BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 205/07

Verkündet am:
20. August 2009
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

VOB/B §§ 14 Nr. 3, 16 Nr. 3 A, B

a) Der Anspruch auf Abschlagszahlung kann dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Bauleistung abgenommen ist und der Auftragnehmer die Schlussrechnung gestellt hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146 = NZBau 2004, 386 = ZfBR 2004, 552).

b) Gleiches gilt, wenn die Abnahme erfolgt ist, die Leistung des Auftragnehmers fertig gestellt ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat. Daran ändert nichts, dass eine Klage auf Abschlagszahlung bereits erhoben worden ist. Diese Klage kann, auf eine Schlussrechnung gestützt, fortgeführt werden.

c) Eine Fertigstellung im Sinne von § 14 Nr. 3 VOB/B liegt vor, wenn der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen erbracht hat. Die Abnahme indiziert die Fertigstellung regelmäßig auch dann, wenn Restleistungen fehlen. Fehlen wesentliche Restleistungen, kann sich aus deren Gewicht und den Bauumständen ergeben, dass die Leistung noch nicht fertig gestellt ist.

VOB/B § 16 Nr. 1 A, B

Die Abschlagsforderung ist grundsätzlich aus der Differenz zwischen der Vergütung für die erbrachten, nachgewiesenen Leistungen und bereits geleisteten Zahlungen zu berechnen. Eine isolierte Durchsetzung der Vergütung für einzelne Positionen kommt nur in Betracht, wenn in deren Höhe ein positiver Saldo festgestellt werden kann (im Anschluss an BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 - VII ZR 69/96, BauR 1997, 468 = ZfBR 1997, 186).

VOB/B § 2 Nr. 5

Eine Forderung aus § 2 Nr. 5 VOB/B kann grundsätzlich nicht in der Weise berechnet werden, dass lediglich bestimmte Mehrkosten geltend gemacht werden, ohne den sich aus einer Änderung des Bauentwurfs oder einer anderen Anordnung des Auftraggebers ergebenden neuen Preis darzulegen, der unter Berücksichtigung sämtlicher Mehr- und Minderkosten zu ermitteln ist.

BGB §§ 133 B, 157 C, VOB/B § 1 Nr. 3

a) 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. Ordnet der Auftraggeber die Leistung für tatsächlich davon abweichende Bodenverhältnisse an, liegt darin eine Änderung des Bauentwurfs, die zu einem Anspruch auf eine veränderte Vergütung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B führen kann.

b) Gibt der Auftragnehmer ein funktionales Angebot für eine von dem Vertrag abweichende Ausführung von Gründungsarbeiten ab, für die eine von ihm einzuholende öffentlich-rechtliche Zustimmung im Einzelfall (Z.i.E.) notwendig ist, kann dessen Annahme durch den Auftraggeber unter dem Vorbehalt, dass die Z.i.E. erteilt wird, nicht dahin ausgelegt werden, der Auftraggeber wolle das funktionale Angebot in ein detailliertes Angebot in der Weise ändern, dass die Auflagen der zunächst erteilten Z.i.E. den Vertragsinhalt bestimmen und die sich aus weiteren Auflagen ergebenden Mehrkosten von ihm zu übernehmen sind (hier: Nachtrag zur Z.i.E. für das Pfahlsystem Soil-Jet-Gewi einschließlich Verbundkonstruktion am Pfahlkopf mit einer HDI-Sohle).

ZPO § 253

Entscheidet ein erstinstanzliches Gericht bewusst, eine bestimmte Forderung sei nicht anhängig gemacht worden, wird die möglicherweise gleichwohl gegebene Anhängigkeit hinfällig, wenn das Urteil insoweit nicht angefochten wird. Der Kläger kann die Sache erneut anhängig machen.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 31. Oktober 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin macht Mehrkosten für die Erstellung der Baugrube der Schleuse U. II geltend.

2 Die Klägerin, eine ARGE, wurde von der Beklagten am 11. März 1998 nach öffentlicher Ausschreibung mit den Bauarbeiten zur Errichtung der Schleuse U. II beauftragt. Zum Baugrund lagen den Bietern eine geotechnische Stellungnahme der Bundesanstalt für Wasserbau (BAW) vom 27. Juni 1997, ein

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

erstes Baugrundgutachten BAW vom 12. Oktober 1995, ein Gutachten über die Geschiebemergel (BAW) vom 9. August 1972, eine Baugrund- und Bodenuntersuchung (BAW) vom 29. Juni 1970 und eine Untersuchung von Geschiebemergel vom 2. September 1970 vor.

3 Die Arbeiten wurden ausgeführt und im November 2006 abgenommen. Eine Schlussrechnung ist bisher nicht erstellt. Die Klägerin verlangt Mehrvergütung für Mehrzement und erhöhten Suspensionsrückfluss, die sie aus Folgendem herleitet:

4 Der Auftrag vom 11. März 1998 sah als Baugrube eine Unterwasserbetonsohle mit Rückverankerung durch GEWI-Pfähle vor. Ein Nebenangebot der Klägerin (Nr. 11), das eine Aussteifung und eine HDI-Sohle der Baugrube vorsah, war von der Beklagten abgelehnt worden. Im Rahmen der Ausführung bot die Klägerin am 18. Juni 1998 als Nachtragsangebot Nr. 2 anstelle der beauftragten 1,50 m starken Unterwasserbetonsohle eine HDI-Sohle als "ideale Ergänzung" an. Die Sohle wird in Anlage 10 des Nachtragsangebots wie folgt beschrieben:

> "N 1/003 Rückverankerte HDI-Sohle; D = 1,5 m, OK HDI ca. 4 m unter Aushubsohle, Rückverankerung mit Jet-GEWI-Pfählen nach statischen Erfordernissen; einschließlich Restwasserhaltung"

5 Das Angebot weist eine Menge von 13.253 m², einen Einheitspreis von 1.302,74 DM und einen Gesamtpreis von 17.265.213,22 DM aus. Die Sohlstärke sollte unverändert 1,50 m betragen, die Rückverankerung "mittels im SOIL-Jet-Verfahren hergestellter GEWI-Pfählen" erfolgen.

6 Die Beklagte erteilte am 29. Juni 1998 mündlich und am 19. August 1998 schriftlich als Nachtrag zum Hauptauftrag vom 11. März 1998 den Auftrag für

dieses Angebot "unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Zulassung im Einzelfall für das Pfahlsystem Soil-Jet-Gewi einschließlich der Verbundkonstruktion am Pfahlkopf".

7 Im Schreiben vom 19. August 1998 wies die Beklagte darauf hin, dass der Vorbehalt, welcher bereits in demselben Wortlaut bei der fernmündlichen Genehmigung am 29. Juni 1998 ausgesprochen worden sei, erst mit Vorlage der vorgenannten Genehmigung als ausgeräumt gelte.

8 Mit dem Nachtrag sollten Minderkosten in Höhe von 609.580,40 DM entstehen.

9 Lediglich für die HDI-Sohle bestand eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung. Da es sich bei der im Nachtrag angebotenen Konstruktion um eine Kombination des von der Zulassung erfassten Soil-Jet-Verfahrens für die HDI-Sohle und Soil-Jet-Gewi-Pfählen handelte, war die Zustimmung im Einzelfall (Z.i.E.) erforderlich für die Herstellung der Gewi-Pfähle im Soil-Jet-Verfahren (= Düsverfahren) und der Verankerung (Verbund) der Gewi-Pfähle in der HDI-Sohle (Kopfverankerung).

10 Die für die Klägerin tätige I. GmbH stellte am 7. Juli 1998 beim Neubauamt für den Ausbau des M.-Kanals H. den Antrag auf Z.i.E. für die "Anwendung des Pfahlsystems Soil-Jet-Gewi". Am 5. März 1999 stimmte das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen der beantragten "Anwendung des Pfahlsystems SOIL-Jet-GEWI" zu.

11 Am 14./26. Mai 1999 stellte die I. GmbH einen Ergänzungsantrag in Bezug auf die Z.i.E. Sie begründete dies damit, dass die Anwendung der genehmigten Herstellparameter im Baufeld zu große bzw. zu kleine und über die Einzelsäule unterschiedliche Säulendurchmesser ergeben habe. Dies führe zu Än-

derungen in der Qualität der Sohle. Sie schlug "den Umstieg von luftummantelten Wasserschneidstrahl der oberen Düse auf einen luftummantelten Zementschneidstrahl vor".

12 Am 19. August 1999 stimmte das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen der beantragten Änderung zu und wies darauf hin, dass das Schreiben vom 5. März 1999 weiterhin Gültigkeit habe. Die einzuhaltenden Auflagen wurden in der Anlage 1 zum Schreiben zusammengestellt.

13 Die Klägerin macht Vergütungsansprüche für Mehrzement und erhöhten Rückfluss in Höhe von 9.583.278,75 € zuzüglich Zinsen geltend. Sie ist der Meinung, diese Kosten seien nicht vom vertraglich geschuldeten Leistungsumfang erfasst. Jedenfalls schulde die Beklagte die Mehrkosten, weil sie das Risiko des von den vertraglichen Grundlagen abweichenden Baugrunds trage.

14 Diese Vergütungsansprüche sowie weitere nicht in den Rechtsstreit einbezogene Folgekosten meldete die Klägerin als Nachtragsangebot Nr. 11 und als Nachtragsangebot Nr. 19 an. Sie stellte diese zunächst in die geprüften Abschlagsrechnungen vom 11. Januar 2000 und vom 7. Februar 2000 ein. Insofern erfolgte kein Ausgleich durch die Beklagte. Die Klägerin stellte diese Position alsdann als Nachtrag NA 27 in die 92. Abschlagsrechnung ein.

15 Das Landgericht hat die Klage für zulässig gehalten, jedoch als unbegründet abgewiesen, weil der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Ansprüche auf Ersatz der Mehrkosten zustünden, die auf der tatsächlichen Beschaffenheit des Bodens im Bereich der unteren Sande (extreme Dichte und extreme Schwankungen) beruhten. Es hat darauf hingewiesen, dass von der Entscheidung nicht berührt seien die Mehrkosten durch den gewölbten Anschluss der Sohle an die Schlitzwände. Diese Kosten seien nicht Gegenstand des Rechtsstreits, wie die Klägerin ausdrücklich klargestellt habe.

16 Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt mit dem Antrag, den Klageanspruch jedenfalls dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. In der Berufungsschrift hat sie erklärt, das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass Mehrvergütungsansprüche nicht von der Klage erfasst seien, die auf der gewölbten Sohle beruhten.

17 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in BauR 2008, 681 veröffentlicht ist, hat die Klage "dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit die Klägerin Mehrvergütungsansprüche wegen entstandener Mehrkosten für Zementverbrauch und Suspensionsrückfluss geltend macht, die darauf beruhen, dass

> die durchschnittliche Säulenhöhe der HDI-Sohle sich auf mehr als 1,55 m erhöht hat, weil der Anschluss des Randbereiches der Sohle an die Schlitzwände mittels Ausbildung einer Krümmung statt ursprünglich vorgesehener kurzer Abtreppung ausgeführt worden ist
>
> sowie
>
> die HDI-Sohle im so genannten Zement-Zement-Verfahren und mit den in der ersten Ergänzung zur Zulassung im Einzelfall (Z.i.E.) vom 19. August 1999 (Anlage K 12) festgelegten Herstellparametern ausgeführt worden ist anstelle einer Ausführung entsprechend den Vorgaben der Z.i.E. vom 5. März 1999 (Anlage K 10)".

18 Wegen des Streits über den Betrag der vorbezeichneten Ansprüche hat das Berufungsgericht die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Mit Be-

schluss vom 3. Dezember 2007 hat das Berufungsgericht den Tenor seines Urteils wie folgt berichtigt: "Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen."

19 Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, soweit es die Zulässigkeit der Klage bejaht hat.

20 Die Beklagte begehrt mit ihrer Revision die Zurückweisung der Berufung der Klägerin und die Abweisung der Klage. Mit ihrer Anschlussrevision erstrebt die Klägerin die Feststellung, dass die Klage insgesamt dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

Entscheidungsgründe:

21 Die Revision und die Anschlussrevision führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

22 1. Das Berufungsgericht führt zur Zulässigkeit der Klage aus:

23 Die Klägerin mache aus einem Bauvorhaben mit einem Bauvolumen von über 50 Mio. € Vergütungsansprüche für Mehrzementverbrauch und Mehraufwand wegen höherer Suspensionsrückflussmengen geltend. Diese resultierten zum einen aus der Abwandlung des Herstellungsverfahrens und zum anderen aus der Erhöhung der durchschnittlichen Sohlsäulenhöhe (nach Vortrag der Klägerin um 0,22 m) wegen geänderter Sohlgeometrie. Vergütungsansprüche hierfür seien zunächst in verschiedene Nachträge eingestellt worden, die nach Leistungsstand fortgeschrieben worden seien. Zuletzt seien diese in der

92. Abschlagsrechnung nach gutachterlicher Beratung der Höhe nach neu berechnet worden.

24 Für Mehrzement werde danach ein Teilbetrag von netto 6.396.781,90 €, für den vermehrten Rückfluss ein Betrag von netto 1.928.196,80 €, also insgesamt ein Bruttobetrag von 9.656.965,80 €, unter Einsatz einer Fläche von 13.742,03 m² geltend gemacht. Der letztgenannte Betrag von 9,656 Mio. € stelle die ursprüngliche - später dann um knapp 74.000 € reduzierte - Klageforderung dar.

25 Entgegen der Ansicht der Beklagten sei die Klage nicht deshalb unzulässig, weil sie auf einzelne Positionen einer Abschlagsrechnung gestützt sei. Ginge die Klägerin aus einer Schlussrechnung vor, wäre die Klage allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzulässig, da Teilpositionen einer Schlussrechnung lediglich unselbständige Abrechnungsposten darstellten und nicht im Klagewege isoliert geltend gemacht werden könnten. Gleichwohl sei die Klage aus der vorliegenden Abschlagsrechnung zulässig. Es gehe um die Verfolgung einer Nachtragsposition. Abschlagsrechnungen müssten, anders als die Schlussrechnung, nicht sämtliche erbrachten Leistungen erfassen. Voraussetzung sei gemäß § 16 Nr. 1 VOB/B lediglich, dass sie den Wert der jeweils nachgewiesenen Leistungen auswiesen. Die Klägerin sei nicht gehindert gewesen, die hier streitgegenständlichen Teilbeträge nach Ablehnung der Zahlung durch die Beklagte zum Gegenstand einer selbständigen neuen Abschlagsrechnung zu machen. Wenn die Klägerin stattdessen den Weg gewählt habe, in jeder neuen Abschlagsrechnung den zu diesem Zeitpunkt erreichten Leistungsstand darzustellen, stehe dies ausnahmsweise der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen.

26 Der Zulässigkeit der Klage stehe auch nicht entgegen, dass die Leistung abgenommen und nach Ansicht der Beklagten bereits "Schlussrechnungsreife" eingetreten sei, weil gerechnet vom Abnahmedatum an unstreitig die Fristen des § 14 Nr. 3 VOB/B abgelaufen seien. Jedenfalls dann, wenn - wie hier - bereits vor "Schlussrechnungsreife" eine Abschlagsforderung eingeklagt worden sei, ändere sich an der Zulässigkeit der bereits rechtshängig gewordenen Klage auf Abschlagszahlung bis zur tatsächlichen Erstellung einer Schlussrechnung nichts. Das Gebot der Abrechnungsklarheit fordere lediglich, dass nicht aus einer vorläufigen Leistungsaufstellung für ein vorläufiges Zahlungsbegehren und einer abschließenden Schlussrechnung mit dem Ziel der Durchsetzung der Schlusszahlung gleichzeitig vorgegangen werde.

27 2. Die streitgegenständlichen Mehrforderungen seien dem Grunde nach teilweise gegeben.

28 a) Wegen der Mehrkosten für Zementverbrauch und Suspensionsrückfluss, die auf einer Erhöhung der durchschnittlichen Sohlsäulenhöhe wegen einer geänderten "Sohlgeometrie" beruhten (Anschluss des Randbereichs der Sohle mittels Ausbildung einer Krümmung statt ursprünglich vorgesehener kurzer Abtreppung), bestehe der Anspruch dem Grunde nach gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B. Der ursprüngliche Bauentwurf habe eine horizontal abgetreppte Randausführung vorgesehen. Bei der Anordnung der Beklagten im Schreiben vom 5. November 1999 handele es sich um eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne von § 1 Nr. 3 VOB/B. Nach dem Vorbringen der Klägerin und den hierzu vorgelegten Berechnungen der Sachverständigen wirke sich die Krümmung dahingehend aus, dass sich die durchschnittliche Stärke der HDI-Sohle von 1,55 m auf 1,718 m erhöhe.

29 Über diesen Teil der Klageforderung habe das Landgericht zwar nicht entschieden und insofern sei zunächst auch kein Berufungsangriff geführt worden. Gleichwohl könne der Senat darüber mit entscheiden; denn das angefochtene Urteil stelle sich insofern als (unerkanntes) Teilurteil dar. Der Senat mache daher von der Möglichkeit Gebrauch, zur Beseitigung des Verfahrensfehlers den anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits an sich zu ziehen. Zudem wäre aufgrund des vor dem Senat in voller Höhe gestellten Sachantrags eine gemäß § 533 ZPO zulässige erneute Geltendmachung des Anspruchs anzunehmen.

30 b) Ein Mehrvergütungsanspruch für Zementverbrauch und Suspensionsrückfluss, die auf einer Änderung des Verfahrens und der Herstellparameter für die Säulen der HDI-Sohle beruhten, bestehe insoweit, als der Mehraufwand durch die Ausführung entsprechend der ersten Ergänzung zur Zulassung im Einzelfall (Z.i.E.) vom 19. August 1999 gegenüber der Ausführung entsprechend der Z.i.E. vom 5. März 1999 entstanden sei. Die Klägerin habe in ihrer letzten Angebotsfassung vom 18. Juni 1998 nach dem von ihr konzipierten Leistungsverzeichnis eine erfolgsorientiert beschriebene Leistung, nämlich die Erstellung einer 1,5 m starken rückverankerten HDI-Sohle zu einem Quadratmeterpreis von 1.302,74 DM angeboten. Dieses Angebot sei dahin auszulegen, dass ungeachtet der Bodenverhältnisse vom angebotenen Einheitspreis auch die von ihr selbst als Dreifachverfahren bezeichnete Herstellungsvariante umfasst gewesen sei, die später Gegenstand der ersten Z.i.E. vom 5. März 1999 gewesen sei. Insofern räume die Klägerin selbst ein, dass die Herstellparameter aufgrund des Angebots noch nicht bestimmt gewesen seien und dass das aus etwaigen Änderungen folgende Mengenrisiko grundsätzlich zu ihren Lasten gehe.

31 Die Beklagte habe das Angebot nicht in unveränderter Form, sondern unter weitgehender Abänderung seines Inhalts angenommen, womit sich anschließend die Klägerin wiederum einverstanden erklärt habe. Deshalb sei ein bestimmtes Herstellverfahren - so wie es in der Z.i.E. vom 5. März 1999 neben den darin in Bezug genommenen Antragsunterlagen in ihrer letzten Fassung vom 21. Dezember 1998 beschrieben sei - Vertragsinhalt geworden. Dies ergebe sich aus der schriftlichen Annahmeerklärung der Beklagten vom 19. August 1998. Mit der Z.i.E., die von der Beklagten selbst erteilt worden sei und mit der der Vorbehalt vom 19. August 1998 ausgefüllt worden sei, seien sowohl ein ganz bestimmtes Herstellverfahren als auch ganz konkrete Herstellparameter angeboten worden. Die in der Z.i.E. enthaltenen Festlegungen in Form von Auflagen seien Vertragsinhalt geworden. Daraus folge, dass die Klägerin keinen Mehrvergütungsanspruch für die Leistung entsprechend den Vorgaben der Z.i.E. vom 5. März 1999 habe. Insoweit habe die Klägerin in Kenntnis der zwischenzeitlich zu Tage getretenen Bodenverhältnisse akzeptiert, dass diese Leistung zu dem von ihr angebotenen Einheitspreis zu erbringen gewesen sei.

32 Die Beklagte habe anschließend Einfluss auf das Herstellungsverfahrens genommen u.a. mit der Aufforderung zur Einstellung der Arbeiten wegen fehlender Zustimmung der Beklagten nach vorangegangener Herstellung zweier Einzelsäulen im so genannten Zement-Zement-Verfahren. Demnach stelle sich die mit der ersten Ergänzung zur Z.i.E. vom 19. August 1999 angeordnete Änderung des Herstellverfahrens (so genanntes Zement-Zement-Verfahren) und der Herstellparameter als eine der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnende Änderungsmaßnahme dar. Demnach müsse die Beklagte denjenigen Mehrverbrauch an Zement und den infolgedessen entstandenen zusätzlichen Aufwand für die Entsorgung vermehrten Rückflusses vergüten, der durch die erste Ergänzung der Z.i.E. am 19. August 1999 im Verhältnis zu dem zu erwartenden Verbrauch der Z.i.E. vom 5. März 1999 entstanden sei. Darauf, ob die Ände-

rungen ursächlich auf bestimmte Bodenverhältnisse zurückzuführen seien, komme es daher nicht an. Es verbleibe ein Mehrverbrauch, der zu vergüten sei.

33 c) Die geltend gemachten Ansprüche seien auch nicht verjährt. Die streitgegenständlichen Forderungen seien in den Abschlagsrechnungen vom 11. Januar 2000, 7. Februar 2000 und in der 59. Abschlagsrechnung vom 4. September 2003 enthalten gewesen. Im Zeitpunkt der Fälligkeit sämtlicher Abschlagsrechnungen sei die Verjährung durch ein Stillhalteabkommen gehemmt worden. Zu einer weiteren Hemmung sei es durch Verhandlungen über die Forderungshöhe gekommen, so dass insgesamt von einer Hemmung jedenfalls bis Ende Oktober 2004 auszugehen sei. Danach sei die noch offene Verjährungsfrist von 23 Monaten Ende September 2004 (richtig 2006) abgelaufen. Die vorliegende Klage sei bereits am 21. Juli 2006 bei Gericht eingegangen.

II.

34 Die Revision der Beklagten ist uneingeschränkt zulässig.

35 1. Das Berufungsgericht wollte eine Beschränkung der Zulassung der Revision. Es führt aus, die Zulassung der Revision erfolge zu der Frage der Zulässigkeit einer auf einzelne Positionen von Abschlagsrechnungen gestützten Zahlungsklage zur Fortbildung des Rechts und zu der Frage der Zulässigkeit einer Klage aus Abschlagsrechnung bei zwischenzeitlich eingetretener Schlussrechnungsreife zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Im Übrigen sei die Revision nicht zuzulassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorlägen.

36 2. Eine derartige Beschränkung der Zulassung der Revision ist nicht zulässig.

37 a) Die Zulassung der Revision kann auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Streitpunkt beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteile vom 22. Januar 2004 - VII ZR 68/03, BauR 2004, 830 = NZBau 2004, 261; vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03, BauR 2004, 1650 = NJW 2004, 3264 = ZfBR 2004, 775 und vom 8. Dezember 2007 - VII ZR 191/04, BauR 2006, 414 = NZBau 2006, 175 = ZfBR 2006, 237). Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen oder auf eine bestimmte Rechtsfrage zu beschränken (BGH, Urteil vom 4. Juni 2003 - VIII ZR 91/02, NJW-RR 2003, 1192 m.w.N.; Zöller/Heßler ZPO, 27. Aufl. § 543 Rdn. 19 ff. m.w.N.).

38 b) Das Berufungsgericht hat die Revision auf die Prüfung von Rechtsfragen beschränkt, nämlich darauf, ob eine Klage auf Abschlagszahlung auf die Bezahlung einzelner Positionen gerichtet sein und trotz zwischenzeitlich eingetretener Schlussrechnungsreife erhoben werden kann. Es geht um materiell-rechtliche Voraussetzungen für die Begründetheit eines Anspruchs auf Abschlagszahlung (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 - VII ZR 160/83, BauR 1985, 456 = ZfBR 1985, 174; Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146 = ZfBR 2004, 552 = NZBau 2004, 386). Diese Rechtsfragen betreffen den gesamten Streitstoff, weil der Erfolg der Klage insgesamt von ihrer Beantwortung abhängt.

39 Die gewollte Beschränkung ist entgegen der Auffassung der Klägerin nicht deshalb wirksam, weil das Berufungsgericht diese Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Klage erörtert hat und eine Beschränkung der Revision auf die Zulässigkeit der Klage als wirksam angesehen wird (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - IVb ZR 19/89, BauR 1990, 249, 251; BGH, Urteil vom 25. Februar 1993 - III ZR 9/92, BGHZ 121, 367, 370). Ein

Gericht kann eine Beschränkung der Revision nicht dadurch erreichen, dass es irrtümlich eine für die Begründetheit der Klage relevante Rechtsfrage der Zulässigkeit der Klage zuordnet. Damit würde der Zugang zur Revision in nicht vertretbarer Weise eingeschränkt. Maßgeblich ist die zutreffende Einordnung als materielle Anspruchsvoraussetzung. Andernfalls müsste das Revisionsgericht im Rahmen der von ihm abgeforderten Prüfung der Zulässigkeit feststellen, dass diese nicht betroffen ist, und wäre an einer Überprüfung der gestellten Fragen mit grundsätzlicher Bedeutung formal gehindert, weil die Revision nicht zugelassen ist, soweit die Begründetheit der Klage betroffen ist.

III.

40 Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin führen zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Die Revision der Beklagten

41 1. Zu Recht beanstandet die Revision der Beklagten die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, dass die Klägerin berechtigt ist, den Werklohn als Abschlagsforderung geltend zu machen, obwohl die Klägerin verpflichtet sein kann, eine Schlussrechnung zu stellen.

42 a) Der Auftragnehmer kann den Anspruch auf Abschlagszahlung gemäß § 16 Nr. 1 VOB/B, bei dem es sich um einen selbständigen schuldrechtlichen Anspruch im Sinne von § 241 Satz 1 BGB handelt (BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146 = ZfBR 2004, 552 = NZBau 2004, 386), nicht uneingeschränkt geltend machen. Der Anspruch auf Abschlagszahlung kann jedenfalls dann nicht mehr durchgesetzt werden, wenn die Bauleistung

abgenommen ist und der Auftragnehmer eine Schlussrechnung gestellt hat (BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, aaO; vgl. auch Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1228 m.w.N. zur Rechtsprechung der Instanzgerichte). In diesem Fall ist die Berechtigung des Auftragnehmers zur vorläufigen Abrechnung erloschen. Eine Abschlagsforderung verliert ihre Durchsetzbarkeit.

43 b) Gleiches gilt, wenn die Abnahme erfolgt ist, die Leistung des Auftragnehmers fertig gestellt ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat (ebenso Ingenstau/Korbion/Locher, VOB/B, 16. Aufl., B § 16 Nr. 1 Rdn. 46; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 5. Teil Rdn. 191; Kapellmann/Messerschmidt-Messerschmidt, VOB, 2. Aufl., § 16 Rdn. 97; Beck'scher VOB-Komm./Kandel, 2. Aufl., B § 16 Nr. 1 Rdn. 16).

44 aa) Dem Auftragnehmer ist ein Anspruch auf Abschlagszahlungen eingeräumt, um ihn zu entlasten und die gerade bei Bauleistungen mit der Vorfinanzierung verbundenen wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen (BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 - VII ZR 160/83, BauR 1985, 456 = ZfBR 1985, 174; vom 26. Februar 1987 - VII ZR 217/85, BauR 1987, 453 = ZfBR 1987, 200; vom 25. Oktober 1990 - VII ZR 201/89, BauR 1991, 81 = ZfBR 1991, 67). Der Anspruch auf Abschlagszahlungen ist auf Anzahlungen in Bezug auf den Vergütungsanspruch für das Gesamtwerk gerichtet. Die Erhebung von Abschlagsforderungen und auch die Anzahlung haben keinen endgültigen Charakter, sondern sind nur vorläufig (BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, aaO).

45 bb) Welche Werklohnforderungen der Auftragnehmer endgültig erhebt, ergibt sich aus der von ihm einzureichenden Schlussrechnung, § 14 Nr. 1 VOB/B. Mit dieser Schlussrechnung hat der Auftragnehmer seine Leistungen

endgültig und prüfbar abzurechnen. In die Schlussrechnung ist die gesamte Vergütung einschließlich der vergütungsgleichen Ansprüche einzustellen und der Saldo, der sich durch Abzug der Voraus- und Abschlagszahlungen ergibt, zu ermitteln. Abschlagszahlungen sind ebenso wie Vorauszahlungen in der Schlussrechnung lediglich Rechnungsposten, die nicht auf einzelne Leistungspositionen des Vertrags bezogen werden können (BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, aaO). Sie können nicht mehr selbständig verfolgt werden.

46 Es entspricht dem schützenswerten Interesse des Auftraggebers, eine derartige endgültige Abrechnung möglichst zügig nach Fertigstellung der Leistung zu erhalten. Er hat nicht nur ein Interesse, alsbald Klarheit darüber zu gewinnen, welche Forderungen der Auftragnehmer wegen der Bauleistungen endgültig erhebt, sondern auch daran, möglichst schnell beurteilen zu können, welche Restzahlungen er noch zu erbringen hat oder ob der Auftragnehmer infolge bereits geleisteter Zahlungen oder infolge von Aufrechnungen mit Gegenansprüchen möglicherweise überzahlt ist. Dementsprechend begründet § 14 Nr. 3 VOB/B die Pflicht des Auftragnehmers, die Schlussrechnung abhängig von den vertraglichen Leistungsfristen in bestimmten Zeiträumen nach der Fertigstellung der Leistung einzureichen, wenn nichts anderes vereinbart ist. Aus diesen Regelungen ergibt sich, dass die VOB/B dem Auftragnehmer nach Ablauf der sich aus § 14 Nr. 3 VOB/B ergebenden Frist kein schützenswertes Interesse mehr einräumt, eine Abschlagsforderung noch durchzusetzen. Vielmehr ist es eine Pflichtverletzung, wenn der Auftragnehmer die Schlussrechnung nicht fristgerecht stellt. Der Auftraggeber wird sogar nach Fristsetzung berechtigt, selbst eine Schlussrechnung auf Kosten des Auftragnehmers zu erstellen, § 14 Nr. 4 VOB/B. Es wäre mit der Systematik der Regelung der VOB/B nicht vereinbar, wenn der Auftragnehmer unter Verstoß gegen seine vertraglichen Pflichten berechtigt wäre, Abschlagsforderungen zu erheben, obwohl er eine Schlussrechnung erstellen müsste. Das vernachlässigen

Kues/May, BauR 2007, 1137, 1142, wenn sie ausführen, eine einmal fällig gewordene Abschlagsforderung müsse der Auftragnehmer auch dann noch verfolgen können, wenn der Auftraggeber diese nicht bezahlt habe. Grundsätzlich erlischt deshalb das Recht des Auftragnehmers, Abschlagsforderungen zu erheben, in dem Zeitpunkt, in dem eine Frist nach § 14 Nr. 3 VOB/B abgelaufen ist und die sonstigen gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen für die Durchsetzung einer auf eine Schlussrechnung gerichteten Forderung, insbesondere die Abnahme der Bauleistungen, vorliegen. In diesem Fall muss der Auftragnehmer seinen etwa noch bestehenden Werklohnanspruch als Saldo aus der Schlussrechnung geltend machen (BGH, Urteil vom 26. Februar 1987 - VII ZR 217/85, BauR 1987, 453 = ZfBR 1987, 200).

47 c) Es besteht kein Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen, wenn der Auftragnehmer Klage auf eine Abschlagszahlung erhoben hat und während des Prozesses die vorgenannten Voraussetzungen eintreten.

48 aa) Zu Unrecht wird vertreten (OLG Köln, BauR 2006, 1143, 1144 für den Fall der bereits erteilten Schlussrechnung; ebenso Ingenstau/Korbion/Locher, VOB, 16. Aufl., B § 16 Nr. 1 Rdn. 46 m.w.N.), der Unternehmer würde durch Erteilung einer Schlussrechnung seine eigene, ursprünglich mögliche Klage auf Zahlung einer Abschlagsforderung hinfällig machen oder er müsse zwecks Vermeidung dieser Folgen die Schlussrechnung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens hinauszögern. Das Oberlandesgericht Köln lässt bei dieser Beurteilung die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unberücksichtigt, dass es prozessual ohne weiteres möglich ist, eine Werklohnklage zunächst auf eine Abschlagsrechnung und sodann auf eine später erteilte Schlussrechnung zu stützen, § 264 Nr. 3 ZPO (BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400 = NZBau 2005, 158 = ZfBR 2005, 178;

vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 138/04, BauR 2006, 701 = NZBau 2006, 254 = ZfBR 2006, 333).

49 bb) Allerdings ist die Werklohnforderung im VOB-Vertrag nicht fällig, solange die Prüfungsfrist des § 16 Nr. 3 VOB/B läuft (BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, aaO). Dieser Umstand stellt nicht in Frage, dass es dem Auftragnehmer zuzumuten ist, die Werklohnklage nunmehr auf der Grundlage der Schlussrechnung zu führen. In der Literatur wird zwar vertreten, das sei ein Umstand, der dem säumigen Auftraggeber nicht zugute kommen solle, wenn er bereits auf eine Abschlagsforderung in Anspruch genommen worden sei (so Beck'scher VOB-Komm./Motzke, 1. Aufl., B § 16 Nr. 1 Rdn. 12 und wohl auch Kues/May, BauR 2007, 1137, 1141). Dem kann nicht gefolgt werden. Dass dem Auftraggeber eine Frist von zwei Monaten zur Prüfung der Schlussrechnung eingeräumt wird, ist in der VOB/B angelegt (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, aaO). Es kommt nicht darauf an, ob der Auftraggeber diesen Vorteil "verdient" hat.

50 Es besteht für den Auftragnehmer die Gefahr, dass die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen wird, weil der Termin zur mündlichen Verhandlung während der Prüfungsfrist der Schlussrechnung anberaumt wird, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die Forderung nicht fällig ist. Hier gebietet es der Grundsatz des fairen Verfahrens regelmäßig, dem Auftragnehmer Gelegenheit zu geben, seine Forderung in dem anhängigen Gerichtsverfahren weiter zu verfolgen und eine bereits anberaumte mündliche Verhandlung auf einen Zeitpunkt zu verlegen ist, in dem die Prüfungsfrist abgelaufen ist.

51 cc) Auch besteht kein Anlass, die Berechtigung zur Durchsetzung der Abschlagsforderungen solange aufrechtzuerhalten, bis der Auftraggeber eine Schlussrechnung nach § 14 Nr. 4 VOB/B selbst erstellt hat. Zu einer Erstellung

einer solchen Rechnung ist er nicht verpflichtet. Er kann sich vielmehr darauf beschränken, die Begleichung von Abschlagsforderungen unter Hinweis darauf zu verweigern, dass eine Schlussrechnung nicht vorliegt, obwohl sie nach den vertraglichen Vereinbarungen vom Auftragnehmer zu erstellen wäre.

52 d) Auf dieser Grundlage kann in der Revision nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin noch berechtigt ist, Abschlagsforderungen zu erheben. Das Berufungsgericht lässt es dahinstehen, ob eine Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B vorliegt, obwohl die Beklagte eine Reihe von Restarbeiten noch nicht abgefordert habe. Zugunsten der Beklagten ist daher davon auszugehen, dass die Arbeiten der Klägerin im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B fertig gestellt waren. Der Umstand, dass noch Restarbeiten, zu deren Umfang keine Feststellungen getroffen worden sind, offen und von der Beklagten nicht abgerufen worden waren, steht dem nicht zwingend entgegen, zumal die Leistungen unstreitig abgenommen worden sind.

53 aa) Wann eine Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B vorliegt, muss unter Berücksichtigung des mit dieser Regelung verfolgten Zweckes ermittelt werden. Sie liegt vor, wenn der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen erbracht hat. Ihr steht gleich, wenn er weitere Vertragsleistungen, die in eine Schlussrechnung einzustellen wären, nicht mehr erbringen muss, etwa weil der Vertrag gekündigt worden ist, die Leistung unmöglich geworden ist, der Auftragnehmer keine weiteren Leistungen mehr erbringen will oder der Auftraggeber keine weiteren Leistungen mehr verlangt, so dass ein Abrechnungsverhältnis entsteht.

54 Die Abnahme der Bauleistungen ist ein Indiz für die Fertigstellung; denn regelmäßig erfolgt eine Abnahme, weil die Leistungen im Wesentlichen vertragsgerecht erbracht sind. In diesem Fall steht der Annahme einer Fertigstel-

lung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B regelmäßig nichts im Wege. Der Auftragnehmer ist berechtigt, die gesamte abgenommene Leistung in Rechnung zu stellen. Wegen der Mängel oder der Restleistungen hat der Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB.

55 bb) Gleiches gilt grundsätzlich auch, wenn die Abnahme erfolgt ist, obwohl wesentliche Restleistungen fehlen; denn mit der Abnahme löst der Auftraggeber in einem VOB-Vertrag die Fälligkeit der Werklohnforderung aus, sobald ihm die Schlussrechnung gestellt wird und die Prüffrist abgelaufen ist. Er akzeptiert die gesamte Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht und muss es daher hinnehmen, dass auch noch nicht erbrachte Teilleistungen in die Schlussrechnung eingestellt werden. Er ist durch das Leistungsverweigerungsrecht ausreichend geschützt.

56 cc) Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen die Umstände ergeben, dass der Auftragnehmer trotz der erfolgten Abnahme nicht berechtigt ist, die noch nicht erbrachten Restleistungen in die Schlussrechnung einzustellen. Solche Umstände können sich aus dem Gewicht der noch fehlenden Teilleistungen oder aus den Bauumständen ergeben. Ist das der Fall, liegt eine Fertigstellung der Gesamtleistung im Sinne von § 14 Nr. 3 VOB/B noch nicht vor. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Abnahme der gesamten Leistungen nicht in Wahrheit eine Teilabnahme der erbrachten Leistungen ist. Das wird häufig angenommen werden können. Es liegt in aller Regel fern, dass der Auftraggeber eine noch nicht erbrachte wesentliche Teilleistung abnehmen will, so dass die erklärte Abnahme nicht auf die bereits erbrachte Leistung beschränkt ist. Liegt eine solche Teilabnahme vor, so ist der Auftragnehmer berechtigt, diese Leistung mit einer Teilschlussrechnung abzurechnen, so dass insofern eine Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B vorliegt. In der Teilschlussrechnung können und müssen die bisher erbrachten Leistungen und die berechenbaren vergütungsglei-

chen Ansprüche abgerechnet werden. Abschlagszahlungen können für den teilweise abgenommenen Teil nicht mehr verlangt werden. Eine Teilabnahme kann auch dann angenommen werden, wenn sie für Leistungen erklärt wird, die nicht in sich abgeschlossen sind. § 12 Nr. 2 VOB/B regelt, dass die Teilabnahme zwingend zu erfolgen hat, wenn dies für in sich abgeschlossene Leistungen verlangt wird. Diese Regelung schließt nicht aus, dass die Parteien sich darüber verständigen, nicht in sich abgeschlossene Leistungen abzunehmen.

57 2. Das Berufungsurteil ist aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die notwendigen Feststellungen für die abschließende Entscheidung, ob die Klägerin noch eine Abschlagsforderung erheben kann, getroffen werden können. Der Senat ist nicht in der Lage selbst zu entscheiden. Die Klage ist auch nicht aus anderen Gründen abzuweisen.

58 a) Die Klage ist nicht schon deshalb abzuweisen, weil die Klägerin einzelne Positionen einer Abschlagsrechnung verfolgt.

59 aa) Der Senat teilt allerdings nicht die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Abschlagsforderung könne für einzelne Positionen eines Vertrages unabhängig davon erhoben werden, welche Leistungen sonst erbracht sind und abgerechnet werden können. Nach der für den Vertrag der Parteien maßgeblichen Fassung des § 16 Nr. 1 VOB/B sind Abschlagszahlungen auf Antrag in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteueranteils in möglichst kurzen Zeitabständen zu gewähren. Daraus folgt ein Anspruch auf Abschlagszahlung für eine in einem bestimmten Zeitraum erbrachte Leistung. Die in diesem Zeitraum erbrachten und nachgewiesenen Leistungen sind in eine prüfbare Aufstellung einzustellen, § 16 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Es steht dem Auftragnehmer zwar frei, nur für bestimmte Leistungen eine Abschlagszahlung

zu verlangen. Aus dem Erfordernis der zeitraumbezogenen Abrechnung ergibt sich jedoch die Notwendigkeit, Abrechnungen für vergangene Zeiträume einzubeziehen und darzulegen, inwieweit ein Zahlungsanspruch besteht. Dieser ergibt sich aus dem Vergütungsanspruch für die insgesamt abgerechnete Leistung abzüglich bereits erbrachter Zahlungen. Insoweit gilt nichts anderes als bei der Abrechnung in der Schlussrechnung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 - VII ZR 69/96, BauR 1997, 468 = ZfBR 1997, 186). Der Hinweis des Berufungsgerichts auf § 16 Nr. 2 VOB/B, wonach Gegenforderungen einbehalten werden können, verfängt nicht. Denn die Überzahlung begründet keine Gegenforderung. Sie ist bei der laufenden Abrechnung eines Bauvorhabens bereits vom Auftragnehmer zu berücksichtigen.

60 bb) Gleichwohl ist die Sache nicht zur Entscheidung reif. Das Berufungsgericht meint zwar, ein Guthaben nicht feststellen zu können, weil sich die Klägerin nicht festgelegt habe, aus welcher Abschlagsrechnung sie vorgehe. Dagegen bestehen schon deswegen Bedenken, weil die Klägerin aus der letzten Abschlagsrechnung hätte vorgehen müssen. Dies ist die 92. Abschlagsrechnung. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass ein positiver Saldo in Höhe der Klageforderung besteht, weil die vorhergehenden Abschlagsrechnungen, in die Nachtragsforderungen eingestellt worden waren, von der Beklagten mit einem positiven Saldo geprüft worden waren. Soweit das Berufungsgericht einen positiven Saldo nicht feststellen konnte, weil die Klägerin zu den weiteren Rechnungspositionen ihre Berechtigung nicht nachgewiesen habe, ist nicht festgestellt, dass diese Rechnungspositionen überhaupt bestritten waren.

61 b) Allerdings begegnet die Berechnung der Klageforderung erheblichen Bedenken. Die Klägerin verlangt aus einem Tatbestand, den sie als Anordnung im Sinne des § 1 Nr. 3 VOB/B ansieht, eine Vergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B. Nach § 2 Nr. 5 VOB/B ist für den Fall, dass durch Änderung des Bauentwurfs

oder andere Anordnungen die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, kann der Auftragnehmer den sich aus § 2 Nr. 5 VOB/B ergebenden Vergütungsanspruch im Wege der Klage geltend machen (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213, Tz. 8; Urteil vom 21. März 1968 - VII ZR 84/67, BGHZ 50, 25, 30). Mit dieser Klage hat er diesen Preis schlüssig darzulegen. Dazu gehört die Darlegung der Mehr- oder Minderkosten, die sich aus der Änderung des Bauentwurfs oder den anderen Anordnungen ergeben (BGH, Urteil vom 11. März 1999 - VII ZR 179/98, BauR 1999, 897, 899 = ZfBR 1999, 256). Eine Klage, mit der lediglich erhöhte Kosten einzelner Elemente der Preisgrundlagen geltend gemacht werden, ist grundsätzlich unschlüssig, weil sie nicht die geforderte Mehr- und Minderkostenberechnung enthält und auch nicht darauf gestützt ist, dass der neue Preis höher ist als der alte Preis, so dass der Auftraggeber verpflichtet ist, die Differenz zu vergüten.

62 Die Klägerin hat aus der von ihr geltend gemachten Änderung des Bauentwurfs lediglich Mehrkosten für den Mehrverbrauch an Zement und den erhöhten Suspensionsrückfluss geltend gemacht und weitere Ansprüche aus der Änderung des Bauentwurfs mit einer Summe von mehr als 50 Mio. € angekündigt. Sie hat die erforderliche Gesamtabrechnung zur Ermittlung eines neuen Preises nicht vorgenommen, sondern die Klage lediglich auf Mehrkosten bei einzelnen Kalkulationsgrundlagen gestützt. Damit ist die Klage nicht schlüssig.

63 Auch insoweit verbietet sich hingegen eine Klageabweisung. Denn auf die Unschlüssigkeit der Klage aus diesem Gesichtspunkt ist die Klägerin erstmals durch den Senat hingewiesen worden. Sie muss Gelegenheit erhalten, auf

diesen Hinweis zu reagieren, so dass die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

64 Soweit eine Gesamtabrechnung vorliegt, ist die Klägerin allerdings nicht gehindert, den geforderten Betrag als Teilbetrag der nachgewiesenen Forderung geltend zu machen.

65 c) Die Klage ist nicht wegen Verjährung der Forderung auf Abschlagszahlung abzuweisen. Die Rügen der Revision, durch wiederholtes Einstellen einer Forderung in die Abschlagsrechnung dürfe die Verjährung nicht verhindert werden, gehen schon deshalb ins Leere, weil das Berufungsgericht auf die Abschlagsrechnung abstellt, mit der die Forderung erstmalig erhoben worden ist. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Würdigung, die Parteien hätten ein Stillhalteabkommen getroffen, das die Verjährung gehemmt habe. Fehl geht die Erwägung, eine Hemmung sei deshalb ausgeschlossen, weil das selbständige Beweisverfahren bereits anhängig gewesen sei, als die Abschlagsrechnung gestellt worden sei. Dieser Umstand schließt das vom Berufungsgericht angenommene Stillhalteabkommen nicht aus. Unverständlich ist die Rüge der Revision, die Berechnung der Hemmung sei nicht nachvollziehbar. Diese ergibt sich aus dem Gesetz, § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB. Neben der Sache liegt auch die Rüge, das durch den Unternehmer eingeleitete selbständige Beweisverfahren hemme nicht die Verjährung seines Vergütungsanspruchs. Das hat das Berufungsgericht nicht angenommen.

66 d) Ohne Erfolg ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Klage schon aus prozessualen Gründen nicht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären dürfen, soweit die Klägerin Mehrvergütungsansprüche wegen entstandener Mehrkosten für Zementverbrauch und Suspensionsrückfluss geltend mache, die darauf beruhten, dass die durchschnittliche Säulenhöhe der

HDI-Sohle sich auf mehr als 1,55 m erhöht habe, weil der Anschluss des Randbereichs der Sohle an die Schlitzwände mittels Ausbildung einer Krümmung statt ursprünglich vorgesehener kurzer Abtreppung ausgeführt worden sei.

67 aa) Insoweit ist zunächst klar zu stellen, dass das Berufungsgericht der Klage in dem tenorierten Umfang dem Grunde nach stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen hat. Das folgt aus dem Beschluss des Berufungsgerichts, mit dem das Urteil berichtigt worden ist. Die Rügen der Revision, die sich gegen dieses Verfahren richten, sind offensichtlich unbegründet. Dass das Berufungsgericht die Klage teilweise abgewiesen hat, ergibt sich deutlich aus den Urteilsgründen. Etwaige Unklarheiten in der Begründung der Klageabweisung ändern nichts an der Berechtigung des Berufungsgerichts, das Urteil gemäß § 319 ZPO zu berichtigen.

68 bb) Der Tenor des landgerichtlichen Urteils lautet, dass die Klage abgewiesen wird. Aus den Urteilsgründen ergibt sich indes, dass die Klageabweisung nur die Ansprüche auf Ersatz von Mehrkosten erfassen sollte, die auf der tatsächlich vorhandenen Beschaffenheit des Bodens im Bereich der unteren Sande beruhten. Am Ende der Entscheidung verweist das Landgericht darauf, dass durch die Entscheidung nicht betroffen seien die Mehrkosten durch die Erstellung der Säulen in einer Stärke von über 1,5 m sowie die Mehrkosten durch den gewölbten Anschluss der Sohle an die Schlitzwände. Über den letzteren Teil, der von der Klägerin auf 1.928.196,80 € beziffert wurde, hat das Landgericht daher ersichtlich bewusst nicht entschieden. Er ist von der Klageabweisung nicht erfasst.

69 (1) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Mehrkosten wegen der Sohlkrümmung entgegen der Auffassung des Landgerichts

bereits Gegenstand der Klage waren. Das ergibt sich deutlich aus der Klagebegründung.

70 (2) Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass die Klägerin die Entscheidung des Landgerichts hingenommen hat, indem sie in der Berufungsschrift die Auffassung geäußert hat, das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass Mehrvergütungsansprüche nicht von der Klage erfasst seien, die auf der gewölbten Sohle beruhten. In einem solchen Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klage noch beim Landgericht anhängig ist, weil die davon abweichende Entscheidung des Landgerichts vom Kläger akzeptiert wird. Soweit das landgerichtliche Urteil ausdrücklich über einen Teil der Klage nicht entschieden hat, weil es der Auffassung gewesen ist, dass er nicht anhängig geworden sei, enthält es einen feststellenden Teil, der maßgeblich ist, wenn er nicht angefochten wird. Demgemäß ist anerkannt, dass die bewusste Entscheidung eines Gerichts, über einen nach seiner Auffassung nicht oder nicht mehr anhängigen Anspruch nicht zu entscheiden, nur mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann und ein Antrag auf Ergänzung des Urteils nicht zulässig ist (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 321 Rdn. 2, 4; vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 133/04, NJW-RR 2005, 790; Urteil vom 16. Dezember 2005 - V ZR 230/04, NJW 2006, 1351). Bedenken unterliegt deshalb die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei berechtigt gewesen, die Sache an sich zu ziehen, weil diese noch beim Landgericht anhängig gewesen sei.

71 (3) Gleichwohl hat die Revision insoweit keinen Erfolg. Die Klägerin war als Berufungsführerin nicht gehindert, den Anspruch erneut in der Berufungsinstanz zu erheben (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 321 Rdn. 2). Sie hat dies in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt. Es handelt sich um eine Klageerweiterung, die entgegen der nicht nachvollziehbaren Auffassung der Revision in der Berufung möglich ist. Das Berufungsgericht hat

die Klageerweiterung mit seiner Hilfserwägung für sachdienlich und deshalb für zulässig gehalten. Die dagegen erhobenen Rügen gehen ins Leere, weil diese Verfahrensweise nicht der revisionsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 266/03, NJW 2005, 1583; Urteil vom 22. Januar 2004 - V ZR 187/03, NJW 2004, 1458; Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., § 529 Rdn. 15). Soweit die Revision auch geltend macht, es liege keine Klageänderung, sondern nur ein Nachschieben von Gründen vor, was unzulässig sei, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Insoweit will sie möglicherweise geltend machen, dass der neue Vortrag gemäß §§ 533, 529, 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr hätte berücksichtigt werden dürfen. Die unterlassene Zurückweisung neuen Vorbringens ist jedoch in der Revision ebenfalls nicht angreifbar (BGH, Urteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 266/03, NJW 2005, 1583, 1585; Urteil vom 22. Januar 2004 - V ZR 187/03, NJW 2004, 1458, 1459).

72 (4) Ersichtlich fehl geht die Rüge, das Landgericht habe rechtskräftig über den Anspruch entschieden. Das Landgericht hat lediglich entschieden, dass die Klage insoweit nicht erhoben worden war.

73 e) Soweit die Revision Rügen gegen die Auslegung des Vertrages erhebt, vermögen sie eine klageabweisende Entscheidung des Senats nicht zu begründen. Diese Rügen wird das Berufungsgericht vielmehr bei der gegebenenfalls erneut vorzunehmenden Auslegung des Vertrages zu berücksichtigen haben (vgl. dazu III. B).

B. Weitere Revisionsangriffe der Beklagten und Anschlussrevision der Klägerin

74 Zu Recht rügen die Revision und die Anschlussrevision, das Berufungsgericht habe die Vertragserklärungen fehlerhaft ausgelegt. Das Revisionsgericht ist zwar grundsätzlich an die Auslegung von Willenserklärungen durch den

Tatrichter gebunden. Eine Bindung besteht jedoch nicht, wenn der Tatrichter gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze verstoßen hat (BGH, Urteil vom 14. Oktober 1994 - V ZR 196/93, NJW 1995, 45, 46; Urteil vom 23. Januar 2009 - V ZR 197/07, NJW 2009, 1810; Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 257/03, BauR 2005, 542 = NZBau 2005, 216 = ZfBR 2005, 263). So liegt es hier.

75 1. Rechtsfehlerfrei legt das Berufungsgericht allerdings das Angebot der Klägerin dahin aus, dass diese mit der letzten Angebotsfassung vom 18. Juni 1998 nach dem von ihr konzipierten Leistungsverzeichnis eine (lediglich) erfolgsorientiert beschriebene Leistung, nämlich die Erstellung einer 1,5 m starken rückverankerten HDI-Sohle zu einem Quadratmeterpreis von 1.302,74 DM angeboten habe. Die dagegen erhobenen Rügen der Anschlussrevision sind unbegründet. Das Berufungsgericht hat die Vertragsunterlagen insoweit erschöpfend ausgewertet und auch die Gutachten in ausreichender Weise berücksichtigt. Danach waren die im Angebot bezeichneten sogenannten Herstellparameter nicht Vertragsinhalt, sondern lediglich Beschreibungen der von der Klägerin vorgesehenen Ausführungsart. Das Berufungsgericht weist zutreffend darauf hin, dass die Klägerin selbst eingeräumt habe, dass das aus etwaigen Änderungen folgende Mengenrisiko (bei unverändertem Baugrund) grundsätzlich zu ihren Lasten gegangen wäre. Überzeugend ist auch der Hinweis auf den zum Verständnis des Vertragsangebots durchaus verwertbaren Hinweis in der ersten Fassung des Angebots vom 12. Mai 1998, in dem die Klägerin erklärte:

> "Im Übrigen wird die Ausführung (Herstellparameter) der SOIL-JET-GEWI-s und der HDI-Sohle an die aus den im Probefeld und der Eignungsprüfung gewonnenen Erkenntnisse angepasst. Die ... einvernehmlich getroffenen Entscheidungen und Systeman-

passungen sind als verbindlich anzusehen; der AN übernimmt die Kosten für ggf. daraus resultierenden Mehraufwand zu seinen Lasten...".

76 2. Zu beanstanden ist allerdings die Folgerung des Berufungsgerichts, damit habe die Klägerin auch solche Änderungen der Herstellparameter verantworten wollen, die auf einer grundlegenden Änderung der Bodenverhältnisse beruhten. Diese Beurteilung verkennt, dass Grundlage eines funktionalen Angebots bestimmte Bodenverhältnisse sein können, deren Vorhandensein zum Vertragsinhalt erhoben werden kann. Das hat die Klägerin geltend gemacht, indem sie ihre Klage vor allem darauf gestützt hat, dass die Änderungen der Herstellparameter darauf zurückzuführen seien, dass die Bodenverhältnisse sich grundlegend anders als im Vertrag beschrieben dargestellt hätten. Die Leistungsbeschreibung und die ihr zugrunde liegenden Bodenuntersuchungen hätten den Boden als sehr dicht gelagert dargestellt. Es hätten sich jedoch eine extrem schwankende Lagerungsdichte und extrem hohe Dichten der unteren Sande herausgestellt.

77 a) Allerdings können Mehrkosten wegen von den Vorstellungen des Auftragnehmers abweichender Bodenverhältnisse nicht mit der allgemeinen Erwägung geltend gemacht werden, den Bauherrn treffe das Baugrundrisiko (Kuffer, NZBau 2006, 1 ff.). Auszugehen ist vielmehr von den konkreten Umständen des Einzelfalles und den getroffenen Vereinbarungen.

78 Liegen einer Ausschreibung Baugrundgutachten bei, so ist es möglich, dass die darin dargestellten Bodenverhältnisse zur vertraglich geschuldeten Leistungsverpflichtung erhoben werden. Ob und inwieweit dies gegeben ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände durch eine am objektiven Empfängerhorizont orientierte Auslegung der Vereinbarung zur

Bauleistung zu beurteilen. Ein gewichtiger Gesichtspunkt ist dabei, inwieweit die Bodenverhältnisse für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich sind. Ist dies der Fall, wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass die beschriebenen Bodenverhältnisse zum Leistungsinhalt erhoben werden sollen.

79 Dabei kann auch von Bedeutung sein, ob das Baugrundgutachten im Hinblick auf die ursprünglich ausgeschriebene Leistung und den dann geschlossenen Vertrag oder im Hinblick auf Vertragsänderungen oder Nachträge erstellt worden ist.

80 Stellen sich die zur Leistungspflicht erhobenen Bodenverhältnisse anders dar, so ist die Anordnung des Auftraggebers, die Leistung trotz der veränderten Umstände zu erbringen, eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne des § 1 Nr. 3 VOB/B mit der Folge, dass ein neuer Preis nach Maßgabe des § 2 Nr. 5 VOB/B zu bilden ist.

81 b) Sind von den Parteien im vorliegenden Fall bestimmte Bodenverhältnisse zum Inhalt des Vertrages gemacht worden, so hätte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen dürfen, dass die von der Klägerin abgegebenen Erklärungen zur Übernahme von Mehrkosten auch für den Fall gelten, dass andere Bodenverhältnisse angetroffen werden. Denn die Bodenverhältnisse waren erkennbar ein entscheidender Umstand für die Wahl des Herstellverfahrens und die Festlegung der Herstellparameter. Waren bestimmte, für das Herstellverfahren relevante Bodenverhältnisse Inhalt des Vertrages, so liegt es fern, dass die Klägerin mit ihren Erklärungen das Risiko abweichender Bodenverhältnisse hat mit übernehmen wollen. Ein Unternehmer ist zwar nicht gehindert, mit dem Bauvertrag ihm unbekannte Risiken zu übernehmen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23, 29; Kuffer, NZBau 2006, 1, 6).

Jedoch sind an eine Risikoübernahme, die unbekannte Bodenverhältnisse betrifft, jedenfalls dann strenge Anforderungen zu stellen, wenn sie die Baukosten erheblich beeinflussen können (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06, aaO). Wurden Angaben in Bodengutachten zum Inhalt des Vertrages erhoben, liegt es nahe, dass die sonstigen Erklärungen der Klägerin auf diesen Bodengutachten aufbauen. Es liegt dann auch ein Verständnis der von der Klägerin abgegebenen Erklärungen nahe, dass lediglich diejenigen Veränderungen der Herstellparameter gemeint sind, die sich aus der Erprobung bei unveränderten Bodenverhältnissen ergeben.

82 3. Von Rechtsirrtümern beeinflusst ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe das Angebot der Klägerin nicht in unveränderter Form, sondern unter weitgehender Abänderung seines Inhalts angenommen; die Beklagte habe ein bestimmtes Herstellverfahren mit konkreten Herstellparametern - so wie es in der Z.i.E. vom 5. März 1999 nebst den darin in Bezug genommenen Antragsunterlagen in ihrer letzten Fassung vom 21. Dezember 1998 beschrieben ist - zum Vertragsinhalt machen wollen.

83 Diese Auffassung beruht auf einer nicht interessengerechten Auslegung der Erklärung der Beklagten zur Annahme des Vertrages. Diese erfolgte am 29. Juni 1998 mündlich und am 19. August 1998 schriftlich dahin, dass der Auftrag für das Angebot vom 18. Juni 1998 als Nachtrag zum Hauptauftrag vom 11. März 1998 "unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Z.i.E. für das Pfahlsystem Soil-Jet-Gewi einschließlich der Verbundkonstruktion am Pfahlkopf" erteilt werde. Zu Unrecht will das Berufungsgericht aus dem Vorbehalt eine Modifikation des Angebots herleiten. Dabei verkennt es entgegen der Auffassung der Revision nicht, dass die Z.i.E. als Verwaltungsakt (vgl. dazu Englert/ /Schneeweiß, BauR 2007, 290, 294) nicht unmittelbar den Vertrag ändern kann. Es berücksichtigt jedoch nicht, dass die Beklagte keinerlei Interesse daran ha-

ben konnte, den funktional beschriebenen Vertrag dahin zu ändern, dass nun eine bestimmte Herstellart zum Vertragsinhalt mit der Folge erhoben wird, dass weitere Änderungen zu Mehrvergütungsansprüchen führen.

84 Mit der funktional beschriebenen Leistung lag die Wahl der Herstellparameter allein bei der Klägerin. Sie trug - abgesehen von den Risiken aus einer Veränderung des möglicherweise zum Vertragsinhalt erhobenen Baugrundes - alle Risiken dieser Wahl, auch das Risiko von Mehrkosten infolge einer Veränderung ihrer die Herstellungsart betreffenden Entscheidung. Die Beklagte hatte vernünftigerweise kein Interesse daran, ihr dieses Risiko abzunehmen. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass die Klägerin das Verfahren angeboten und den technischen Sachverstand dafür in Anspruch genommen hat (vgl. dazu Englert/Schneeweiß, aaO, S. 298). Sie hat zudem erklärt, dass sie den Mehraufwand für Systemanpassungen übernehmen wolle. Es besteht kein Anhaltspunkt für die Annahme, die Beklagte habe sich auf die einmal erteilte Z.i.E. festlegen und das Risiko erforderlich werdender Systemanpassungen, die auch eine Änderung der Z.i.E. zur Folge haben, übernehmen wollen. Etwas anderes gilt, wie bereits dargelegt, für solche Änderungen, die sich aus der Änderung vertraglich vereinbarter Bodenverhältnisse ergeben.

85 Aus diesem Grund kann die Erklärung des Vorbehalts nicht dahin ausgelegt werden, dass dieser den Vertragsinhalt in der vom Berufungsgericht angenommenen Weise beeinflusst. Vernünftigerweise ist der Vorbehalt lediglich dahin zu verstehen, dass die Beklagte die Klägerin verpflichten wollte, nach den öffentlich-rechtlichen Vorgaben, wie sie sich aus der Z.i.E. ergaben, zu arbeiten. Das ist an sich eine Selbstverständlichkeit, wurde aber durch den Vorbehalt nochmals deutlich zum Ausdruck gebracht. Aus diesem Grunde bestehen auch Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Vertrag sei erst durch die Z.i.E. zustande gekommen.

86 Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung findet auch nicht in dem Umstand eine Stütze, dass die für das Bauvorhaben zuständige Behörde in das Zulassungsverfahren eingebunden war und auf die Auflagen konkret Einfluss genommen hat. Diese Behörde war am Zulassungsverfahren, das den sie betreffenden Einzelfall anging, beteiligt. Sie hat die Probeuntersuchungen begleitet und ihre Vorstellungen in das Verfahren eingebracht. Diese Beteiligung am öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren hat keine Auswirkungen auf die vertraglichen Vereinbarungen.

87 4. Aus allem folgt, dass der Vertrag mit der Annahmeerklärung der Beklagten in der Weise zustande gekommen ist, dass die Klägerin die Auflagen der Z.i.E. zu beachten hatte. Dabei bestand keine Bindung an eine konkrete Z.i.E. Die Klägerin hatte demnach auch die Z.i.E. zu beachten, wie sie durch die erste Ergänzung zur Z.i.E. vom 19. August 1999 Ausdruck gefunden hat.

88 5. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das fehlerhafte Verständnis von Zustandekommen und Inhalt des Vertrages auch die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Vergütungspflicht der Beklagten beeinflusst hat, soweit es um die Veränderung der Sohle von einer abgetreppten Ausführung in eine gekrümmte Ausführung geht. Das Berufungsgericht geht ohne Weiteres davon aus, dass Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung eine abgetreppte Ausführung war und die Anordnung einer gekrümmten Ausführung dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zuzuordnen ist. Diese Ausführungen finden in den Feststellungen keine ausreichende Stütze. Es erscheint möglich, dass die Darstellung einer abgetreppten Ausführung ebenso wie die Darstellung der sonstigen Ausführungsparameter lediglich der Darstellung der beabsichtigten Ausführung diente, ohne die Funktionalität des Angebots zu berühren. Es erscheint weiter möglich, dass die Änderungen der Ausführung auf die sich aus den Probeuntersuchungen ergebenden Anforderungen zurückzuführen waren.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts beruhte die Änderung auf statischen Erfordernissen. Das Berufungsgericht hat sich lediglich damit beschäftigt, wie die Beauftragung, eine "rückverankerte HDI-Sohle; D = 1,5 m, OK HDI ca. 4 m unter Aushubsohle, Rückverankerung mit Jet-GEWI-Pfählen nach statischen Erfordernissen; einschl. Restwasserhaltung" auszuführen, im Hinblick auf die Verwendung des Begriffes "nach statischen Erfordernissen" auszulegen ist. Die Rügen der Revision vermögen die zwar nicht überzeugende, jedoch revisionsrechtlich nicht angreifbare Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu erschüttern, der Passus "nach statischen Erfordernissen" ersetze lediglich die von der Klägerin ursprünglich vorgesehenen Raster- und Längenmaße der GEWI-Pfähle. Zutreffend rügt die Revision jedoch, dass das Berufungsgericht den funktionalen Charakter des Angebots und die damit verbundene Möglichkeit nicht ausreichend gewürdigt hat, dass die Klägerin sich unter Berücksichtigung ihrer sonstigen Erklärungen verpflichtet haben kann, Veränderungen, die sich aus statischen Anforderungen ergeben, ohne Mehrvergütung zu übernehmen. In diesem Zusammenhang kann auch eine Rolle spielen, worauf die Anordnung der Krümmung zurückzuführen ist. Beruht die Anordnung der Krümmung auf veränderten Bodenverhältnissen, wird es erneut darauf ankommen, inwieweit diese Vertragsinhalt geworden sind oder die Klägerin das Risiko einer Veränderung übernommen hat.

IV.

89 Das Berufungsurteil war nach allem insgesamt aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

90 1. Soweit die Klägerin ihre Forderung weiter als Abschlagszahlung verfolgt, wird das Berufungsgericht die notwendigen Feststellungen dazu zu treffen

haben, dass eine Abschlagsforderung noch durchgesetzt werden und ausnahmsweise auf Ersatz der einzelnen Positionen gerichtet sein kann. Das Berufungsgericht wird der Klägerin dann auch Gelegenheit geben müssen, die Forderung in richtiger Weise zu berechnen.

91 2. Sollte die Klägerin ihre Forderung im Berufungsverfahren auf eine Schlussrechnung stützen wollen, wird darauf hingewiesen, dass dies prozessual möglich ist. § 533 ZPO findet auf Änderungen des Klageantrags nach § 264 Nr. 1 und 3 ZPO, die auch in der Berufungsinstanz gelten, keine Anwendung. Da durch die Erstellung der Schlussrechnung erst die materielle Voraussetzung für ihre Fälligkeit geschaffen wird (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2003 - VII ZR 335/02, BauR 2004, 115 = NZBau 2004, 98 = ZfBR 2004, 58), handelt es sich auch im Berufungsverfahren nicht um ein neues Angriffsmittel, so dass ein dazu gehörender Vortrag nicht gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO im Berufungsrechtszug zurückgewiesen werden könnte (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 - VII ZR 229/03, BauR 2005, 1959 = NZBau 2005, 692 = ZfBR 2006, 34).

92 3. Soweit es um die Berechtigung der Nachtragsforderung an sich geht, wird das Berufungsgericht der Frage nachgehen müssen, inwieweit bestimmte, für das Herstellungsverfahren maßgebliche Bodenverhältnisse Vertragsinhalt geworden sind. Gegebenenfalls wird es prüfen müssen, inwieweit die tatsächlichen Bodenverhältnisse von den vertraglich vereinbarten Bodenverhältnissen abweichen. Gegebenenfalls wird weiter zu prüfen sein, inwieweit die Beklagte die Ausführung der Leistung bei geänderten Bodenverhältnissen angeordnet hat. Eine solche Anordnung kann in Kenntnis der abweichenden Bodenverhältnisse auch stillschweigend erfolgen. Im Falle einer Anordnung kann sich ein erhöhter Vergütungsanspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B ergeben, der allerdings nach den dargestellten Grundsätzen zu berechnen ist. Mangelt es an einer Anordnung, kommt ein Anspruch aus § 2 Nr. 8 VOB/B in Betracht.

93 4. Soweit die Klägerin einwendet, die Z.i.E. habe auf Veranlassung der Beklagten Auflagen zur HDI-Sohle enthalten, die nicht notwendig gewesen seien, vermag das den geltend gemachten Vergütungsanspruch nicht zu begründen. Denn die Klägerin war nach dem Vertrag gehalten, die Anordnungen in der Z.i.E. zu erfüllen. Ob eine eventuelle vertragswidrige Einflussnahme der Beklagten auf die Z.i.E. einen Schadensersatzanspruch der Klägerin begründet, dem gegebenenfalls der Einwand des Mitverschuldens entgegengehalten werden könnte, kann dahinstehen. Denn ein solcher Anspruch ist nicht geltend gemacht.

94 5. Soweit es um die Krümmung der Sohle geht, wird das Berufungsgericht erneut prüfen müssen, inwieweit diese aufgrund der funktionalen Ausschreibung ohne Mehrkosten geschuldet war.

Kniffka Kuffer Bauner

Safari Chabestari Eick

Vorinstanzen:
LG Hannover, Entscheidung vom 18.04.2007 - 11 O 252/06 -
OLG Celle, Entscheidung vom 31.10.2007 - 14 U 95/07 -