

---

**Datum:** 07.06.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 22. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 22 U 45/12  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2016:0607.22U45.12.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 5 O 271/10

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 02.07.2012 (5 O 271/10) unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Klägerin teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 148.802,02 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 13.01.2010 sowie weitere Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 115.698,36 € für die Zeit vom 11.06.2008 bis 08.10.2009 sowie weitere Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 27.627,21 € für die Zeit vom 03.02.2009 bis 08.10.2009 sowie weitere Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 227,28 € für die Zeit vom 01.12.2008 bis 08.10.2009 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 30 % und die Beklagte zu 70 %. Die Kosten der Streithelferin trägt die Klägerin zu 30 %, im Übrigen trägt sie diese selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die gegen sie gerichtete Vollstreckung gegen Leistung eines Betrages in Höhe von 120% des jeweils

beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweils andere Teil vor der Vollstreckung in dieser Höhe Sicherheit leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

<b>Gründe:</b>	1
<b>I.</b>	2
Die Klägerin verlangt als Werkunternehmerin Restwerklohn aus einem Bauvertrag aus dem Jahre 2007, welchen sie mit der beklagten Stadt nach öffentlicher Ausschreibung über den Bau eines Regenklärbeckens und eines Regenwassersammlers in einem Gewerbegebiet in C (mit einem Auftragsvolumen von insgesamt knapp 1 Millionen €) geschlossen hatte. Die Arbeiten wurden von Februar 2008 bis August 2009 ausgeführt und am 19.08.2009 abgenommen. In Streit steht zwischen den Parteien die Abrechnung der Klägerin hinsichtlich einzelner Positionen ihrer Schlussrechnung: Unter dem 08.10.2009 erteilte die Klägerin ihre Schlussrechnung über eine Gesamtsumme von 1.247.017,10 € bzw. unter Anrechnung von Abschlagszahlungen von noch zahlbaren 379.929,74 €. Die Beklagte prüfte die Schlussrechnung und kürzte diese erheblich. Nach außergerichtlichen Verhandlungen blieben zuletzt insgesamt fünf Rechnungspositionen streitig:	3
Unter Position 1.8.20 rechnet die Klägerin ihre Leistungen im Rahmen des Baugrubenverbau bei einem Massenansatz von 788,170 m <sup>2</sup> ab. Streitig ist zwischen den Parteien der Massenansatz (die Menge der abzurechnenden Fläche), den die Beklagte auf 329,256 m <sup>2</sup> kürzte. Bei einem unstreitigen Einheitspreis von 211,86 € errechnet sich daraus eine offene Nettoforderung der Klägerin in Höhe von 97.225,52 €.	4
Mit dem Nachtrag N1 „Rammverbau“ verlangt die Klägerin einen Nettobetrag von 25.613,42 € als Zulage zur Position 1.8.20 mit einem Teilbetrag von 23.088,28 € sowie weiterer 2.660,25 € für die Herstellung einer Rammebene für ein schwereres Rammportal.	5
Mit Nachtrag 5 „Behinderung“ verlangt die Klägerin (netto) 27.808,49 € wegen eines zeitweiligen Baustopps, für den sie die Beklagte verantwortlich macht: Mit Schreiben vom 09.07.2008 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 18.07.2008 zur Zahlung eines Mindestbetrages von 125.000,00 € (netto) zu ihrer dritten Abschlagsrechnung vom 03.06.2008 über 352.692,09 € auf und kündigte die Arbeitseinstellung an. Nachdem die Beklagte die Zahlung verweigert hatte und auch ein Vergleichsgespräch gescheitert war, stellte die Klägerin am 04.08.2008 die Arbeiten ein und zeigte Behinderung an. Schließlich einigten sich die Parteien auf eine Zahlung von 75.000,00 €, worauf die Klägerin die Arbeiten am 26.08.2008 wieder aufnahm.	6
Mit Nachtrag 11 „Materialverluste“ verlangt die Klägerin 26.039,06 € (netto) für Mehrkosten infolge von Materialverlusten, die ihr durch das Rammen bei den Verbauarbeiten zusätzlich entstanden sind.	7
Mit Nachtrag 3 zu Position 3.3.3.150 der Schlussrechnung verlangt die Klägerin für das Aufnehmen, die Lagerung und den Wiedereinbau von Bordsteinen bei einer unstreitig ausgeführten Menge von 39,54 m einen Einheitspreis von 52,36 €, den die Beklagte auf 31,72 € kürzte. Hierfür verlangt die Klägerin als Differenzbetrag 747,70 € (netto).	8

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Position 1.8.20 sei auf der Grundlage der DIN 18304 und nicht der DIN 18303 abzurechnen. Es sei nicht nur die Sichtfläche des Verbaus, sondern der gesamte Verbau bis zur tatsächlichen Einbindetiefe von 14,65 m abrechenbar.

Die Klägerin hat behauptet, ihr seien zu Nachtrag N 1 die abgerechneten Mehrkosten entstanden, weil sie wegen der höheren Rammtiefe anstelle eines von ihr kalkulierten Rammgerätes ein 50 t-Rammgerät mit einem 100 t-Hammer habe einsetzen müssen. Nach den Vorgaben der Leistungsbeschreibung habe sie ein leichteres Rammgerät kalkuliert. Erst während der Arbeitsvorbereitungen für das Regenklärbecken sei festgestellt worden, dass die Baugrundsondierungen im Bodengutachten nicht bis zur Tiefenlage des geplanten Regenklärbeckens durchgeführt worden seien. Dadurch sei eine höhere Einbindetiefe für die Spunddielen bis auf 15 m erforderlich geworden. Die Ausführung des Baugrubenverbaus unter Berücksichtigung einer höheren Einbindetiefe sei von Mitarbeitern der Beklagten auch angesichts des Baugrundrisikos angeordnet worden. 10

Zu Nachtrag N 5 hat die Klägerin die Auffassung vertreten, sie sei wegen unberechtigter Kürzung ihrer Abschlagsrechnung durch die Beklagte um 198.629,76 € zur Einstellung der Bauarbeiten berechtigt gewesen. 11

Die Klägerin hat zu Nachtrag N 11 behauptet, sie sei bei den Rammarbeiten auf wesentlich höhere Rammwiderstände gestoßen als erwartet. Das habe zu Beschädigungen an den Dielenschlössern und den Dielen selbst geführt. 12

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 13

an sie (die Klägerin) 211.146,69 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB seit dem 13.01.2010, 14

nebst weiterer Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 122.838,67 € für die Zeit vom 11.06.2008 bis 08.10.2009, 15

nebst weiterer Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 27.808,49 € für die Zeit vom 03.02.2009 bis 08.10.2009 sowie 16

nebst weiterer Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 747,70 € für die Zeit vom 01.12.2008 bis 08.10.2009 17

zu zahlen. 18

Die Beklagte und die Streithelferin haben beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Die Beklagte hat insbesondere die Abrechnung der Position 1.8.20 für fehlerhaft gehalten, weil ihres Erachtens die Abrechnung nach Sichtfläche zu erfolgen hat. Auch die weiteren Positionen seien aus tatsächlichen oder aus Rechtsgründen nicht gerechtfertigt. Insoweit wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 21

Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens die Beklagte mit Urteil vom 07.02.2012 (Bl. 222 ff. d.A.), auf das wegen der Feststellungen und 22

aller weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 115.925,64 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 13.01.2010 sowie weitere Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 115.698,36 € für die Zeit vom 11.06.2008 bis 08.10.2009 sowie aus einem Betrag von 227,28 € für die Zeit vom 01.12.2008 bis 08.10.2009 zu zahlen. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, die Abrechnung des Verbaus habe ausgehend von den gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. I in Anlehnung an die DIN 18304 auf der Grundlage der tatsächlich ausgeführten Massen zu erfolgen, mithin nach tatsächlicher Einbindetiefe des Verbaus und nicht nach Sichtfläche. Dem Nachtrag N 5 habe allerdings keine berechtigte Arbeitseinstellung zugrunde gelegen, der Klägerin sei ein Baustopp aus Gründen der Kooperationspflicht nicht gestattet gewesen.

Hiergegen wendet sich zunächst die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Ziel der Klageanweisung wegen Position 1.8.20 weiterverfolgt. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Streithelferin schließt sich den Ausführungen der Beklagten sowie ihrem Rechtsschutzziel an. 23

Die Beklagte und ihre Streithelferin rügen insbesondere, das Landgericht habe zu Unrecht eine Beweisaufnahme über eine Rechtsfrage durchgeführt. Die Auslegung der einschlägigen ATVs 18.303 und 18.304 ergebe eindeutig, dass im Streitfall ausschließlich nach Sichtfläche abgerechnet werden müsse; ausschließlich DIN 18.303 betreffe den so genannten temporären Verbau, wohingegen DIN 18.304 den so genannten verlorenen Verbau betreffe; hieraus folge, dass der im Streitfall gewählte Spundwandverbau ausschließlich nach DIN 18.303 abzurechnen. Jedenfalls aber habe das Landgericht das Gutachten des Sachverständigen fehlerhaft gewürdigt weil die Annahme, der Klägerin sei durch die Leistungsbeschreibung die Verwendung von Spundwand-Bohlen vorgegeben worden, nicht zutrefe und dies einem Bieter auch insbesondere aufgrund des in der Leistungsbeschreibung angegebenen Vordersatzes von 630 m<sup>2</sup> ersichtlich gewesen sei. Im übrigen habe das Landgericht zu Unrecht einen Antrag der Beklagten sowie der Streithelferin auf persönliche Anhörung des Sachverständigen übergangen. 24

Die Beklagte beantragt, 25

die Klage unter Abänderung des Urteils vom 07.02.2012 abzuweisen 26

Die Klägerin beantragt, 27

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und 28

im Wege der Anschlussberufung, das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, 29

an sie (die Klägerin) 210.896,27 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB seit dem 13.01.2010, 30

nebst weiterer Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 122.838,67 € für die Zeit vom 11.06.2008 bis 08.10.2009, 31

nebst weiterer Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 27.808,49 € für die Zeit vom 32

03.02.2009 bis 08.10.2009 sowie

nebst weiterer Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 227,28 € für die Zeit vom 01.12.2008 bis 08.10.2009 33

zu zahlen. 34

Die Beklagte und ihre Streithelferin beantragen, 35

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen. 36

Mit der Anschlussberufung wendet sich die Klägerin gegen die Abweisung der Positionen gemäß Nachtrag N1, N5 und N 11 in Höhe von insgesamt 94.558,55 €. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, die Beklagte verteidigt insoweit das erstinstanzliche Urteil nach Maßgabe ihrer Berufungserwiderung. 37

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen. 38

**II.** 39

Das angefochtene Urteil war im oben ersichtlichen Umfang auf die Anschlussberufung der Klägerin abzuändern, wohingegen die Berufung der Beklagten keinen Erfolg hat. 40

A. 41

Die Berufung der Beklagten ist in dem Umfang, den diese ausweislich der Klarstellung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 01.07.2012 hat, nicht begründet. 42

I.) 43

Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte insbesondere gegen den geltend gemachten und vom Landgericht zuerkannten Rest-Werklohnanspruch der Klägerin für den Verbau gemäß Pos. 1.8.20 der Schlussrechnung in Höhe von brutto 115.698,37 €. 44

1. 45

Der Anspruch der Klägerin auf Werklohnzahlung hinsichtlich des Verbaus der Baugrube basiert insoweit auf dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag vom 17.12./17.09.2007 i.V.m. § 631 BGB i.V.m. § 2 Nr. 1 VOB/B (2006) sowie dem Leistungsverzeichnis der Klägerin (zu Pos. 1.8.20). 46

2. 47

Die Klage ist insoweit auch der Höhe nach berechtigt. Der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung seiner Leistung richtet sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, § 2 Nr. 1 VOB/B. Aus dem Vertrag ergibt sich auch, wie die Vergütung zu berechnen ist (Einheitspreise, Pauschalpreise, Stundenlohn usw.). Die konkrete Preisvereinbarung zur Position 1.8.20 ist zwischen den Parteien unstrittig, soweit der Einheitspreis (211,86 €) betroffen ist. Hingegen strittig ist die Vergütung hinsichtlich der Frage, wie die nach Einheitspreis abzurechnende Menge zu ermitteln ist. Die Klägerin setzt insgesamt eine Fläche von 788,170 m<sup>2</sup> an, die Beklagte erkennt nur 329,256 m<sup>2</sup> an. Denn die Klägerin legt die gesamte Fläche des verwendeten Verbaus zugrunde, also auch die Menge all dessen, 48

was „im Boden verschwindet“ (bis zu einer Einbindetiefe von 14,65 m). Die Beklagte akzeptiert aber nur die Abrechnung der sogenannten Sichtfläche (ca. 7 m). Das Landgericht hat sich insoweit der Einschätzung der Klägerin auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme angeschlossen. Dies lässt im Ergebnis Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten nicht erkennen.

a. 49

Einschlägig für die Abrechnungsweise sind die §§ 2 Nr. 2, 14 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B i.V.m. den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) der VOB/C und DIN 18.304. Zu Unrecht machen hingegen die Beklagte und ihre Streithelferin insoweit geltend, es sei stattdessen nach den Bestimmungen der DIN 18.303 abzurechnen. Die Abrechnungsbestimmungen in den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen bringen zum Ausdruck, was im Baugewerbe üblich ist (vgl. Locher in Ingenstau/Korbion, VOB § 14 Abs. 2 Rn. 18). In Betracht kamen insoweit die ATV DIN 18299 „Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art“, die ATV DIN 18303 „Verbauarbeiten“ bzw. die ATV DIN 18304 „Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten“. Diese Normen enthalten Vorschriften über die Abrechnung von Bauleistungen auch insoweit, als es um die für die Preisberechnung als Grundlage dienende ansatzfähigen Mengen und Massen geht. DIN 18.303 lässt eine Abrechnung nur der sogenannten Sichtfläche zu (siehe Ziffer 5.1 a.E.), die DIN 18.304 sieht hingegen keine solche Beschränkung vor. Dort heißt es vielmehr, das Einbringen werde nach den vereinbarten Einbringtiefen abgerechnet (Ziffer 5.1). 50

b. 51

Soweit die in diesen ATV enthaltenen Vorschriften über die Abrechnung einschlägig sind, handelt es sich der Sache nach um Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. BGH Urteil vom 17.06.2004 – VII ZR 75/03 - BauR 2004, 1438 ff.), die der Senat im Sinne des Verständnisses der Klägerin auslegt. 52

Die Bestimmungen sind insoweit nach den hierfür entwickelten Grundsätzen auszulegen, d.h. so, wie sie an den geregelten Geschäften typischerweise beteiligte Verkehrskreise verstehen können und müssen (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 2004 - XI ZR 14/03 m.w.N., zur Veröffentlichung vorgesehen). Dabei kann eine Differenzierung nach unterschiedlichen Verkehrskreisen geboten sein (Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 5 Rdn. 16 m.w.N.). Werden die ATV in Verträgen zwischen Bauunternehmern vereinbart, so ist das den Wortlaut sowie den Sinn und Zweck der Regelung berücksichtigende, redliche Verständnis der Vertragspartner des Baugewerbes maßgebend (BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – VII ZR 75/03 –, juris). 53

Dass allerdings die Beklagte oder ihre Streithelferin schlüssig und substantiiert behauptet hätten, die von ihnen favorisierte Abrechnungsmethode sei in der Tiefbaubranche verkehrsblich und/ oder im Baugewerbe würden die ATV 18.303, 18.304 in dem jeweils von ihr vertretenen Sinn verstanden (so war es im Falle des vorgenannten BGH-Urteils), ist nicht ersichtlich. Insbesondere die knappe Behauptung einer „ganz herrschenden Ansicht“ (Bl. 60 d.A.) bezieht sich erkennbar bloß auf den VOB/C-Kommentar von Englert und das aus dieser Kommentarfundstelle abgeleitete Verständnis der Beklagten und ihrer Streithelferin von Wortlaut und Systematik der Bestimmungen der DIN 18.303 bzw. 18.304. Der Vortrag der Beklagten und ihrer Streithelferin lautet in der Berufung im Übrigen, dass die Auslegung eine „reine Rechtsfrage“ sei (Bl. 298, 302, 391 d.A.), woraus folgt, dass eine rein tatsächliche ständige Übung der Baubranche nicht dargetan werden soll. Die Berufungsbegründung der Beklagten stützt sich insoweit nicht auf eine allgemeine Handhabung/ Lesart der Baubranche, 54

sondern auf die eigene Auslegung und (insoweit wie schon in erster Instanz) auf den VOB/C-Kommentar Englert/ Katzenbach/ Motzke, VOB/C, DIN 18.303 – Rdn. 45, der allerdings selbst nicht erkennbar in Anspruch nimmt, das allgemeine Verständnis der Baubranche zwischen den beiden vorgenannten DIN-Normen darzustellen

Auch das landgerichtliche Urteil hat, insoweit entgegen der Annahme der Klägerin, keine entsprechende „Verkehrssitte“ festgestellt (Bl. 323 d.A.). Das Landgericht hat zu der Frage, ob die Baubranche nach der einen oder der anderen DIN abzurechnen pflege bzw. wie die Baubranche die Einschränkung des Geltungsbereiches am Ende von Ziffer 1.3 DIN 18.303 interpretiere, keine Feststellungen getroffen (vgl. Seiten 6 – 8 des Urteils). Solche Feststellungen sind mangels entsprechenden Vortrages und aufgrund des Umstandes, dass die Vorschriften mit Hilfe der gutachterlichen Feststellungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen I auch durch den Senat ausgelegt werden können, nicht veranlasst. Auch die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. I liefern keinen Hinweis darauf, dass es insoweit ein gängiges und verkehrübliches Verständnis der Baubranche hinsichtlich der hier interessierenden Frage gäbe. 55

c. 56

Die genannten technischen Vorschriften sind von daher nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Insoweit ist den Beklagten und ihrer Streithelferin zwar zuzugeben, dass es sich um eine Rechtsfrage handelt. Diese indessen kann der Senat insbesondere unter Rückgriff auf die gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. I ohne Weiteres selbst vornehmen. Nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck ergibt sich, dass auf Spundwandverbau wie den in Pos. 1.8.20 abgerechneten nicht die DIN 18.303, sondern die DIN 18.304 anzuwenden ist, sofern diese Verbauart durch den Auftraggeber vorgegeben wurde, wie auch im Streitfall (dazu s.u. d.). Dieses bereits vom Landgericht zugrunde gelegte Verständnis der Klägerin ist zutreffend. Das landgerichtliche Urteil lässt relevante Rechtsfehler insoweit nicht erkennen. 57

(1) Nach ihrem klaren Wortlaut gilt die DIN 18.303 im Grundsatz zwar vor allem für vorübergehenden Verbau (Ziffer 1.1), allerdings nicht für bestimmte (vom Grundsatz eigentlich erfasste) Verbauarten, wenn und soweit diese Verbauart vom Auftraggeber vorgegeben ist (Ziffer 1.3). Letzteres betrifft namentlich auch Spundwände. 58

Nach Lesart der Beklagten und ihrer Streithelferin muss der Ausschlussbestand von Ziffer 1.3 der DIN 18.303 am Ende hingegen einschränkend dahingehend verstanden werden, dass eine Abrechnung nach DIN 18304 nur dann anstelle der Abrechnungsweise gemäß DIN 18.303 erfolge, sofern auch diese vorgegebene Verbauart im Boden verbleibe (vgl. Bl. 394 d.A.). Dies ist indes mit dem Wortlaut nicht vereinbar, weil dieser dann teilweise keinen Sinn ergäbe. Insbesondere wäre nicht erkennbar, weshalb es der einschränkenden Ziffer 1.3 der DIN 18.303 überhaupt bedürfen sollte. Denn entweder sind Spundwände dauerhaft eingebaut und verbleiben im Boden. Dann unterfallen sie (nach Lesart der Beklagten) ohnehin nicht Ziffer 1.1.. Oder aber sie sind/waren (wie im Streitfall) nur temporär verbaut. Dann würden sie aber von Ziffer 1.1 erfasst, ohne dass es eines einschränkenden Zusatzes bedürfte, da Ziffer 1.1 die Begrenzung auf temporären Verbau bereits enthält. Im Ergebnis würde daher die Interpretation der Beklagten und ihrer Streithelferin dazu führen, dass der Einschränkung bezüglich einer auftraggeberseits erfolgten Vorgabe in Ziffer 1.3 DIN 18.303 kein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibe. Dies erachtet der Senat als nicht überzeugend. 59

Auch der Sachverständige Prof. Dr. I verblieb im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 26.04.2016 auf erneute Nachfrage durch den Senat und unter Konfrontation mit der 60

abweichenden Ansicht der Beklagten dabei, dass nach seiner Einschätzung dieses Verhältnis der beiden DIN-Vorschriften zutreffe (Bl. 619 d.A.).

Soweit das Oberlandesgericht Koblenz mit Urteil vom 23.04.2004 – 10 U 561/01 – BauR 2004, 717 ff., ebenfalls nach entsprechender sachverständiger Beratung, festgestellt hat, dass sich aus dem (dort) vereinbarten Rammverfahren der Ausschluss von DIN 18.303 und die Zuordnung zu DIN 18.304 ergebe, folgt hieraus für den Streitfall nichts Anderes: Auch das Oberlandesgericht Koblenz geht davon aus, dass die ohne eine spezielle Abrechnungsbestimmung maßgebliche Vorschrift der DIN 18304 (Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten) der DIN 18303 (Verbauarbeiten) gemäß Abschnitt 1.3 der DIN 18303 vorgehe. Das OLG Koblenz schließt dies in der genannten Entscheidung aus der Auslegung dieser Norm. Diese nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck auszulegen entspricht indessen auch der Entscheidung des Senats. Ob in einem konkreten Streitfall allerdings ein Ausnahmetatbestand durch „Vorgabe“ einer bestimmten Verbauart eingreift, ist eine andere Frage, die im Streitfall allerdings anders zu beurteilen ist als in dem durch das Oberlandesgericht Koblenz entschiedenen Fall (s.u.). Insoweit liegt auch keinerlei relevante Divergenz zwischen der Entscheidung des Senats im Streitfall zu dem Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz vor.

61

(2) Ohne Überzeugungskraft schließen die Beklagte und ihre Streithelferin regelungssystematisch aus dem Nebeneinander der beiden ATVs 18.303 und 18.304, dass hier ein Exklusivitätsverhältnis der Normen bestehe(n müsse): temporärer Verbau werde in DIN 18.303 geregelt (und nur dort), wohingegen verlorener Verbau nach DIN 18.304 (und nur danach) erfasst werde.

62

Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. So regelt insbesondere Ziffer 5.1. der DIN 18.304 auch das „Vorhalten“ von Spundbohlen, was aber keinen Sinn ergäbe, wenn durch DIN 18.304 ausschließlich dauerhafter Verbau erfasst wäre. Daraus folgt, dass DIN 18.304 nicht allein und ausschließlich dauerhaften Verbau betreffen muss, sondern Raum für hiernach abzurechnenden temporären Verbau bleibt, wobei nahezu zwangsläufig gerade derjenige temporäre Verbau in Betracht zu ziehen ist, der aufgrund gerade der oben genannten Ausnahmen in DIN 18.303 Ziffer 1.3 nicht unter diese fällt.

63

Des Weiteren weist die Beklagte darauf hin, dass die DIN 18.304 bestimmte Anforderungen an die Gestaltung der Ausschreibung regele, die bereits zeige, dass sich diese DIN allein auf den verlorenen Verbau beziehe (Bl. 300 d.A.). Auch das ist nicht überzeugend. Denn es ist unerheblich, dass die DIN 18.304 zweifelsohne (auch) auf der Sache nach verlorenen Verbau anzuwenden ist. Daraus folgt allerdings nicht im Umkehrschluss, dass es sich somit um die einzige DIN handeln muss, die verlorenen Verbau betreffen kann und ebenso wenig, dass temporärer Verbau nach dieser DIN nicht abgerechnet werden könnte.

64

(3) Auch aus Sinn und Zweck der verschiedenen ATV 18.303 und 18304 lässt sich nichts Anderes ableiten. Soweit die Beklagte auf Sinn und Zweck der Regelungen der DIN hinweist, geht sie in der Sache lediglich auf deren Wortlaut und Regelungssystematik ein, nennt hingegen keine überzeugenden Argumente dafür, weshalb gerade der Sinn und Zweck der DIN für eine andersartige Auslegung sprechen sollte.

65

Insoweit liefert vielmehr die Begutachtung durch den Sachverständigen Prof. Dr. I eine sinnvolle Erklärung: Nach den gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. I (Bl. 124 d.A.) spricht alles dafür, dass eine Abrechnung nach DIN 18.303 (im Falle der Freiheit des Auftragnehmers, welche Verbauart er wählt) der Planungssicherheit des Auftraggebers dienen soll. Dieser solle stets wissen, was abgerechnet werden wird, auch

66

wenn die konkrete Verbauart noch vom Auftragnehmer zu bestimmen ist. Der Bauherr bedarf einer solchen Planungssicherheit allerdings dann nicht, wenn er selbst dem Auftragnehmer die konkrete Verbauart vorgibt, Ziffer 1.3 a.E., weshalb es letztlich vor allem auf die Frage ankommt, ob die Beklagte der Klägerin eine entsprechende Vorgabe gemacht hat.

Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass die Interessen der Auftraggeberin/ Bauherrin durch diese Interpretation unverhältnismäßig eingeschränkt oder sinnwidrig hintangestellt würden. Wie der Sachverständige Prof. Dr. I im Termin zur mündlichen Verhandlung nämlich ausgeführt hat, wäre es durchaus möglich gewesen, die Ausschreibung so zu gestalten, dass in dieser unabhängig von der nach allgemeinen Grundsätzen jeweils einschlägigen DIN eine Abrechnungsweise nach Sichtfläche – ausdrücklich - vorgegeben würde, wenn es dem Auftraggeber denn auf eine solche Abrechnungsweise ankommt (Bl. 620 d.A.). Es bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung darüber, weshalb eine solche ausdrückliche Vorgabe einer bestimmten Abrechnungsweise nicht erfolgt ist. Vielmehr muss sich die Beklagte mangels einer solchen Klarstellung die Abrechnung nach den allgemeinen Grundsätzen der DIN 18.303, 18.304 entgegenhalten lassen. 67

d. 68

Soweit eine Abrechnung von Spundwandverbau nach Einbindetiefe nach diesen allgemeinen Grundsätzen nur im Falle einer Vorgabe im Sinne von DIN 18.303 Ziffer 1.3 a.E. in Betracht kommt, ist eine solche Vorgabe durch die Beklagte im Streitfall erfolgt. 69

Gegen diese Feststellung des Landgerichts wenden sich die Beklagte und ihre Streithelferin im Ergebnis ohne Erfolg. 70

(1) Im Sinne einer direkten bzw. ausdrücklichen Anweisung in der Leistungsbeschreibung hat die Beklagte der Klägerin zwar nicht vorgegeben, Spundwandverbau anzuwenden. Der Senat verkennt insoweit nicht, dass die Leistungsbeschreibung zur Durchführung der Verbauarbeiten in Titel 1.8 (Baugrubenverbau) vielmehr lautete, die Art des Einbringens der Baugrubenumschließungswände sei dem Auftragnehmer im Rahmen der vom Auftraggeber ausgeschriebenen Verbauarten nach DIN 4124 „freigestellt“ (Bl. 2 AH 2). In gleicher Weise heißt es konkret zu Position 1.8.20 „Baugrubenverbau nach Wahl des Auftragnehmers als senkrechter wasserdichter Baugrubenverbau ... einbringen ...“. Die gewählte Verbauart war auf die Ausschreibung vom Bieter einzutragen, die Klägerin entschied sich für Spundwandverbau. 71

(2) Diese Entscheidungsfreiheit war allerdings im Streitfall, wie sich aus den Feststellungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. I ergibt, auf Null reduziert. Insoweit leiten die Beklagte und ihre Streithelferin aus der Leistungsbeschreibung ohne Erfolg ab, dass eine Vorgabe an die Klägerin nicht erfolgt sei. Denn mit Recht stellt das Landgericht fest, dass eine Vorgabe im Sinne der DIN 18.303 dadurch erfolgt ist, dass die Beklagte der Klägerin (bzw. allen Bietern) über die in der Leistungsbeschreibung enthaltene Beschreibung der Beschaffenheit der geforderten Leistung implizit die auch von ihr gewählte Verbauart vorgegeben hat, weil nach dem Horizont eines verständigen Bieters eine andere Verbauart als Spundwandverbau nicht ernstlich in Betracht zu ziehen war und die Beklagte dem Auftragnehmer damit faktisch eine bestimmte Verbauart vorgegeben hat. 72

In Begründung wie Ergebnis ist diese vom Sachverständigen zugrunde gelegte Interpretation des Begriffs der „Vorgabe“ im Sinne der DIN 18.303 überzeugend: Es kann nicht ausschlaggebend sein, ob einem Auftraggeber zwar formal die Freiheit gelassen wird, sich zwischen verschiedenen technischen Möglichkeiten frei zu entscheiden, wenn gleichzeitig die 73

Konditionen der Leistungsbeschreibung so angelegt sind, dass letztlich nur eine Entscheidung wirklich ausschreibungskonform ist. Bei Ausschreibungen nach der VOB/A ist aber für die Auslegung der Leistungsbeschreibung die Sicht der möglichen Bieter als Empfängerkreis maßgebend (BGH, Urteil vom 22. April 1993 – VII ZR 118/92 –, juris). Mit dem Sachverständigen geht der Senat davon aus, dass man aus der Sicht der Praxis im Rahmen eines ernst zu nehmenden Angebots nur Spundwände anbieten konnte. Ausgehend hiervon erachtet der Senat auch eine solchermaßen faktisch erfolgte Vorgabe als „Vorgabe“ im Sinne von Ziff. 1.8.3 der DIN 18.303.

Die Beweisaufnahme hat insoweit vollumfänglich bestätigt, dass eine solche *faktische* Vorgabe jedenfalls vorliegt (Bl. 123 f. d.A.). Der Sachverständige Prof. Dr. I hat überzeugend die vertraglichen Bestimmungen hinsichtlich ihrer technischen Auswirkungen analysiert und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin nach der Leistungsbeschreibung zwar formal die Entscheidungsfreiheit besaß, welche Verbauart sie wählen wollte, dass aber die Leistungsbeschreibung so angelegt war, dass letztlich nur der Spundwandverbau die Kriterien der Leistungsbeschreibung widerspruchsfrei erfüllte. Dies schließt er in überzeugender Weise aus vor allem zwei Kriterien, nämlich der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Vorgabe der Rückbaufähigkeit und der ebenfalls vorgegebenen Wasserdichtigkeit des Verbaus. So schließt der Sachverständige (Bl. 123 d.A.) aus der Rückbauverpflichtung, die in den Vorbemerkungen Pos. 1.8 (Bl. 1 AH 2), sowie in Pos. 1.8.20 selbst vorgesehen ist, dass permanent im Boden verbleibende Verbauarten von vornherein ausschieden. Dies überzeugt ohne Weiteres, denn selbst wenn eine Anweisung zum dauerhaften Verbleibenlassen *später* in der Bauphase erfolgt wäre, hätte die Klägerin dies nicht von vornherein voraussetzen können. 74

Die Einwände, die die Beklagte und ihre Streithelferin hiergegen erhoben haben, überzeugen im Ergebnis nicht. Der Sachverständige hat sich mit diesen Einwänden auseinandergesetzt und ist im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 26.04.2016 vor dem Senat bei seiner Einschätzung geblieben. Im Einzelnen: 75

(a) Die Klägerin und ihre Streithelferin haben eingewandt, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass „kein vollständiger Rückbau des Verbrauchs ausgeschrieben sei, dass kein wasserdichter Verbau für die komplette Maßnahme vereinbart und eingebaut worden sei und dass zahlreiche Elemente für verschiedene Verbauarten in den Ausschreibungsunterlagen angegeben“ seien, müsse der Sachverständige seine Auffassung überdenken (Bl. 153). Des Weiteren sei auch durch die Klägerin gar kein wasserdichter Spundwandverbau komplett eingebaut worden (Bl. 152 d.A.). Ferner habe der Sachverständige fälschlich angenommen, dass der Vordersatz von 630 m<sup>2</sup> im Leistungsverzeichnis um den Faktor 1,9 höher sei als die sichtbare Verbaufäche (Bl. 153-154, 203 d.A.). Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass die Verbauchse 100 m betrage, was auf eine sichtbare Verbaufäche von 630 m<sup>2</sup> schließen lasse (Bl. 154 d.A.; AH II Faltplan). 76

Im Ergebnis führt dies nicht zu durchgreifenden Zweifeln an der Vorgabe wasserdichten Verbaus. Der Sachverständige hatte bereits im ursprünglichen Gutachten sowie im schriftlichen Ergänzungsgutachten angegeben, dass die Mengenangabe 630m<sup>2</sup> nur eine von der Beklagten vorgeschätzte Größenordnung ist (Bl. 163 d.A.), wobei die Beklagte aber das Mengenrisiko trage. Daraus folgt aber letztlich, dass sich aus Bietersicht daraus auch keinerlei belastbarer Rückschluss auf die Art und Weise des Aufmaßes ergibt, jedenfalls nicht auf ein Aufmaß nach Sichtfläche. 77

Zwar ist der Sachverständige in der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens von seiner zunächst zugrunde gelegten Betrachtung, dass *gerade der Vortrag der Beklagten dafür* 78

spreche, dass die in dieser Position 1.8.20 anzusetzende Verbauachse ca. 54 m betrug und nicht ca. 100 m (Bl. 165 d.A. unten) abgerückt, soweit er sich mit der ihm durch die Streithelferin vorgehaltenen Zeichnung (Plan BK 501) auseinandergesetzt hat. Der Sachverständige hat insoweit allerdings nicht, wie die Streithelferin nunmehr vorträgt (Bl. 643 d.A.) erklärt, dass „aus dem Vordersatz, der Länge des Verbaus bzw. der sich daraus ergebenden Fläche auf die abzurechnende Fläche zu schließen“ sei. Vielmehr hat er erklärt, es sei eine Rechtsfrage, ob hieraus gegebenenfalls eine andere Abrechnungsweise als die nach DIN 18.304 folgen könne (Bl. 622 f. d.A.), bei Annahme einer Länge von 109 m könne die Zahl von 630m<sup>2</sup> immerhin ein Indiz für das Verständnis des Ausschreibenden sein (Bl. 622 d.A.) und dass es „*durchaus möglich*“ sei, aus dem Vordersatz auf die abzurechnende Menge zu schließen. Damit hat der Sachverständige aber nicht, wie die Streithelferin offensichtlich meint, erklärt, man *müsse* von dem Vordersatz auf die Abrechnungsweise schließen. Vielmehr *kann* ein solcher Schluss erfolgen, wenn und soweit man die Länge der Verbauachse im Sinne der Ausführungen der Beklagten und ihrer Streithelferin unterstellt und eine entsprechende Überprüfung der Berechnungsweise der Ausschreibung vornimmt.

Allerdings misst der Senat zum einen einem solchen Indiz allenfalls untergeordnete und im Streitfall nicht entscheidende Bedeutung bei. Denn es bleibt dabei, dass die Angabe von 630m<sup>2</sup> letztlich nichts als eine Schätzung des Auftragsgebers ist, den aber weiterhin, wie der Sachverständige erläuterte, das Mengenrisiko trifft. Beide Punkte hat der Sachverständige im Termin vom 26.04.2016 ausdrücklich bestätigt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es Aufgabe des Bieters wäre, sich erst durch Rückrechnung aus Vordersätzen in Verbindung mit Plänen zu erschließen, wie die von der einschlägigen DIN abweichende Berechnungsweise des Auftraggebers ist, wenn dieser sich nicht veranlasst sieht, seine Berechnungsweise klar darzustellen und dem Bieter für die Abrechnung vorzugeben. 79

Abgesehen davon kann aber auch in der Sache nicht nachvollzogen werden, dass der Plan BK 501, der unstreitig bei der Ausschreibung die farblich besonders hervorgehobenen Eintragungen über den Verlauf der Baugrubenlinie nicht enthielt, gerade die Position 1.8.20 bzw. 1.8.30 der Leistungsbeschreibung, nicht aber Pos. 1.8.10 enthielte und deshalb überhaupt als Beleg für die Abrechnungsweise für einen Bieter erkennbar gewesen sein sollte. Vielmehr ist allein der klägerische Vortrag anhand der vorgelegten Pläne und Leistungsbeschreibungen nachvollziehbar, dass die Zeichnung BK 501 (Anlage K 8) *alle* Verbaupositionen betraf und nicht lediglich die streitgegenständliche. Eintragungen in diesem Plan, dass eingezeichnete Verbauachsen einer bestimmten Abrechnungsposition zuzuordnen sein sollten, gab es unstreitig nicht (insbesondere nicht die Roteintragungen gemäß Bl. 22 in AH II). Dem ist auch die Streithelferin nicht überzeugend mit Schriftsatz vom 24.05.2016 entgegengetreten. Darin nämlich hat sie nicht etwa in Abrede gestellt, dass die Zeichnung BK 501 sämtliche Verbaupositionen betrifft. Sie hat vielmehr darauf hingewiesen, dass innerhalb der von der Klägerin nunmehr rot eingetragenen Linien (Bl. 638 d.A.) Linien auch mehrere Schachtbauwerke eingetragen seien. Die Relevanz dieses Hinweises auf Schachtbauwerke ist nicht ersichtlich. Denn die Klägerin bezieht sich ausdrücklich auf Farbmarkierungen, die dem entsprechen, was nach den Roteintragungen der Streithelferin (AH II Bl. 22) eine Linie von 109m ergeben soll, die aber letztlich nicht den gesamten wasserdichten Verbau betrifft (insoweit nur ca. 54m), sondern nur den Rohrgrabenverbau. Letzterer wäre dementsprechend Position 1.8.10 zuzuordnen. Der Vortrag der Streithelferin und der Beklagten ist damit hinsichtlich ihrer eigenen Berechnungsweise in sich unlogisch und unplausibel. Denn sie bleibt die Erklärung dafür schuldig, weshalb Bieter zwar die gesamte Linie von 109m dem wasserdicht ausgeschriebenen Verbau hätten zuordnen sollen, während ersichtlich nicht der gesamte Bereich wasserdicht zu verbauen war, sondern nur der unter Pos. 1.8.20 abgerechnete. Soweit aus dem Plan eine Verbauachse von 109m erkennbar 80

gewesen ist, musste ein Bieter davon ausgehen, dass nicht diese gesamte Achse wasserdicht ausgeführt werden und damit Position 1.8.20 unterfallen sollte. Dann aber belegt gerade die Argumentation von Beklagter und ihrer Streithelferin, dass ein Bieter sogar aus dem Vordersatz eher auf eine Abrechnung nach Einbindetiefen schließen musste. Er hatte dann nämlich einen deutlichen Anhaltspunkt dafür, dass die wasserdicht auszuführende Verbauachse deutlich kürzer als 109 m sein sollte. Auf dieses objektiv gerechtfertigte Verständnis eines sorgfältigen Bieters ist abzustellen.

Schlussendlich ist auch darauf hinzuweisen, dass auch die seitens der Klägerin zur Abrechnung gelangte Fläche von ca. 788 m<sup>2</sup> nicht etwa doppelt so groß ist wie der Vordersatz von 630 m<sup>2</sup>. Dies vertritt ohne Überzeugungskraft die Streithelferin und allein diese Folgerung des Sachverständigen (Bl. 622, 623 d.A.) erachtet der Senat nicht als logisch bzw. jedenfalls als missverständlich. Denn der Sachverständige hatte sich bei seiner diesbezüglichen Folgerung erkennbar darauf bezogen, dass – bei Unterstellen einer Bauachse von 109m Länge (!) – die in der Schlussrechnung abgerechnete Menge auf einer *nur halb so langen* Bauachse basierte und – von daher - doppelt so groß war wie ausgeschrieben. In diesem Sinne hatte auch die Streithelferin argumentiert. Das ist aber ein Trugschluss: es ist im Gegenteil so, dass die Beklagte nur noch die Hälfte der von ihrem Vordersatz erfassten Fläche akzeptieren möchte (ca. 329 m<sup>2</sup> ./ 630m<sup>2</sup>). Dies passt zu der oben genannten Überlegung, dass sich die von der Streithelferin genannte Verbauachse eben nicht auf den wasserdichten Verbau bezog (Pos. 1.8.20), sondern auf den gesamten Verbau (1.8.10 und 1.8.20).

81

Aus der Gesamtschau aus Leistungsverzeichnis und Plan BK 501 musste ein Bieter sich jedenfalls nicht eine der Kalkulation der Beklagten für ihren Vordersatz gegebenenfalls zugrunde gelegte Berechnungsweise nach Sichtfläche entgegenhalten lassen. Vielmehr überwiegen sogar die Indizien, dass dieser Vordersatz geeignet war, den gegenteiligen Eindruck zu verstärken.

82

(b) Soweit die Beklagte einwendet, die Leistung hätte im Falle einer beabsichtigten Abrechnungsweise nach DIN 18.304 anders ausgeschrieben werden müssen, da die Klägerin nicht die erforderlichen Angaben entsprechend der DIN zur Ausführung des Verbaus gehabt habe (Bl. 154 d.A.), ist dies nicht nachvollziehbar.

83

Weil und soweit der Spundwandverbau der Sache nach vorgegeben war, konnte die Klägerin ihre Leistungen auf die Ausschreibung hin anbieten und hat sie angeboten. Darüber, wie die Klägerin ihre Urkalkulation gestaltet hat, ist sie insoweit der Beklagten keine Rechenschaft schuldig. Auch der Sachverständige hat hierzu lediglich erklärt, er könne auch nicht nachvollziehen, „weshalb der Verbau nicht einfach als Spundwandverbau ausgeschrieben war, sondern das Verbauverfahren von den Bietern aus verklausulierten Formulierungen herausgelesen werden musste“ (Bl. 165 d.A.).

84

Soweit die Streithelferin in derselben Weise meint, für den Fall einer Ausschreibung des Verbaus nach DIN 18.304 seien Angaben zu Längen, Querschnittmaßen oder Profilen und Sonderprofilen sowie Materialgüte der Bauelemente vorgesehen, die in der Leistungsbeschreibung indessen fehlen, so dass unklar sei, wie die Klägerin kalkuliert habe (Bl. 203-204), bezieht sie sich hinsichtlich der von ihr angegebenen Ziffer der DIN 18.304 auf die Hinweise zur Ergänzung der DIN 18.299 (nämlich Ziffer. 0.5 der DIN 18.304), die allerdings ausdrücklich bereits nach dem Text der DIN 18.304 nicht Vertragsbestandteil werden (Bl. 97). Es handelt sich um Hinweise, die bei der Abfassung der Leistungsbeschreibung im Rahmen der Ausschreibung zu beachten sind. Es kann dahinstehen, ob sich die Streithelferin insoweit bei Anfertigung der Ausschreibung an einer

85

ohne konkrete Vorgabe nicht einschlägigen DIN orientiert hat. Die eigentliche Abrechnungsvorschrift in Ziffer 5 der DIN 18.304 gibt in Ziffer 5.1 jedenfalls nur vor, dass das Einbringen nach den vereinbarten Einbringtiefen abgerechnet wird. Andererseits sieht die Ausschreibung der Beklagten ausdrücklich Quadratmeter als Einheit vor. Des Weiteren sieht die Leistungsbeschreibung ausdrücklich vor, dass in eben jenen Einheitspreis sämtliche Aufwendungen aus den Anforderungen der Vorbemerkungen (dies umfasst insbesondere den Verbau, das Vorhalten und den Rückbau) einzurechnen sind. Hinsichtlich der Frage, welche Einheit als Abrechnungsgröße dient, liegt daher bereits eine unmittelbare vertragliche Einigung vor, unabhängig davon, dass die Rüge der Streithelferin auch nicht mit Ziffer 5 der entsprechenden DIN in Einklang steht.

Im Übrigen steht die von der Streithelferin angemahnte Abrechnung nach Nenn-Gewicht der jeweils verwandten Profile unter der weiteren Voraussetzung, dass das Liefern oder Vorhalten der Bauelemente aus Stahl nach Gewicht abgerechnet wird, Ziffer 5.3. Hierfür ist im Streitfall keine Grundlage im konkreten Vertrag ersichtlich. 86

(c) Der Einwand der Beklagten, dass die Klägerin sehr wohl auch eine dauerhaft im Boden verbleibende Verbauart hätte anbieten können (Bl. 152, 303 d.A.) ist gleichfalls nicht überzeugend. Denn mit einem solchen Verstoß gegen die Leistungsbeschreibung hätte die Klägerin wohl sehr viel schlechtere oder keine Aussichten auf den Zuschlag gehabt. Dies steht im Einklang damit, dass der Sachverständige sich insbesondere im Ergänzungsgutachten mit alternativen dauerhaften Verbauarten auseinandergesetzt hat, namentlich Schlitzwand oder Bohrpfahlwand (Bl. 164 d.A.), die aber nach seiner Würdigung praxisfremd und wegen drastisch höherer Kosten nicht in Betracht zu ziehen gewesen seien. Diese Sichtweise hat der Sachverständige auch im Termin zur Erläuterung seines Gutachtens am 26.04.2016 erneut bestätigt (Bl. 619 d.A.) Zwar können allein wirtschaftliche Erwägungen eine Vorgabe im Sinne der DIN nicht ergeben (Bl. 303 d.A.). Doch folgt aus den Ausführungen des Sachverständigen ohne Weiteres, dass nach dem objektivierbaren Verständnis eines potentiellen Bieters aus der Baubranche Schlitz- und Bohrpfahlwand aufgrund der ganz wesentlich höheren Kosten nicht ernstlich in Betracht kamen. Es ist insoweit auch nicht ersichtlich, dass im Rahmen des Bieterverfahrens irgendein anderer Bieter die Ausschreibung der Beklagten so aufgefasst hätte, dass etwas anderes als Spundwandverbau gewählt werden sollte. Hierauf hatte der Senat die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 01.07.2012 hingewiesen. Die Beklagte hat dem nicht widersprochen oder vorgetragen, dass dies durch andere Bieter anders aufgefasst worden wäre. 87

e. 88

Soweit die Beklagte und ihre Streithelferin gerügt haben, das Landgericht habe den Sachverständigen Prof. Dr. I entgegen dem ausdrücklichen Antrag der Beklagten (Bl. 151, 156 d.A.) und der Streithelferin (Bl. 191 d.A.) nicht zur Erläuterung seines Gutachtens angehört (Bl. 305 d.A.), ist ein entsprechender Verstoß gegebenenfalls dadurch geheilt worden, dass der Senat diese Anhörung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 26.04.2016 nachgeholt hat. 89

3. 90

Soweit Pos. 1.8.20 nach den vorstehenden Ausführungen gemäß den Vorgaben der DIN 18.304 abzurechnen ist und nicht nach DIN 18.303 unter Beschränkung auf die Sichtfläche, ist die Berechnung der Klägerin der Höhe nach nicht zu beanstanden. 91

92

Die Streithelferin stellt zwar in Abrede, dass die Klägerin selbst bei Zugrundelegung der DIN 18.304 richtig abgerechnet habe. So sehe insbesondere die DIN 18.304 in Ziffer 0.5 die Abrechnung des Verbaus so vor, dass das Liefern und Vorhalten der Bauelemente entsprechend der tatsächlichen Menge oder nach Stück/Gewicht abzurechnen sei. Abrechnungseinheiten seien für das Liefern der Bohlen aus Stahl das Gewicht in Tonnen oder die Anzahl in Stück jeweils getrennt nach Profilen, Längen und Stahlgütern oder aber nach Flächenmaß, jeweils getrennt nach Profilen und Stahlgütern.	
Dies ist indessen aus zwei Gründen kein erheblicher Vortrag.	93
Zum einen spricht manches dafür, dass dieses Vorbringen prozessual unzulässig ist, denn die Streithelferin setzt sich insoweit entgegen § 67 ZPO mit dem Vorbringen der Beklagten in Widerspruch. Diese hat die Abrechnung der Klägerin lediglich hinsichtlich der angesetzten m <sup>2</sup> -Zahl gekürzt, die Abrechnung als solche aber nicht moniert. Soweit die Beklagte in zweiter Instanz ebenfalls die Höhe der Abrechnung nach DIN 18.304 als unzutreffend geltend macht (Bl. 301, 305 d.A.), hat sie durch die (vorbehaltlos) akzeptierten 329,256 m <sup>2</sup> bereits zugestanden, dass die Abrechnung nach m <sup>2</sup> prinzipiell richtig ist.	94
Zum anderen ist die Rüge der Streithelferin aber ohnehin nicht stichhaltig. Denn sie bezieht sich ausdrücklich hinsichtlich der von ihr angegebenen DIN 18.304 auf die Hinweise zur Ergänzung der DIN 18.299 (nämlich Ziffer. 0.5 der DIN 18.304), die ganz ausdrücklich bereits nach dem Text der DIN 18.304 <i>nicht</i> Vertragsbestandteil werden (Bl. 97). Insoweit wird in vollem Umfang auf die Ausführungen unter I.) 2. d. (2) (b) Bezug genommen.	95
II.)	96
Im Termin vom 01.07.2014 (Bl. 468 d.A.) hat die Beklagte klargestellt, dass sich die Berufung trotz der vollständigen Klageabweisung beinhaltenden Antrages nicht auch gegen die Position 3.3.3.150 in Höhe von brutto 227,28 € wegen des Nachtrages N3 richte.	97
B.	98
Die Anschlussberufung der Klägerin ist hingegen teilweise begründet.	99
I.)	100
Die Klägerin kann gemäß §§ 280 Abs. 2, 3, 286 BGB Zahlung von brutto 32.876,38 € verlangen, weil die Beklagte sie durch weitgehende Nichtbegleichung der Abschlagsrechnung vom 03.06.2008 (Anlage K 11, AH 1) zur zeitweiligen berechtigten Einstellung der Arbeit veranlasst hat, wodurch ihr (der Klägerin) Mehrkosten entstanden sind.	101
1.	102
Die Beklagte befand sich in Verzug mit der Begleichung der dritten Abschlagsrechnung vom 03.06.2008. Diese wurde von der Beklagten in verschiedentlicher Hinsicht gekürzt, allerdings zu einem sehr hohen Anteil gerade wegen der darin enthaltenen Position 1.8.20 Verbau (s.o.) und des Nachtrages N 1 Rammverbau (Pos. 3.1.1.50, s.o.). Insbesondere hinsichtlich der Position 1.8.20 war der Einbehalt der Beklagten unberechtigt (s.o.). Nachdem die Klägerin sie mit Schreiben vom 09.07.2008 unter Fristsetzung auf den 18.07.2008 zur Zahlung aufgefordert hatte, befand sich die Beklagte von daher mit einem Großteil des Rechnungsbetrages in Verzug.	103
2.	104

Dem Grunde nach schuldet die Beklagte damit den Ersatz von Verzögerungsschaden, §§ 280 Abs. 2, 3, 286 BGB. Das Verschulden der Stadt wird nicht etwa dadurch widerlegt, dass sie die Zahlungen nicht schlicht grundlos, sondern im Hinblick auf ihre Rechtsansicht zur Position 1.8.20 verweigert hat. Denn insoweit geht ein Rechtsirrtum zu ihren Lasten. 105

a. 106

Die Klägerin war in dieser Situation zur Arbeitseinstellung berechtigt. Grundsätzlich sieht § 16 Nr. 5 S. 4 VOB/B das Recht des Auftragnehmers vor, die Arbeiten bis zur Zahlung einzustellen. Soweit das Landgericht mit Blick auf das Gebot von Treu und Glauben der Klägerin das Recht zur Arbeitseinstellung in vorliegender Sache abgesprochen hat, schließt sich der Senat dem nicht an. Insbesondere stand der Arbeitseinstellung nicht das Gebot von Treu und Glauben entgegen. Wohl sind die Vertragsparteien eines VOB/B-Vertrages während der Vertragsdurchführung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kooperation verpflichtet. Aus dem Kooperationsverhältnis ergeben sich auch Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 – VII ZR 393/98 –, BGHZ 143, 89-95, Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 47). Die Kooperationspflichten sollen unter anderem gewährleisten, dass in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Vertragsdurchführung oder der Inhalt des Vertrages an die geänderten tatsächlichen Umstände angepasst werden muss, entstandene Meinungsverschiedenheiten oder Konflikte nach Möglichkeit einvernehmlich beigelegt werden. 107

Die vom Landgericht zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg ist indessen nicht einschlägig, denn sie betrifft keinen Fall der Arbeitseinstellung nach § 16 Nr. 5 VOB/B, sondern eine auf § 18 Nr. 4 VOB/B gestützte, die allerdings nicht den Sonderfall des Zahlungsverzuges des Auftraggebers betrifft. 108

In einem weiteren, vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall vom 10.11.2005 (Baurecht 2006,531 ff.) hat das Gericht darauf abgestellt, dass es noch keine Behinderung der Ausführung der Werkleistung darstelle, wenn eine geforderte Nachtragsvereinbarung noch nicht zustande gekommen ist. In einem solchen Fall kann, anders als bei einer bereits fälligen Abschlagsrechnung, die auf bereits ursprünglich beauftragte Leistungen gestützt ist, noch kein reiner Zahlungsverzug vorliegen, sondern allenfalls aus Sicht des Auftragnehmers eine fehlende Mitwirkung allgemeiner Art. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Anpassung des Vertrages an geänderte Verhältnisse und damit aus Sicht der Klägerin darum, eine ihr günstige Änderung des Vertrages überhaupt erst zu erreichen. Die Parteien streiten vielmehr über die Auslegung des bereits ursprünglich geschlossenen Vertrages, jedenfalls soweit die Position 1.8.20 betroffen ist, die den größten Anteil der Kürzung ausmacht (vgl. insoweit auch die KL. Bl. 212 d.A.). Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass sie – anders als in den zitierten OLG-Entscheidungen – die fraglichen Leistungen bereits erbracht hatte und es nicht um Vergütung für noch zu erbringende Leistungen ging (Bl. 88, 213, 337 d.A.). Darüber hinaus hat die Klägerin auf ausdrückliche Aufforderung der Beklagten, sich zunächst einmal zum Zwecke gütlicher Einigung zusammzusetzen, entsprechende Termine wahrgenommen, es konnte allerdings keine Einigung erzielt werden (vergleiche im einzelnen Bl. 15f.). Die Klägerin ist insoweit im Streitfall ihren Kooperationspflichten in hinreichender Weise nachgekommen. 109

Das Argument, das Verbot des § 18 Nr. 4 VOB/B liefe leer, wenn man im Falle von Streitfällen gemäß § 16 Nr. 5 VOB/B die Arbeit einstellte, ist in dieser Pauschalität nicht zutreffend: Mit § 18 Nr. 4 VOB/B soll sichergestellt werden, dass Meinungsverschiedenheiten der Vertragsparteien über Vertragsinhalt und Bauausführung das Bauvorhaben selbst nicht 110

gefährden, sondern einer internen oder gerichtlichen Auseinandersetzung vorbehalten bleiben. Die Regelung hat aber lediglich klarstellende Funktion; mit ihr sollen dem Auftragnehmer zustehende Leistungsverweigerungsrechte nach der VOB/B oder nach gesetzlichen Vorschriften nicht abgeschnitten werden (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 – VII ZR 233/94 –, BGHZ 131, 392 ff.; Jousen in: Ingenstau/Korbion, VOB/B § 18 Abs. 5 Rdn. 1). Wenn aber § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B ausdrücklich gestattet, die Arbeit einzustellen, so kann nicht aus § 18 Nr. 4 VOB/B gefolgert werden, dass diese Befugnis dann nicht gilt, wenn der Verzug des Auftraggebers seinen Grund in einem Streitfall hat. Hier trägt vielmehr der Auftragnehmer das Risiko, dass der Verzug auch tatsächlich vorliegt.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dem Auftragnehmer ein allzu hartes Druckmittel an die Hand gegeben wird, wenn man ihm zubilligte, selbst bei öffentlichen Auftraggebern die Arbeit einzustellen, wenn diese bei Streit über die Berechtigung einer Abschlagsforderung deren Ausgleich verweigern, obwohl kein Insolvenzrisiko bestehe. Denn wenn auch möglicherweise nicht die Insolvenz des Auftraggebers zu besorgen ist, so kann es umgekehrt aus Sicht des Auftragnehmers ebenso essentiell sein, die Vergütung beizeiten zu erhalten und nicht (zeitlich gesehen) in erheblichem Maße in Vorleistung zu treten. Der Auftragnehmer geht im Übrigen seinerseits ein ganz erhebliches Risiko ein. Ist er nämlich sachlich zur Arbeitseinstellung entgegen seiner Einschätzung *nicht* berechtigt, kann der Auftraggeber nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, die Vollendung auf Kosten des Auftragnehmers vornehmen und darüber hinaus Schadensersatz verlangen. Die Einstellung der Arbeit ist damit sicherlich kein Übel, das die Unternehmerseite der öffentlichen Hand *leichtthin und gefahrlos* zufügen kann. Vielmehr gehen beide Seiten ein hohes Risiko ein, dass ihr Verhalten erhebliche Ersatzpflichten nach sich ziehen kann. Dann aber ist auch nicht ersichtlich, dass gerade dem Auftragnehmer im Streitfall nach Treu und Glauben die Arbeitseinstellung trotz versuchter Einigung über die Zahlungen verweigert werden müsste.

b. 112

Der Nachtrag ist der Höhe nach fast vollständig, nämlich in Höhe von brutto 32.876,38 € berechtigt. Ersatzfähig ist grundsätzlich der Schaden, der durch die Einstellung der Arbeiten entstanden ist. Die Klägerin behauptet insoweit (Anlage K 18) Kosten der Baustellenräumung und erneuten –einrichtung in Höhe von netto 7.503,82 €, zusätzliche Vorhaltekosten für Baugrubenverbau in Höhe von netto 13.783,87 €, Mehrkosten für das Betreiben und Vorhalten der Wasserhaltung in der Baugrube in Höhe von netto 6.135,58 €, Verkehrssicherung in Höhe von netto 181,28 € und Verkehrssicherung der Baugrube in Höhe von netto 203,94 €, mithin insgesamt in Höhe von brutto 33.092,10 €.

(1) Soweit die Beklagte den Inhalt dieses Nachtrages „der Höhe nach bestritten“ hat, ist allerdings die tatsächliche Ausführung/ Erbringung der im Nachtrag abgerechneten Leistungen nicht wirksam und rechtzeitig in Abrede gestellt worden. Dass die Klägerin die im Nachtrag N 5 abgerechneten Leistungen in der dort beschriebenen Art und Weise tatsächlich erbracht hat, haben insbesondere in erster Instanz weder die Beklagte noch die Streithelferin erkennbar bestritten. Die Klägerin hatte zunächst den Nachtrag selbst und die diesem Nachtrag zugrunde liegende Urkalkulation vorgelegt und Beweis durch Sachverständigenbeweis und Zeugnis des Herrn L angeboten (Bl. 17, 57 d.A.).

Die Beklagte hatte in erster Instanz zur Frage der Höhe des Nachtrages lediglich vorgetragen, die Nachtragsforderung N5 werde „dem Grunde wie auch der Höhe nach bestritten“ (Bl. 41 d.A.). Die alleinige Präzisierung in dieser Hinsicht lautete bezüglich der Frage der abgerechneten Kosten, dass diese „nicht angefallen“ und "nicht aus der

Urkalkulation entwickelt.“ seien(BI. 43 d.A.). Der Vortrag der Streithelferin aus der ersten Instanz erschöpft sich darin, dass sie diesen Nachtrag der Klägerin für unberechtigt halte und sich insoweit vollumfänglich den Ausführungen der Beklagten hinsichtlich des Bestreitens des Anspruches sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach anschließe. (Bl. 206 d.A.). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass die Beklagte zum *tatsächlichen Ausführen* der abgerechneten Kosten aus dem Nachtrag N 5 Stellung genommen hätte, insbesondere nicht in Gestalt eines Bestreitens der Ausführung der dort abgerechneten Leistungen als solche. Dabei hatte die Beklagte in Gestalt der ihr übermittelten Urkalkulation des Nachtrages sogar konkrete Angaben dazu vorliegen, was dem Nachtrag zugrundelag und hat sich lediglich ganz pauschal und generalisierend hierzu geäußert. Als Bestreiten der tatsächlichen Ausführung ist der Allgemeinplatz des „Nicht-Anfallens“ daher unzureichend. Denn Kosten „fallen nicht an“, wenn sie nicht berechtigt sind, wenn sie nicht verauslagt wurden und/ oder wenn sie unangemessen waren. Die Beklagte hatte im Übrigen bezüglich des Nachtrages N5 und insbesondere hinsichtlich der sachlichen Berechtigung des Nachtrages ausführlich nur eine einzige Frage thematisiert, nämlich die nach der Berechtigung der Klägerin zur Arbeitseinstellung. Es wurde hingegen zu keinem Zeitpunkt in erster Instanz deutlich, dass die Beklagte in Zweifel hätte ziehen wollen, dass die abgerechneten Arbeiten überhaupt oder in lediglich geringerem Umfang erfolgt seien.

Dementsprechend hat der Senat die Einlassung der Beklagten lediglich als ein Bestreiten der Angemessenheit und gegebenenfalls Ortsüblichkeit der abgerechneten Leistungen aufgefasst, hierüber verhält sich die Beweisaufnahme durch ergänzende Beauftragung des Sachverständigen Prof. Dr. I. 116

Soweit die Beklagte und ihre Streithelferin, nachdem der Sachverständige in zweiter Instanz trotz des Gutachtauftrages an ihn in seinen Vorbemerkungen vom 27.02.2015 (Bl. 502 ff. d.A.) – insoweit unzutreffend (s.o.) – ausgeführt hatte, die zu Grunde liegenden Leistungen seien streitig und (u.a.) deswegen könne er die Begutachtung nicht sinnvoll durchführen, haben sich die Parteien ergänzend geäußert und jedenfalls die Streithelferin der Beklagten hat nunmehr „hilfsweise und vorsorglich“ bestritten, dass die Leistungen ausgeführt wurden (Bl. 547 d.A.). Mit Schriftsatz vom 16.09.2015 hat die Beklagte sodann erstmals ihrerseits den Zeugen N (das ist der Sachbearbeiter, der im letzten Termin Vertreter der Stadt war) dafür benannt, dass ein Kammerdielenverbau in der fraglichen Zeit nicht im Einsatz gewesen sei, Pumpensümpfe nicht täglich inspiziert worden seien und eine Verkehrssicherung nicht mehr stattgefunden habe (Bl. 583 f. d.A.). Dieser Beweisantritt sowie das zugehörige konkretere Bestreiten sind Nove im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO, indessen nicht hinreichend entschuldigt. 117

(2) Dass die abgerechneten Positionen der Höhe nach weitgehend gerechtfertigt waren, hat der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten vom 16.07.2015 bestätigt (Bl. 564 ff. d.A.). Insoweit waren nach den Feststellungen des Sachverständigen nur geringfügige Abstriche zu machen. Die Beklagte und die Streithelferin sind diesen Feststellungen nicht mehr substantiell entgegengetreten, sondern haben im Wesentlichen erneut, indessen verspätet (s.o.), die tatsächliche Ausführung der abgerechneten Leistungen bestritten. 118

(a) In Bezug auf Position 3.5.5.10, die 7.503,62 € netto ausmacht, hat der Sachverständige die angesetzten Mengen nicht in Zweifel gezogen (Bl. 565) und sowohl Lohnkosten als auch Gerätekosten als unauffällig angesehen (Bl. 566 f. d.A.). Auch die Beklagte hat dies nicht mehr infrage gestellt, die Streithelferin ebenfalls nicht (Bl. 597 d.A.). Hinsichtlich der Angemessenheit der angesetzten Preise sind nach den Feststellungen des Sachverständigen keinerlei Abstriche veranlasst 119

- (2) Unter Pos. 3.5.5.20 setzt die Klägerin mit einem Betrag von 13.783,87 € (netto) zusätzliche Vorhaltekosten des Baugrubenverbaus an und stellt dies in ihrer Erläuterung (Bl. 527) dahingehend klar, dass die Mietkosten für Spundwandprofile, die in den Baugrubenverbau der Baugrube RKB verbaut waren, aufgeführt sein sollten und dass insgesamt 157,4 Tonnen Spundbohlen im Boden waren, der Mietpreis mit 85 € pro Tonne und Monat gemäß Urkalkulation berücksichtigt worden sei. 120
- Diese Position hat der Sachverständige hinsichtlich der Preise zwar als an der oberen Grenze aber als noch angemessen bezeichnet (Bl. 567 d.A.); hinsichtlich der angesetzten Positionen ansonsten hat er gemeint, über die Menge des Baumaterials lägen keine Angaben vor (Bl. 565 d.A.), doch sei auffällig, dass der Verbau doch eigentlich hätte im Boden verbleiben müssen. Da er die Aufgabe habe, die Wände eines offenstehenden Leitungsgrabens gegen Einsturz zu sichern, sei eine Entfernung nicht plausibel. Die Klägerin ist dem entgegengetreten und meint, dies sei lediglich ein Missverständnis (Blatt 581 d.A.), während Streithelferin und Beklagte ebenfalls nicht nachvollziehbare Positionen annehmen. 121
- Nach den Ausführungen des Sachverständigen bestehen mithin gegen den Ansatz von Vorhaltekosten für Spundbohlen während der Zeit der Arbeitseinstellung grundsätzlich keine Einwände. Soweit der Sachverständige die abgerechnete Menge nicht überprüfen kann, führt dies nicht zu Zweifeln an der Angemessenheit des abgerechneten Aufwandes. Nach den obigen Ausführungen ist der tatsächliche Aufwand der vorgehaltenen Bohlen nicht wirksam bestritten worden, zumal die Klägerin hierzu schlüssig und substantiiert vorgetragen, die Beklagte indessen nicht sinnvoll Stellung genommen hat. Die Menge von 157,4 t ist bereits in der Urkalkulation enthalten. Die Klägerin hat angegeben, dass die Spundwandprofile bei einem Eigengewicht von 192 Kilogramm pro Quadratmeter bei einer Verbaufäche von 820 m<sup>2</sup> ein Gewicht von 157,4 t haben (Bl. 581 d.A.). Unstreitig geht es bei der Position 3.5.5.20 auch nicht um einen zunächst in den Boden eingebrachten und wieder entfernten Verbau, sondern nur um zusätzlichen Vorhaltekostenaufwand. 122
- (3) Hinsichtlich der Position der Mehrkosten der Wasserhaltung - Pos. 3.5.5.30 - hat der Sachverständige ebenfalls lediglich Zweifel, soweit eine hinreichend kalkulationsfähige Beschreibung der Position für 22 Kalendertage längeren Betrieb von 3 Pumpensämpfen fehle (Bl. 505, 566 d.A.). Doch wird in der Kalkulation zum Nachtrag darauf verwiesen, dass dies der Position 1.10.2.20 entspreche, womit erkennbar die Position aus Leistungsverzeichnis bzw. Schlussrechnung gemeint ist. Darin ist eine Pumpanlage mit  $Q=108\text{m}^3/\text{h}$  zu EP 70,46 € beschrieben und in der Kalkulation der Klägerin zum Nachtrag heißt es, dass drei Stück hiervon angesetzt werden, wobei nur diese (und nicht die viel teureren Anlagen zu Pos. 1.10.2.10 bzw. 30) auftauchen. Der Betrieb der Pumpensämpfen als solcher ist nicht hinreichend bestritten (siehe oben). Hinzu kommt, dass nicht erkennbar ist, dass die Beklagte den Betrieb der Pumpensämpfe im Rahmen der übrigen Abrechnung bestritten hätte, und es ist ohne weiteres einleuchtend, dass eine verlassene Baugrube weiterhin entwässert wird. 123
- (4) Zu Streichen war hingegen die Position Verkehrssicherung - Pos. 3.5.5.40 -, weil schon die Klägerin ihren Aufwand nicht schlüssig dargelegt hat und auch in der Kalkulation lediglich lapidar steht: „Fa. T“. Auch aus den Angaben auf Bl. 525 d.A. ist nicht ersichtlich, welcher Aufwand hier abgerechnet werden soll. Insoweit sind 181,20 € netto in Abzug zu bringen. 124
- (5) Der weitere Betrag von 203,94 € für die Baugrubensicherung - Pos. 3.5.5.50 - ist nach dem Sachverständigengutachten angemessen. Der Sachverständige hat die Position als grundsätzlich angemessen erachtet und nur ausgeführt, er könne nicht beurteilen, ob es tatsächlich erfolgt sei (Bl. 566 d.A.). Letzteres ist aber wiederum nicht seine Aufgabe und im Übrigen nicht wirksam durch die Beklagte und ihre Streithelferin bestritten (s.o.). 125

II.)	126
Ohne Erfolg macht die Klägerin hingegen geltend, ihr stehe ein Mehrvergütungsanspruch in Höhe von 30.479,97 € im Hinblick auf das Nachtragsangebot N1 zu.	127
1.	128
Grundsätzlich kann sich zwar ein solcher Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B ergeben. Die Klägerin beruft sich darauf, dass durch die von der Beklagten angeordnete Erhöhung der Einbindetiefe (Bl. 21) eine Änderungsanordnung im Sinne von § 1 Nr. 3 VOB/B vorgenommen worden sei. Mit dem Nachtragsangebot N 1 macht die Klägerin einen Mehrvergütungsanspruch im Hinblick darauf geltend, dass sich erst nachträglich herausgestellt habe, dass eine wesentlich höhere Einbindetiefe für den Verbau herausgestellt habe und dass die entsprechenden Mehrkosten auch entsprechend angemeldet worden seien. So sei die Klägerin nämlich ursprünglich davon ausgegangen, dass ihr hauseigenes Rammgerät (welches eine Einbindetiefe von 12 m zulasse - bestritten) ausreiche. Tatsächlich erforderlich wurde aber unstreitig eine Einbindetiefe von 14,65 m.	129
2.	130
Ein Anspruch der Klägerin setzt indessen voraus, dass die Beklagte tatsächlich im Sinne von § 1 Nr. 3 VOB/B eine Änderung des Bauentwurfs angeordnet oder eine andere die Grundlagen des Preises für im Vertrag vorgesehene Leistungen ändernde Anordnung getroffen hat. Kein Raum für eine geänderte Vergütung bzw. Mehrvergütung ist jedoch, wenn der Auftragnehmer lediglich die nach dem abgeschlossenen Vertrag (§§ 1 Nr. 1 S. 1, 2 Nr. 1 VOB/B) geschuldete Leistung erbracht hat (BGH BauR 1999, 1018).	131
Nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme ist für die Annahme einer Änderungsanordnung kein Raum. Die unter N1 abgerechneten Leistungen gehörten vielmehr zum bereits ursprünglich geschuldeten Leistungsumfang der Klägerin. Die Beklagte beruft sich im Ergebnis mit Erfolg darauf, dass die Klägerin bereits ursprünglich auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung habe erkennen können und müssen, welche Einbindetiefe erforderlich werden würde. Die Festlegung der Einbindetiefe habe voll und ganz in den Händen der Klägerin gelegen und hätte von ihr bei Angebotsabgabe ordnungsgemäß kalkuliert werden müssen (Bl. 39-40 d.A.).	132
Dies entspricht den Feststellungen des Landgerichts ausgehend von den Ergebnissen der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme. Die Würdigung durch das Landgericht lässt Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin nicht erkennen. Die durch das Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme stützt die Feststellungen des Landgerichts. Der Sachverständige Prof. Dr. I hat insbesondere in seinem Gutachten ausgeführt, dass bereits die Ausschreibungsunterlagen vorsahen, dass die konstruktive Gestaltung des Verbaus, zu dem auch die Festlegung der Einbindetiefe gehörte, der Auftragnehmerin obliegen sollte (Bl. 125). Ferner hat er darauf hingewiesen, dass das vorliegende Bodengutachten den Ausschreibungsunterlagen bereits beigefügt war, so dass die Klägerin auch auf der Grundlage der ausgeschriebenen Verbaufäche von 630 m <sup>2</sup> in Verbindung mit dem Hinweis auf eine sichtbare Verbaufäche von 7 m auf eine Gesamt Einbindetiefe von 11,71 m schließen konnte, dass die Unternehmerin aber bereits im Angebotsstadium eine statische Vorbemessung in solcher Ausführlichkeit vorzunehmen hatte, dass sie auf deren Basis die Leistung bereits anfänglich sicher hätte kalkulieren können (Bl. 164).	133

Dies überzeugt: Sind in einem der Ausschreibung beiliegenden Bodengutachten bestimmte Bodenverhältnisse beschrieben, werden diese regelmäßig zum Leistungsinhalt erhoben, wenn sie für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich sind (vgl. BGH, Urteil vom 20.8.2009 – VII ZR 205/07). Ordnet der Auftraggeber die Leistung für tatsächlich davon abweichende Bodenverhältnisse an, liegt darin eine Änderung des Bauentwurfs, die zu einem Anspruch auf veränderte Vergütung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B führen kann. Hier indessen haben sich die Baugrundverhältnisse nicht gegenüber dem Bodengutachten abweichend dargestellt, es gab lediglich keine darüber hinausgehenden Erkenntnisse, so dass gleichsam dieses Gutachten als „worst-case“ zugrunde gelegt werden musste.

Insbesondere die von der Klägerin angeführten Baugrundsondierungen führen zu keiner anderen rechtlichen Bewertung. Die Klägerin selbst behauptet, dass „die Baugrundsondierungen zum Bodengutachten“, das bei Ausschreibung vorlag, nicht so tief gingen, dass man bereits sicher auf eine Höchsteinbindetiefe von 12m schließen konnte, dass aber andererseits die Extrapolation des ungünstigsten Falles aus diesem Gutachten auf ca. 15m schließen ließ (Bl. 11). Sodann gibt sie an, das Bodengutachten habe keine tragfähigen oder ausreichenden Angaben enthalten (Bl. 54 d.A.). Alles in allem kann daraus nur der Schluss gezogen werden, dass sich die Feststellung des Sachverständigen, die Klägerin hätte zwar eine ungefähre Tiefe von 12m annehmen können, aber zusätzliche Ermittlungen anstellen müssen, um sicher kalkulieren zu können (Vgl. 125 f. d.A.), voll und ganz überzeugt. 135

Auch das von der Klägerin zitierte 3. Besprechungsprotokoll (Anlage K 10) stützt ihre Darstellung nicht: dort heißt es, dass erst die statischen Berechnungen die Notwendigkeit weiterer Baugrundsondierungen ergeben hätten. Dies wiederum steht in Einklang mit der Annahme des Sachverständigen, dass die Klägerin bereits im Vorhinein statische Vorbemessungen zur Ermittlung ihres Preises hätte anstellen müssen (Bl. 164 d.A.). 136

III.) 137

Hinsichtlich des Nachtrages N 11 verlangt die Klägerin Zahlung von brutto 30.986,48 € im Hinblick darauf, dass sie infolge angeblich erst nachträglich angeordneter, höherer Einbindetiefe erheblich erhöhte Materialverluste hinzunehmen hatte. 138

Dieser Anspruch ist unbegründet, was sich bereits aus der Unbegründetheit des klägerischen Anspruchs zum Nachtrag N 1 ergibt. Weil und soweit davon auszugehen ist, dass die Klägerin mangels einer nachträglichen Anordnung im Hinblick auf eine erhöhte Einbindetiefe keinen Anspruch auf Zahlung eines Nachtrages hat, kann sie auch keinen Anspruch auf Zahlung eines weiteren Nachtrages im Hinblick auf erhöhte Materialverluste gerade im Hinblick auf eine höhere Einbindetiefe verlangen. 139

III. 140

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 101, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 141

Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die Sache hat vielmehr über die Entscheidung des konkreten Einzelfalls mit seinen Besonderheiten hinaus keine Bedeutung. 142

143

Berufungsstreitwert:

Berufung der Beklagten:	15.698,37 €	144
Anschlussberufung:	94.558,55 €	145
Summe:	210.256,92 €	146

---

