

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB B § 2 Nr. 3 Abs. 2

- a) Die Bestimmung enthält eine abschließende Regelung für die Überschreitung der Massenansätze über 10 % hinaus. Es kann darüber hinaus nicht auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden.
- b) Die Regelung ist nicht auf eine bestimmte prozentuale Überschreitung beschränkt.
- c) Auch der Auftragnehmer kann das Verlangen auf Vereinbarung eines neuen Preises stellen.

BGH, Urt. v. 20. März 1969 - VII ZR 29/67 - OLG Schleswig
IG Kiel

138

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 29/67

URTEIL

Verkündet am
20. März 1969
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Friedrich H [REDACTED], Inhaber G. S [REDACTED],
Hu [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten,
Revisionsklägerin und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kreis St [REDACTED], vertreten durch den Kreisausschuß, die-
ser vertreten durch den Minister für Wirtschaft und Verkehr
des Landes Schleswig-Holstein, Landesamt für Straßenbau,
in K [REDACTED], D [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger,
Revisionsbeklagten und Revisions-
kläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

1460

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Schmidt

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 29. September 1966 aufgehoben, soweit es der Zahlungsklage wegen der Massenüberschreitungen sowie der Feststellungsklage stattgegeben hat.

II. Auf die Revision der Klägerin wird das genannte Urteil aufgehoben, soweit wegen Massenüberschreitungen die Ansprüche auf Zahlung von mehr als 4 % Zinsen und Feststellung weiteren Verzugsschadens abgewiesen worden sind.

Die weitergehende Revision der Klägerin wird teils als unzulässig verworfen, teils als unbegründet zurückgewiesen.

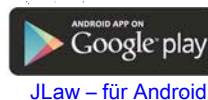
III. In Höhe von 53.633,38 DM wird die Klage abgewiesen. Im übrigen wird die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

IV. Die Klägerin hat 4/7 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Über die weiteren Revisionskosten hat das Berufungsgericht zu befinden.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Tiefbauunternehmen, gab am 19. September 1957 auf die Ausschreibung des Straßenbauamtes E., Neubauabteilung B. Se. (im folgenden als StrbA bezeichnet), schriftliche Angebote für Erdarbeiten an der zu erstellenden Bundesstraße 404 für die Bau-lose VIII 3 A und 3 B (Teilstück km 8,300 bis 13,970) ab.

Nach den Allgemeinen Vorbemerkungen zur Ausschreibung sollten als Vertragsunterlagen u.a. gelten:

Die Besonderen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauarbeiten auf Landstraßen (BVL 1949), (im folgenden als BVL bezeichnet), die unter 1 e auf die VOB, Teil B verweisen.

VOB Teil A und C,

Die Technischen Vorschriften für die Ausführung von Erdarbeiten im Straßenbau (TVE), Ergänzende Bestimmungen, Runderlaß Straßenbau Nr. 8/55 (im folgenden als TVE, Strb.Nr. 8/55 bezeichnet).

Am 18. Oktober 1957 erhielt die Klägerin vom StrbA namens des Beklagten den Auftrag entsprechend ihren Angeboten mit einem vorläufigen Endpreis von 1.677.708,45 DM.

Die Werkleistung der Klägerin sollte im wesentlichen darin bestehen, das über dem Niveau liegende Erdreich der geplanten Straße abzutragen, es zusammen mit den von dem Beklagten aus Seitenentnahmestellen zur Verfügung gestellten Böden an den unter dem geplanten Niveau der Straße liegenden Stellen zu einem Damm aufzuschütten und in bestimmter Weise so zu verdichten, daß eine Proctordichte des Dammes von 95 % erreicht wurde.

Die Klägerin begann mit den Arbeiten im Herbst 1957. Während deren Ausführung erhielt sie Nachtragsaufträge von dem Beklagten. Diese betrafen insbesondere die Aufschlitzung von drei großen Einschnitten zur Entwässerung des Bodens, den Einbau von Stabilisierungsböden und die Verarbeitung von 3.000 t Branntkalk, die das StrbA zur Verfügung gestellt hatte. Die in den Schlußrechnungen ausgewiesenen Nachtragsaufträge sind der Klägerin mit über 900.000 DM vergütet worden.

Am 4. September 1959 nahm das StrbA die Arbeiten der Klägerin ab.

Ihre Schlußrechnungen reichte die Klägerin am 31. Oktober 1959 beim StrbA ein. In diesen erhob sie für das Los 3 A eine Gesamtforderung von 2.515.998,82 DM und für das Los 3 B eine solche von 1.381.961,61 DM. Der Teil A dieser Schlußrechnungen umfaßt die geleisteten Massen. Während des vorliegenden Rechtsstreits hat die Klägerin die vom StrbA im Teil A der Schlußrechnungen berichtigten Massenansätze als richtig anerkannt. In den Teilen B der Schlußrechnungen erhebt die Klägerin Forderungen von insgesamt 373.210,17 DM (für Los 3 A 203.109,33 DM, für Los 3 B 170.100,84 DM). Diese Forderungen begründet sie hauptsächlich mit gegenüber der Ausschreibung über 10 % hinausgehenden Massenüberschreitungen bestimmter Positionen des Leistungsverzeichnisses. In den Teilen C der Schlußrechnungen fordert sie insgesamt 651.706,74 DM (Los 3 A 370.467,17 DM, Los 3 B 281.239,57 DM) für Kosten, die ihr wegen der Bodenbeschaffenheit entstanden seien.

Außerdem forderte die Klägerin 40.000 DM wegen nach dem 1. Mai 1958 eingetretener Lohnerhöhungen.

Der Beklagte bezahlte die von der Klägerin geleisteten Massen zu den vereinbarten Einheitspreisen, die Nachtragsarbeiten entsprechend den für diese zugesagten Preisen, außerdem auf die in den Teilen B der Schlußrechnungen verlangten Beträge beim Los 3 A 43.890,97 DM und beim Los 3 B 9.742,41 DM. Weitere Zahlungen lehnte er ab. Von der anerkannten Forderung der Klägerin zog er einen Betrag von 168.300 DM ab. Er machte insoweit einen Anspruch auf verwirkte Vertragsstrafe wegen Überschreitung der Ausführungsfristen geltend.

Die Klägerin begehrt mit der Klage

- a) die Zahlung von 1.233.216,91 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 29.1.1959 an die Kreissparkasse in Husum zur Gutschrift auf ihr Konto.

Diese Forderung setzt sich wie folgt zusammen:

1. 373.210,17 DM für Mehrforderungen aus den Teilen B der Schlußrechnungen,
2. 651.706,74 DM für Mehrforderungen aus den Teilen C der Schlußrechnungen,
3. 40.000,-- DM für Lohnerhöhungen,
4. 168.300,-- DM für die einbehaltenen Vertragsstrafenbeträge.

- b) die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die verspätete Zahlung entstanden sei und noch entstehen werde.

Der Beklagte ist der Ansicht, daß der Klägerin keine Ansprüche mehr zustehen, die Vertragsstrafe sei mit Recht abgezogen worden.

142

Das Landgericht hat den Zahlungsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, den Feststellungsanspruch dagegen abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das Urteil dahin geändert, daß die Ansprüche der Klägerin auf Auszahlung der vom Beklagten einbehaltenen Vertragsstrafenbeträge nebst Verzugszinsen und auf Zahlung höherer als der vereinbarten Entgelte für die gegenüber der Ausschreibung eingetretenen Massenüberschreitungen nebst Prozeßzinsen dem Grunde nach gerechtfertigt sind. Es hat weiter festgestellt, der Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser aus der Einbehaltung der Vertragsstrafenbeträge über die für diese zu zahlenden Zinsen hinaus entstanden sei und noch entstehen werde. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Gegen das Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Klägerin erstrebt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, soweit dieses ihren Zahlungsanspruch in weiterem Umfang dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hatte. Sie begehrt weiter die Feststellung des Schadensersatzanspruches, soweit ihn das Oberlandesgericht abgewiesen hat.

Der Beklagte will die Abweisung der Klage in vollem Umfange erreichen mit Ausnahme der Verurteilung bezüglich der Auszahlung der Vertragsstrafenbeträge. Insoweit ficht er das Urteil nicht an; er hat vielmehr inzwischen der Klägerin den insoweit geforderten Betrag von 168.300 DM nebst Zinsen gezahlt.

Jede Partei bittet, die Revision des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision des Beklagten

I. Massenüberschreitungen

1. a) Das Berufungsgericht stellt fest, es seien gegenüber den Ansätzen in der Ausschreibung außerordentlich bedeutende Massenüberschreitungen vorgekommen. Solche führt es auf S. 17/18 des BU bei einzelnen Positionen an. Die Parteien streiten über den Einheitspreis, zu dem diese Massenüberschreitungen zu vergüten sind.

b) Das Berufungsgericht, das den Anspruch der Klägerin auf Zahlung höherer Entgelte dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, führt dazu aus, es möge sein, daß schon die Anwendung der Bestimmungen des § 2 VOB -B- zur Festsetzung höherer als der vereinbarten Einheitspreise für Mehrmassen führe. Diese Bestimmungen regelten jedoch den vorliegenden Fall nicht abschließend. Die Vorschrift des § 242 BGB gewähre wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage der Klägerin den zuerkannten Anspruch. Die VOB-Bestimmungen böten keine sachgemäße Lösung. Bei den betrieblichen Verhältnissen der Klägerin, die nur ein kleines Unternehmen sei, komme nur eine Erhöhung, nicht aber eine Verringerung der auf die Einheiten umzulegenden Gemeinkosten in Betracht.

2. Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision des Beklagten.

a) Auszugehen ist von den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Sie haben u.a. die Anwendung des Teiles B der VOB vereinbart.

§ 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB -B- bestimmt, daß auf Verlangen für die über 10 v.H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ein neuer Einheitspreis zu vereinbaren ist. Diese Bestimmung enthält bei einem VOB-Vertrag eine abschließende Regelung für die Überschreitung der Massenansätze über 10 % hinaus. Die Regelung ist nicht auf eine bestimmte prozentuale Überschreitung beschränkt. Darauf weist die Revision zutreffend hin. Es kann darüber hinaus nicht auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden, denn die Frage der Preisgestaltung bei Massenüberschreitungen ist vertraglich geregelt.

b) Das Verlangen gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB -B- auf Vereinbarung eines neuen Preises wird zwar in der Regel der Auftraggeber stellen, da sich im allgemeinen für die Mehrmassen ein geringerer Einheitspreis ergeben wird, weil sich die Baustelleneinrichtungskosten, Baustellengemeinkosten und die Allgemeinen Geschäftsunkosten dann auf eine größere Leistungsmenge verteilen. Aber auch der Auftragnehmer kann - entgegen der Meinung der Revision - ein solches Verlangen stellen. Unter besonderen Umständen kann für die über 10 % hinausgehenden Überschreitungen des Mengenansatzes auch ein höherer Einheitspreis gerechtfertigt sein. Dazu kann es insbesondere durch den Aufwand an höheren Löhnen bei der Ausführung dieser Mehrmassen kommen, da diese eine längere Ausführungszeit erfordern.

Der Berücksichtigung solcher Lohnerhöhungen bei der Preisfestsetzung steht hier auch nicht die Bestimmung Ziff. I 3 der Allg. Vorbemerkungen zur Ausschreibung entgegen, denn diese besagt nur, daß Lohnerhöhungen nicht als gesonderte Forderung geltend gemacht werden können (vgl. dazu unter B II).

c) Bei der neuen Preisfestsetzung ist von dem Mengensatz der Positionen auszugehen, die unter einem Einheitspreis zusammengefaßt sind (vgl. Ingenstau-Korbion, 5. Aufl. Rdn. 56 zu § 2 VOB -B-; BGH VII ZR 100/63 vom 4. Februar 1965). Es kommt bei der Preisfestsetzung also nicht auf die Massenüberschreitung bei den Positionen insgesamt an. Das Berufungsgericht stellt es bei seiner Betrachtung aber erkennbar auf die insgesamt erfolgten Massenüberschreitungen ab. Das ist nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB -B- nicht zulässig.

Das Berufungsgericht geht zudem von Massenüberschreitungen beim Los 3 A von etwa 138 % und beim Los 3 B von rund 40 % aus. Es bezeichnet diese Angaben der Klägerin als unstreitig. Dabei hat es jedoch den Vortrag der Klägerin verkannt. Diese von ihr in der Klage angegebenen Prozentzahlen beziehen sich auf ihre Mehrforderungen, die sie gegenüber ihren Angeboten für Massenüberschreitungen und Nachtragsaufträge erhebt.

d) Das Berufungsgericht führt im Rahmen seiner Ausführungen zu § 2 VOB -B- zutreffend die Grundsätze an, die bei der Preisfestsetzung für die über 10 % hinausgehenden Massenüberschreitungen zu beachten sind. Bei der Berechnung der neuen Einheitspreise für diese Massen ist es nicht zulässig, die bisherigen Preisermittlungsgrundlagen ganz außer acht zu lassen und eine neue Preis-

ermittlung anzustellen (vgl. Ingenstau-Korbion aaO Rdn. 57 zu § 2 VOB -B-, Hereth-Ludwig-Naschold, VOB, Teil B, Ez. 2. 72). Daher kann bei der neuen Preisfestsetzung auch nicht von den Ausführungen im Gutachten des Sachverständigen Pentzien ausgegangen werden, der eine ganz neue Kalkulation anstellt.

3. a) Die Klägerin kann also allein einen Anspruch auf Festsetzung neuer Einheitspreise für die über 10 % hinausgehenden Massenüberschreitungen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB -B- haben. Das Berufungsgericht hat einen solchen Anspruch zwar für möglich gehalten, der Klägerin jedoch einen weitergehenden Anspruch nicht auf Grund dieser Bestimmung zugesprochen, sondern ihn rechtsirrig auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt. Seine bisherigen Feststellungen erlauben noch kein Urteil darüber, ob der Klägerin der Anspruch für die über 10 % hinausgehenden Massenüberschreitungen bei den Positionen, die unter einem Einheitspreis zusammengefaßt sind, nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB -B- zusteht.

b) Das Urteil enthält zudem Unklarheiten.

In den Teilen B der beiden Schlußrechnungen verlangt die Klägerin insgesamt 373.210,17 DM. Sie hat diese Forderung zusammenfassend als solche bezeichnet, die sich auf Massenüberschreitungen bezieht. Nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe ist davon auszugehen, daß das Berufungsgericht mit seinem Urteil diesen erhobenen Anspruch dem Grunde nach erfassen wollte, denn die folgenden Urteilsgründe beziehen sich auf andere Ansprüche der Klägerin. Tatsächlich enthalten die Positionen der Teile B der Schlußrechnungen zwar hauptsächlich, aber nicht allein Forderungen wegen Massenüberschreitungen.

Es wurden darin auch Forderungen für eine verlängerte Baustelleneinrichtung erhoben, die der Beklagte zum Teil anerkannt hat. Bei dieser Position, für die im Angebot ein Pauschalpreis eingesetzt war, könnte eine neue Preisfestsetzung nach § 2 Nr. 3 Abs. 4 VOB -B- in Betracht kommen. Dazu enthält das Berufungsurteil keine Ausführungen.

Außerdem sind in den Teilen B der Schlußrechnung noch einige weitere Positionen enthalten, die keine Massenüberschreitungen betreffen oder sich nur zum Teil auf solche stützen. Das sind z.B. Mehrkosten für Maschineneinbau, höhere Transportkosten wegen verlängerter Anfahrtstrecken, Vergütung für Arbeiten zur Wiederherstellung gerutschter Böschungen, Kosten für Arbeiterschutzwärme, die durch eine nach Angaben der Klägerin vorzeitige Freigabe für den Verkehr entstanden sind, Vergütung für Mulden, die im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen waren. Diese Ansprüche könnten gerechtfertigt sein nach § 2 Nr. 5 oder 6 VOB -B-. Das Berufungsgericht macht zwar in den Entscheidungsgründen allgemeine Ausführungen auch zu diesen Bestimmungen. Es ist aber aus den Entscheidungsgründen nicht ersichtlich, inwieweit sich diese Ausführungen auf einzelne von der Klägerin erhobene Forderungen in den Teilen B ihrer Schlußrechnung beziehen sollen.

Andererseits ist nicht erkennbar, daß das Berufungsgericht diese Ansprüche der Klägerin abweisen wollte und die im Tenor enthaltene Klageabweisung "im übrigen" sich hierauf bezieht. Der Senat geht daher davon aus, daß dies nicht der Fall ist.

c) Dagegen ergibt sich aus den Urteilsgründen, daß, soweit die Forderungen in den Teilen B der Schlußrechnung

nicht nur auf Massenüberschreitungen, sondern auch, und zwar hauptsächlich, darauf gestützt werden, daß höhere Transportkosten wegen des hohen Wassergehalts der Böden verlangt werden, das Berufungsgericht diese Mehrforderungen abweisen wollte. Das trifft insbesondere für die Pos. 31 in Los 3 A und 3 B und die Pos. 36 in Los 3 B zu.

4. Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit das Urteil die Zahlung höherer als der vereinbarten Entgelte für die gegenüber der Ausschreibung eingetretenen Massenüberschreitungen nebst Prozeßzinsen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat.

5. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß unstreitig auf Forderungen, die in den Teilen B der Schlußrechnung enthalten sind, bereits 43.890,97 DM und 9.742,41 DM gezahlt worden sind. In Höhe dieser Beträge von insgesamt 53.633,38 DM hätte schon das Landgericht die Klage abweisen müssen. Der Senat hat dies nachgeholt, da die Sache insoweit zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Wie dieser Betrag die Zinsforderungen der Klägerin beeinflusst, wird von den Instanzgerichten noch zu prüfen sein.

II. Verzugsschaden wegen der einbehaltenen Vertragsstrafenbeträge

1. Das Berufungsgericht hat die Verpflichtung des Beklagten festgestellt, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser aus der Einbehaltung der Vertragsstrafenbeträge über die zu zahlenden Verzugszinsen hinaus entstanden sei und noch entstehen werde.

Das greift der Beklagte an, während er der vom Berufungsgericht weiter ausgesprochenen Verpflichtung zur Auszahlung dieser Vertragsstrafenbeträge nebst Zinsen inzwischen nachgekommen ist.

2. Nach den Allgemeinen Vorbemerkungen zur Beschreibung in Ziff. I 12 in Verbindung mit Ziff. 12 der BVL war eine tägliche Vertragsstrafe von 1.000 DM beim Los 3 A und eine solche von 700 DM beim Los 3 B für die Überschreitung der Ausführungsfristen vereinbart worden. Der Beklagte hatte der Klägerin 218 Arbeitstage für die erbrachten Mehrleistungen durch Massenüberschreitungen und Nachtragsaufträge bereits gutgebracht. Er hatte dann noch beim Los 3 A eine Überschreitung von 85 Arbeitstagen und beim Los 3 B eine solche von 119 Tagen errechnet und auf Grund dieser Berechnung 168.300 DM einbehalten.

3. Die Revision meint, die von ihr angegriffene Feststellung bezüglich des Verzugsschadens sei schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Beklagte zu Recht diese Beträge einbehalten gehabt habe. Dem kann nicht gefolgt werden.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe diese Vertragsstrafenbeträge nicht einbehalten dürfen, ist schon deshalb gerechtfertigt, weil unstreitig erhebliche Massenüberschreitungen vorgekommen sind und umfangreiche Nachtragsaufträge erteilt waren. Die Vertragsstrafenzusage wurde damit hinfällig, denn dadurch mußte es zwangsläufig aus von der Klägerin nicht zu vertretenden Umständen dazu kommen, daß der gesamte Zeitplan umgeworfen wurde (BGH LM Nr. 11 zu § 339 BGB; Ingenstau-Korbion aaO., Rdn. 10 zu § 11 VOB -B-).

4. Das Berufungsgericht führt weiter zu Recht aus, der Beklagte habe die unberechtigte Einbehaltung der Vertragsstrafenbeträge auch zu vertreten, da an die Sorgfaltspflicht eines Schuldners strenge Anforderungen zu stellen seien.

5. Trotzdem kann das Urteil des Berufungsgerichts insoweit nicht aufrechterhalten bleiben.

a) Es führt aus, es unterliege nach der Lebenserfahrung keinem Zweifel, daß die Klägerin durch die Vorenthaltung der 168.300 DM einen Schaden erlitten habe. Wenn sie diese Beträge schon alsbald nach der Abnahmeverhandlung erhalten hätte, so hätten ihr diese Beträge dazu verholfen, ihre unstreitig eingetretenen Zahlungsschwierigkeiten wenigstens um einige Zeit hinauszuschieben und dadurch die aus diesen unvermeidlich folgenden, über die Zinslast hinausgehenden wirtschaftlichen Nachteile zu mindern.

b) Diese Ausführungen greift die Revision zu Recht an.

Die Klägerin hatte bereits für die einbehaltenen Vertragsstrafenbeträge 9 % Zinsen beansprucht, die ihr das Berufungsgericht dem Grunde nach auch zugebilligt hat. Dieses konnte der Klägerin einen weiteren Schadensersatzanspruch nur dann zusprechen, wenn es feststellte, daß trotz des Bestreitens des Beklagten ein solcher Schaden gerade durch die verspätete Zahlung der einbehaltenen Vertragsstrafenbeträge eingetreten ist. Dazu fehlen Feststellungen. Diese können durch einen bloßen Hinweis auf die Lebenserfahrung nicht ersetzt werden.

6. Das Berufungsurteil ist daher auch insoweit aufzuheben. Bei der neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht noch folgendes zu beachten haben.

a) Das Berufungsgericht stellt es für die Frage, wann der Beklagte die zu Unrecht einbehaltenen Vertragsstrafenbeträge hätte zahlen müssen, auf den Zeitpunkt "alsbald nach der Abnahme" ab. Das ist verfehlt. Die weiteren Forderungen der Klägerin waren erst nach Prüfung und Feststellung der Schlußrechnung, spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Einreichung fällig (§ 16 Nr. 2 Abs. 1 VOB). Die Schlußrechnungen tragen das Datum vom 31. Oktober 1959. Wann sie bei dem StrbA eingegangen sind, ist nicht festgestellt worden. Es dürfte am 23. November 1959 gewesen sein, denn zusammen mit den Schlußrechnungen sind die Nachtragsangebote zu den Teilen B der Schlußrechnung eingereicht worden; diese tragen den Eingangsstempel des StrbA vom 23. November 1959. Die Bauabnahme hat aber bereits am 4. September 1959 stattgefunden.

b) Nach § 16 Nr. 4 Abs. 3 VOB -B- muß der Auftragnehmer dem Auftraggeber, wenn dieser bei Fälligkeit nicht zahlt, eine angemessene Nachfrist setzen. Erst vom Ende der Nachfrist an hat er Anspruch auf Zinsen und - wenn er das nachweisen kann - auf einen darüber hinausgehenden Verzugsschaden (vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 16 VOB -B-). Eine solche Nachfristsetzung könnte nur entbehrlich sein, wenn der Beklagte die Auszahlung der 168.300 DM schon vordem endgültig verweigert gehabt hätte (BGH LM Nr. 2 zu § 16 VOB -B-).

B. Revision der Klägerin

I. Mehrforderungen wegen Bodenschwierigkeiten

1. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin Mehrforderungen deshalb stellt, weil es bei den Arbeiten infolge der Bodenverhältnisse zu Transportschwierigkeiten gekommen ist.

2. Es hat hinsichtlich der Bodenbeschaffenheit und ihrer Beschreibung in der Ausschreibung folgende Feststellungen getroffen.

a) In den Allgemeinen Angaben über das Bauvorhaben heißt es unter III Nr. 2 der Allg. Vorbemerkungen der Ausschreibung zur Bodenbeschaffenheit:

Die bei der Abschnittsbauleitung Bad Oldesloe einzusehenden Bodenproben geben Aufschluß über die vorgefundenen Untergrundverhältnisse. Über die zu erwartenden Lagerungsverhältnisse können Sonderpläne bei der Abschnittsbauleitung eingesehen werden.

b) Die Einschnittsbodenmassen für Los 3 A und 3 B sind in der Ausschreibung für die Pos. 30 mit Bodenklasse b und überwiegend c bezeichnet, für die Pos. 36 mit Bodenklassen b und c. Unstreitig gehörten die Böden diesen Bodenklassen an.

Mit Bodenklasse b haben die Parteien bezeichnet: nichtbindigen, losen Boden, wie Sand, Kies, auch mit geringen Beimischungen lehmiger und toniger Bestandteile; mit Bodenklasse c: bindigen Boden wie Lehm, Ton, Löß, in geringen Mengen auch Mergel und dergleichen sowie Sand, Kies mit

hohem Gehalt an lehmigen und tonigen Beimengen, so daß sie in feuchtem Zustand plastisch und in trockenem Zustand hart werden.

c) Eine Brunnenbaufirma hatte durch Bohrungen Bodenproben gefördert. In der Ausschreibung heißt es zu Pos. 30: Die Bohrerergebnisse können auf der Abschnittsbauleitung B 01 eingesehen werden.

d) Auf S. 16 der Allg. Vorbemerkungen zur Ausschreibung heißt es:

Die vorstehenden Angaben befreien den Anbieter nicht von der genauen Prüfung der für das Angebot und die Durchführung der Arbeiten maßgebenden Verhältnisse.

3. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne nach § 242 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zusätzliche Zahlungen nicht aus dem Grunde verlangen, daß es bei den Arbeiten infolge der Bodenbeschaffenheit zu Transportschwierigkeiten gekommen sei. Mit solchen Hindernissen hätte sie schon bei Vertragsschluß rechnen müssen. Aus Ziff. 5 c TVE Strb Nr. 8/55 ergebe sich, daß eine die Erreichung einer Proctordichte von 95 % ausschließende Bodenbeschaffenheit im Bereich des Möglichen gelegen habe. Es habe bei der Klägerin gelegen, eine solche Möglichkeit bei Abschluß des Vertrages bei der Entgeltsvereinbarung zu berücksichtigen. Die Klägerin habe für alle Umstände einzutreten, die auf den vorgefundenen Untergrundverhältnissen beruhten, das gelte auch wegen der Wetterverhältnisse. Ihr stünden keine weiteren Ansprüche gegen den Beklagten zu.

4. Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision. Sie ist jedoch nicht gerechtfertigt.

a) Sie macht in erster Linie geltend, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob nicht die geltend gemachten Ansprüche schon nach § 2 Nr. 5 und 6 VOB -B-gerechtfertigt seien.

aa) In der Tat erwähnt das Berufungsgericht diese Bestimmungen nur im Zusammenhang mit den Forderungen der Klägerin wegen Massenüberschreitungen (BU 14, 15). Der Senat kann aber selbst prüfen, ob solche Ansprüche nach dem festgestellten Sachverhalt gegeben sind. Das ist zu verneinen.

bb) Die Revision geht bei ihren Ausführungen von einem Sachverhalt aus, der nicht den vertraglichen Abmachungen entspricht. Sie meint, die Werkleistung der Klägerin sei dahin gegangen, ausschließlich Erdbauwerke mit einer genau bestimmten Verdichtung herzustellen. Das ist nicht richtig. In Pos. 30 und 36 des Leistungsverzeichnisses war eine Verdichtung "bis zur geforderten Proctordichte" verlangt worden. Welche Dichte das war, ergab sich aus den TVE Strb Nr. 8/55 unter II 5 c 1 a. Nach diesen Vorschriften war eine Proctordichte im unteren Teil des Dammes von 95 % zu erreichen. Das war aber nur eine vorläufige Feststellung; sie galt nur dann, wenn diese Dichte bei den vorgefundenen Böden auch zu erzielen war. Wenn das nicht möglich war, dann endete die Werkvertragsleistung nicht wegen objektiver Unmöglichkeit. Sie erfuhr vielmehr hinsichtlich des Verdichtungs-erfordernisses eine schon im Vertrag vorgesehene Abänderung. Unstreitig war eine Verdichtung der vorgefundenen Einschnittsböden auf 95 % Proctordichte nicht möglich.

Der Beklagte hat darauf schließlich auch nicht bestanden. Er hat die Erdarbeiten ohne Beanstandung der Verdichtung abgenommen.

Nachdem sich herausgestellt hatte, daß die Böden für die vorgesehene Verdichtung zu wasserhaltig waren, hat das StrbA von seinem Recht aus II 5 c 3 Abs. 4 TVE, Strb. Nr. 8/55 Gebrauch gemacht. Nach dieser Vorschrift bestimmt der Bauherr, unter welchen Bedingungen der Boden eingebaut werden kann oder ausgesetzt werden muß, wenn der natürliche Wassergehalt eines bindigen Bodens wesentlich über seinem günstigsten Wassergehalt liegt, so daß er nicht auf die erforderliche Dichte gebracht werden kann. Solche Bestimmungen hat das StrbA getroffen.

cc) Die sich aus diesen Bestimmungen ergebenden Mehrleistungen hat die Klägerin aber bezahlt bekommen. Das übersieht die Revision. Als sich der hohe Wassergehalt der Einschnittsböden ergab, hat sich die Klägerin mit einem Schreiben vom 19. April 1958 (Hülle Bl. 86 der Akten) an das StrbA gewandt mit dem Hinweis, es handle sich um Böden, die mit ihrem derzeitigen Wassergehalt als nicht einbaufähig und unbrauchbar bezeichnet werden müßten. Sie hat dann Nachtragsangebote eingereicht. Daraufhin sind ihr entsprechende Aufträge erteilt worden. Diese hatten einen Umfang von über 900.000 DM. Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, daß infolge der nicht erreichbaren Proctordichte (95 %) eine wesentlich flachere Ausbildung der Dammböschungen erforderlich war, was einen entsprechenden Mehrbedarf an Abtragsboden zur Folge hatte. Aber auch diese Mehrleistungen sind in den Nachtragsaufträgen erfaßt. Außerdem hat das StrbA 3.000 t Branntkalk im Werte von ca. 220.000 DM zur Verfügung gestellt, u.a. um eine Verbesserung der Proctordichte zu erreichen.

dd) Mit der Klage verlangt die Klägerin nicht die Bezahlung dieser auf den Bestimmungen des Beklagten gemäß II 5 c 3 Abs. 4 TVE Strb Nr. 8/55 beruhenden Leistungen. Sie macht vielmehr eindeutig Forderungen geltend dafür, daß ihr höhere Kosten infolge des wasserhaltigen Bodens bei der Durchführung der an sich bezahlten Leistungen entstanden seien. Sie will einen Aufschlag auf den vereinbarten Einheitspreis in den Positionen 30 und 36 dafür haben, daß ihre Leistungsausführung durch die Bodenverhältnisse erschwert wurde. Sie trägt dazu vor, ihre Fahrzeuge hätten nur ungenügend beladen werden können, die Fahrzeiten hätten sich verlängert, die eingesetzten Maschinen hätten nicht wirtschaftlich ausgenutzt werden können, ihr seien durch die dadurch bedingte längere Ausführungszeit höhere Lohnkosten entstanden. Solche Forderungen haben jedoch mit Ansprüchen, die auf § 2 Nr. 5 VOB -B- gestützt werden können, nichts zu tun.

Sie verlangt mit der Klage nicht Bezahlung für etwas, was auf einer Anordnung des StrbA beruht oder die Art und Weise der Durchführung der Leistung betrifft. Zwar fallen auch solche Maßnahmen unter § 2 Nr. 5 VOB -B-. Das würde aber nur zutreffen, wenn es zu den Transport- und Ausführungsschwierigkeiten durch Anordnungen des StrbA gekommen wäre. Das behauptet die Klägerin jedoch nicht.

ee) Auch auf die Bestimmung des § 2 Nr. 6 VOB -B- kann die Klägerin diese Forderungen nicht stützen, denn das würde Leistungen voraussetzen, zu denen sie nach dem Vertrag nicht verpflichtet war. Die Klägerin geht jedoch selbst davon aus, daß sie die Leistungen vertraglich zu erbringen hatte. Dazu kommt, daß sie solche For-

derungen v_o_r der Ausführung hätte ankündigen müssen. Eine solche Ankündigung ist eine Anspruchsvoraussetzung (vgl. Ingenstau-Korbion, aaO. Rdn. 84 zu § 2 VOB (B)). Diese Ankündigung hat die Klägerin nicht dargelegt. Sie liegt insbesondere auch nicht in ihrem Schreiben vom 19. April 1958 an das StrbA. Ihr Nachtragsangebot vom 13. November 1958 hat sie erst am 26. November 1958 dem StrbA eingereicht.

b) Aber auch auf Wegfall der Geschäftsgrundlage kann die Klägerin ihren Anspruch nicht stützen.

aa) Der Senat hat schon mehrfach entschieden (u.a. VII ZR 293/56 vom 27. Juni 1957; VII ZR 126/59 vom 20. Oktober 1960 Schäfer-Finnern Z. 2. 311 Bl. 5; VII ZR 47/63 vom 28. September 1964 WM 1964, 1253), daß an die Voraussetzungen, unter denen ein Vertrag an die veränderte Geschäftsgrundlage angepaßt werden kann, strenge Anforderungen zu stellen sind. Es muß sich um derart einschneidende Änderungen handeln, daß ein Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde. Eine Erhöhung der vertraglich vereinbarten Vergütung kann nur dann zugestanden werden, wenn die bei der Ausführung der Arbeiten aufgetretenen Schwierigkeiten jedes bei Vertragsschluß voraussehbare Maß überstiegen und die Partei bei Einhaltung ihrer vertraglichen Verpflichtungen zu Aufwendungen gezwungen wäre, die zu der ihr eingeräumten Vergütung in keinem vertretbaren Verhältnis ständen, oder wenn die mit der Durchführung der übernommenen Arbeiten verbundenen Kosten, in Anbetracht ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse und des Umfangs des Unternehmens im Verhältnis zu dem ihr vertraglich zugestandenem Werklohn so hoch

wären, daß ihr ein weiteres Festhalten am Vertrage schlechthin nicht zuzumuten wäre. Der Senat hat z.B. in dem Fall seines Urteils vom 27. Juni 1957 eine Verdoppelung der Kosten gegenüber der veranschlagten Gesamtsumme noch nicht als ausreichend angesehen, um die der Partei vertraglich obliegende Leistung als unzumutbar im Sinne des § 242 BGB erscheinen zu lassen.

bb) Es unterliegt schon Zweifeln, ob diese Voraussetzungen eines Anspruchs hier gegeben sind.

Die Klägerin verlangt 651.706,14 DM wegen Erschwerung ihrer Leistungen durch die Bodenverhältnisse, außerdem werden etwa weitere 60.000 DM in den Teilen B der Schlußrechnung zu den Pos. 31 und 36 so begründet.

Sie hat erhalten zu den Pos. 31 für Los 3 A 50.671,30 DM und für Los 3 B 46.669,51 DM. Für die Pos. 30 und 36 einschließlich der Nachtragsaufträge beim Los 3 A 1.124.785,11 DM und beim Los 3 B insgesamt 518.559,17 DM. Das ergibt sich aus der Forderungs- und Leistungsaufstellung aus der Schlußabrechnung des StrbA, die die Klägerin nicht bestritten hat.

Bei diesen insgesamt gezahlten über 1,7 Millionen DM für Leistungen in den Positionen, bei denen die Klägerin wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage einen Preiszuschlag begehrt, wird kaum die Rede davon sein können, daß die eingeräumte Vergütung in keinem vertretbaren Verhältnis zu den Aufwendungen der Klägerin stehe und daß ihr ein Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten sei. Das bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung.

cc) Denn das Berufungsgericht führt rechtsfehlerfrei aus, daß die Geschäftsgrundlage nicht infolge des ange-
troffenen hohen Wassergehalts der Böden weggefallen sei.

Die Bezeichnung der Bodenklassen in der Ausschreibung war richtig. Ausdrückliche Angaben über den Wassergehalt waren in der Ausschreibung nicht enthalten. Der Vertrag wies aber durch seine Bezugnahme auf die TVE Strb.Nr. 8/55 (II 5 c 3 Abs. 4) schon auf die Möglichkeit eines hohen Wassergehalts hin.

Die Klägerin mag zwar davon ausgegangen sein, daß die Böden bei der Ausführung ihrer Leistungen keine Erschwernisse bringen würden. Das war aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht die übereinstimmende Grundlage des Vertrages. Es war nach dem Vertrag allein Sache der Klägerin, sich bei ihrer Kalkulation auf solche Erschwernisse einzustellen. Ihr standen die Bodenproben zur Verfügung. Wenn sie ihr nicht genügten, wäre es ihre Sache gewesen, weitere Untersuchungen vor Abgabe des Angebots zu erbitten oder selbst vornehmen zu lassen, wie sie es dann später durch die Versuchsanstalt für Wasserbau und Grundbau der Technischen Hochschule in Darmstadt getan hat.

Das Risiko der Bodenbeschaffenheit lag also bei der Klägerin. Das gilt auch für die Wetterverhältnisse, soweit die Klägerin sagen will, daß durch starke Regenfälle der Boden weiter aufgeweicht worden ist. Die Klägerin behauptet selbst nicht, daß etwa ungewöhnliche Wetterverhältnisse während der Ausführung der Leistungen geherrscht hätten. Zudem umfassen die Einheitspreise gemäß Ziff. 2 Nr. 4 der BVL die zur planmäßigen Durchführung

der Leistungen erforderlichen Mehraufwendungen jeder Art für Arbeiterschwernisse durch jahreszeitliche Einflüsse.

Die Klägerin übernahm damit nicht etwa - wie das die Revision meint - das Risiko irgendwelcher Anordnungen des Beklagten. Sie übernahm aber das Risiko, daß infolge des hohen Wassergehalts der Böden ihre Arbeiten erschwert wurden.

dd) Die Parteien hatten sich zwar nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf einen bestimmten Maschinenpark geeinigt. Wenn die Klägerin jedoch wegen der Bodenbeschaffenheit zum Teil anderes Gerät einsetzen mußte, dann lag auch das in ihrem Risikobereich. Selbst wenn das nicht der Fall wäre, könnte sie aus diesem Einsatz anderen Geräts keine zusätzlichen Forderungen erheben. Am 30. Mai 1958 hatte sie wegen des Geräteeinsatzes u.a. an das StrbA geschrieben: "Für den Einsatz der Bagger und Lkw., der nicht von uns gerechnet werden konnte, erbitten wir einen Zuschlagspreis von DM 1,12 m³." Der Beklagte hat ihr einen Zuschlagspreis von 1,08 DM je cbm zugestanden und auch bezahlt, wie sich das aus der Schlußrechnung zu den Pos. 125 N zu Los 3 A und Pos. 127 N zu Los 3 B ergibt. Darauf war die Klägerin bei Erteilung der entsprechenden Nachtragsaufträge eingegangen. Die Parteien hatten sich mithin geeinigt. Das alles geschah zu einem Zeitpunkt, in dem der Klägerin die ungünstigen Bodenverhältnisse bekannt waren, denn sie hatte den Zuschlagspreis gerade mit diesen begründet.

5. a) Die Revision weist auf die Bestimmungen des § 9 Nr. 1 Abs. 2 VOB -A- in Verbindung mit § 4 der VO Nr. 8/55 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen für

Bauleistungen vom 19. Dezember 1955 hin. Aus diesen Bestimmungen kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten herleiten.

Dem Auftragnehmer soll nach diesen Bestimmungen kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluß hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im voraus schätzen kann. Ein solches ungewöhnliches Wagnis liegt aber nicht in der Erschwerung der Leistung durch wasserhaltige Böden. Das ist ein Wagnis, mit dem im Tiefbau nicht selten zu rechnen ist. Der Auftragnehmer muß es einkalkulieren. Ungewöhnliche Wagnisse im Sinne dieser Bestimmung sind z.B. die Übernahme der Haftung für Zufall oder höhere Gewalt, die Verpflichtung zur Verwendung nicht erprobter Baustoffe oder die Übernahme der Haftung für Dritte, die dem Einfluß des Auftragnehmers entzogen sind (vgl. Ingenstau-Korbion, aaO Rdn. 15 zu § 9 VOB -A-).

b) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht kein Sachverständigengutachten zu der Behauptung eingeholt hat, nach dem Höhenplan habe die Klägerin mit für die Verdichtung besonders günstigen Bodenverhältnissen rechnen müssen. Darauf kommt es schon deshalb nicht an, weil die Klägerin nicht behauptet hat, den Höhenplan vor ihrem Angebot überhaupt eingesehen zu haben.

c) Auch die weiteren Rügen der Revision sind schon deshalb unbegründet, weil die TVE Strb Nr. 8/55 II 5 c 3 Abs. 4 gerade die Möglichkeit einschloß, daß auch Böden angetroffen wurden, die wegen ihres hohen Wassergehalts eine Verdichtung auf 95 % nicht erlaubten.

aa) Es kommt daher nicht darauf an, ob eine Auskunft der Wirtschaftsgruppen der Bauindustrie in allen Ländern der Bundesrepublik ergeben würde, daß die Forderung auf Erzielung einer bestimmten Proctordichte in allen Fällen, in denen bestimmte Angaben über den Umfang der Bodenfeuchtigkeit fehlen, als Erklärung des Inhalts aufgefaßt wird, solche Feuchtigkeitsbestandteile, welche die Erreichung der verlangten Proctordichte verhindern würden, seien im gegebenen Falle nicht vorhanden.

bb) Das gilt auch entsprechend für die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Ausführungen des Sachverständigen Siedek nicht berücksichtigt, denn dieser beachtet bei den in diesem Zusammenhang gemachten Darlegungen über die Verkehrsauffassung der beteiligten Fachkreise nicht die Bestimmung TVE Strb Nr. 8/55 zu II 5 c 3 Abs. 4. Auf die Verkehrsauffassung beteiligter Fachkreise kommt es aber nicht an, wenn vertraglich der Fall, daß ein hoher Wassergehalt die geforderte Proctordichte unmöglich macht, geregelt ist.

6. Zu Recht hat das Berufungsgericht der Klägerin auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens des Beklagten bei den Vertragsverhandlungen versagt.

a) Das schon deshalb, weil die Klägerin einen Erfüllungss- und keinen Vertrauensschaden geltend macht (BGH VII ZR 64/61 vom 8. Januar 1962 WM 1962, 347; VII ZR 39/65 und 171/66 vom 21. Februar 1967).

b) Ein solcher Anspruch wäre auch nicht gegeben.

Wenn in der Ausschreibung nicht zu erkennen war, wie hoch der Wassergehalt der Böden war, dann kann daraus die Klägerin keinen Schadensersatzanspruch herleiten. Wenn das Leistungsverzeichnis in den Augen der Klägerin insoweit lückenhaft war, dann war es ihre Sache, diese Frage vor Abgabe des Angebots zu klären (BGH LM Nr. 1 zu § 9 VOB -A-). Daß die Angaben im Leistungsverzeichnis falsch waren, behauptet die Klägerin nicht. Eine Angabe des Wassergehalts war in der zur Ausschreibungszeit geltenden Fassung der TVE (1949) mit Erg. 1955 nicht vorgeschrieben. Die von der Klägerin genannten Zusätzlichen Technischen Vorschriften und Richtlinien für Erdarbeiten im Straßenbau (ZTVE StB 1959) haben 1957 noch nicht gegolten.

7. Die Klägerin hatte zwar behauptet, ihr sei die Zahlung der 651.706,14 DM vom Landesbauamt für Straßenbau zugesagt worden. Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 3 ZPO wegen Verspätung zurückgewiesen. Das greift die Revision nicht an.

8. Nach alledem hat das Berufungsgericht die Klage, soweit mit ihr Beträge für Mehraufwendungen infolge der Bodenerschwernisse verlangt werden, mit Recht abgewiesen. Die Revision ist insoweit als unbegründet zurückzuweisen.

II. Lohnerhöhungen

1. Die Klägerin verlangt weitere 40.000 DM für die während der Ausführung ab 1. Mai 1958 eingetretenen Lohnerhöhungen. Diese Forderung erhob sie bei der Erhöhung der Klage (Schriftsatz vom 28. März 1961 Bl. 75). Die Berechnung ihrer Forderung ergibt sich aus ihrer Rechnung vom 31. Oktober 1959 (Bl. 150 der Akten). Die Klä-

gerin trägt zur Begründung ihrer Forderung vor, sie könne den Betrag von 40.000 DM verlangen, weil der nach Ziff. I 3 der Allgemeinen Vorbemerkungen der Ausschreibung vorgesehene Ausschluß der Berücksichtigung von Lohnerhöhungen nach allgemeiner Verkehrsübung nur für eine Höchstdauer von neun Monaten gelte.

2. Das Berufungsgericht führt als Vorbringen der Klägerin im Tatbestand seines Urteils an, "außerdem seien während der Bauzeit die Löhne gestiegen". Mit den Lohnerhöhungen befaßt es sich dann an zwei Stellen der Entscheidungsgründe.

- a) Auf S. 19 BU sagt es im Zusammenhang mit den Ansprüchen der Klägerin auf einen höheren Vergütungssatz für die Massenüberschreitungen: "Da die Leistung stark erhöhter Massen zwangsläufig zusätzliche Zeit erfordert und die Arbeitslöhne im Laufe der Zeit stiegen, bleiben bei der Berechnung der neuen Einheitspreise auch die durch Erhöhung der Massen hinaus ausgelösten Lohnmehrkosten zu berücksichtigen."
- b) Auf S. 21 BU heißt es bei der Frage der Ansprüche der Klägerin wegen der Bodenerschwer-nisse: "Der Beklagte braucht deshalb der Klägerin den durch die Transportschwierigkeiten verursachten Lohnmehraufwand nicht zu ersetzen."

3. Beide Urteilsstellen befassen sich also nicht mit dem unabhängig von Massenüberschreitungen und Forderungen wegen der Bodenbeschaffenheit geltend gemachten weiteren Anspruch wegen der Lohnerhöhungen. Sowohl bei den Massenüberschreitungen als bei der Forderung wegen der Bodenbeschaffenheit hat die Klägerin bei der Berechnung ihrer Ansprüche schon höhere Lohnansätze berücksichtigt.

Da die Klage "im übrigen" durch das Berufungsgericht abgewiesen worden ist, ist damit auch die Forderung der Klägerin wegen der geltend gemachten 40.000 DM abgewiesen worden. Urteilsgründe sind allerdings dazu nicht vorhanden.

4. Die Revision beruft sich zwar auch auf den Revisionsgrund des § 551 Nr. 7 ZPO. Es ist aus der Begründung aber nicht ersichtlich, daß sie damit diese Unterlassung des Berufungsgerichts rügen will. Es fehlt also an einer Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben (§ 554 Abs. 3, Nr. 2 b ZPO).

Die Revision erwähnt zwar den Lohnmehraufwand in ihrer Begründung (S. 10 unten, 11 oben), aber nur im Zusammenhang mit ihrer Forderung wegen der Bodenverhältnisse.

Es fehlt daher an einer Revisionsbegründung für den Teilanspruch von 40.000 DM mit der Folge, daß die Revision insoweit als unzulässig zu verwerfen ist.

III. Schadensersatz wegen Zahlungsverzuges

1. Das Berufungsgericht hat das Feststellungsbegehren der Klägerin, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die verspätete Zahlung entstanden sei und noch entstehen werde, abgewiesen, ausgenommen hinsichtlich der Einbehaltung der Vertragsstrafenbeträge (vgl. dazu unter A II). Es hat der Klägerin, soweit ihr höhere Einheitsentgelte für die Massenüberschreitungen zustehen, nur - dem Grunde nach - Prozeßzinsen gemäß § 291 BGB zugesprochen.

2. Dagegen wendet sich die Revision.

a) Soweit die Klägerin einen Anspruch auf Verzugs-
schaden für ihre Forderungen wegen der durch die Boden-
beschaffenheit eingetretenen Erschwernisse und wegen der
Lohnerhöhungen geltend macht, besteht ein solcher schon
deshalb nicht, weil die Klage zu Recht abgewiesen worden
ist (vgl. unter B I und II). Ihre Revision ist daher in-
soweit unbegründet.

b) Die Abweisung des Feststellungsanspruches auf
einen Verzugsschaden im Komplex der Massenüberschreitun-
gen (vgl. unter A I), kann dagegen nicht von Bestand
bleiben. Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung,
die Rechtslage sei so zweifelhaft, daß der Beklagte
ohne Fahrlässigkeit habe annehmen können, zur Zahlung
höherer als der vereinbarten Entgelte je Einheit nicht
verpflichtet zu sein, trägt die Entscheidung nicht.

aa) Die Rechtslage für die Festsetzung neuer Ein-
heitspreise für die 10 % überschreitenden Mengen ergibt
sich eindeutig aus § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB -B-. Wenn der
Beklagte den Sinn und Inhalt dieser Bestimmung verkannt
hat, dann hat er das auch zu vertreten. Das gilt umso
mehr, als es sich bei dem Beklagten um einen Bauträger
der öffentlichen Hand handelt, der mit den VOB-Bestim-
mungen vertraut sein muß.

bb) Eine verspätete Zahlung hätte daher der Be-
klagte zu vertreten, wenn die Klägerin einmal die Voraus-
setzungen ihres Anspruches nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB -B-
und zum anderen auch ihren Verzugsschaden dargetan hat.
Dazu fehlen Feststellungen des Berufungsgerichts.

cc) Das Urteil ist daher insoweit aufzuheben, als im Komplex der Massenüberschreitungen der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von mehr als 4 % Prozeßzinsen und ihr Feststellungsbegehren auf weiteren Verzugsschaden abgewiesen worden sind. Bei der erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht auch die zu A II 6 gegebenen Hinweise zu beachten haben.

C. Ergebnis

I. Auf die Revision des Beklagten ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es der Zahlungsklage wegen der Massenüberschreitungen (A I) sowie der Feststellungsklage (A II) stattgegeben hat.

II. Auf die Revision der Klägerin ist das Urteil aufzuheben, soweit es wegen der Massenüberschreitungen die Ansprüche auf Zahlung von mehr als 4 % Zinsen und auf Feststellung weiteren Verzugsschadens abgewiesen hat (B III 2 b).

Die weitergehende Revision der Klägerin ist teils als unzulässig zu verwerfen (B II), teils als unbegründet zurückzuweisen (B I, III 2 a).

III. In Höhe von 53.633,38 DM ist die Klage abzuweisen (A I 5). Im übrigen ist die Sache im Umfange der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat dabei von der Bestimmung des § 565 Abs. 1 S. 2 ZPO Gebrauch gemacht.

IV. Der Klägerin sind gemäß §§ 92, 97 ZPO 4/7 der Kosten des Revisionsverfahrens auferlegt worden. Über die weiteren Revisionskosten hat das Berufungsgericht zu befinden.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt