
Datum: 14.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 67/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1014.12U67.15.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 4 O 540/12

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 20.03.2015 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

1

Gründe:

2

A.

3

Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen wird zunächst Bezug genommen auf das angefochtene Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bochum.

4

5

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie ihren erstinstanzlich gestellten Antrag auf Klageabweisung weiter verfolgt.

Es sei keine geänderte oder zusätzliche Leistung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B gefordert oder erbracht worden, da die Klägerin von Anfang an hätte wissen müssen, dass die angeblich vorgesehenen Erdbecken nicht möglich sein würden. Bei der „Herstellung von Einrichtungen“ handele es sich um einen Oberbegriff, der die konkrete Art und Weise der Ausführung nicht vorgebe, sondern die Auswahl dem Auftragnehmer überlasse. Der Begriff erfasse auch jede andere geeignete Variante der Fassung der Rücklaufsuspension. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung der DIN 18321 gemäß deren Ziffer 3.1.2 die Wahl des Verfahrens dem Auftragnehmer obliege. Bei der Auslegung sei der übrige Ausschreibungstext zu berücksichtigen, in dem es heiße, dass für die Durchführung der Unterfangungsmaßnahmen nur ein begrenzter Arbeitsraum zur Verfügung stehe und Flächen für die Baustelleneinrichtung nicht vorhanden seien. Daraus ergebe sich, dass die Errichtung von Erdbecken nicht möglich gewesen sei. Die Klägerin habe grob fahrlässig und damit frivol kalkuliert, wenn sie von der Möglichkeit zur Errichtung von Erdbecken ausgegangen sei. Das Landgericht habe das an Fachunternehmen gerichtete Leistungsverzeichnis nicht ohne sachverständige Hilfe auslegen dürfen. 6

Nach §§ 7 und 10 S. 2 VOB/A (Ausgabe 2009) sei es zulässig, den Bieter auf eine Ortsbesichtigung zu verweisen. Die örtlichen Verhältnisse auf einer Baustelle könnten für die Auslegung von textlich beschriebenen Leistungspositionen des Leistungsverzeichnisses von grundlegender Bedeutung sein. 7

Die Darlegung der Klägerin zur Höhe der Nachtragsforderung genüge den Anforderungen an eine Nachtragsberechnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B nicht. Die angebliche Urkalkulation der Klägerin erfasse kalkulatorisch die Position 02.01.0050 zur Teilleistung „Auffangen der Suspension“ nicht. Damit sei die Urkalkulation unvollständig und nicht prüfbar. Die Richtigkeit und Schlüssigkeit der Ursprungskalkulation sowie der Nachtragskalkulation bleibe bestritten. 8

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil und trägt dazu ergänzend und vertiefend vor. 9

Der Senat hat am Schluss der Sitzung vom 11.12.2015 einen Hinweis- und Auflagenbeschluss erlassen. Auf den Inhalt des genannten Beschlusses wird verwiesen. 10

B. 11

Die zulässige Berufung der Beklagten ist auch in der Sache begründet. 12

I. 13

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von 52.590,50 Euro aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB i. V. m. § 2 Abs. 5 VOB/B und dem Nachtrag N 3. 14

1. 15

Zwischen den Parteien ist zwar ein Werkvertrag unter Einbeziehung der VOB/B zustande gekommen. Dies ist zwischen den Parteien nicht streitig, vom Landgericht dem angefochtenen Urteil zugrunde gelegt worden und wird von der Berufung nicht angegriffen. 16

2. 17

Es ist auch eine im Vertrag vorgesehene Leistung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B betroffen. Im Vertrag vorgesehen ist eine Leistung nicht nur dann, wenn sie im Vertrag ausdrücklich aufgeführt ist. Auch nicht ausdrücklich genannte, bei der Ausführung der vertraglichen Leistung jedoch nach den anerkannten Regeln der Technik selbstverständliche Arbeiten gehören dazu. Dies gilt jedenfalls dann, wenn hierfür in der Leistungsbeschreibung ein eigener Ansatz gemacht ist (vgl. Jansen in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl. 2013, § 2 Abs. 5 VOB/B, Rn. 21). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Bauvertrag sah für das Herstellen eines Suspensionsauffangsumpfes und einer Einrichtung zur Fassung der Rücklaufsuspension unter Position 02.01.0010 einen Einheitspreis in Höhe von 940,86 Euro und für die Abfuhr des verfahrensbedingt anfallenden Überschussmaterials unter Position 02.01.0050 einen Einheitspreis von 20,97 Euro vor.	18
3.	19
Auch eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B liegt vor.	20
Unter einer solchen Änderung des Bauentwurfs werden nicht nur rein planerische Änderungen verstanden, sondern auch Änderungen der Leistungsinhalte, wie sie sich in der Leistungsbeschreibung, dem Leistungsverzeichnis oder sonstigen Unterlagen dokumentieren. Darunter fallen ebenfalls Maßnahmen, die sich auf die Art und Weise der Durchführung der vertraglich vereinbarten Bauleistung beziehen (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rn. 1454, 1456).	21
Im vorliegenden Fall ergibt sich die Änderung des Bauentwurfs im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B daraus, dass die Klägerin aufgrund der Nichtanwendbarkeit der von ihr zulässig kalkulierten Methode bzw. der Nichtzulassung dieser Methode durch die Beklagte mit den Mulden eine aufwändigere Form der Entsorgung anwenden musste.	22
Zwischen den verschiedenen Möglichkeiten zum Auffangen und Abtransportieren der Rücklaufsuspension durfte die Klägerin als Auftragnehmerin frei wählen. Die Ausschreibung der Beklagten steht dem nicht entgegen, denn aus ihr ergibt sich nicht, dass die Klägerin nicht mit Auffangbecken hätten kalkulieren dürfen. Dies ergibt die Auslegung der Leistungsbeschreibung gem. §§ 133, 157 BGB, die auf der Grundlage des objektiven Empfängerhorizonts der potenziellen Bieter zu erfolgen hat (vgl. BGH, NJW 2002, 1954, Rn. 18 mwN). Dabei sind die Ausschreibungsunterlagen als sinnvolles Ganzes auszulegen (vgl. BGH, NJW 1999, 2432).	23
Das Landgericht ist nach seiner Auslegung der Ausschreibungsunterlagen davon ausgegangen, dass die Entsorgung der Rücklaufsuspension mittels Erdbecken und anschließender Verladung und Abfuhr geschuldet war. Der Senat ist an diese vertretbare Auslegung nicht gebunden, sondern kann eine eigene Auslegung vornehmen (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 529, Rn. 2). Die Auslegung des Senats führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis. Aus Position 02.01.0010 kann entnommen werden, dass neben zwei Auffangsumpfen an den jeweiligen Tiefpunkten der Baustelle zwei weitere Einrichtungen zur Fassung der Suspension herzustellen waren, die von den Auffangsumpfen verschieden sind. Selbst wenn es sich bei dem Herstellen einer Einrichtung in diesem Sinne um einen Oberbegriff handeln sollte, schließt dies jedenfalls das Anlegen von Erdbecken nicht aus. Für die Möglichkeit eines solchen spricht auch – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – die Angabe der Stückzahl von 2 zu Position 02.01.0010. Diese Stückzahlangabe ergibt unter Berücksichtigung der beiden verbleibenden Möglichkeiten zur Abfuhr der Rücklaufsuspension mittels Saugwagen oder Mulden keinen Sinn. Auch der Begriff des „Beckens“ unter der vorgenannten Ziffer spricht für die Möglichkeit der Herstellung von Auffangbecken. Gleiches	24

gilt für die Ausführungen unter Ziff. 5.7 der Leistungsbeschreibung. Auch dort ist ausdrücklich von der Herstellung eines Auffangbeckens die Rede.	
Dem steht eine etwaige Verpflichtung zur Ortsbesichtigung nicht entgegen. Gem. § 7 Abs. 1 VOB/A (2009) muss der Ausschreibungstext die Bieter in die Lage versetzen, ohne vorherige Ortsbesichtigung ein umfassendes Angebot abzugeben.	25
4.	26
Diese Änderung des Bauentwurfs hat auch zu einer Änderung der Preisgrundlagen geführt. Zu den Grundlagen des Preises gehören alle für die Berechnung des Vertragspreises wesentlichen Umstände. Der Begriff ist weit aufzufassen und umfasst sämtliche Kosten, die Bestandteil der Preisermittlung sind und diese beeinflussen (vgl. Jansen in: Beck'scher VOB-Kommentar, a.a.O., Rn. 31). Dass das Befüllen von Mulden mit einem höheren Arbeitsaufwand verbunden ist, als das Befüllen größerer Erdbecken und auch durch erhöhten Materialeinsatz höhere Kosten entstehen, ist nachvollziehbar.	27
5.	28
Als Rechtsfolge sieht § 2 Abs. 5 VOB/B die Vereinbarung eines neuen Preises unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten vor. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, kann der Auftragnehmer den sich aus § 2 Abs. 5 VOB/B ergebenden Vergütungsanspruch im Wege der Klage geltend machen (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1464). Dazu hat der Auftragnehmer den Preis mit der Klage schlüssig darzulegen. Dazu gehört die Darlegung der Mehr- oder Minderkosten, die sich aus der Änderung des Bauentwurfs ergeben.	29
Dazu hat das Landgericht festgestellt, Bedenken gegen die von der Klägerin angestrebte Nachtragskalkulation bestünden nicht. Sie habe die Grundlagen der Kalkulation sowohl der ursprünglich angebotenen Leistung als auch der letztlich durchgeführten Leistung erschöpfend und ausführlich dargestellt. Anhaltspunkte dafür, dass sie etwa unzutreffend vorgetragen habe, seien nicht ersichtlich. Soweit die Beklagte die Darstellung der Klägerin, sie habe die als Fremdleistung kalkulierte und angebotene Leistung tatsächlich selbst erbringen wollen, bestreite, sie dieses pauschale Bestreiten unbeachtlich, nachdem die Klägerin die Hintergründe der Angaben im Ursprungsangebot im Einzelnen erläutert habe. Auch die Kalkulation der durchgeführten Abfuhr mit Mulde begegne keinen Bedenken. Dazu habe die Klägerin das Angebot des Nachunternehmers vorgelegt und daneben die angesetzten Lohnkosten erläutert. Auf diese Kalkulation komme es letztlich an. Die Berechnung der Klageforderung als solche sei nachvollziehbar und eindeutig.	30
Insoweit begründen die Einwände der Berufung konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der landgerichtlichen Feststellungen im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.	31
Mit ihrer Berufung hat die Beklagte eingewandt, die Darlegung der Klägerin genüge den Anforderungen an eine Nachtragsberechnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B nicht. Die angebliche Urkalkulation der Klägerin erfasse kalkulatorisch die Position 02.01.0050 zur Teilleistung „Auffangen der Suspension“ nicht. Damit sei die Urkalkulation unvollständig und nicht prüfbar.	32
Diese Einwände greifen durch. Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung nach § 2 Abs. 5 VOB/B erfolgt auf der von den Parteien vorausgesetzten Grundlage einer vorkalkulatorischen Preisfortschreibung in der Weise, dass – soweit wie möglich – an die	33

Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Es ist die Frage zu stellen, wie der Auftragnehmer die Kosten kalkuliert hätte, wenn er bereits bei seinem Angebot von ihnen gewusst hätte. Dagegen ist nicht maßgebend, wie er die Kosten vor Beauftragung der geänderten Leistung kalkuliert hätte (vgl. BGH, NJW 2013, 2423, Rn. 16; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 5. Teil, Rn. 125). Dazu ist darzulegen, wie die Vertragspreise und deren einzelne Bestandteile ursprünglich kalkuliert wurden. Es sind die kalkulierten – nicht die tatsächlichen – Einzelkosten der Teilleistungen, bestehend aus Lohn, Material, Geräteeinsatz oder Nachunternehmerkosten darzulegen. Dazu kommen die Baustellengemeinkosten, die allgemeinen Geschäftskosten und der Zuschlag für Wagnis und Gewinn (vgl. Jansen in: Beck'scher VOB-Kommentar, a.a.O., Rn. 46). Wenn einzelne kalkulatorische Preiselemente nicht mehr nutzbar sein sollten, muss versucht werden, eine Bezugsposition aus einer eigentlich anderen Leistungsposition heran zu ziehen (BGH, a.a.O., Rn. 17; Jansen in: Beck'scher VOB-Kommentar, a.a.O., Rn. 48). Anschließend ist eine Vergleichsrechnung vorzunehmen, wie der Unternehmer den Preis für die geänderte Leistung kalkuliert hätte, wenn er bei der Kalkulation Kenntnis von der geänderten Leistung gehabt hätte. Das bisherige Preisgefüge soll durch die Leistungsänderung nicht berührt werden (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., Rn. 125, 126).

Dazu hätte es der Klägerin oblegen, ihre ursprüngliche Kalkulation sowohl für die Position 02.01.0010 als auch für die Position 02.01.0050 nach Maßgabe der genannten Gesichtspunkte substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen. Diesen Anforderungen wird die Darstellung der Klägerin – trotz des dahingehenden Hinweis- und Auflagenbeschlusses des Senats vom 11.12.2015 – nicht gerecht. Auch zu der notwendigen Vergleichsrechnung trägt die Klägerin nicht vor. 34

a) 35

Zu der Position 02.01.0010 hat die Klägerin im Schriftsatz vom 10.02.2016 zwar vorgetragen, sie habe für die Herstellung des vertraglich vereinbarten Auffangbeckens einen Baggerfahrer mit 4,5 Stunden Arbeitszeit sowie 1,5 Arbeitstage eines Baggers kalkuliert. Denselben Ansatz habe sie auch für den Rückbau kalkuliert, so dass sich bei einem Stundensatz für den Baggerfahrer von 47,-- Euro und einem Tagessatz für den Bagger von 131,85 Euro unter Berücksichtigung des vertraglich vereinbarten Zuschlags in Höhe von 14,94% der angesetzte Einheitspreis in Höhe von 940,84 Euro ergebe. 36

Dies lässt aber – wie die Beklagte zu Recht rügt – bereits außer Acht, dass neben der Herstellung der Erdbecken auch zwei Pumpensümpfe anzulegen waren. Wie diese in der Ursprungskalkulation berücksichtigt worden sind, ist schon nicht nachvollziehbar. Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist der Ansatz von 4,5 Stunden für einen Baggerfahrer und 3 Tagen für einen Bagger, da der Bagger ohne entsprechenden Fahrer nicht einsatzfähig ist. Auch teilt die Klägerin nicht mit, mit welchen Ausmaßen die Auffangbecken geplant worden waren. Dies wäre für die nachvollziehbare Darlegung der zugrunde gelegten Arbeiten aber notwendig gewesen, da es für den Arbeitsaufwand entscheidend auf diese Ausmaße ankommt. Wollte man insoweit auf die Darstellung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin im Termin am 14.10.2016 abstellen, die Klägerin habe aus ihrer Erfahrung 4,5 Stunden angesetzt, die ausreichend seien, weil ein Becken lediglich in einer Größe von 15 bis 20 Kubikmeter hergestellt werden müsse, so ist in keiner Weise nachvollziehbar, warum die Klägerin 20 Mulden im Einsatz hatte, denn bei einem Fassungsvermögen einer Mulde von 7 Kubikmeter hätten dann jedenfalls 3 bzw. 6 Mulden ausgereicht. 37

Im Übrigen ist die Klägerin für den auf Leistungsänderungen beruhenden Mehrvergütungsanspruch nicht nur darlegungs-, sondern auch beweispflichtig. Die Beklagte 38

hat den Vortrag der Klägerin zu ihrer Ursprungskalkulation substantiiert bestritten, in dem sie sich mit ihm im einzelnen auseinander gesetzt, die vorgenannten Einwendungen erhoben und auf Widersprüche aufmerksam gemacht hat (vgl. dazu Jansen in: Beck'scher VOB-Kommentar, a.a.O., Rn. 92). Vor diesem Hintergrund hätte es des Beweises der entsprechenden Ansätze bedurft, der jedoch jedenfalls im Hinblick auf diese Position nicht angeboten ist.

b) 39

Zur Position 02.01.0050 wiederholt die Klägerin lediglich ihren erstinstanzlichen Vortrag zur Ursprungskalkulation. Dies reicht nicht aus. Die Beklagte weist insoweit zu Recht auf Widersprüche zur Kalkulation der Position 02.01.0010 hin. So sei nicht erkennbar, warum einerseits die Positionen „Bagger“ und „Fahrer“ getrennt kalkuliert, andererseits aber in einer Summe angesetzt würden. Dadurch wichen die Ergebnisse voneinander ab. 40

c) 41

Im Übrigen hat die Klägerin zu den Hinweisen des Senats aus dem Beschluss vom 11.12.2015 auch im Hinblick auf die Vergleichsrechnung nur unzureichend vorgetragen. Gegenstand der Vergleichsrechnung soll sein, wie der Unternehmer den Preis für die geänderte Leistung kalkuliert hätte, wenn er bei der Kalkulation Kenntnis von der geänderten Leistung gehabt hätte. Insoweit wäre dazu vorzutragen gewesen, welche Angebote die Klägerin eingeholt hätte und mit welchen Aufschlägen auf Subunternehmerpreise sie kalkuliert hätte. Entsprechenden Vortrag hat die Klägerin nicht gehalten. Dazu reicht der Vortrag, dies sei im Nachhinein schwer nachvollziehbar, nicht aus. Eine fehlende Nachvollziehbarkeit ist schon nicht dargelegt. Es ist nicht erkennbar, aus welchem Grund nicht dazu vorgetragen werden könnte, welche Anbieter die Klägerin um Angebote gebeten hätte und welche Preise diese im Oktober 2011 für die einige Monate später zu erbringende Leistung angeboten hätten. 42

Nach alledem hat die Klägerin den von ihr geltend gemachten Anspruch der Höhe nach nicht schlüssig vorgetragen. Tragfähige Ansatzpunkte für eine Schätzung liegen nicht vor. 43

II. 44

Mit dem Hauptanspruch entfällt auch der geltend gemachte Zinsanspruch. 45

C. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711. 47

D. 48

Die Revision war nicht zuzulassen, weil es sich um eine Entscheidung im Einzelfall handelt. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Abs. 2 ZPO. 49

