Einzurechnen sind sämtliche Kosten (Geräte, Lohn, Mieten, Vorhaltung usw.) infolge der eingetretenen Arbeitsunterbrechung.“

35

Auch lässt sich der Kalkulation der Klägerin entnehmen, dass sie von durchschnittlich 3,3 Leuten auf der Baustelle ausging. Wie dies zu einer Kostenmehrung von fast 175.000,00 € hat führen können, die die Klägerin letztlich fordert, ist nicht annähernd plausibel. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die ursprünglich vorgesehene Bauzeit unstrittig nicht überschritten wurde trotz der Stillstandszeiten. Es drängt sich deshalb die Annahme auf, dass die Klägerin die anlässlich der Ausschreibung vorgenommene Kalkulation nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen hat. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass sogar die Beklagte nach Prüfung des Angebots der Klägerin augenscheinlich Bedenken wegen der geringen Höhe der von der Klägerin für die Stillstandszeiten eingesetzten Einheitspreise hatte und dieser deshalb mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 (Anlage B 7 = Bl. 199 GA) mitteilte, es hätten sich Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebotes ergeben. Unter dem 22. Dezember 2009 gab die Klägerin jedoch die erbetene Erklärung ab und teilte mit (Anlage B 8 = Bl. 201 GA): „Nach Prüfung unseres Angebotes nach der Wirtschaftlichkeit halten wir fest, dass der Wettbewerbspreis auskömmlich, angemessen und insgesamt geschlossen ist. Des weiteren halten wir fest, dass gemäß VOB/A § 24 Nr. 1 die von uns ausgewiesenen Preise ernst gemeint und wahr sind und somit Ihnen keine verdeckte Mischkalkulation vorliegt.“ Um so mehr fällt es auf, wenn die Klägerin nunmehr fast 175.000,00 € an Mehrvergütung verlangt abzüglich der von der Beklagten unstrittig geleisteten rund 40.000,00 € für Stillstandszeiten.

36

Hat aber der Werkunternehmer bewusst unter Wert kalkuliert, muss er sich auch bei der Vergütung der über 110 % hinausgehenden Mehrmengen an den von ihm kalkulierten

37

Ansätzen festhalten lassen (Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 18. Aufl., § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 27). Liegt eine unbewusste oder ihm aufgrund der Umstände des Einzelfalls nicht zurechenbare Fehlkalkulation vor, dann kann der Unternehmer grundsätzlich ebenfalls keine Preisanpassung verlangen. Eine Ausnahme ist nur dann möglich, wenn – 1. – der Auftraggeber die Fehlkalkulation erkennt und den Auftragnehmer nicht hinweist, - 2. – wenn die Massenänderungen auf ein vorwerfbares Unterlassen des Auftraggebers zurückzuführen sind (unvollständige oder unsorgfältige Planung) oder – 3. – bei unvorhersehbaren Preissteigerungen (Keldungs, a.a.O.).

Keine der drei Varianten ist im vorliegenden Fall einschlägig, insbesondere auch nicht die zweite. Wie schon dargelegt konnte die Klägerin nicht davon ausgehen im Rahmen ihrer Angebotskalkulation, dass die von der Beklagten in das Leistungsverzeichnis eingestellten drei in Rede stehenden Positionen endgültige Mengen enthielten. Vielmehr spricht, wie schon angesprochen, vieles dafür, dass die Klägerin ihre Kalkulation unvollständig erstellt hat. In diesem Fall muss sie sich an den von ihr eingestellten Einheitspreisen festhalten lassen. Nicht der Auftraggeber hat hier die Ursache für eine mögliche Fehlkalkulation gesetzt, sondern der Auftragnehmer, die Klägerin, selbst. Die Beklagte hat vielmehr sogar ausdrücklich nachgefragt und um Bestätigung gebeten vor Zuschlagserteilung, dass die Kalkulation auskömmlich und ernst gemeint sei. 38

bb) Soweit die Klägerin meint, aus dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30. Juni 2011 (BauR 2011, 1646 = NJW 2011, 3287) Positives für sich im vorliegenden Fall herleiten zu können, kann sie damit keinen Erfolg haben. Es handelte sich in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall 39

um einen Pauschalpreisvertrag aufgrund einer funktionalen Ausschreibung. Des weiteren ging es um einen Ausgleichsanspruch nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B a.F. Dass und warum die Klägerin sich nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, stützen kann, wurde vorstehend schon dargelegt, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann. 40

- 3. Die Ausschreibung der Beklagten verstößt auch nicht gegen § 7 Abs. 1 VOB/A. Der insoweit von der Klägerin vertretenen Rechtsansicht vermag sich der Senat nicht anzuschließen. 412

a) Insbesondere hat die Beklagte der Klägerin kein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A auferlegt. 43

aa) Hintergrund der Regelung ist es, dass der Bieter geschützt und verhindert werden soll, dass ein öffentlicher Auftraggeber aufgrund seiner Marktmacht dem auf öffentliche Aufträge angewiesenen Bieter Wagnisse aufbürden kann, die normale vertragliche Risiken überschreiten (OLG Saarbrücken ZfBR 2006, 829; Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 7 VOB/A Rn. 37). Was unter einem „ungewöhnlichen Wagnis“ zu verstehen ist, ist in der VOB/A nicht definiert. Da durch die VOB keine Besserstellung der Vertragspartner im Vergleich zum zivilrechtlichen Vertragsrecht bewirkt werden soll und gerade Bauverträgen in der Regel ein nicht unbeträchtliches Risiko innewohnt, sind nur solche Wagnisse gemeint, die a) kalkulatorisch wegen des Grades der Ungewissheit und der unbekannten Größenordnung erhebliche finanzielle und zeitliche, letztlich unkalkulierbare Risiken haben können und b) von der im Gesetz oder der VOB vorgesehenen Risikoverteilung zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer abweichen 44

(Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A/B, 4. Aufl., § 7 VOB/A Rn. 20). Als „ungewöhnliche Wagnisse“ in diesem Sinne werden jegliche Freizeichnungen für die Richtigkeit der auftraggeberseitigen Planung oder Unterlagen oder des von diesem vorgeschriebenen Bauverfahrens angesehen (Kapellmann, a.a.O., Rn. 23), desweiteren wenn dem Bieter beispielsweise das Setzungsrisiko einer Mülldeponie auferlegt wird (Kapellmann, a.a.O., Rnr. 20). Demgegenüber liegt bei einem Auftrag zur Räumung von Munition ein „ungewöhnliches Wagnis“ nicht schon deshalb vor, weil der voraussichtliche Leistungsumfang durch Hochrechnung aufgrund Untersuchungen von Testfeldern ermittelt wurde, wenn weder dem Auftraggeber noch dem Auftragnehmer der tatsächliche Umfang der vorhandenen und zu beseitigenden Munition bekannt ist (OLG Naumburg VergabeR 2006, 278; Kratzenberg, a.a.O., Rn. 39).

bb) Dies vorausgeschickt hat die Beklagte der Klägerin kein „ungewöhnliches Wagnis“ aufgebürdet. Keine der Parteien konnte im Vorhinein wissen, in welchem Umfang archäologische Funde anlässlich der Ausschachtungsarbeiten tatsächlich auftreten würden. Mit solchen war allerdings unstreitig im Bereich des sogenannten Schachtbauwerkes zu rechnen, allerdings, wenn auch in geringerem Umfang, im Bereich der schon vorhandenen Kanaltrasse, für die allerdings eine Verbreiterung und auch eine Vertiefung um ca. 25 cm vorgesehen waren. Dass die Beklagte in das Leistungsverzeichnis geschätzte Stillstandszeiten von 1 Woche, 2 Tagen und 8 Stunden aufgenommen hatte, beruhte auf den Erfahrungen einer Grabung in einer Parallelstraße. 45

Hiernach vermag der Senat nicht zu erkennen, dass der Klägerin eine ordnungsgemäße Kalkulation, die sie, wie oben schon ausgeführt, schon im Ansatz unterlassen hat, nicht möglich gewesen wäre. Es ging schlicht darum zu kalkulieren, welche Kosten entstehen würden, wenn die Arbeiten infolge archäologischer Funde zwecks deren Bergung vorübergehend eingestellt werden müssten. Es handelte sich folglich nicht um die Kalkulation einer nicht abschätzbaren Mehrleistung, etwa vermehrter Handschachtung anstatt – wie vorgesehen – des Einsatzes eines Baggers wegen nicht vorhersehbarer besonderer Bodenverhältnisse, sondern um eine Kalkulation der Kosten für eine Nichtleistung infolge Stillstandes. Bezeichnend ist es in diesem Zusammenhang schließlich auch, dass das Bauvorhaben trotz der im Vorhinein nicht exakt abschätzbaren Arbeitsunterbrechungen in der von Anfang an vorgesehenen Bauzeit ausgeführt werden konnte. Auch von daher ist es nicht ansatzweise nachvollziehbar, dass hierdurch entsprechend der Behauptung der Klägerin Mehrkosten i. H. v. rund 175.000,00 € angefallen sein sollen. 46

b) aa) Rechtlichen Bedenken unterliegt die Ausschreibung der Beklagten auch nicht für den Fall, dass es sich bei den drei in Rede stehenden Positionen um sogenannte Bedarfspositionen/Eventualpositionen im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 VOB/A handeln sollte. Solche dürfen nach dieser Norm „grundsätzlich“ nicht in eine Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, weil durch eine Häufung die Ausschreibung völlig intransparent wird und die Gefahr von Manipulationen gegeben ist (Kapellmann, a.a.O., Rdnr. 29). Ausnahmsweise sind Bedarfspositionen dann zulässig, wenn objektive Gründe für die Annahme sprechen, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Notwendigwerden der Leistung spricht, eine sichere Beurteilung aber nicht möglich ist, insbesondere hinsichtlich der auszuführenden Menge (Kapellmann, a.a.O., Rdnr. 30 f.; Kratzenberg, a.a.O. Rdnr. 47). 47

bb) Dies vorausgeschickt spricht hier nichts gegen die Ausgestaltung der drei in Rede stehenden Positionen in der Ausschreibung als Bedarfs- bzw. Eventualpositionen. Zum einen kann bei der hier zu beurteilenden Ausschreibung von einer Häufung nicht gesprochen werden, so dass keine Manipulationsgefahr bestand. Zum anderen war die von der Beklagten 48

vorgenommene Ausgestaltung der drei Leistungspositionen erforderlich, weil es objektiv unmöglich war genau vorherzusagen, in welchem Umfang archäologische Funde im Verlauf der Grabungsarbeiten entdeckt würden und zu welchen Stillstandszeiten es dadurch kommen würde. Dass die Klägerin nicht davon ausgehen konnte, dass die im Leistungsverzeichnis angegebenen Vordersätze Maximalwerte darstellten, die jedenfalls nicht wesentlich übertroffen werden würden, wurde oben schon dargelegt. Es ist nicht erkennbar, dass die insoweit vorzunehmende Kalkulation die Klägerin bei ordnungsgemäßer Durchführung vor schwierige Probleme gestellt hätte. Es ging nicht um die Kalkulation von mengenmäßig nicht abschätzbaren Mehrleistungen, sondern allein darum, welche Kosten der Klägerin durch Stillstand entstehen würden. Dadurch, dass sie trotz der Vorgabe der Beklagten augenscheinlich unzureichend kalkuliert hat, weil sie die meisten kostenrelevanten Faktoren nicht berücksichtigt zu haben scheint, wird die Wirksamkeit der Ausschreibung nicht tangiert.

- 4. Aus dem vorstehend Ausgeführten ergibt sich, dass der Klägerin dem Grunde nach ein Anspruch aus § 2 Abs. 3 VOB/B zustehen könnte. Ob ihr jedoch über die seitens der Beklagten insoweit unstreitig gezahlten 35.860,68 € ein weiterer Zahlungsanspruch zusteht, vermag der Senat nicht zu beurteilen, da die Klägerin diesbezüglich darlegungs- und beweisfällig geblieben ist. 490

a) Geht die tatsächlich erbrachte Leistung bei einem Einheitspreisvertrag um nicht mehr als 10 % über den vertraglich vorgesehenen Umfang hinaus, gilt der Einheitspreis, d. h. bis zur Grenze von 110 % sind auf dessen Basis die Mehrleistungen zu berechnen und zu vergüten. Für die darüber hinaus erbrachte Leistung kann auf Verlangen eines Vertragspartners die Vereinbarung eines neuen Preises gefordert werden. Ausgangspunkt für dessen Berechnung sind die Preisermittlungsgrundlagen des bisherigen Einheitspreises (Keldungs, a.a.O., § 2 Abs. 3 VOB/B Rdnr. 16, 17 f.). Es erfolgt mithin bei Massenänderungen eine Preisfortschreibung. 51

b) Bereits das Landgericht hatte rechtlich zutreffend in seinem Urteil darauf hingewiesen, dass eine Preisfortschreibung vorzunehmen ist, der Vortrag der Klägerin hierzu jedoch nicht ausreichend und überzeugend ist, nämlich dass ihr die von ihr behaupteten Mehrkosten tatsächlich entstanden sind, da maßgebliche Anspruchsgrundlage für ihr Begehren nach Mehrvergütung § 2 Nr. 3 VOB/B ist. 52

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 15. Oktober 2014 hat der Senat mehrfach darauf hingewiesen, dass es an substantiiertem Vortrag der Klägerin im Hinblick auf die von ihr vorzunehmende Preisfortschreibung bisher fehlt, insbesondere dass die Urkalkulation nicht offen gelegt wurde. Aus diesem Grunde sei der Beweisantritt der Klägerin auf Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens ungeeignet und auf Ausforschung gerichtet. Auch die von der Beklagten vorgelegten Kalkulationsunterlagen der Klägerin, so der Senat weiter, seien ungeeignet, da es sich augenscheinlich nicht um deren Urkalkulation handele, was sich aus dem Datum ergebe. Das von ihr vorgelegte Privat-Gutachten der Firma C sei ebenfalls ungeeignet, weil es sich nicht an der hier maßgeblichen Anspruchsgrundlage des § 2 Abs. 3 VOB/B orientiere, sondern an § 2 Abs. 5 VOB/B und sich vom Bauzeitenplan völlig gelöst habe. Es eigne sich deshalb nicht dazu, substantiiert zu belegen, durch welches Mehr an Arbeit der Klägerin welches Mehr an Kosten entstanden sein könne. 53

Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat hierzu erklärt, die Vorlage der Urkalkulation seiner Mandantin sei unnötig, weil sich deren Klageanspruch infolge von Anfang an 54

angelegter Äquivalenzstörung nicht aus § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern aus § 313 BGB ergebe. Schriftsatznachlass hat die Klägerin nicht beantragt.

- 5. Aus dem vorstehend Ausgeführten ergibt sich zugleich, dass die Klägerin weder die Kosten für das eingeholte Privat-Gutachten erstattet verlangen kann, noch ihr ein Zinsanspruch zusteht. 556
- 6. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 558
- 7. Mangels Vorlage der entsprechenden Voraussetzungen ist die Revision nicht zuzulassen. 590

Streitwert für das Berufungsverfahren: 127.302,36 € 61

--	--	--

 62