

34

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 59/68

URTEIL

Verkündet am

20. März 1969

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Friedrich H [REDACTED], Inh. Heinrich
S [REDACTED], in H [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

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

gegen

die Bundesrepublik Deutschland - Bundesstraßenbauver-
waltung - , vertreten durch das Land Niedersachsen,
vertreten durch den Niedersächsischen Minister für
Wirtschaft und Verkehr, dieser vertreten durch das
Niedersächsische Landesverwaltungsamt -Straßenbau-,
H [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

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:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Celle vom 10. Januar 1968 wird zurück-
gewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Jahren 1956 - 1958 für das
4.712 m lange Erdlos 4 der Bundesautobahn Göttingen-
Hannover die Mutterboden-, Erd- und Tiefbauarbeiten
ausgeführt. Sie hatte den Bauauftrag zu einem unter den
Geboten der übrigen an der Ausschreibung beteiligten
Unternehmern liegenden Gesamtbetrag von 1.878.633,81 DM
erhalten.

Nach Pos. 17 des Leistungsverzeichnisses (LV) waren
384.000 m³ Abtragmassen nach Begriffsbestimmung
DIN 18300 Ziff. 2.21 bis einschließlich 2.27, wie sie
die Bohrungen und Schürfungen auswiesen, aus den Ein-
schnitten, Mulden, Gräben, ... profil- und zeichnungs-

- 3 -

gemäß entsprechend DIN 18300 bzw. den Technischen Vorschriften für die Ausführung von Erdarbeiten im Straßenbau (TVE 1949) zu lösen, zu laden, zu befördern, zu entladen und in vorschriftsmäßiger Verteilung profilgemäß einzubauen und zu verdichten. Diese Leistung hatte die Klägerin mit 1.88 DM/m³ angeboten.

In Pos. 18 LV war für ein geschätztes Vorkommen von 13.000 m³ schwerem Fels (DIN 18300 Ziff. 2.27) innerhalb der Abtragsmassen der Pos. 17, jedoch zusätzlich etwa erforderlich werdender ergänzender Zerkleinerungsarbeiten, soweit sie für einen vorschriftsmäßigen fachgerechten Wiedereinbau erforderlich waren, eine Zulage zu Pos. 17 vorgesehen. Die Klägerin verlangte insoweit 3 DM/m³.

Ihre Leistungen gemäß Pos. 17 überstiegen 400.000 m³. Außerdem erteilte die Beklagte ihr Nachtragsaufträge über insgesamt 847.373,61 DM. Die Beklagte zahlte ihr 3.205.433,79 DM, ferner nachträglich noch 187.000 DM als Zulage von 3 DM/m³ für 62.405,16 m³ Fels.

Die Klägerin hat behauptet, die in Pos. 17 genannten Abtragsmassen hätten wegen ihres zu hohen natürlichen Wassergehalts nicht vertragsgemäß verdichtet werden können. Die Beklagte habe deshalb angeordnet, den im Streckenabschnitt vorgefundenen Fels auf Faustgröße zu zerkleinern und dem bindigen Boden beizumischen. Für diese Arbeiten, die im Vertrag nicht vorgesehen gewesen seien, habe sie weitere 2.022.927,61 DM Werklohn zu beanspruchen; dieser Betrag vermindere sich um die ihr als Zulage für Fels nachträglich gezahlten 187.000 DM auf 1.835.927,61 DM.



Da die Beklagte ihr den zusätzlichen Werklohn vorenthalten habe, sei sie, die Klägerin, gezwungen gewesen, Baumaschinen mit Verlust zu verkaufen und sich einem mit hohen Unkosten verbundenen Moratorium zu unterwerfen. Auch sei ihr zu erwartender Gewinn entgangen.

Mit der Klage hat die Klägerin von der Beklagten 1.835.927,61 DM nebst Zinsen als zusätzlichen Werklohn verlangt. Außerdem hat sie ihr durch Vorenthaltung rückständigen Werklohns entstandene Schäden in Höhe eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrags geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klagansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Ansprüche weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Werklohnforderung

Über 1.835.927,61 DM hat die Klägerin aufgegliedert in einen Betrag von 1.055.684,84 DM für Mehrkosten, die ihr durch Lösen, Zerkleinern und Einbauen von 62.405,16 m³ Fels entstanden seien, und in einen weiteren Betrag von 780.242,77 DM für damit verbundenen erhöhten Lohnaufwand und stärkeren Maschinenverschleiß.

I.

Daß die Beklagte der Klägerin die Erstattung dieser Kosten besonders zugesagt habe, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen.

Hiergegen wendet sich die Revision nicht.

II.

Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch kann nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht auf den Vertrag der Parteien gestützt werden.

1. Es geht mit dem Sachverständigen Dr. Tropp davon aus, daß die Klägerin Bodenmassen habe verarbeiten müssen, die schon im gewachsenen Zustand einen hohen natürlichen Wassergehalt besaßen. Es folgt jedoch nicht der Ansicht des Sachverständigen, daß zur Verarbeitung dieser wasserhaltigen Massen und zur Erreichung der erforderlichen Dichte (Proctorwerte) außerhalb des Vertrags liegende Leistungen erforderlich gewesen seien, die besonders vergütet werden müßten. Die in Pos. 17 LV aufgeführten Abtragsmassen seien als unter DIN 18300 Ziff. 2.21 bis 2.27 fallend angegeben gewesen. Demnach habe die Klägerin innerhalb der Abtragsmassen der Pos. 17 mit sämtlichen vorkommenden Bodenarten, von Mutterboden bis schwerem Fels, also auch mit dem Vorkommen von bindigem Boden und leichtem Fels rechnen müssen. Fels sei somit ebenso wie andere Bodenmassen zu lösen, zu laden, zu befördern, zu entladen, einzubauen und zu verdichten gewesen, wobei, wie sich aus Pos. 18 LV ergebe, bei Fels noch die für einen vorschriftsmäßigen, fachgerechten Wiedereinbau er-

forderlichen Zerkleinerungsarbeiten hinzugekommen seien. Alle diese Arbeiten seien zu den in Pos. 17 und 18 vereinbarten Einheitspreisen zu leisten gewesen.

Die Verarbeitung vorgefundener Felsmassen zum Zwecke des ordnungsmäßigen Einbaus und zur Erreichung der vorgeschriebenen Verdichtung habe also keine außerhalb der vertraglichen Pflichten liegende zusätzliche Leistung dargestellt. Da in Pos. 18 für schweren Fels eine Zulage vorgesehen war, habe leichter Fels ohne jede Zulage verarbeitet werden müssen. Das Vorhandensein von über 62.000 m³ Fels habe sich demnach im Rahmen des Vertrags gehalten. In Pos. 18 sei ausdrücklich gesagt, daß der Umfang des Felsvorkommens lediglich geschätzt sei. Im gleichen Sinne sei den Vorbe-merkungen zum LV zu entnehmen gewesen, daß der Massenverteilungsplan nur überschlägliche Werte enthalte.

Somit habe das Lösen und Wiedereinbauen von Fels zu den vertraglichen Pflichten der Klägerin gehört.

2. Die Revision wertet den Einbau der vorgefund-
enen Felsmassen zur Erreichung der vorgeschriebenen
Dichte als eine außerhalb der vertraglichen Pflichten
der Klägerin liegende zusätzliche und deshalb beson-
ders zu vergütende Leistung.

Damit wendet sie sich gegen die Auslegung des
Vertrags, die Sache des Patrichters ist. Die Gesichts-
punkte, die sie anführt, zwingen nicht dazu, von der
Auslegung des Berufungsgerichts abzuweichen.

a) Die Revision verweist auf die Behauptung der Klägerin, daß ihr durch den Einbau der Felsmassen Mehraufwendungen in Höhe von 2.022.927,61 DM entstanden seien, während der Vertrag lediglich für 1.878.633,61 DM Arbeiten vorgesehen habe. Schon dieses Mißverhältnis ergebe, daß die Verdichtung des nassen Bodens mit zerkleinertem Fels eine zusätzliche, mit den Preisen der Pos. 17 und 18 nicht erfaßte Leistung gewesen sein müsse.

Diese Erwägung greift nicht durch.

aa) Die Auftragssumme von 1.878.633,61 DM ist ein ungeeigneter Vergleichsposten, denn die Klägerin ist nicht nach dem diesem Betrag zugrundeliegenden geschätzten, sondern nach den ausgeführten Massen bezahlt worden.

bb) Es ist auch nicht festgestellt, daß der Klägerin durch die genannten Arbeiten Aufwendungen in dem behaupteten Umfang entstanden sind. Die Darstellung der Revision, sogar die Beklagte habe anerkannt, daß der Klägerin 1.417.000 DM Mehrkosten entstanden seien, wird durch die in der Revisionsbegründung angeführten Schriftstücke nicht bestätigt. Wie die Revision einräumt, hat die Beklagte bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu der Kostenaufstellung der Klägerin nicht Stellung genommen. Ausweislich der Verhandlungsniederschrift vom 23. Januar 1967 hatte sie zwar versprochen, die Kalkulation der Klägerin zu überprüfen. Daß sie diese dann durch ihr Schweigen anerkannt habe, brauchte das Berufungsgericht nicht anzunehmen. Es war auch

nicht gehalten, die Beklagte hierüber zu befragen, denn die Klägerin hatte selbst hierzu bis zur letzten mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 1967 Gelegenheit.

cc) Aber selbst wenn der Klägerin bei der Durchführung der übernommenen Arbeiten die vorgesehenen Kosten erheblich übersteigende Mehraufwendungen entstanden wären, so müßte daraus noch nicht folgen, daß die Klägerin die ausgeführten Arbeiten nicht zu den vereinbarten Preisen geschuldet hätte. Erhebliche Mehrkosten könnten auch auf eine verfehlte Kalkulation und den Einsatz ungeeigneter Geräte zurückzuführen sein, was die Beklagte behauptet.

b) Aus letzterem Grund kann die Revision der Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die sich aus der Bodenbeschaffenheit ergebenden Wagnisse bei der Kalkulation berücksichtigen können, auch nicht entgegenhalten, die anderen an der Ausschreibung beteiligten Unternehmer hätten mit ihrem Angebot nur etwa um 200.000 DM, also um etwa 10 % über dem der Klägerin gelegen. Das hat die Beklagte zwar nicht ausdrücklich bestritten. Hieraus lassen sich aber rechtliche Folgerungen nicht ziehen. Im übrigen hat die Beklagte in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 9. August 1967 (S. 10) ausgeführt, daß die Klägerin als mittleres Unternehmen nicht über das erforderliche Kapital verfügt habe, um die in keinem Verhältnis zur Größe des Unternehmens stehende übermäßige Anschaffung von Geräten zu bezahlen. Damit hat die Beklagte geltend gemacht, daß bei Berücksichtigung dieses Umstandes das billige Angebot der Klägerin nicht zu vertreten gewesen sei.

und deshalb mit den Angeboten der übrigen Unternehmer nicht verglichen werden könne. Somit ist die Folgerung der Revision, auch die anderen Unternehmer hätten das sich aus der Bodenbeschaffenheit ergebende Risiko verkannt, nicht geboten.

c) Die Revision meint weiter, daß auch dann, wenn (wegen des Hinweises auf DIN 18300 Ziff. 2.21 bis einschließlich 2.27) die in Pos. 17 LV aufgeführten Arbeiten sich auf sämtliche in diesen Kennziffern genannten Bodenarten bezogen hätten, die Klägerin deswegen noch nicht den gesamten vorgefundenen Fels zu den vereinbarten Einheitspreisen habe einbauen müssen.

Auch mit dieser Erwägung ist kein Rechtsfehler in der tatrichterlichen Auslegung dargetan. Abgesehen davon geht die Revision von einem unzutreffenden Sachverhalt aus.

aa) Daß im Leistungsverzeichnis zwar von dem voraussichtlichen Gesamtvolumen die Rede, aber nichts über das Verhältnis der verschiedenen Bodenarten gesagt war, war für die Klägerin, als sie sich um den Auftrag bewarb, klar erkennbar.

bb) Schwerer Fels ist, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht vorhanden gewesen. Dem steht nicht entgegen, daß die Beklagte nachträglich der Klägerin auf die 62.000 m³ leichten Fels die in Pos. 18 für schweren Fels vorgesehene Zulage von 3 DM/m³ gezahlt hat. Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß sie dies aus Entgegenkommen getan hat. Die Revision

hat auch nicht dargelegt, daß beim Aufmaß das Vorkommen von schwerem Fels festgestellt worden ist. Der Sachvortrag der Klägerin in ihren Schriftsätzen vom 4. Januar 1966 und 27. Dezember 1965 (S. 14) ergibt das nicht. Dagegen hat die Klägerin in den Schreiben vom 19. November 1957 und 27. Januar 1958 an das Autobahnneubauamt (ANA) selbst "eindeutig festgestellt", daß schwerer Fels nicht vorgefunden wurde. Schließlich kommt es auch, nachdem die Beklagte auf die gesamte Felsmenge von 62.000 m³ die Zulage gezahlt hat, gar nicht darauf an, ob die Klägerin schweren oder leichten Fels bearbeitet hat.

cc) Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe, da schon in Pos. 18 von schwerem Fels die Rede war, erst recht mit dem Vorkommen von leichtem Fels rechnen müssen, kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Auch mußte der Wortlaut der Pos. 17 LV, in der auf das Vorkommen aller Bodenarten hingewiesen war, sie hierzu veranlassen. Es ist deshalb auch unerheblich, wenn das ANA mit dem Schreiben vom 23. Juni 1956 Zweifel am Vorhandensein von schwerem Fels zerstreut, bei der Erteilung des Auftrags aber die Klägerin darauf hingewiesen hat, daß sie mit einer Verminderung oder sogar dem Fortfall der Pos. 18 rechnen müsse. Darin liegt kein Widerspruch. Selbst wenn demnach die Klägerin die auf 13.000 m³ geschätzte Menge schweren Fels als Höchstmenge hätte verstehen dürfen, so wäre damit nichts über die Menge von zu erwartendem leichtem Fels gesagt gewesen. Das Verarbeiten von 62.000 m³ leichten Fels sprengte deshalb, entgegen der Ansicht der Revision, nicht den Rahmen des Vertrags.

dd) Die Angriffe der Revision gegen die Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht, die vertragliche Pflicht der Klägerin habe auch den Einbau der vorgefundenen 62.000 m³ Fels zu dem vereinbarten Werklohn umfaßt, haben somit keinen Erfolg.

d) Als wesentlich für die Entscheidung der Frage, ob die Klägerin eine zusätzliche Vergütung für eine Mehrleistung zu beanspruchen habe, hält die Revision vor allem, daß der einzubauende bindige Boden wegen seines natürlichen Wassergehalts nicht ohne den vorgefundenen Fels oder den Zusatz von Branntkalk in dem verlangten Maße hätte verdichtet werden können. Das könne bedeuten, so meint sie, daß die von der Klägerin nach dem Vertrag geschuldete Leistung objektiv unmöglich gewesen sei. Zwar wäre die Klägerin dadurch nicht von ihrer Verpflichtung frei geworden, weil nach Ziff. II, 5 c der Änderungen zu den TVE solchenfalls der Auftraggeber bestimme, unter welchen Bedingungen der Boden eingebaut oder ob er ausgesetzt werden solle. Eine solche Anordnung habe die Beklagte jedoch getroffen, denn sie habe von der Klägerin verlangt, den nassen Boden mit dem vorgefundenen Fels zu mischen. Hieraus ergebe sich nach § 2 Ziff. 5 VOB (B) die Pflicht der Beklagten, eine zusätzliche Vergütung zu zahlen.

Darin kann der Revision ebenfalls nicht gefolgt werden.

aa) Es kann davon ausgegangen werden, daß Leistungsbestimmungen, die der Auftraggeber auf Grund der Ziff. II, 5 c der Änderungen zu den TVE trifft, je nach Sachlage eine besondere Vergütung gemäß § 2 Ziff. 5 VOB (B) auslösen.

Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat die Beklagte bis Ende April 1957 aber keine derartige Bestimmung getroffen. Vielmehr entsprach es nach Ansicht des Berufungsgerichts von vornherein dem Vertrag, daß die Klägerin die bindigen Massen zusammen mit dem - erforderlichenfalls zerkleinerten - Felsmaterial einbaute, um die nötige Dichte zu erreichen. Trotz des angetroffenen Fels habe, so führt es aus, das bindige Material so überwogen, daß im Sinne von TVE II, Ziff. 8 Abs. 3 ein "bindiger Boden" gegeben war. Deshalb hätten für Schütthöhe und Verdichtung die für "bindige Böden" bestehenden Vorschriften gegolten, jedoch mit der Maßgabe, daß im obersten Dammeter keine Körper über Faustgröße enthalten sein durften, während im übrigen Schüttgut vorhandene größere Steine so zu verteilen gewesen seien, daß sie sich, ohne größere Zwischenräume zu bilden, im übrigen Boden einbetteten. Eine Zerkleinerung der gesamten Felsmassen auf Faustgröße habe weder die Beklagte verlangt noch sei sie erforderlich gewesen. Die Klägerin habe felsiges Material mit ihren Scrapern aufgerissen und durch Überfahren zerkleinert. Demnach könne es sich nur darum gehandelt haben, die größeren Stücke unterhalb des obersten Dammeters und den Trümmerschutt und kleinere Steine im obersten Dammeter einzubauen. Die Klägerin sei jedenfalls nicht von der Beklagten zu einer von dem Vertrag abweichenden Leistung veranlaßt worden, insbesondere habe kein Mischvorgang stattgefunden, von dem die Klägerin spreche.

Ob der Boden an seiner Entnahmestelle einen zu hohen Wassergehalt hatte, sei nicht, wie der Sachverständige Dr. Tropp meine, nach den Eigenschaften des anstehenden Bodens unter Ausschluß von Fels, sondern nur

danach zu beurteilen, ob der Boden in seiner Gesamtheit, also die bindigen und-felsigen Teile zusammen genommen, wegen zu hohen Wassergehalts zur Verarbeitung und Erreichung der geforderten Proctordichten ungeeignet gewesen sei. Das aber sei jedoch bis Ende April 1957 nicht der Fall gewesen, bis zu welchem Zeitpunkt die Klägerin 232.000 m³ der bearbeiteten 400.000 m³ Bodenmassen fachgerecht eingebaut und verdichtet hatte.

bb) Demnach kann dem Berufungsgericht nicht entgegengetreten werden, wenn es der Ansicht ist, daß die Beklagte mit ihrem Verlangen im Schreiben vom 27. Oktober 1956, trockene Felsmassen mit einzubauen, nur ihre vertraglichen Rechte gewahrt hat. Die Revision verweist noch auf einen Aktenvermerk vom 18. November 1956 und die Niederschrift des ANA vom 4. Mai 1957. Dem Aktenvermerk ist aber keine darüber hinausgehende Anordnung der Beklagten zu entnehmen, vielmehr sind darin die Maßnahmen der Klägerin zwecks Verbesserung des anstehenden Bodens erwähnt. Die Niederschrift vom 4. Mai 1957 betrifft Anordnungen der Beklagten für die Zeit ab Mai 1957.

cc) Erst als ab Mai 1957 kein Fels mehr vorhanden war, traf die Beklagte die sich aus den Protokollen vom 4. und 18. Mai 1957 ergebende abweichende Regelung, die aber, wie das Berufungsgericht feststellt, eine Hinderung der nach dem Vertrag von der Klägerin geschuldeten Leistungen zur Folge hatte und deshalb keine zusätzliche Vergütung begründete. Erst in diese spätere Zeit fällt auch, was die Revision anscheinend übersieht, die Verdichtung durch Zugabe von Branntkalk, die jedoch der Klägerin zusätzlich vergütet worden ist.

Aus dieser von der Beklagten verlangten Maßnahme kann daher die Klägerin nichts für ihre Tätigkeit bis Ende April 1957 herleiten.

e) Die Revision versucht, die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts noch durch weitere Erwägungen tatsächlicher Art zu Fall zu bringen. Dazu ist zu bemerken: Was sie im übrigen noch auf S. 14 bis 23 der Revisionsbegründung anführt, hat das Berufungsgericht bei seiner Auslegung berücksichtigt. Zwar hat es diese Umstände nicht im Sinne der Klägerin gewertet. Das läßt jedoch keinen Rechtsfehler erkennen. Das Revisionsgericht ist deshalb an das Ergebnis des Berufungsgerichts, daß das Verdichten nasser Bodenmassen mittels zerkleinertem Fels keine über die vertraglichen Pflichten hinausgehende Leistung der Klägerin darstellt, gebunden.

f) Gegen die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts, daß das Verdichten nasser Bodenmassen mittels notfalls zerkleinerten Fels zu den vertraglichen Leistungen gehört habe, sprechen nach Ansicht der Revision auch noch die Bestimmungen des § 9 Ziff. 1 VOB (A) sowie des § 4 der Baupreisverordnung vom 19. Dezember 1955 (Bundesanzeiger Nr. 249). Da nach diesen Vorschriften die Bauleistungen so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und zu gliedern seien, daß der Bewerber die mit dem Vertrag verbundenen Wagnisse möglichst klar erkennen und die Preise einwandfrei zu ermitteln vermöge, könne nicht angenommen werden, daß die Klägerin mangels irgend welcher Angaben über die Nässe des Bodens es übernommen habe, diesen mit vorkommendem Fels zu verdichten, und daß die Beklagte ihr dieses Risiko habe aufbürden wollen.

Auch dieser Gesichtspunkt steht der Auslegung des Berufungsgerichts nicht entgegen. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, die Bodenmassen des Streckenabschnitts seien so vielfältig und unübersichtlich, daß auch ein engeres Bohrnetz keinen zuverlässigen Aufschluß ergeben hätte. Die Klägerin sei zudem auf die Möglichkeit, weitere Bodenaufschlüsse zu beantragen, mehrfach hingewiesen worden. Sie habe sich aber mit den durchgeführten Bohrungen zufrieden gegeben und erklärt, über die Bodenverhältnisse ausreichend unterrichtet zu sein.

Bei dieser Sachlage kann die Revision aus der grundsätzlichen Verpflichtung der Beklagten, die Bodenverhältnisse eingehend zu beschreiben, nichts gegen die Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht herleiten. Aus der Art der Ausschreibung ergeben sich auch sonst keine Ansprüche der Klägerin (BGH VII ZR 191/63 vom 22. November 1965 = NJW 1966, 498).

g) die Revision meint noch, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß im Vertrag eine ganz bestimmte Verdichtung vereinbart gewesen sei. Auch daraus habe die Klägerin schließen müssen, daß sie mit nassem Boden nicht zu rechnen brauche.

Dieser Rüge steht schon die Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, daß vorgefundener nasser Boden bis Ende April 1957 mittels vorhandenen Fels verdichtet werden konnte.

Für die spätere Zeit haben die Parteien, wie das Berufungsgericht näher darlegt, Sonderregelungen getroffen. Daß die Beklagte alsdann das Verdichten mit

Brannkalk, das Aussetzen wasserhaltigen Bodens im Bereich der Bafferbach-Niederung sowie das Herstellen von Entwässerungsschlitten im Mahlumer-Einschnitt besonders vergütet, also als zusätzliche Leistung angesehen hat, zwingt keineswegs dazu, auch das frühere Verdichten nassen Bodens mit zerkleinertem Fels als Mehrleistung zu werten.

h) Eine Behauptung der Klägerin in den Vorinstanzen, sie habe auch den ab Mai 1957 geringer zu verdichtenden nassen Boden zunächst einmal aussetzen müssen, wofür ihr ebenfalls eine zusätzliche Vergütung zustehe, weist die Revision nicht nach.

3. Die Klägerin hat mit der Klage auch Ersatz für stärkeren Maschinenverschleiß verlangt (vgl. oben A). Das Berufungsgericht hat einen solchen Anspruch verneint, u. a. weil es ihre Sache gewesen sei, die geeigneten Geräte einzusetzen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagte mit dem Einsatz der von der Klägerin verwendeten Geräte einverstanden gewesen sei, ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat sich damit befaßt und festgestellt, daß die Beklagte es der Klägerin überlassen hat, welche Geräte sie als geeignet einsetzen wollte.

4. Das Witterungsrisiko ging nach Ansicht des Berufungsgerichts auf Grund der vertraglichen Abmachungen zu Lasten der Klägerin.

Warum das nicht richtig sein soll, ist der Revisionsbegründung nicht zu entnehmen. Das Berufungsgericht hat

auch nicht verkannt, daß die Klägerin ihren zusätzlichen Vergütungsanspruch aus dem natürlichen hohen Wassergehalt der Bodenmassen herleitet. Dafür, daß auch beim Einsatz von Baggern und Lastkraftwagen statt der Scraper infolge der ungünstigen Witterungsverhältnisse Mehrkosten entstanden wären, hat die Klägerin, soweit ersichtlich, nichts vorgetragen; jedenfalls weist die Revision einen solchen Vortrag nicht nach. Es kommt aber auch gar nicht darauf an, ob auch solchenfalls Mehrkosten entstanden wären, da, wie das Berufungsgericht dem Vertrag entnimmt, witterungsbedingte Mehrkosten zu Lasten der Klägerin gingen.

III.

Eine Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluß verneint das Berufungsgericht.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die von der Beklagten vor Abgabe des Angebots der Klägerin aufgestellten Höhenpläne nicht den an solche Unterlagen zu stellenden Anforderungen entsprochen hätten. Sie verweist hierzu auf den Sachvortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 27. Dezember 1965 (S. 10 Abs. 1). Dort ist jedoch lediglich vorgetragen, der Sachverständige Dr. Tropp habe in seinem Gutachten vom 12. Februar 1962 (S. 13) dargelegt, daß die Klägerin auch bei Einsichtnahme in die beim ANA ausgelegten Unterlagen zu keiner anderen Beurteilung der anstehenden Böden hätte gelangen können, weil diese Unterlagen keine weiteren Angaben als die bereits der Ausschreibung beigelegten Längsschnitte hätten erkennen lassen. Demnach hat sich die

Klägerin nicht gegen den Vorwurf gewandt, die Höhenpläne nicht eingesehen zu haben. Die Revision kann alsdann nicht geltend machen, der Klägerin seien unrichtige oder unvollständige Höhenpläne vorgelegt worden.

IV.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe der Klägerin wenigstens einen Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen, die für den Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelt worden sind, zubilligen müssen.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Bauzeit wesentlich länger als vorgesehen dauerte und daß infolgedessen die sachlichen und persönlichen Aufwendungen der Klägerin erheblich größer wurden. Es ist jedoch der Meinung, daß für die Klägerin diese Entwicklung nicht unvorhersehbar war, daß jedoch sie trotz mehrfacher Hinweise der Beklagten ihre vertraglichen Verpflichtungen unrichtig eingeschätzt und Risiken ohne Absicherung übernommen hat. Ihre Mehrkosten könnten deshalb nicht als unzumutbare Opfer angesehen werden.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision macht im wesentlichen nur geltend, die Klägerin habe die Mehrleistungen nicht zu den im Vertrag vereinbarten Preisen geschuldet. Es ist jedoch bereits ausgeführt, daß die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden kann.

In diesem Zusammenhang ergibt sich zugunsten der Klägerin auch nichts daraus, daß sie, wovon die Revision

an dieser Stelle nunmehr ausgeht, erheblich unter den Geboten aller anderen Unternehmer gelegen habe. Hierauf hat die Beklagte die Klägerin vor Vertragsschluß nicht nur nachdrücklich hingewiesen, sondern sie auch zur nochmaligen Überprüfung ihres Angebots veranlaßt. Wenn die Klägerin dann trotzdem ihr Angebot aufrecht erhalten und die Auftragserteilung verlangt hat, so kann es nicht aus Billigkeitsgründen geboten sein, ihr über den von ihr geforderten Werklohn hinaus eine zusätzliche Vergütung zuzuerkennen. Von einem "beiderseitigen Kalkulationsirrtum" kann bei dieser Sachlage, entgegen der Ansicht der Revision, keine Rede sein.

B.

Da nach vorstehenden Ausführungen die Beklagte der Klägerin nichts mehr schuldet, stehen der Klägerin auch keine Schadensersatzansprüche wegen Zahlungsverzuges der Beklagten zu.

C.

Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt