Gericht:	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 4. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	06.11.2024
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	4 U 89/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGHH:2024:1106.4U89.21.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 7 Abs 1 Nr 1 VOB A, § 7 Abs 1 Nr 3 VOB A, § 133 BGB, § 134 BGB, § 157 BGB ... mehr

Bauvertrag mit dem öffentlichen Auftraggeber: Mehrvergütungsanspruch bei einem Sielbauvorhaben wegen Zusatzaufwandes von Vortriebsarbeiten durch vorgefundenen Baugrund; Verteilung des sog. Baugrundrisikos

Orientierungssatz

1. Macht ein Mitglied einer ARGE (das in gewillkürter Prozessstandschaft klagt) einen Mehrvergütungsanspruch gegen den öffentlichen Auftraggeber eines Sielbauvorhabens (verschließbarer Gewässerdurchlass durch einen Deich) geltend, weil Bodenverhältnisse angetroffen wurden, die angeblich nicht dem entsprachen, was im Bauvertrag beschrieben war, kommt es für die Verteilung des sog. "Baugrundrisikos" in erster Linie auf die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien an (Leistungsverzeichnis und sonstige Vertragsbestandteile).
Bei der Auslegung sind insbesondere § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 VOB/A zu berücksichtigen. Befinden sich im Leistungsverzeichnis keine näheren Angaben zum Baugrund, verweist es aber zur Beschreibung des Baugrundes auf ein Bodengutachten und insbesondere ausdrücklich auf die Klassifizierung gem. DIN 18319, ergibt sich hieraus, dass die Bewertung des Baugrundes durch den Bodengutachter bestimmend sein soll. Dies hat zur Folge, dass die Wertungen des Baugrundgutachters Gegenstand der vertraglichen Einigung der Parteien zum Baugrund geworden sind.(Rn.62)

2. Dies gilt hier insbesondere auch deshalb, weil der öffentliche Auftraggeber seinerseits alle gebotenen Schritte zur Erkundung des Baugrundes vorgenommen hat; eine bessere Erkundung schlichtweg unstreitig nicht möglich war, weil der Baugrund aufgrund seiner innerstädtischen Lage, insbesondere aufgrund der Überbauung eines großen Teils der Vortriebsstrecke, nur teilweise sondiert werden konnte.(Rn.68)

3. Für Vortriebsarbeiten, die sich infolge eines steinigen Grundes und das Vorfinden von Steinblöcken und Findlingen als schwieriger gestalteten als angenommen, kann das Mitglied der ARGE wegen Mehraufwands keine Zusatzvergütung verlangen, weil eine Auslegung des Bauvertrages ergibt, dass von dem Unternehmer keine im Bauvertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert wurde, sondern lediglich die Erbringung des vertraglich ohnehin geschuldeten Bausolls. Eine Unwirksamkeit der Übernahme eines ungewöhnlichen Wagnisses über §§ 134 BGB, 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kommt nicht in Betracht.(Rn.53)

Verfahrensgang

vorgehend LG Hamburg 4. Zivilkammer, 30. November 2021, 304 O 341/19, Urteil
nachgehend BGH, 22. Juli 2026, VII ZR 189/24, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 30.11.2021, Az. 304 O 341/19, wird zurückgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Dieses Urteil und die angefochtene Entscheidung sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleitung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 15.372.822,86 € festgesetzt.

Gründe

I.

1 Die Klägerin macht Ansprüche auf restliche Vergütung aus einem Sielbauvorhaben in Hamburg geltend, wobei sie Zahlung an eine ARGE begehrt, deren Gesellschafterin sie ist.

2 Wegen des Sach- und Streitstandes in der ersten Instanz wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil vom 30.11.2021 Bezug genommen.

3 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die nach übereinstimmender teilweiser Erledigungserklärung verbliebene Klage in vollem Umfang abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt:

4 Die Klage sei zulässig. Insbesondere besitze die Klägerin aufgrund gewillkürter Prozessstandschaft kraft Ermächtigung der ARGE die erforderliche Prozessführungsbefugnis.

5 Die Klage sei aber in der Sache nicht begründet. Der Klägerin stünden keine Ansprüche wegen der angetroffenen Bodenverhältnisse zu, da diese Bodenverhältnisse dem entsprächen, was die Parteien in ihrem Bauvertrag beschrieben hätten. Es scheide daher insbesondere ein Anspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B aus, da es bereits an einer leistungsändernden Anordnung der Beklagten fehle. Die Aufforderung der Beklagten an die Klägerin zur Fortführung und Beschleunigung sei lediglich die Aufforderung zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung gewesen. Ein Anspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B bestehe ebenfalls nicht, da keine nicht im Vertrag vorgesehene Leistung gefordert worden sei. Der Klägerin stehe auch ein Anspruch aus § 645 BGB nicht zu, da der von der Beklagten zur Verfügung gestellte Stoff, d.h. der Baugrund, nicht mangelhaft gewesen sei; er habe vielmehr der vertraglichen Vereinbarung der Parteien entsprochen. Der Anspruch aus § 642 BGB scheitere daran, dass die Beklagte den Baugrund ausreichend und zutreffend beschrieben habe. Schließlich könne sich die Klägerin auch nicht auf § 313 Abs. 1 und 2 BGB berufen, da die dem Vertrag zugrunde gelegten Eigenschaften des Baugrundes den Tatsachen entsprochen hätten.

6 Der Klaganspruch der Klägerin scheitere mithin bei Prüfung aller in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen daran, dass die vertraglich vorausgesetzten Eigenschaften des Baugrundes der Wirklichkeit entsprochen hätten. Die Klägerin vergleiche den Ist-Bau-

grund nicht mit der Baubeschreibung, sondern mit einem eigenen Soll-Baugrund, den sie mit Hilfe mehrerer Privatsachverständigen im Nachhinein abgeleitet habe. Bei der Bestimmung des Soll-Baugrunds anhand der vertraglichen Baubeschreibung handele es sich um eine Rechtsfrage, so dass ein gerichtliches Sachverständigengutachten zur Richtigkeit der Aussagen der Privatsachverständigen der Klägerin nicht erforderlich gewesen sei.

7 Die tatsächliche Abrasivität des durchfahrenen Bodens habe der vertraglichen Vereinbarung entsprochen. Das Vertragssoll hinsichtlich der Abrasivität ergebe sich aus Seite 30 der Baubeschreibung mit „schwach abrasiv bis extrem abrasiv“. Die Baugrundbeurteilung sei demgegenüber irrelevant. Es sei also unerheblich, ob sich aus den konkreten Angaben im Rahmen der Erkundungsbohrungen – wie die Privatsachverständigen der Klägerin meinten – ein geringes bis mäßiges oder mäßiges bis hohes Verschleißpotential ergebe. Der vertraglich beschriebene Baugrund gehe der Baugrundbeurteilung vor.

8 Diese Herangehensweise der Beklagten sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Es liege keine sog. „Angstklausel“ vor. Vielmehr habe die Beklagte als Auftraggeberin ausdrücklich die unklare Erkenntnissituation offengelegt. Selbst wenn sich aus der Baugrundbeurteilung objektiv keine extreme Abrasivität ableiten ließe, sondern nur eine mäßige bis hohe Abrasivität, so wäre die Beklagte nicht gehindert gewesen, unter Einbeziehung ihrer Erfahrungen aus dem ersten Bauabschnitt eine extreme Abrasivität vertraglich zu vereinbaren. Die Klägerin dürfe natürlich eine eigene Einschätzung bezüglich der Abrasivität vornehmen und anhand dieser Einschätzung kalkulieren. Dies tue sie dann aber auf eigenes Risiko.

9 Auch der tatsächliche Steingehalt habe sich in dem Rahmen gehalten, den die Baubeschreibung vorgegeben habe. Die Frage von Steinvorkommen werde in der Baubeschreibung sowohl bei der Baugrundbeschreibung als auch bei der Beschreibung des Abbauwerkzeugs durchgehend hervorgehoben. Insbesondere heiße es dort: „Zusatzklasse S 3 (30 % Steingehalt) kann vorkommen.“ Außerdem seien auch die Angaben zu einem vorzuhaltenden Steinbrecher eindeutig. Die zweimalige knappe Überschreitung des Steingehalts von 30 % und der einmalige Ausreißer auf 40 % ändere daran nichts. Vielmehr müsse der Grenzwert lediglich im Durchschnitt eingehalten werden. Soweit die Privatsachverständigen der Klägerin zu der Auffassung gelangt seien, dass ein geringerer Steinanteil zu erwarten gewesen sei, bleibe unklar, worauf sich die Privatsachverständigen für diese Einschätzung stützten. Auf das Vorhandensein von Findlingen und Blöcken sei in der Baubeschreibung ausdrücklich hingewiesen worden.

10 Nichts anderes ergebe sich aus dem Gutachten des … . Die tatsächliche Frage, ob der Anteil der Steine im Baugrund der Baubeschreibung entspreche, sei dem Gutachter nicht gestellt worden; dementsprechend beantworte er sie auch nicht. Eine Feststellung, dass die Schadensursache in den Verantwortungsbereich der Beklagten falle, lasse sich aus dem Gutachten nicht entnehmen. Eine solche Feststellung wäre aber ohnehin nicht verbindlich, da der Gutachter mit der Beantwortung dieser Fragestellung nicht beauftragt worden sei und es sich zum anderen um eine Rechtsfrage handele, die allenfalls von einem Schiedsgericht, nicht aber von einem Schiedsgutachter beantwortet werden könne.

11 Soweit am Ort des kapitalen Schneidradschadens ein Findling angetroffen worden sei, falle dies ohne Weiteres in die Risikosphäre der Klägerin, da in der Baubeschreibung dar-

auf hingewiesen worden sei, dass auch vereinzelt Blöcke oder Findlinge angetroffen werden könnten.

12 Zum Verklebungspotential hätten sich die von der Klägerin unter Berufung auf das Privatgutachten (Anlage R02, Seite 82) vorgetragenen Klebeeigenschaften („überwiegend mittel bis stark klebrig“) innerhalb dessen bewegt, was in der Baubeschreibung (Seite 31) und auch in der Baugrundbeurteilung (Seite 35) umrissen gewesen sei, nämlich mittleres bis hohes Verklebungspotential. Die Bemessung des Verklebungspotentials nach dem System THEWES entspreche dem Stand der Technik, wie die Privatsachverständigen der Beklagten dargelegt haben. Dass die Privatsachverständigen der Klägerin aus den Rohdaten der Baugrundbeurteilung ein geringes bis mittleres Verklebungspotential ermittelt hätten, sei nicht relevant. Auch hier sei der Wortlaut in der Baubeschreibung (mittel bis hoch) entscheidend.

13 Die Klägerin werde auch nicht dadurch entlastet, dass die Beklagte ein bestimmtes Vortriebsverfahren und ein bestimmtes Vortriebsschild vorgegeben habe. Das Leistungsverzeichnis enthalte auf Seite 51 lediglich Vorgaben, die es der Klägerin ermöglichten, genügend andere Herstellungsparameter frei zu wählen, wie auch die Privatsachverständigen der Beklagten aufgezeigt hätten. Zu nennen seien die geometrische Gestaltung des Schneidrades, die Zusammensetzung der Stützsuspension, die Bedüsung des Schneidraums, die Größenauslegung der Separationsanlage sowie die Vertriebssteuerung, insbesondere eine niedrigere Vertriebsgeschwindigkeit. Die Klägerin habe ihrerseits offensichtlich zu optimistisch kalkuliert.

14 Das Protokoll des Bietergesprächs schließlich sei weder zum Vertragsinhalt noch zur gemeinsamen Geschäftsgrundlage der Parteien geworden. Jedenfalls sei kein ausreichender Erklärungswert für eine Risikoübernahme durch die Beklagte für eine Havarie des Schneidrades zu erkennen.

15 Das Urteil des Landgerichts vom 30.11.2021 ist den Bevollmächtigten der Klägerin am 06.12.2021 zugestellt worden. Die Klägerin hat mit am selben Tag bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom 20.12.2021 (Bl. 1012 ff. d.A.) Berufung eingelegt und diese Berufung - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 06.04.2022 (Bl. 1024 d.A.) - mit am selben Tag bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom 05.04.2022 (Bl. 1029 ff. d.A.) begründet.

16 Die Klägerin führt zur Begründung ihrer Berufung aus:

17 Das Landgericht habe übersehen, dass sich ein Anspruch der Klägerin aus § 2 Abs. 6 und 8 VOB/B i.V.m. Ziff. 3.1.2, 3.1.6 ATV DIN 18319 ergebe. Die von der Klägerin ausgeführten streitgegenständlichen Leistungen seien im Bauvertrag nicht vorgesehen gewesen.

18 Das Landgericht sei insoweit zu Unrecht davon ausgegangen, dass die tatsächlichen Bodenverhältnisse den vertraglichen Vereinbarungen entsprochen hätten. In Teilbereichen hätten die Baugrundverhältnisse eben gerade nicht den sich aus den Vertragsunterlagen, insbesondere dem Baugrundgutachten, ergebenden Baugrundverhältnissen entsprochen. Es seien wesentlich größere problematische Bereiche auf der Vortriebsstrecke angetroffen worden, als dies nach den Bohrergebnissen zu erwarten gewesen sei. Die Baugrundverhältnisse hätten mithin stellenweise nicht ohne zusätzliche Maßnahmen allein mit der von der Beklagten vorgegebenen Verfahrensweise (inkl. Gerät und Schneidraddesign) bewältigt werden können.

19 Das Bestehen der Beklagten auf der Ausführung sei eine konkludente Anordnung i.S.v. § 2 Abs. 6 VOB/B. Die Baustellenverantwortlichen der Parteien seien ab dem Eintritt der Vortriebsprobleme im ständigen Austausch gewesen. Jeder noch so kleine Schritt des Vortriebs sei mit der Beklagten abgestimmt worden. Hilfsweise folge der Anspruch aus § 2 Abs. 8 VOB/B. Eine Verweigerung der Erteilung einer Anordnung durch die Beklagte als Auftraggeberin sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unbeachtlich, wenn - wie hier die Beklagte in Bezug auf die Fertigstellung des Siels - die Auftraggeberin die Erreichung des Werkerfolges erkennbar angestrebt habe.

20 Die Klägerin ist der Auffassung, ein öffentlicher Auftraggeber bringe wegen DIN ATV 18319, Abs. 3.1.2 und 3.1.6 zum Ausdruck, dass er notwendige Maßnahmen bei unerwarteten und unerwartbaren Baugrundverhältnissen vergüte. Mit einer teilweise völlig ungewöhnlichen Verklebung oder größter Abrasivität habe die Klägerin nicht rechnen müssen. Es sei für die Klägerin nicht vorhersehbar gewesen, dass sehr viele Werkzeugwechsel erforderlich werden würden und dass ein ganzes Schneidrad mit Millionenaufwand auszutauschen sein würde. Solche nicht kalkulierbaren Leistungen, d.h. Maßnahmen zur Bewältigung von unvorhersehbaren Problemen im Zug des Vortriebs, seien nach den vorgenannten Bestimmungen der VOB/C vom Auftraggeber zu vergüten. Diese Bestimmungen seien auch vorrangig vor der Auslegung des Bauvertrages. Für den Fall, dass die Baugrundverhältnisse von der im Vertrag vorausgesetzten Beschaffenheit abwichen, gäbe die VOB/C eine klare Regelung vor, es seien nämlich bei fehlendem Verschulden des Auftragnehmers die mit den aufgetretenen Problemen zusammenhängenden Kosten zu vergüten. Die VOB/C gebe den Konsens der Auftraggeber- und der Auftragnehmerseite wieder, dass beim Auftreffen von Hindernissen oder geänderten Bodenverhältnissen vom Auftraggeber eine Vergütung zu zahlen ist.

21 Jedenfalls gelte dies im vorliegenden Fall, in dem die Beklagte - abweichend von ATV DIN 18319, Abs. 3.1.1 - in Ausübung ihrer Befugnisse nach ATV DIN 18319, Abs. 0.3.2, die Verfahrensart (Rohrvortrieb), die Vortriebsmaschine (Rohrvortriebsmaschine mit flüssigkeitsgestützter Ortsbrust) und das Schneidraddesign (Mischbesatz mit Sticheln und Disken) vorgegeben habe. Wenn ein öffentlicher Fachauftraggeber eine fundierte, aber nicht vollständig mögliche Baugrundbeschreibung vorlege und gleichzeitig bestimmte Vorgaben zum Bauverfahren, zum einzusetzenden Gerät und zur Bauzeit mache, dann müsse der Auftragnehmer die Vorgaben so verstehen, dass die Herstellung auf die vorgegebene Weise auch möglich sei. Im Einzelnen verweist die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf, dass die Beklagte in der Baubeschreibung (Seite 97 oben) und im Leistungsverzeichnis (LV-Pos. 1.6.) das Bauverfahren (Hydroschild mit Rohrvortrieb), die Tunnelbohrmaschine (Automatische Vortriebsmaschine Naß) und das wesentliche Schneidraddesign (Schneidrad für Mischböden, große Schneidradöffnungen, Mischbesatz mit Sticheln und Disken) vorgegeben habe. Die Beklagte sei aufgrund der Vorgaben der wesentlichen Parameter der Herstellung des Werkerfolges an die Stelle der Klägerin getreten und habe das Ausführungs- bzw. Herstellungsrisiko übernommen, soweit die Verklebungs- und Abrasivitätsproblematik betroffen sei. Da die Klägerin selbst keine Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten mehr gehabt habe, weil alle Parameter des Vortriebs von der Beklagten festgelegt worden seien, sei das Risiko des Mehraufwandes auf die Beklagte übergegangen.

22 Auf den Seiten 92 und 93 der Baugrundbeschreibung habe die Beklagte außerdem auch ausdrücklich vorgegeben, dass der zu durchfahrende Baugrund „steuerbar“, also ohne Weiteres für den Rohrvortrieb geeignet sei, mit Ausnahme von etwaigen ungünstigen St-

eineinlagerungen, die aber nicht konkret angegeben worden seien. Alle Textstellen des Vertragswerks hätten nur den Schluss zugelassen, dass alle Eventualitäten mit den von der Beklagten vorgegebenen Parametern bei Einsatz von Fachpersonal und ohne häufige Reinigungsarbeiten im Zeitfenster von 11 Monaten bewältigt werden könnten.

23 Ferner könne auch die Berücksichtigung des Vergabeverfahrens nur zu dem Schluss führen, dass die Beklagte für den Mehraufwand einzustehen habe, der sich aus der partiell sehr starken Verklebung und den nicht zu erwartenden Stein- und Abrasivitätsproblemen ergeben hätten. Namentlich hätten alle Mitbieter die Vergabeunterlagen im gleichen Sinne wie die Klägerin verstanden, was sich daraus ergebe, dass der preisliche Vorsprung der Klägerin gegenüber den Mitbietern sich auf nicht mehr als 1 % belaufen habe. Auch die Beklagte habe in der originären Kostenschätzung, zu der sie nach § 3 VgV a.F. verpflichtet gewesen sei, offenbar die zusätzlichen Risiken, deren Kosten Gegenstand des hiesigen Rechtsstreits bildeten, nicht berücksichtigt, da sie ansonsten wegen § 16 Abs. 6 Nr. 1 EG VOB/A die Klägerin darüber hätte aufklären müssen, dass der von der Klägerin gebotene Preis unangemessen niedrig sei. Die Klägerin hat gemäß § 142 ZPO beantragt, der Beklagten die Vorlage dieser originären Kostenschätzung aufzugeben. Die Klägerin behauptet, sie habe auch nicht etwa ein niedriges Angebot abgegeben, um auf dem deutschen Markt Fuß zu fassen. Vielmehr sei sie aus einem Zusammenschluss der Firmen … und …. entstanden und habe größte Erfahrungen im Bereich des Stollenbaus und des Rohrvortriebs besessen.

24 Im Hinblick auf die Abrasivität des durchfahrenden Bodens habe das Landgericht die Ausschreibung nicht ordnungsgemäß als Ganzes ausgelegt. Alle Bestandteile der Ausschreibung seien gleichgewichtig und miteinander kompatibel auszulegen. Bei richtiger Anwendung der einschlägigen Rechtsprechung hätte das Landgericht auch die Ergebnisse der Baugrunduntersuchung beachten müssen, die – wie die Privatgutachter der Klägerin nachgewiesen hätten – nicht auf eine extreme Abrasivität schließen ließen. Die Beklagte habe auch nicht auf Erkenntnisse aus dem früheren Bauabschnitt zurückgreifen dürfen. Nach DIN EN 1997-2 mit DIN 4020 sei eine Baugrunduntersuchung immer nur auf die konkret untersuchten Bodenabschnitte anwendbar, nicht aber könnten die Ergebnisse anderer Erkundungen zur Beurteilung des konkreten Bauabschnitts mit herangezogen werden. Auch aus § 7 Abs.1 Nr.3, 6 und 7 VOB/A sowie Abs. 0.1.9 und 0.1.10 ATV DIN 18299 und Abs. 0.2.4 ATV DIN 18319 folge, dass die Beklagte nicht ins Blaue hinein irgendwelche Bodenverhältnisse hätte annehmen dürfen. Nach Abs. 2.2.2 ATV DIN 18319 müsse der Boden umfassend beschrieben werden; für nicht untersuchbare Bereiche sehe die maßgebende Norm DIN EN 1997-2 mit DIN 4020 eine Interpolation und darauf aufbauend eine Wahrscheinlichkeitsangabe durch den Baugrundgutachter vor. Die Beklagte sei – wie auch die Klägerin – davon ausgegangen, dass der beschriebene Baugrund einen insgesamt kontinuierlichen Vortrieb ermöglichen würde. Tatsächlich sei die Abrasivität aber wesentlich höher gewesen als die Beklagte bei der Bestimmung der Vortriebsinstallation angenommen hätte.

25 Im Hinblick auf das Verklebungspotential des zu durchfahrenden Bodens sei das Landgericht parteilich und ohne nähere Begründung den Darlegungen des Privatsachverständigen der Beklagten gefolgt, wonach die Einordnung des Verklebungspotentials nach THEWES dem Stand der Technik entsprochen habe. Nicht eingegangen sei das Landgericht auf die gegenläufige Behauptung der Klägerin, gestützt auf ihre Privatsachverständigen ……. und ……., dass die Klassifizierung nach THEWES in der Baubeschreibung nicht dazu geführt habe, dass die Klägerin mit derart hohen Verklebungen habe rech-

nen müssen. Die geotechnisch diametralen Meinungen der Privatsachverständigen hätten durch ein Gerichtsgutachten abgeklärt werden müssen. Zur Frage der Baugrundverhältnisse habe die Klägerin qualifizierten Parteivortrag durch Gutachten und Ergänzungsgutachten der führenden Sachverständigen auf dem Gebiet von Verschleiß und Verklebung, Univ.-Prof. Dr. ..... und Akad. Dir. Dipl.-Ing. ..... von der ... Aachen gehalten. Die Baugrundverhältnisse seien tatsächlich abweichend von der Baugrundbeschreibung angetroffen worden.

26 Im Hinblick auf den Steingehalt des zu durchfahrenden Bodens hätte die Beklagte als öffentliche Auftraggeberin eine Kalkulation der Leistungen ohne „worst case“-Betrachtung vornehmen müssen. Die Beschreibung der allgemeinen Möglichkeit, dass sich Steine oder Findlinge in der Vortriebsstrecke fänden, reiche nicht aus. Die Beklagte habe wegen DIN 18319, Abs. 0.2.2, 0.2.4, 3.1.2 und 3.1.6 i.V.m. Abs. 4.2.1 nicht einfach in die Baubeschreibung aufnehmen dürfen, dass mit Steinen bzw. Blöcken zu rechnen sei, um den Baugrund dem Risikobereich der Klägerin zuzuschreiben. Dass auch das Risiko des Vorhandenseins von Findlingen den Auftragnehmern auferlegt werden solle, widerspreche überdies § 7 Abs. 1 Nr.3 VOB/A. Der Hinweis auf vereinzelte Blöcke oder Findlinge in der Baubeschreibung führe nicht dazu, dass das Risiko bei der Auftragnehmerseite liege. Der lapidare selbstverständliche Satz, dass mit Steinen, Geröllen oder Findlingen zu rechnen sei, reiche nicht aus. Nach Abs. 3.1.6 der ATV DIN 18319 genüge die pauschale Beschreibung nicht, wenn unvermutet ein Findling angetroffen werde. Das Antreffen eines Findlings falle vielmehr ohne Weiteres in die Risikosphäre der Beklagten als Auftraggeberin.

27 Das Landgericht hätte außerdem nicht annehmen dürfen, dass die Baubeschreibung maßgeblich sei und nicht die Bohrungen der Baugrundbeurteilung. Dabei sei die Angabe einer Bodenklasse nicht ausreichend, um die Bodenverhältnisse hinsichtlich der Steine i.S.v. § 7 Abs. 1 Nr. 1, 6 VOB/B ausreichend zu beschreiben. Der Steinanteil wäre hingegen für den nicht beprobten Bereich durch eine Interpolation aus den anliegenden Bohrungen nach der DIN A125, Abs. 7.1.3 zu schätzen gewesen, wie sich auch aus Seite 18 der Baugrundbeurteilung ergebe.

28 Der tatsächliche Steingehalt habe höher gelegen als aus den Erkundungsbohrungen habe gefolgert werden können. Insbesondere habe hier als Besonderheit die feste Einbindung der Steine in die Bodenmatrix zur Zerstörung der Disken geführt. Das Gericht hätte nicht ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens beurteilen dürfen, ob die angetroffenen Baugrundverhältnisse hinsichtlich des Steingehalts mit den beschriebenen Baugrundverhältnissen übereinstimmten. Tatsächlich lägen Bodenverhältnisse vor, die mit den beschriebenen Verhältnissen nicht übereinstimmten. Das hätte ein gerichtliches Sachverständigengutachten ohne Zweifel ergeben. Es komme dabei auch nicht auf eine Durchschnittsbildung, sondern auf die konkrete Einzelsituation vor dem Schneidrad an.

29 Das Landgericht habe außerdem das Schiedsgutachten ..... nicht beachtet, welches zum Ergebnis komme, dass der Baugrund im Hinblick auf den Stein-Geröllgehalt von der Baugrunduntersuchung abweiche. Der Gutachter ....., der mit der verbindlichen Klärung der Ursache der Havarie beauftragt gewesen sei, habe festgestellt, dass Ursache der Havarie eine besondere nicht zu erwartende Ansammlung von Steinen und deren Härte aufgrund der Einspannung in die Betonmatrix in betongleicher Art sei. Diese spezielle Steinformation habe auch die vom Landgericht zitierte Zusatzklasse S 3 völlig obsolet gemacht, wie auch der Schiedsgutachter ... deutlich mache.

30 Aufgrund des verbindlichen Schiedsgutachtens ... stehe auch fest, dass der Klägerin weder Ausführungsfehler noch eine fehlerhafte Konfiguration der Rohrvortriebsmaschine zur Last gelegt werden könnten. Der Schiedsgutachter habe verbindlich festgestellt, dass das Schneidraddesign und die Vortriebsarbeit der Klägerin nicht zu beanstanden seien. Das Schneidrad, die Abbauwerkzeuge, das Schneidraddesign und die gesamte Vortriebsmaschine hätten den Anforderungen der Ausschreibung genügt. Die Klägerin habe ausschließlich einwandfreie Disken und Schälmesser von namhaften Herstellern eingesetzt, die aus speziell resistentem Stahl gefertigt worden seien. Der Sachverständige ... habe die Qualität der Abbauwerkzeuge und der Maschine bestätigt. Die Klägerin habe den Zustand der Werkzeuge während des Vortriebs auch regelmäßig kontrolliert. Ursache des Schadens sei auch nicht ein schon vorher defektes Abbauwerkzeug gewesen, sondern die unvorhersehbare Konsistenz des von der Vortriebsmaschine zu durchfahrenden Baugrundes. Die Beanspruchung der Abbauwerkzeuge infolge des unvorhersehbaren Gesteins- und Geröllmaterials habe zur Beschädigung des Schneidrades als Ganzes geführt. Im Gutachten ... seien dementsprechend sowohl Schäden am Schneidrad als auch an den Abbauwerkzeugen dokumentiert.

31 Ferner sei zu beachten, dass Abs. 3.1.4 der DIN 18319 die mit dem Eintritt von Schäden anfallenden Leistungen ausschließlich dem Bereich der Besonderen Leistungen nach Abs. 4.2.1 zugewiesen seien, sofern - wie hier durch das Schiedsgutachten ... nachgewiesen - den Auftragnehmer kein Verschulden treffe, sondern vielmehr die Baugrundverhältnisse zur Schädigung geführt hätten. Auch für den Schneidradschaden folge daher der Anspruch der Klägerin aus § 2 Abs.6 VOB/B i.V.m. Abs. 3.1.4 und 4.2.1 der ATV DIN 18319. Die Beklagte könne auch nicht darauf abstellen, dass sie nicht für Schäden an den Gerätschaften der Auftragnehmerin hafte. Vielmehr ergebe sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 28.01.2016, Az. I ZR 60/14), dass der Auftraggeber den Auftragnehmer vor Schäden an dessen Gerätschaften bewahren müsse.

32 Die Bedarfspositionen 1.6.150 und 1.6.160 des LV regelten demgegenüber nur die Stillstände und die Hindernisbeseitigung beim Auftreten der in Pos. 1.6.160 aufgeführten Hindernisse, nicht aber den Fall der so starken Beschädigung des Schneidrades, der dazu führt, dass ein neues Schneidrad beschafft werden muss. Allein die geringen Stundenvorgaben zu den Bedarfspositionen 1.6.150 und 1.6.160 zeige, dass die Beklagte nur mit wenigen Hindernisbereichen gerechnet habe und diese Bedarfspositionen nicht zur Abrechnung der Besonderen Leistungen im Zusammenhang mit dem Austausch des Schneidrades gedacht gewesen seien. Außerdem müsse beachtet werden, dass die Beklagte die o.g. Bedarfspositionen zu keinem Zeitpunkt aktiviert habe. Derartige Bedarfspositionen bedürften aber der konkreten Beauftragung, sonst seien sie ein rechtliches Nullum.

33 Zum Gespräch vom 12.04.2013 hat die Klägerin im Schriftsatz vom 17.01.2024 (Seite 28 f., Bl. 1242 f. d.A.) zunächst vorgetragen, die Vortriebsmaschine mit Schneidrad sei das wesentliche Gesprächsthema gewesen. Die Klägerin habe wissen wollen, ob mit dem Schneidrad nur eine Strecke oder beide Strecken aufgefahren werden könnten. Da die Beklagte ihren Boden besser gekannt habe als die Klägerin, sei es zur Aussage gekommen, die von der Beklagten bestätigt und zum Vertragsinhalt gemacht worden sei, dass das Werkzeug, d.h. das Schneidrad, für beide Strecken ausreichend sei. Im Schriftsatz vom 18.05.2024 (Seite 2 f. und Seite 26, Bl. 1309 f. und Bl. 1333 d.A.) hat die Klägerin dann vorgetragen, im Gespräch vom 12.04.2013 sei nicht über das Schneidrad gesprochen worden, sondern über die Abbauwerkzeuge. Alle Gesprächsteilnehmer seien davon

ausgegangen, dass die Abbauwerkzeuge in Verbindung mit der vorgegebenen Rohrvortriebsmaschine ausreichend haltbar für beide Strecken seien. Dies beinhalte dann aber auch eine rechtlich verbindliche Festlegung. Wenn die Haltbarkeit der Abbauwerkzeuge für beide Haltungen Vertragsgrundlage geworden sei, sei logischerweise auch die Haltbarkeit des Schneidrades selbst für beide Haltungen Vertragsgrundlage geworden.

34 Die Klägerin beantragt:

35 1. Das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 30.11.2021, Az. 304 O 341/19, wird aufgehoben.

36 2. Auf die Berufung hin wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin zu Händen der ... ., bestehend aus den Gesellschaftern Firma..... und Firma ..... GmbH & Co. KG 15.372.822,86 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 10.08.2018 zu bezahlen.

37 3. Auf die Berufung hin wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin zu Händen der ARGE ....., bestehend aus den Gesellschaftern Firma ..... und Firma ..... GmbH & Co. KG vorgerichtliche Anwaltskosten i.H.v. 120.522,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.12.2018 zu bezahlen.

38 Die Beklagte beantragt,

39 die Berufung zurückzuweisen.

40 Die Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und macht geltend, die Zurückweisung der Klaganträge in ihrem zuletzt verbliebenen Umfang sei zu Recht erfolgt.

41 Ein Mehrvergütungsanspruch der Klägerin nach § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B scheide aus, weil Voraussetzung eines solchen Anspruchs eine entsprechende vertragsändernde Anordnung der Beklagten wäre. Eine solche Anordnung habe die Beklagte aber weder ausdrücklich noch konkludent erteilt. Eine vertragsändernde Anordnung i.S.v. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B komme überdies ohnehin nur in Betracht, wenn die Änderung der Ausführung oder die Anordnung von Zusatzarbeiten durch Umstände aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers resultiere, woran es vorliegend fehle. Das Landgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die bei den Arbeiten angetroffenen Bodenverhältnisse dem entsprachen, was die Parteien vereinbart hatten. Die Klägerin durfte aus der Baugrunduntersuchung keine anderen Schlussfolgerungen ziehen als der Baugrundgutachter der Beklagten. Dies werde auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung so gesehen.

42 Die Leistungspflicht der Klägerin ergebe sich aus der vertraglichen Baugrundbeurteilung. Die Beklagte treffe als Bauherrin kein allgemeines Baugrundrisiko.

43 Die Beklagte macht ferner geltend, es sei einzig und allein Sache der Klägerin gewesen, die richtigen Abbauwerkzeuge zu wählen, vgl. DIN 18319, Abs. 3.1.1. Die Beklagte habe hierzu keine verbindlichen Vorgaben gemacht. Sie habe lediglich das Verfahren mit einem Hydroschild und einem mischbesetzten Bohrkopf vorgegeben und ein Verbot abgesenkter Stützsuspension ausgesprochen. Die Auswahl des Mischbesatzes des Bohrkopfs und die Qualität der Abbauwerkzeuge sei von der Klägerin zu bestimmen gewesen. Der Klägerin seien insbesondere keine Vorgaben zur Größe der Schneidradöffnungen und zu weiteren Details des Designs des Schneidrades gemacht worden. Nach alledem hätten sich die Vortriebsarbeiten bei sachgerechtem Vorgehen der Klägerin ordnungsgemäß

und ohne Störungen ausführen lassen. Der Schneidradschaden resultierte allein aus Umständen aus dem Verantwortungsbereich der Klägerin, die bei sachgerechter Ausführung des Vortriebs vermeidbar gewesen wären. Gemäß Abs. 3.1.4 der DIN 18319 sei die Klägerin überdies verpflichtet gewesen, Maßnahmen zur Verhütung von Schäden zu treffen.

44 Die vertragliche Baugrundbeschreibung sei auch verbindlich, sie beinhalte keine sog. „Angstklauseln“. Vielmehr habe die Baugrundbeschreibung zutreffend darauf hingewiesen, dass es Schwierigkeiten bei der Baugrunderkundung gegeben habe, und dass es sich bei dem zu durchfahrenden Boden um Mischboden handele, bei dem Abweichungen auftreten könnten. Der Auftragnehmer übernehme das Baugrundrisiko, wenn er bei einer offenkundig und eindeutig unklaren Erkenntnissituation in Bezug auf die Bodenverhältnisse ein Angebot abgebe. Die Beklagte ihrerseits habe alle Möglichkeiten der Baugrunderkennung erschöpft gehabt; sie habe keine weitergehenden Erkenntnisse besessen. Die Klägerin sei in der Baugrundbeurteilung immer wieder auf das Vorhandensein von Steinen und Blöcken hingewiesen worden. Dieser Umstand sei mithin zum Leistungsinhalt erhoben worden. Insbesondere gelte dies für den Bereich, in dem es am 29.11.2014 zu dem Schneidradschaden gekommen sei. Hier habe die Beklagte nämlich eine Baugrundbohrung durchgeführt, deren Ergebnis dem der Baugrundbeurteilung als Anlage beigefügte Bohraufschluss B 11 zu entnehmen gewesen sei. Aus diesem Bohraufschluss habe sich ergeben, dass der Baugrund in diesem Bereich aus Geschiebemergel bestehe und dort vereinzelt Steine angetroffen worden seien. Zudem seien die Bodeneigenschaften des Geschiebemergels in der Baugrundbeurteilung eingehend dargelegt worden. Insbesondere sei z.B. auf Seite 18 unter Ziffer 4.2.5 und Seite 38, Tabelle 7, darauf hingewiesen worden, dass im Geschiebemergel generell mit Steinen bis hin zu großen Blöcken zu rechnen sei. Vor diesem Hintergrund könne nicht die Rede davon sein, dass der tatsächliche Baugrund nicht dem Beschriebenen entsprochen habe.

45 Die Behauptung der Klägerin zu den im Rahmen des Vergabeverfahrens von den anderen Bietern abgegebenen Geboten sei unzutreffend. Es seien seinerzeit nur drei andere Angebote abgegeben worden. Einer dieser Bieter sei von der Wertung ausgeschlossen worden. Die Angebotspreise der beiden anderen Bieter hätten deutlich, d.h. mehr als 10 %, über dem Angebotspreis der Klägerin gelegen. Dies lasse die Schlussfolgerung zu, dass die Klägerin sich durch Abgabe eines günstigen Angebots den Zugang zum deutschen Markt habe erschließen wollen. Auf § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A könne sich die Klägerin nicht berufen, da diese Norm nicht dem Schutz des Auftragnehmers diene.

46 Ein Anspruch gemäß Nachtrag Nr. 5 wegen des Schneidradschadens bestehe nicht, da der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Schadensersatz zustehe. Es fehle an einer Pflichtverletzung der Beklagten. Eine Vergütungspflicht des Auftraggebers für beschädigtes Arbeitsgerät des Auftragnehmers bestehe außerdem grundsätzlich nicht. Im Gegenteil sei der Werkzeugwechsel wegen Verschleißes nach der DIN 18319 ausdrücklich eine Nebenleistung. In der Baubeschreibung (Seite 98) sei darüber hinaus bestimmt, dass der Zustand der Abbauwerkzeuge kontrollierbar und ein Wechsel von Abbauwerkzeugen von der Innenseite der Maschine her ausführbar sein müsse. Wenn es also zu Beschädigungen der Abbauwerkzeuge gekommen sei, so allein deshalb, weil die Klägerin ihrer vertraglich vereinbarten Verpflichtung zur regelmäßigen Werkzeugkontrolle nicht nachgekommen sei. Dies gelte umso mehr, als sich vor der Havarie bereits starke Hinweise auf die Beeinträchtigung der Werkzeuge ergeben habe, da es ab Tunnelmeter 245 zu einem drastischen Leistungsverlust der Vortriebsmaschine ge-

kommen sei, wie sich aus dem als Anlage B 7 vorgelegten Untersuchungsbericht des Ingenieurbüros ..... ergebe.

47 Im Übrigen seien für die Beseitigung von Hindernissen im Vertrag in den Ziff. 1.6.150 ff. Bedarfspositionen vorgesehen. Sinn und Zweck der Ausschreibung solcher Positionen sei es, für den Fall nicht vorhersehbarer Eventualitäten eine abrufbare Angebotslage zu erhalten, auf deren Basis im laufenden Projekt reagiert werden könne. Eine solche Konstellation der objektiv fehlenden Aufklärbarkeit liege gerade vor, da es aufgrund der durchgeführten Baugrundermittlung nicht zuverlässig zu ermitteln war, wann und wo es zur Bergung irgendwelcher Hindernisse kommen würde. Es sei im Übrigen nicht nachvollziehbar, was die Klägerin daraus ableiten wolle, dass Leistungen einer Bedarfsposition einer Beauftragung bedürften. Wenn die Klägerin entsprechend DIN 18319, Abs. 3.1.6 eine unverzügliche Mitteilung bezüglich dieser Hindernisse gemacht hätte, hätte die Beklagte einen entsprechenden Auftrag erteilt. Tatsächlich sei aber kein entsprechender Hinweis erfolgt. Außerdem habe die Beklagte tatsächlich gemäß dieser Bedarfsposition den von der Klägerin in ihrer Schlussrechnung abgerechneten Aufwand im Umfang von 342 Stunden akzeptiert (Anlage K 1, Ordner 1, Seite 8, bzw. Anlage K 4, Ordner 1).

48 Es liege in Bezug auf die Bodenverhältnisse im Vortriebsweg auch kein ungewöhnliches Wagnis i.S.v. § 7 VOB/A vor. Die Klägerin sei in der Leistungsbeschreibung auf die betreffenden Umstände hingewiesen worden, so dass es an der Ungewöhnlichkeit fehle. Außerdem erhalte die Klägerin beim Auftreten von Findlingen und ähnlichen Hindernissen gemäß der LV-Positionen 1.6.150 ff. explizit eine gesonderte Vergütung.

49 Zum Gespräch vom 12.04.2013 trägt die Beklagte vor: Aus einer angeblichen Absprache in diesem Gespräch könne die Klägerin keinen Anspruch herleiten. Eine Vereinbarung über den Einsatz von lediglich einem Schneidrad sei in diesem Gespräch nicht getroffen worden. Eine solche Vereinbarung sei dem Wortlaut des Besprechungsvermerks nicht zu entnehmen. Im gesamten Vermerk sei vom Schneidrad nicht die Rede, sondern nur von den Abbauwerkzeugen und deren Verschleiß. Die Abbauwerkzeuge seien aber nicht gleichzusetzen mit dem Schneidrad, sie seien vielmehr die Bestückung des Schneidrades. Diese Abbauwerkzeuge wiederum müssten im Lauf des Vortriebs regelmäßig kontrolliert und ggf. angepasst, d.h. ausgewechselt werden. Die Abbauwerkzeuge unterlägen dem Verschleiß, dessen Ausmaß nicht nur vom durchgeführten Vortrieb abhingen, sondern auch von der Hochwertigkeit der eingesetzten Werkzeuge. Bei rechtzeitigem Wechsel der Abbauwerkzeuge hätte sich der streitgegenständliche Schneidradschaden verhindern lassen. Im Übrigen sei im Rahmen des Gesprächs über die Verwendung lediglich eines Schneidrades nie gesprochen worden. Die Mitarbeiter der Beklagten hätten vielmehr ausdrücklich auf die durchzuführenden Werkzeugkontrollen hingewiesen. Herr ..... von der Klägerin habe erklärt, dass die Abbauwerkzeuge auf die Geologie abgestimmt würden und sie während des Vortriebs auf Verschleiß geprüft würden, er aber davon ausgehe, dass die Abbauwerkzeuge zum Auffahren beider Strecken ausreichend haltbar seien. Es handele sich also um eine bloße Annahme des Mitarbeiters der Klägerin, die ohne Rechtsbindungswillen geäußert worden sei. Die Annahme des Mitarbeiters der Klägerin sei in dem Gespräch vom 12.04.2013 von den Mitarbeitern der Beklagten nicht bestätigt worden. Sie hätten dazu vielmehr keine wie auch immer geartete Erklärung abgegeben. Im Übrigen sei allen Beteiligten klar gewesen, dass auf das Gespräch vom 12.04.2013 das vergaberechtliche Nachverhandlungsverbot anwendbar gewesen sei, die Beklagte also gehindert war, eine nachträgliche Abänderung der vertraglichen Risikoverteilung zu verhandeln. Das Gespräch vom 12.04.2013 sei dementsprechend

nicht zum Zwecke der Modifikation der vertraglichen Pflichten erfolgt, sondern zum Kennenlernen der Klägerin, mit der die Beklagte bis dahin noch nicht zusammengearbeitet hatte.

50 Schließlich bleibe die Höhe des Anspruchs wegen des Schneidradschadens (Nachtrag Nr. 5) bestritten.

51 Im Übrigen wird zur Ergänzung des Parteivorbringens in der Berufungsinstanz auf die von den Parteien in dieser Instanz zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

52 Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die nach dem Teilvergleich der Parteien verbliebene restliche Klagforderung in vollem Umfang abgewiesen. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Zahlungsansprüche unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

53 1. Die Klägerin kann insbesondere von der Beklagten im Hinblick auf den Nachtrag 6 (Pos. 3.6 der Schlussrechnung) i.H.v. 3.245.166,92 € und den Nachtrag 8 (Pos. 3.8 der Schlussrechnung) i.H.v. 2.241.824,42 € wegen Mehraufwands im Rahmen ihrer Vortriebsarbeiten keine Zahlung verlangen. Für die Nachträge 6 und 8 fehlt es - sowohl im Hinblick auf die Abrasivität und Verklebung des zu durchfahrenden Bodens als auch im Hinblick auf das Vorhandensein von Gestein, insbesondere Blöcken und Findlingen - an einer rechtlichen Grundlage für den geltend gemachten Zahlungsanspruch. Insbesondere besteht kein Anspruch aus § 2 Abs. 5, Abs. 6, Abs. 8 VOB/B i.V.m. Abs. 3.1.2 und 3.1.6 der DIN 18319. Die Beklagte hat von der Klägerin keine im Bauvertrag der Parteien nicht vorgesehene Leistung gefordert, sondern lediglich die Erbringung des vertraglich von der Klägerin ohnehin geschuldeten Bausolls.

54 a) Ausgangspunkt für die Feststellung des Bausolls ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (insbesondere BGH, Urteil vom 20.08.2009, VII ZR 205/07, Tz. 77 ff.), wonach es für die Verteilung des sog. „Baugrundrisikos“ in erster Linie auf die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ankommt. Diese Rechtsprechung ist weiter aktuell (vgl. Bolz, NJW 2022, 1709, und Kniffka, BauR 2015, 1893 ff.).

55 In dem vorgenannten Urteil des VII. Zivilsenats heißt es u.a., Baugrundgutachten, die der Ausschreibung zugrunde lägen, würden zur vertraglichen Leistungspflicht erhoben, insbesondere wenn sie für die Preiskalkulation erheblich sind (Tz. 78), an eine Risikoübernahme durch den Auftragnehmer, die sich auf unbekannte Bodenverhältnisse bezieht, seien strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere wenn sie die Baukosten erheblich beeinflussen können (Tz. 81, unter Verweis auf BGH, Urteil vom 13.08.2008, VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106, Tz. 34). Lasse die Ausschreibung aber keinen Zweifel daran, dass der Auftragnehmer eine unkalkulierbare Leistung zu einem bestimmten Preis übernehmen soll und komme auf Grundlage dieser Ausschreibung ein Vertrag zustande, so gelte der vertraglich vereinbarte Preis auch dann, wenn sich die Kalkulationsannahmen als unzutreffend erwiesen (BGH, Urteil vom 27.06.1996, Az. VII ZR 59/95, BauR 1997, 126 - Kammerschleuse; vgl. auch Kniffka, a.a.O., S. 1894).

56 Das Leistungsverzeichnis und die weiteren Vertragsbestandteile sind daher sorgfältig dahingehend auszulegen, wer im konkreten Fall das Baugrundrisiko trägt. Bei der Ausle-

gung sind insbesondere § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 VOB/A zu berücksichtigen, da der Bieter und Auftragnehmer davon ausgehen kann, dass der Ausschreibende sich an die Ausschreibungsregelungen der VOB/A halten will, also insbesondere möglichst klar und eindeutig ausgeschrieben hat und dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Risiko auferlegen will (BGH, Urteil vom 11.09.1993, Az. VII ZR 47/93, BauR 1994, 236 – Wasserhaltung II; Urteil vom 09.01.1997, Az. VII ZR 259/95, BauR 1997, 466 – Bodenposition; vgl. Kniffka, a.a.O., 1897).

57 Eine Unwirksamkeit der Übernahme eines ungewöhnlichen Wagnisses über §§ 134 BGB, 7 Abs.1 Nr.3 VOB/A kommt entgegen verschiedener Stimmen in der Literatur (vgl. Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl., 2022, § 7 VOB/A, Rn. 55; § 2 VOB/B, Rn. 180 m.w.N.) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Betracht (Kniffka, a.a.O., S. 1894).

58 b) Für die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien zu den Bodenverhältnissen ist zunächst das Leistungsverzeichnis („LV“, Anlage K 2) in den Blick zu nehmen. In dessen Abschnitt 1.1 (Allgemeine Leistungen) finden sich keine näheren Angaben zum Baugrund. Die einschlägigen Regelungen zu den Rohrvortriebsarbeiten finden sich in dem Abschnitt 1.6 des LV (Seiten 51 bis 71). Die für den Rechtsstreit relevanten Positionen finden sich in 1.6.120, 130 und 140 (Seiten 57 bis 59 des LV). In Pos. 1.6.120, 2. Absatz („Vortriebsrohre einbauen“), heißt es für die „Haltung Weidenallee“:

59 *„Anstehenden Boden, Klassifizierung gem. DIN 18319 (s. Bodengutachten) vor Ort lösen, zu Tage fördern und zur eigenen Verwendung abtransportieren.“*

60 In Pos. 1.6.130 und 140, die den Einbau der Vortriebsrohre in den anderen Haltungen betreffen, wird auf die vorstehende Leistungsbeschreibung zu Pos. 1.6.120 verwiesen.

61 Festzuhalten ist mithin, dass das LV zur Beschreibung des Baugrundes auf das Bodengutachten (Anlage B 6) und nicht auf die Baubeschreibung (Anlage B 5) Bezug nimmt. Festzuhalten ist ferner, dass nicht pauschal auf das Bodengutachten Bezug genommen wird, sondern ausdrücklich auf die Klassifizierung gem. DIN 18319. Da nicht nur von den „Bodenklassen“ nach DIN 18319 die Rede ist, ist dieser Verweis nicht so eng zu verstehen, dass damit lediglich die „Bodenklassen“ gemeint sind, sondern auch die anderen klassifizierenden Bewertungen, die der Bodengutachter der Beklagten vorgenommen hat, da auch diese nach der DIN 18319 vorgesehen sind.

62 Innerhalb der Baugrundbeurteilung sind aufgrund der Angabe „Klassifizierung“ in Pos. 1.6.120 des LV für die vertragliche Definition des Baugrundes nicht pauschal alle Messergebnisse des Bodengutachters von Relevanz, also nicht alle „Rohdaten“. Vielmehr ergibt sich aus dem Verweis auf die Klassifizierung, dass die Bewertung durch den Bodengutachter bestimmend sein soll. Diese Bewertung nimmt der Bodengutachter in Abschnitt 6 des Gutachtens (Anlage B 6, Seite 31 ff.) vor. So heißt es in der Überschrift des Abschnitts 6: „*Bodenmechanische Versuche, Bodenkennwerte und Boden<u>klassen</u>*“. Im einleitenden Absatz des Kapitels heißt es am Ende: „*Die Ergebnisse werden nachfolgend beschrieben und bewertet.*“

63 Eine solche Klassifizierung nimmt der Bodengutachter in Abschnitt 6.6., 3. bis 5. Absatz, im Hinblick auf die Abrasivität vor. Aus den Abschnitten 6.4, 6.5 und 4.2. leitet der Baugrundgutachter unter Angabe der verwendeten Methodik (LCPC-Test) ab, dass im Trassenbereich mit „schwach abrasiven Böden“ bis zu „extrem abrasiven Bodenschichten“

zu rechnen ist. Werkzeugkontrollen und Werkzeugwechsel seien in ausreichender Anzahl einzuplanen. Auch im Hinblick auf das Verklebungspotential nimmt der Bodengutachter eine Klassifizierung vor, und zwar in Abschnitt 6.7: „*Nach THEWES haben die anstehenden bindigen Böden aufgrund ihrer z.T. hohen Tonanteile und hohen Konsistenzen bzw. Festigkeiten überwiegend ein mittleres bis hohes Verklebungspotenzial* (sic!).“

64 Die genaue Betrachtung ergibt demnach, dass für die Parameter Abrasivität und Verklebungspotential die Wertungen des Baugrundgutachters in den Abschnitten 6.6 bzw. 6.7 Gegenstand der vertraglichen Einigung der Parteien zum Baugrund geworden sind. Die auf – wie auch die Klägerin einräumt – bestmöglichen Rohdaten beruhende Einschätzung sollte verbindlich sein und damit gerade auch für die Auftragnehmer Klarheit schaffen, womit sie denn nun zu kalkulieren haben. Die Unsicherheit, die sich daraus ergibt, dass andere Experten als der Verfasser des Bodengutachtens (Anlage B 6) eventuell zu anderen Klassifizierungen gelangen, sollte gerade vermieden werden. Vertraglich vereinbart sind nach alledem also

65 * schwach abrasive Böden bis zu extrem abrasiven Bodenschichten

66 * mittleres bis hohes Verklebungspotential.

67 Dieser vertraglichen Vereinbarung entsprach der tatsächlich vorgefundene Boden auf der Vortriebsstrecke auch nach dem Vorbringen der Klägerseite. Es fehlt mithin von vornherein an schlüssigem beweisbedürftigem Klägervorbringen zu einer relevanten Abweichung der tatsächlichen von den vertraglich vereinbarten Bodenverhältnissen, so dass die von der Klägerseite angestrebte Beweiserhebung zu unterbleiben hatte. Die von der Klägerseite vorgelegten Privatgutachten ändern an dieser Bewertung nichts, da die Auslegung des Bauvertrages der Parteien gerade nicht Sache der Privatsachverständigen der Klägerin war.

68 Es sei im Übrigen noch einmal betont, dass die Beklagte ihrerseits alle gebotenen Schritte zur Erkundung des Baugrundes unternommen hat. Eine bessere Erkundung war schlichtweg auch nach dem klägerischen Vorbringen nicht möglich, weil der Baugrund aufgrund seiner innerstädtischen Lage, insbesondere aufgrund der Überbauung eines großen Teils der Vortriebsstrecke, nur teilweise sondiert werden konnte. Die vorstehend dargestellte Vorgehensweise der Beklagten, die Baugrunduntersuchungen durch ihren Gutachter bewerten zu lassen, ist vertragsrechtlich zulässig, insbesondere beinhaltet sie keinen Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik, aus welchem die Klägerin als Auftragnehmerin Rechtspositionen ableiten könnte. Die Klägerin hätte vielmehr ihrerseits die eindeutigen vertraglichen Angaben zur Bodenbeschaffenheit beachten müssen.

69 Eine abweichende bieterfreundliche Auslegung der Vertragsgrundlagen nach § 7 Abs.1 Nr.1, 3, 6 und 7 VOB/A ist nicht möglich, und zwar auch nicht aufgrund der klägerischen Argumentation aus dem Schriftsatz vom 28.09.2023. Es war - auch bei Zugrundelegung des klägerischen Vorbringens - für die Klägerin sehr wohl möglich, unter Beachtung der auftraggeberseitigen Vorgaben zur Vortriebstechnik die geforderte Leistung zu erbringen. Tatsächlich erforderte dies allerdings genau die z.T. händischen zeitintensiven Eingriffe und Zusatzmaßnahmen, die die Klägerin hier ja auch tatsächlich im Verlauf des Bauvorhabens vorgenommen hat und deren deutliche erhöhte Kosten sie im hiesigen Rechtsstreit in Gestalt der Nachträge 6 und 8 einfordert.

70 c) Im Ergebnis bestehen die in den Nachträgen 6 und 8 geltend gemachten Ansprüche wegen Mehraufwandes auch nicht hinsichtlich des Vorhandenseins von Gestein, insbesondere Blöcken und Findlingen.

71 Die Geltendmachung eines diesbezüglichen Mehraufwandes ist indessen nach der vertraglichen Einigung der Parteien nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Der Abschnitt 6.10 des Bodengutachtens, insbesondere die Tabelle 7, vermeidet gerade eine ähnlich eindeutige Klassifizierung wie im Hinblick auf die Abrasivität und das Verklebungspotential. Entscheidend sind aus dem LV aber die Bedarfspositionen 1.6.150 und 1.6.160 zu berücksichtigen. Die Positionen 1.6.150 und 1.6.160 beinhalten „Bedarfspositionen“ für Stillstandszeiten der Vortriebsmaschine bzw. die Hindernisbeseitigung bei den Vortriebsarbeiten. Die Stillstandszeiten sind nach Pos. 1.6.150 UAbs. 2 insbesondere dann vergütungsrelevant, wenn es zu Stillstand „*während der Hindernisbeseitigung, bestehend aus natürlichen Hindernissen (Steinen, usw.) und bei künstlichen Hindernissen (Stahlträger, Stahlbetonträger)*“ kommt. Nach Pos. 1.6.160 soll die „*Hindernisbeseitigung bei den Vortriebsarbeiten*“ vergütet werden, und zwar in Bezug auf „*Hindernisse an der Ortsbrust des Ausbruchquerschnittes DN 2400*“ einschließlich sämtlicher Leistungen unter Einrechnung der Personalkosten, Geräte und notwendigen Sicherheitsmaßnahmen. Abzurechnen ist nach einem Stundensatz. Als Hindernisse gelten u.a. „*Gesteinsmassen der Bodenklasse gem. DIN 18319*“ und „*Steine und Geschiebe mit einem Volumen > 0,1 m³*“. Die Beklagte gibt damit zu erkennen, dass sie – in den angegebenen Grenzen „*Gesteinsmassen der Bodenklasse gem. DIN 18319*“ und „*Steine und Geschiebe mit einem Volumen > 0,1 m³*“ - das Risiko des Vorhandenseins von bestimmten Steinen trägt und insoweit gerade das Baugrundrisiko selbst trägt und nicht auf die Klägerin abgewälzt hat. Jedenfalls ist einer solchen Auslegung wegen § 7 Abs. 1 Nr. 3, 6 und 7 VOB/A der Vorzug zu geben.

72 Soweit das Vorhandensein von Steinen also für die kostspieligere Vortriebsarbeit, die mit den Nachträgen 6 und 8 geltend gemacht wird, ursächlich gewesen sein soll, wäre mithin grundsätzlich ein Anspruch der Klägerseite in Betracht gekommen. Die Klägerin war insoweit aber vertraglich verpflichtet, den Mehraufwand nicht pauschal durch einen Zuschlag zum Einheitspreis nach Pos. 1.6.120 ff. anzusetzen, wie dies in den Nachträgen 6 und 8 geschehen ist. Vielmehr hatte die Klägerin sich verpflichtet, über die Bedarfspositionen 1.6.150 und 1.6.160, die ja genau für diese Konstellation Anwendung finden sollten, nach Stundenaufwand abrechnen. Eine solche Abrechnung hat die Klägerin trotz eines ausdrücklichen Hinweises des Senats im Beschluss vom 07.10.2023 nicht nachgeholt. Sie hat auch nichts zu konkretem Mehraufwand vorgetragen.

73 d) Ein abweichendes Ergebnis zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarung ergibt sich auch nicht aus der VOB/C, namentlich aus Abs. 3.1.2 oder 3.1.6 der DIN ATV 18319. Diese technischen Bedingungen sind zwar gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B und nach dem Bauvertrag der Parteien (vgl. das als Anlage B 2 vorgelegte Angebot unter Ziffer 2) Vertragsbestandteil. Sowohl aus der bauvertraglichen Regelung als auch aus § 1 Abs. 2 VOB/B ergibt sich aber, dass der zu allen Parametern (Abrasivität, Verklebungspotential und Steingehalt) konkreten und eindeutigen Leistungsbeschreibung gegenüber den Regeln der DIN 18319 Vorrang zukommt.

74 2. Die Klägerin kann von der Beklagten auch nicht im Hinblick auf den Nachtrag 5 (Pos. 3.5 der Schlussrechnung) Zahlung von 2.515.002,26 € verlangen. Ein Zahlungsanspruch der Klägerin wegen des sog. „Schneidradschadens“ besteht unter keinem rechtlichen

Gesichtspunkt, da nach der maßgeblichen vertraglichen Vereinbarung der Parteien nicht die Beklagte, sondern die Klägerin das Risiko derartiger Schäden zu tragen hatte, so dass die Klägerin weder nach § 2 Abs.5, 6 oder 8 VOB/B noch nach § 642 BGB bzw. § 6 Abs.6 VOB/B Zahlung verlangen kann.

75 a) Dies ergibt sich wiederum aus der von den Parteien in den Bedarfs-Positionen 1.6.150 und 1.6.160 des LV getroffenen vertraglichen Abrede. Die Parteien haben genau das Risiko, welches sich vorliegend realisiert hat, nämlich das Vorfinden von Steinen und Blöcken im Vortriebsweg, nicht nur in der Baugrundbeurteilung (dort Abschnitt 6.10) thematisiert, sondern darüber hinaus in den genannten Positionen des Leistungsverzeichnisses eine eindeutige Regelung für das Vorfinden von Steinen, insbesondere größeren Blöcken, getroffen. Die Beseitigung dieser Hindernisse sollte durch die Klägerin erfolgen, die dafür ihrerseits eine Stundensatzvergütung erhalten sollte. Mit dieser Absprache haben die Parteien aber zugleich zum Ausdruck gebracht, dass sie davon ausgingen, dass eine Beseitigung der in Pos. 1.6.160 genannten Hindernisse möglich ist, und dass darüber hinaus die Klägerin eben nur diese Vergütung erhalten sollte und damit preislich alle Maßnahmen abgegolten sein sollten, die im Zusammenhang mit der Hindernisbeseitigung im Übrigen entstehen. Die Beklagte trägt das Baugrundrisiko hinsichtlich der Steine und Blöcke eben nur in diesem vertraglich definierten Maße; eine weitergehende Belastung der Beklagten mit dieser Thematik sollte hingegen gerade nicht erfolgen.

76 Eine abweichende Auslegung des Bauvertrages, insbesondere unter Berücksichtigung von § 7 Abs.1 Nr.3 VOB/A, ist nicht möglich, weil die Parteien die Problematik bereits vor Vertragsschluss klar erkannt und eine entsprechende Vergütungsregelung getroffen haben. Von einem ungewöhnlichen Wagnis im Sinne der genannten Norm kann im Übrigen auch deswegen nicht ausgegangen werden, weil der Klägerin die besonderen „Hamburger Bodenverhältnisse“ ausweislich der ihr vorliegenden Baugrundbeurteilung bekannt waren.

77 Die Bedarfspositionen 1.6.150 und 1.6.160 sind auch kein rechtliches Nullum. Die von der Klägerin hierfür in Bezug genommene Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 23.01.2003 (Az. VII ZR 10/01) trifft nicht die Aussage, die die Klägerin ihr beilegen will. Die Entscheidung schließt keineswegs grundsätzlich aus, dass dem Auftragnehmer durch die Aufnahme von Eventualpositionen vorgegeben wird, wie vorzugehen ist, wenn die mit der Bedarfsposition vorhergesehene Eventualität tatsächlich eintritt. Die Aufnahme von Eventualpositionen ist im Übrigen auch nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 VOB/A gerade nicht ausnahmslos verboten. Sofern es objektive Gründe für die Annahme gibt, die Notwendigkeit der Leistung könne noch nicht hinreichend sicher beurteilt werden, für sie spreche aber schon eine gewisse Wahrscheinlichkeit, kann die Eventualleistung mit einem konkreten Preis bewertet werden, und die Parteien müssen nicht sehenden Auges die Vergütungshöhe dem allgemeinen System der Nachvergütungen überlassen. Speziell für die Unsicherheit bezüglich der Bodenbeschaffenheit ist die Zulässigkeit von Eventualpositionen anerkannt, sofern der Auftraggeber die Bodenverhältnisse sachgerecht hat untersuchen lassen und nach dem geotechnischen Gutachten Unsicherheitsfaktoren bleiben (vgl. Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, a.a.O., § 7 VOB/A, Rn. 58). Genau diese Konstellation liegt hier vor, da die Beklagte die Erkundung des Bodens auf der Vortriebsstrecke bestmöglich untersucht hat (s.o.).

78 b) Ein Vergütungsanspruch der Klägerin im Hinblick auf die im Nachtrag 5 zusammengefassten Kosten kann auch nicht aus Abs. 3.1.4 der DIN 18319 hergeleitet werden. Aus dieser Klausel folgt für den vorliegenden Fall nicht, dass die in Nachtrag Nr. 5 abgerech-

neten Leistungen besondere Leistungen wären, die Anspruch auf eine gesonderte Vergütung begründen. Der aufgetretene Schneidradschaden stellt keinen von Abs. 3.1.4 erfassten Störfall dar. Die von der Klausel erfassten Gefährdungen müssen sich beziehen auf Verbrüche, Ausfließen von Boden, Wassereinbrüche, Vortriebshebungen und Schäden an Vortriebsrohren oder baulichen Anlagen. Kein Störfall im Sinne der Klausel sind daher Beschädigungen der von der Auftragnehmerseite gestellten Vortriebswerkzeuge, und zwar verstanden im weiten Sinne der Vortriebsmaschine, des Schneidrades oder des Besatzes des Schneidrades. Der Störfall muss vielmehr auftreten an Gegenständen oder Stoffen in der von den Werkzeugen des Auftragnehmers durchfahrenen Bohrumgebung. Dies war hier nicht der Fall.

79 c) Eine andere Bewertung der Frage der Vergütungspflicht im Sinne des Nachtrags 5 folgt auch nicht aus dem Protokoll des Gesprächstermins vom 12.04.2013 bzw. aufgrund der im Rahmen dieses Gesprächstermins getätigten Äußerungen. Der Senat war zunächst aufgrund des schriftsätzlichen Vorbringens der Klägerin, namentlich aufgrund der Darstellung auf Seite 28 des Schriftsatzes vom 17.01.2024, davon ausgegangen, es solle vorgetragen werden, dass die Beklagte in dieser Besprechung die ausdrückliche Gewähr dafür übernommen habe, dass die Leistungen aus dem streitgegenständlichen Bauvertrag mit lediglich einem Schneidrad erbracht werden können. In der Folge haben die Parteien dann aber übereinstimmend vorgetragen, dass am 12.04.2013 nicht über das Schneidrad, sondern lediglich über die darauf anzubringenden Abbauwerkzeuge gesprochen worden ist. Der Senat hat darauf im nächstfolgenden Termin zur mündlichen Verhandlung seinen Beweisbeschluss vom 27.03.2024 wieder aufgehoben. Die Einzelheiten der Erörterungen in der Besprechung vom 12.04.2013 sind nicht mehr als außerhalb der Vertragsurkunde stehende Umstände von Belang für die Auslegung der vertraglichen Einigung der Parteien.

80 d) Schließlich kann die Klägerin sich für die Begründung ihres Zahlungsanspruchs in Bezug auf Nachtrag 5 auch nicht auf das Ergebnis des Schiedsgutachtens ... berufen. Dieses Schiedsgutachtens ist zwar - worauf der Senat auch hingewiesen hat - von den Parteien des Rechtsstreits durchaus mit Verbindlichkeit ausgestattet worden. Indessen war das Schiedsgutachten lediglich auf die tatsächliche Klärung der Gründe für den Eintritt des Schneidradschadens gerichtet und hat in der Tat zum Ergebnis gehabt, dass der Klägerin kein Verschulden in Bezug auf diesen Schaden vorgeworfen werden kann. Die juristische Frage, welche Konsequenzen für die Vergütungsansprüche der Klägerin aus diesem Umstand folgen, hat der technische Sachverständige hingegen erkennbar nicht mit verbindlicher Wirkung bestimmen sollen.

81 3. Da die Klägerin für die von ihr mit den Nachträgen 5, 6 und 8 abgerechneten Leistungen keinen Anspruch auf zusätzliche Vergütung hatte, sie diese Leistungen also sogleich zu den ursprünglich vereinbarten Preisen hätte erbringen müssen, stehen ihr auch keine Folgeansprüche in Bezug auf die Nachträge 13 und 14 (Bauablaufstörungen) und keine Ansprüche nach Pos. 4.1.10 (Zinsen aus Abschlagsrechnungen für die Nachträge 5, 6 und 8) zu.

82 4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Nr.10, 711 ZPO.

83 Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundlegende Bedeutung. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht. Vielmehr wird die gefestigte höchstrichterliche Recht-

sprechung lediglich im Einklang mit der Rechtsprechung der anderen Oberlandesgerichte auf den konkreten Fall angewendet.