

Titel:

Schlüssigkeit einer Klage betreffend einer Werklohnforderung und die Anforderungen an die Begründung der einzelnen Positionen

Normenketten:

VOB/B 2006 § 2 Nr. 5, Nr. 6

ZPO § 531 Abs. 2 S. 2 Nr. 2

BGB § 313

Leitsätze:

1. Eine Klage ist schlüssig, wenn ihr Tatsachenvortrag, seine Richtigkeit unterstellt, geeignet ist, den Klageantrag sachlich zu rechtfertigen; eine Klage auf restlichen Werklohn erfordert hierzu, wie das Erstgericht richtig darstellt, die Darlegung der Schlussrechnungssumme abzüglich der durch die Beklagte bereits geleisteten Zahlungen und den sich daraus errechnenden Saldo. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)
2. § 2 Nr. 6 Abs. 1 S. 1 VOB/B setzt ein nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgtes eindeutiges und bestimmtes Verlangen des Auftraggebers voraus, das auf die Erbringung einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung gerichtet ist. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)
3. Entbehrlich ist die Ankündigung der Leistung vor Beginn ihrer Ausführung nur dann, wenn sie im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers nicht erforderlich ist und daher ohne Funktion wäre. Das kann auch der Fall sein, wenn dem Auftraggeber nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer bleibt oder der Auftragnehmer die Ankündigung ohne Verschulden versäumte. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)
4. Der Begriff der Leistungsänderung umfasst alle Maßnahmen, die sich auf die Art und Weise der Durchführung der vertraglich vereinbarten Bauleistung beziehen. Erforderlich ist jedoch, dass die Leistungspflicht erweitert wird (ebenso BGH NJW-RR 1992, 1046). Keine Anwendung findet § 2 Nr. 5 VOB/B dagegen, wenn die geänderte Leistung bereits vom bestehenden vertraglichen Leistungsumfang umfasst ist; dazu gehört insbesondere der Fall, dass der vertraglich geschuldete Erfolg nicht ohne die Leistungsänderung zu erreichen ist. (Rn. 55) (redaktioneller Leitsatz)
5. Der Anspruch der Klägerin hat auch deshalb keinen Erfolg, weil eine Gegenüberstellung der Mehrkosten zu den kalkulierten Kosten nicht vorgenommen wird. Die Klägerin irrt, wenn sie meint, die Bezugnahme auf die Anlagen sei ausreichend und die Anlage K 14 sei aus sich heraus verständlich. Das Gegenteil ist der Fall. Ein von der Klägerin behaupteter "textlicher Beschrieb" findet sich im Nachtragsangebot nicht. Trotz Hinweises des Erstgerichts zumindest im Urteil werden die Mehrkosten auch in der Berufung nicht näher erläutert. Eines erneuten Hinweises des Senats bedurfte es hierzu nicht. (Rn. 88) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Werklohnforderung, Nachtrag, Darlegung, Schlüssigkeit, Begründung, AGB, Mehrkosten, Baulos, Umverlegung

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 26.03.2019 – 11 O 14430/17

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 29.03.2023 – VII ZR 59/20

Fundstelle:

BeckRS 2020, 62503

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 26.03.2019, Az. 11 O 14430/17, wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens und der Streithelferin zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 2.418.874,25 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

1

Die Klägerin begehrt die Zahlung restlicher Werklohnforderung, insbesondere für Nachträge.

2

Die Nebenintervenientin, die Landeshauptstadt M., beauftragte als Bauherrin die Dach-ARGE T.L.-K.-P. und diese wiederum in Teilen ihres Auftrags die Beklagte zu 1). Mit Bauvertrag vom 28.09.2009 (Anlage K 1) beauftragte die Beklagte zu 1) die Klägerin unter anderem mit Straßenbauarbeiten im Tunnel und an der Oberfläche einschließlich der vorläufigen Verkehrsführung. In den Vertrag wurde die VOB/B einbezogen.

3

Die Beklagten zu 2) und 3) sind Gesellschafter der Beklagten zu 1) und der Dach-ARGE. Nach Streitverkündung der Beklagten zu 1) und der Dach-ARGE ist die Landeshauptstadt M. in zweiter Instanz dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten zu 1) beigetreten.

4

Die Arbeiten wurden durch die Klägerin in der Zeit vom 10.08.2009 bis 30.06.2015 ausgeführt und durch die Nebenintervenientin gegenüber der Dach-ARGE sowie durch die Beklagte zu 1) gegenüber der Klägerin am 30.06.2015 abgenommen (Anlage K 4). Die Klägerin stellte sodann für ihre Leistungen, gegliedert in drei Baulose, drei Schlussrechnungen vom 24.02.2016 (für Baulos 1, Anlage K 3), 15.07.2016 (für Baulos 2, Anlage K 3) und vom 11.12.2015 (für Baulos 3, Anlage K 3). Die Beklagte zu 1) prüfte und kürzte die drei Schlussrechnungen. Dagegen erhob die Klägerin mit Schreiben vom 20.05.2016, 24.02.2017 und 25.04.2016 Einwendungen (Anlagen K 5 und B 1). Die Beklagte zu 1) bezahlte die als berechtigt angesehene Forderung der Klägerin und erklärte einen Schlusszahlungsvorbehalt.

5

Am 31.01.2017 trafen sich die Parteien und die Nebenintervenientin zu einem Abrechnungsgespräch (Anlage K 45 a). Dabei kam eine Vereinbarung „bezüglich dem weiteren Umgang mit den Einsprüchen der AN“ zu Stande (Protokoll S. 5). Eine Einigung in der Sache gelang nicht. Erstellt und unterschrieben wurde das Protokoll durch einen Mitarbeiter der Nebenintervenientin.

6

Mit der Klage, ergänzt nach Hinweis des Erstgerichts durch den Schriftsatz vom 30.04.2018 (Bl. 127/204 d.A.) machte die Klägerin eine Gesamtforderung in Höhe von 2.568.793,59 € geltend, die sie wie folgt erläuterte (Bl. 132/133 d.A.):

Baulos 1:

Nachberechnungssaldo: 1.300.691,67 €

./ 52.236,71 € (Kürzungen aus nicht verfahrensgegenst. Forderungen)

./ 144.699,73 € (nicht zu fordernde Einbehalte aus „Stoffpreisgleitung“)

1.103.755,23 €

Baulos 2:

Nachberechnungssaldo: 763.034,05 €

./ 20.451,30 € (Kürzungen aus nicht verfahrensgegenst. Forderungen)

+ 42.901,79 € (nicht zu fordernde Einbehalten aus „Stoffpreisgleitung“)

785.484,54 €

Baulos 3:

Nachberechnungssaldo: 848.354,30 €

./. 42.277,37 € (Kürzungen aus nicht verfahrensgegenst. Forderungen)

./. 126.028,11 € (nicht zu fordernde Einbehalten aus „Stoffpreisgleitung“)

679.553,82 €

7

Diese Beträge wurden sodann auf die einzelnen streitigen Positionen aufgeteilt:

Position	Baulos 1	Baulos 2	Baulos 3
12.01.0003	12.054,00 €		
12.15.0442 /	1.794,00 €		1.518,00 €
32.16.0408			
41.30 / 42.30 / 43.30	86.097,26 €	99.104,47 €	86.580,50 €
41.37 / 43.37	55.616,94 €		53.614,26 €
41.41	1.111,15 €		
41.44 / 42.44 / 43.44	602.982,70 €	423.474,70 €	328.816,52 €
42.47		2.714,00 €	
41.48	203.520,50 €		
41.51 / 42.51 / 43.51	2.890,67 €	4.821,43 €	3.225,53 €
Summe ./. 2%	946.745,88 €	519.512,31 €	464.279,71 €
Stoffpreisgleitung	137.688,36 €	255.369,94 €	205.798,91 €

8

Das Landgericht wies die Klage als unbegründet ab. Die Darstellung der Klageforderung sei unschlüssig. Die Klägerin habe nicht dargelegt, wie sie den Schlussrechnungssaldo berechne. Erforderlich wäre gewesen, hinsichtlich der einzelnen Baulose jeweils die Schlussrechnungssumme abzüglich der geleisteten Abschlagszahlungen darzustellen und den sich ergebenden Fehlbetrag den einzelnen Positionen zuzuweisen. Nur bei dieser Darstellung wäre es möglich, Einbehalte, Skonti und Gegenrechte am Ende gegenzurechnen.

9

Die Berufung wendet hiergegen ein, das Erstgericht habe auf die fehlende Schlüssigkeit der Klage nicht hinreichend hingewiesen. Der lediglich in der ersten mündlichen Verhandlung erfolgte Hinweis sei nicht verständlich gewesen. Die Beklagte zu 1) habe anlässlich der Besprechung vom 31.01.2017 (Protokoll in Anlage K 45a) ausdrücklich eine Abrechnung nur noch der offenen Positionen in Form einer Nachberechnung verlangt. Diesen Vortrag habe das Erstgericht übergangen. Zudem sei anerkannt, dass ein Teil der Forderung im Wege einer Teilklage geltend gemacht werden könne, wenn ein Schlussrechnungssaldo dargestellt wurde (Bl. 397 d.A.). Die Darstellung des Schlussrechnungssaldos (Anlagen K 3 und K 18) sei vom Erstgericht jedoch übergangen worden. Daher werde nun eine neue Schlussrechnung vorgelegt und die Klagesumme entsprechend begründet:

10

In der Berufungsbegründung Seite 21ff (Bl. 407/418 d.A.) stellt die Klägerin ihre (gegenüber der bisherigen Forderung korrigierte) Gesamtwerklohnforderung dar, die sie wie folgt beziffert:

Baulos 1: Gesamtwerklohn: 6.416.243,45 €

Abschlagszahlungen: 5.324.079,17 €

offener Rest netto: 1.092.164,28 € (Bl. 411 d.A.)

Baulos 2: Gesamtwerklohn: 6.377.534,66 €

Abschlagszahlungen: 5.603.264,14 €

offener Rest netto: 774.270,52 € (Bl. 415 d.A.)

Baulos 3: Gesamtwerklohn: 4.610.243,58 €

Abschlagszahlungen: 4.023.126,60 €

offener Rest netto: 587.116,98 € (Bl. 419 d.A.)

11

In den als Abschlagszahlung bezeichneten Beträgen ist auch eine Zahlung der Beklagten vom 14.06.2017 in Höhe von 103.118,14 € enthalten, die sich auf die Baulose aufteilt wie folgt:

Baulos 1: 14.822,26 €

Baulos 2: 67.581,41 €

Baulos 3: 50.358,99 € (Bl. 399 d.A.).

12

Von den offenen Restbeträgen in Höhe von insgesamt 2.453.551,78 € zieht die Klägerin für Mängel am Asphaltmischgut 32.595,53 € und 2.082,00 € entsprechend dem vor dem Erstgericht geschlossenen Teilvergleich für die Bordsteine ab und errechnet so die mit der Berufung noch geltend gemachte Klagesumme von 2.418.874,25 €.

13

Hinsichtlich der geltend gemachten Einzelpositionen erfolgt die Aufteilung wie folgt, wobei sich die kursiv gedruckten Positionen in der Höhe von der Darlegung vor dem Landgericht unterscheiden:

Position	Baulos 1	Baulos 2	Baulos 3
12.01.0003	12.054,00 €		
12.15.0442 /	1.794,00 €		1.518,00 €
32.16.0408			
41.30 / 42.30 / 43.30	86.097,26 €	99.104,47 €	86.580,50 €
41.37 / 43.37	55.616,94 €		53.614,26 €
41.41	1.111,15 €		
41.44 / 42.44 / 43.44	602.982,70 €	423.474,70 €	328.816,52 €
42.47		1.322,00 €	
41.48	203.520,50 €		
41.51 / 42.51 / 43.51	2.890,67 €	4.821,43 €	3.225,53 €
Summe ./ 2%	946.745,88 €	518.148,15 €	464.279,71 €
Stoffpreisgleitung	120.527,71 €	161.348,07 €	127.502,23 €
Nicht ausbezahlt / Überzahlung	24.891,11 €	94.774,42 €	- 9.531,09 €
Endsumme	1.092.164,70 €	774.270,64 €	582.250,85 €

14

Die Klägerin beantragt zuletzt,

I. Das angefochtene Urteil wird teilweise abgeändert und die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin Euro 2.418.874,25 EUR nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

II. Das angefochtene Urteil wird abgeändert und die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin Euro 18.094,70 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Zudem wird beantragt: der Rechtsstreit wird unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht München I zurückverwiesen.

15

Die Beklagten und die Streithelferin beantragen,

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 26.03.2019 wird zurückgewiesen.

16

Die Beklagten wenden sich gegen die Zulassung neuen Vortrags zur Berechnung der Klageforderung, da durch das Erstgericht ausreichend konkrete Hinweise erteilt worden seien. Auch die Beklagten haben wiederholt darauf hingewiesen, dass eine schlüssige Darlegung der Klagesumme die Darstellung des Gesamterwerbslohns unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen erfordere. Die Berechnung der Klägerin in erster Instanz sei nicht nachvollziehbar gewesen. Insbesondere seien die im Schriftsatz vom 30.04.2018 vorgenommenen Abzüge vom für das jeweilige Baulos ermittelten Nachforderungsbetrag (Bl. 132/133 d.A.) nicht erklärt worden und auch aus sich heraus nicht nachvollziehbar. Die Klageforderung sei auch insofern nicht nachvollziehbar, als die Klägerin in der Klage die Beträge als Ausgleich für Mengenabweichungen (Stoffpreisgleitung genannt) nicht enthalten habe. Diese seien erst mit Schriftsatz vom 30.04.2018 geltend gemacht worden, wobei die Klägerin dann jedoch zum selben rechnerischen Betrag gelangte, wie in der Klage (Bl. 675 d.A.). Anlässlich der Besprechung vom 31.01.2017 habe es keine Vereinbarung bzgl. einer anderen Berechnungsweise gegeben. Vielmehr haben sich die dort getroffenen Vereinbarungen auf das Verhältnis der Beklagten zu 1) zur Landeshauptstadt M. bezogen. Hinsichtlich der Neuberechnung der Klägerin sei zu berücksichtigen, dass der auf Seite 13 der Berufungsbegründung erwähnte Betrag von der Beklagten zu 1) in Höhe von 103.118,14 € abzüglich 2% Skonto bezahlt worden sei. Tatsächlich sei daher die Forderung in Höhe von 105.222,58 € getilgt worden. Auch hinsichtlich etwaiger Ansprüche der Klägerin nach § 2 Nr. 3 VOB/B sei ein Nachlass von 2% vereinbart worden, der nicht berücksichtigt worden sei. Für die Asphaltmängel seien tatsächlich 58.186,60 €, nicht 32.595,53 € abzuziehen.

17

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird Bezug genommen auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie des Protokolls der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 18.02.2020 (Bl. 806/809 d.A.).

B.

18

I. Die zulässige Klage wird sich als unbegründet erweisen, unschlüssig ist sie indes nicht. Eine Klage ist schlüssig, wenn ihr Tatsachenvortrag, seine Richtigkeit unterstellt, geeignet ist, den Klageantrag sachlich zu rechtfertigen (Zöller/Greger, ZPO, 32. Auflage, vor § 253 Rn. 22). Eine Klage auf restlichen Werklohn erfordert hierzu, wie das Erstgericht richtig darstellt, die Darlegung der Schlussrechnungssumme abzüglich der durch die Beklagte bereits geleisteten Zahlungen und den sich daraus errechnenden Saldo. Unerheblich ist ob, wie die Klägerin meint, die Parteien anlässlich des Treffens vom 31.01.2017 eine abweichende Abrechnungsweise vereinbart haben, da die erforderlichen Darlegungen an eine schlüssige Klage nicht disponibel sind. Daher kann dahinstehen, ob es eine derartige, von der Beklagten bestrittene, Vereinbarung tatsächlich gegeben hat. Auffällig ist auch, dass der nach Ansicht der Klägerin noch geschuldete Betrag, in seiner Höhe je nach Berechnungsweise unterschiedlich ausfällt: in der Anlage 9 wird er mit 2.870.262,35 € beziffert, in der Anlage K 18 mit 2.767.144,21 €, die Berufungsbegründung ermittelt auf Seite 5 (Bl. 391 d.A.) 2.912.080,02 €. Letztlich lässt sich jedoch aus der Anlage K 3 für jedes Baulos eine Schlussrechnungssumme ermitteln, ebenso wie die von der Beklagten geleisteten Zahlungen. Auch die durch die Beklagte zu 1) erfolgten Kürzungen sind der Anlage zu entnehmen. Allein der Umstand, dass sich aus dem in der ersten Instanz vorgelegten Zahlenwerk nicht erschließen lässt, wie sich die einzelnen geltend gemachten Beträge zu der Gesamtabrechnung verhalten, was auch dem Senat nicht gelungen ist, hindert die Schlüssigkeit der Klage nicht. Die Klägerin legt die Beträge der einzelnen Positionen, zu denen sie noch Ansprüche geltend macht und um die die Beklagte zu 1) die Schlussrechnung kürzte, dar (vgl. BGH NJW 2020, 391). Die Summe dieser Beträge bleibt jeweils hinter der nach Auffassung der Klägerin noch offenen Schlussrechnungssumme zurück. Auch wenn das Zahlenwerk daher in sich nicht stimmig ist, ist doch eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Positionen möglich und besteht nicht die Gefahr, dass im Ergebnis ein höherer Betrag zugesprochen wird, als er dem Schlussrechnungssaldo entspricht.

19

Die Berufung hat zudem die geforderte Berechnungsweise berücksichtigt (neue Schlussrechnungen Anlage K 47, 48, 49). Dieser Vortrag ist nicht nach § 531 ZPO zurückzuweisen, da er kein Angriffsmittel darstellt. Zudem ist zweifelhaft, ob das Erstgericht auf die seiner Ansicht nach unschlüssige Darlegung des Klageanspruchs ausreichend hingewiesen hat. Zwar findet sich im Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 13.03.2018 ein entsprechender Hinweis. Das Erstgericht wäre aber gehalten gewesen, vor der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2019 darauf hinzuweisen, dass das auf den ersten Hinweis hin

erweiterte Vorbringen der Klägerin seiner Ansicht nach den Anforderungen an einen schlüssigen Sachvortrag noch nicht genügt.

20

II. Die Klage erweist sich dennoch als unbegründet, da hinsichtlich der jeweiligen Nachträge keine Anspruchsgrundlage das klägerische Vorbringen trägt. Die VOB/B wurde seitens der Parteien unstreitig in den Vertrag einbezogen. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 28.09.2009 galt die VOB/B 2006, die VOB/B 2009 trat erst am 15.10.2009 in Kraft.

1. Position 12.01.0003, Sicherung der Baustelle: 12.054,00 €

21

a) Die Sicherung der Baustelle erfolgte durch die Klägerin bis 31.07.2015, danach wurde diese Aufgabe von der Firma S. übernommen. Die Klägerin hielt allerdings in Vereinbarung mit der Beklagten die Stahlgleitwände bis 30.11.2015 vor und begehrt hierfür die gegenständliche Vergütung. In ihrer Schlussrechnung (Anlage K 47) hat sie bereits unter Position 12.01.0007 für das Vorhalten von Stahlgleitwänden für die Dauer der provisorischen Verkehrsführung 8.814,07 € in Rechnung gestellt.

22

Das Erstgericht sah den Anspruch als nicht begründet an, da die Klägerin nicht habe darlegen können, dass sie eine Baustellensicherung für die Stahlgleitwände erbracht habe bzw. habe erbringen sollen. Das Stehenlassen der Stahlgleitwände sei bereits durch die Position 12.01.0007 abgegolten. Welche Sicherungsmaßnahmen hinsichtlich der Stahlgleitwände erforderlich waren und vorgenommen wurden, sei nicht vorgetragen. Auch dürfte die Sicherung der Stahlgleitwände nicht denselben Einheitspreis betragen, wie die gesamte Baustellensicherung.

23

Die Berufung trägt hierzu vor, der LV-Text zur Position 12.01.0003 habe gelautet: „Baustelle sichern; Baustelle und alle zugehörigen Baustellenteile nach den Vorschriften der Straßenverkehrsordnung und gemäß Baubeschreibung sichern. Dazu gehören unter anderem: Beleuchtung, Beschilderung und Absperrung sowie das durch den Baufortschritt bedingte Umsetzen derselben.“

24

Die Beklagte habe nicht angeordnet, dass die Sicherung zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet gewesen sei. Der von der Klägerin beauftragte und bezahlte Subunternehmer habe täglich Kontrollfahrten durchgeführt und die Wände nach Bedarf ausgerichtet (Bl. 423 d.A.).

25

Zudem habe die Beklagte zu 1) eine entsprechende Anordnung erteilt.

26

Die Beklagten tragen hierzu vor, der Vortrag der Klägerin, dass Kontrollfahrten durchgeführt worden seien, sei nicht zuzulassen, da er in der Berufung verspätet sei. Die Klägerin sei durch das Erstgericht darauf hingewiesen worden, dass der Vortrag unzureichend ist. Jedenfalls bestehe der Anspruch nicht, da jegliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Stahlgleitwänden von der Position 12.01.0007 umfasst sei. Auch habe die Klägerin tatsächlich keine Sicherungsmaßnahmen mehr unternommen. Diese seien ab dem 01.08.2015 an die Firma S. vergeben worden, was sich aus der Anlage B 2 ergebe. Der angebliche Subunternehmer der Klägerin sei ab diesem Zeitpunkt für die Firma S. gefahren, daher könne die Klägerin insoweit auch keine Rechnungen des Subunternehmers vorlegen (S. 28/29 der Berufungserwiderung).

27

b) Die Klägerin hat keinen Anspruch auf den geltend gemachten Betrag von 12.054,00 € aus der Position 12.01.0003 des Bauvertrages, Baulos 1, Fachlos 12.

28

Die Beklagten haben schlüssig und unwidersprochen dargelegt und durch Vorlage der Anlage B 2 belegt, dass das Baufeld und die Verkehrssicherung am 31.07.2015, 0.00 Uhr von der Firma S. übernommen und lediglich die Stahlgleitwände stehen gelassen wurden. Auch wenn sich aus dem Protokoll in Anlage B 2 nicht ergibt, dass die Klägerin bei der Begehung anwesend war, ist die Übergabe der Verkehrssicherung doch unstreitig und wurde der Klägerin offenkundig kommuniziert. Welcher Subunternehmer der Klägerin dennoch Verkehrssicherungsmaßnahmen durchführte, wird nicht dargelegt. Nach dem unwidersprochenen

Vortrag der Beklagten zu 1) erfolgten die durch die Berufung behaupteten Kontrollfahrten durch die Firma Z. im Auftrag der Firma S.. Auch die Anlage K 11 belegt nichts Gegenteiliges. Vielmehr konnten in der äußerst umfangreichen Anlage nach überschlägiger Durchsicht keine Tätigkeitsberichte aus der Zeit nach August 2015 gefunden werden. Substanziierter Vortrag der Klägerin fehlt hierzu. Ein weiterer Hinweis des Gerichts war insoweit nicht erforderlich, da bereits das Erstgericht sowohl in der mündlichen Verhandlung als auch im angefochtenen Urteil auf die Mangelhaftigkeit des Vortrags hinwies.

29

Auch eine von der Klägerin behauptete Anordnung der Beklagten zur weiteren Sicherung der Baustelle lässt sich nicht feststellen. Soweit der Vortrag der Klägerin auf Seite 29 des Schriftsatzes vom 30.04.2018 (Bl. 155 d.A.) dahin zu verstehen sein soll, dass eine Anordnung erteilt wurde, hat das Erstgericht die angebotenen Zeugen zu Recht nicht einvernommen. Der Vortrag lautet: „Unmissverständlich hat die Beklagte zu 1) zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin auch konkludent hierzu die Baustellensicherung weiter erbringen sollte.“ Dieser Vortrag ist in keiner Weise substantiiert und einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Weder wird vorgetragen, wer auf Seiten der Beklagten zu 1) was wann wem auf Seiten der Klägerin mitgeteilt haben, noch weshalb dies unmissverständlich gewesen sein soll. Hierzu bedurfte es angesichts der klaren Mängel des Vortrags auch keines Hinweises.

30

Da die Klägerin keine Baustellensicherungsmaßnahme, die unter die Position 12.01.0003 fallen, dargelegt hat und das bloße Stehenlassen der Stahlgleitwände von der Position 12.01.0007 umfasst ist, besteht kein Anspruch auf die Vergütung für die Baustellensicherung ab dem 01.08.2015 und damit den gegenständlichen Betrag.

2. Position 12.15.0442 und 32.16.0408, Ausgleichsringe: Insg. 3.312,00 €

31

a) Die Klägerin macht mit diesen Positionen geltend, im Baulos 1 anstelle der ausgeschriebenen 30 Ausgleichsringe 248 Stück eingebaut zu haben und im Baulos 3 anstelle der ausgeschriebenen 30 Ausgleichsringe 188 Stück. Die Beklagte zu 1) hat die Kosten für 170 bzw. 122 Ausgleichsringe akzeptiert. Für die Übrigen werden Mehrkosten in Höhe von 1.794,00 € bzw. 1.518,00 € veranschlagt.

32

Das Erstgericht sah den Anspruch als nicht gegeben an, da die Klägerin kein Aufmaß habe vorlegen können, die geltend gemachte Anzahl nach dem Vortrag der Klägerin geschätzt sei und die Klägerin mit diesem Vortrag ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen sei.

33

Die Berufung rügt die Verletzung rechtlichen Gehörs, da das Erstgericht die angebotenen Beweismittel übergangen habe. Dagegen wenden die Beklagten ein, die Klägerin habe zur fraglichen Anzahl der Ausgleichsringe keinen Beweis angeboten.

34

b) Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Beträge nicht zu. Dahinstehen kann, ob durch die höhere Anzahl von Umverlegungen, mit der die Klägerin nicht kalkuliert hatte, eine geänderte Leistung im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B vorliegt (siehe unten zu 6.), da die Klägerin weder schlüssig dargelegt hat, welche Anzahl Ausgleichsringe verbaut wurde, noch hierzu Beweis angeboten hat. Mit Schriftsatz vom 30.4.2018, dort Seite 32 (Bl. 158 d.A.), auf den die Berufung Bezug nimmt, wurde ausgeführt, das eingereichte Aufmaß sei als pauschal angesetzte Menge geschätzt worden. Auf welcher Grundlage die Schätzung erfolgte und weshalb die geltend gemachte Anzahl von insgesamt 436 Ausgleichsringen eher zutrifft, als die von der Beklagten zu 1) anerkannten 292 wird nicht ausgeführt. Die Klägerin räumt ein, dass das Erstgericht auf diese Mängel hingewiesen hat.

35

Zur Anzahl der Ringe wird auch kein Beweis angeboten. Das Beweisangebot auf Seite 33 des genannten Schriftsatzes (Bl. 159 d.A.) bezieht sich auf die Behauptung, die Beklagte zu 1) habe unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin die Arbeiten durchführen solle. Hinsichtlich der benannten Zeugen wird nicht ausgeführt, welche Beobachtungen bezüglich der Zahl der verbauten Ausgleichsringe gemacht wurden, weshalb also mit den Zeugen der Nachweis einer schon nach dem Vortrag der Klägerin nur geschätzten Anzahl geführt werden kann. Die Berufungsbegründung konkretisiert den Vortrag der

Klägerin in 1. Instanz nicht. Auch hier kann daher ein Zeugenbeweis nicht erfolgen. Inwieweit ein Sachverständiger zur Anzahl der verbauten Ausgleichsringe Angaben machen kann, erschließt sich aus dem Vortrag der Klägerin nicht.

3. Position 41.30, 42.30, 43.30, Verkehrssicherung Kanalbau: insg. 271.782,23 €

36

a) Der Bauvertrag sah Verkehrssicherungsmaßnahme der Klägerin während ihrer Straßenarbeiten vor. Die Klägerin traf solche auch für die Kanalbauarbeiten. Hierfür macht sie in Baulos 1 86.097,26 €, in Baulos 2 99.104,47 € und in Baulos 3 86.580,50 € geltend.

37

Das Erstgericht konnte hierzu keinen Anspruch der Klägerin feststellen. Dieser ergebe sich nicht aus § 2 Abs. 6 VOB/B, da die Verkehrssicherung im Vertrag vorgesehen sei, keine Anordnung der Beklagten zu 1) vorliege und keine Mehrkosten angekündigt worden seien. Auch sei der Preis nicht anhand der Urkalkulation hergeleitet worden.

38

Die Berufung stützt den Anspruch auf § 2 Abs. 5 VOB/B. Die Leistung sei nicht vom Bauvertrag umfasst, insbesondere sei die Ziff. 2.4 der Allgemeinen Vorbemerkungen nicht zwingend in diesem Sinn auszulegen. Hierbei handle es sich zudem um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB im Hinblick auf ihre fehlende Klarheit und ihre Widersprüchlichkeit nicht standhielten. Da sie ursprünglich auch ein Angebot für den Kanalbau abgegeben habe, das eine Position für dessen Sicherung enthalten habe, habe sie davon ausgehen können, dass mit dem gegenständlichen Angebot nur die Sicherung des Verkehrs umfasst sei. Eine Anordnung durch die Beklagte zu 1) sei erfolgt. Die Ankündigung von Mehrkosten sei entbehrlich. Die Kalkulation ergebe sich aus den Anlagen K 8, K 30 und K 31 a. Der Einheitspreis von 40,27 € sei das Ergebnis der Verhandlung zwischen den Parteien.

39

Die Beklagten sind der Ansicht, bei den Allgemeinen Vorbemerkungen in Anlage B 3 handle es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen, da sie nur für diesen Vertrag formuliert seien. Da es sich demnach um eine vertragsgemäße Leistung handle, komme nur § 2 Nr. 6 VOB/B als Anspruchsgrundlage in Betracht. Es gebe jedoch keine entsprechende Anordnung. Diese sei insbesondere nicht durch Herrn W. gegenüber Herrn B. erteilt worden, da Herr W. zu diesem Zeitpunkt noch nicht in diesem Projekt tätig war. Die Mehrkostenankündigung sei nicht entbehrlich. Die Herleitung des Einheitspreises sei nicht verständlich, insb. habe es keine Verhandlungen hierüber gegeben. Sie müsse anhand der Urkalkulation erfolgen, die Entscheidung des BGH vom 08.08.2019 sei auf diesen Fall nicht anzuwenden.

40

b) Ein Anspruch der Klägerin besteht nicht, da die Voraussetzungen des § 2 Nr. 6 VOB/B nicht vorliegen und die Kalkulation des Preises nicht nachvollziehbar ist.

41

aa) Inhalt der Ziff. 2.4 und 3.6 der Allgemeinen Vorbemerkungen zum Bauvertrag:

42

Der Klägerin ist zuzugeben, dass der Inhalt der Ziff. 2.4 (Seite 5 zu Baulos 1-3) nicht zwingend auch die Verkehrssicherung für die Kanalbauarbeiten umfassen muss. Der Bauvertrag umfasst verschiedene Leistungen (siehe Teil B, Baubeschreibung, Anlage K 1) die sich in Leistungen im Ingenieurtiefbau, Straßenbauleistungen, Gartenbauleistungen, Kanalbauleistungen etc. untergliedern. Die von den Beklagten zitierte Ziff. 2.4, überschrieben mit Verkehrssicherung, Arbeitsstellensicherung, Fahrbahnmarkierungen, verkehrsrechtliche Anordnungen, befindet sich in den Allgemeinen Vorbemerkungen zu den Straßenbauarbeiten. Dass diese Ziffer demnach auch für die Kanalbauarbeiten (Fachlos 17) gilt, ist nicht selbstverständlich aus dem Vertragstext und -aufbau ersichtlich. Allerdings enthält das Fachlos 17 keine Position für Verkehrssicherung. Allein aus der Formulierung in Ziff. 2.4: „Der Auftragnehmer ist für die Dauer der vertraglichen Bauzeit voll für Wartung und Kontrolle der Elemente der Verkehrssicherung im gesamten Baubereich (Baulos) verantwortlich.“ kann eine Verpflichtung zur Verkehrssicherung auch für den Kanalbau jedoch nicht gefolgert werden, zumal der in Klammern gesetzte Zusatz „Baulos“ so verstanden werden kann, dass sich die Verkehrssicherungspflicht nur auf das Baulos Straßenbauarbeiten bezieht. Eine andere Auslegung folgt auch nicht aus der Ziff. 3.6, in der die Kanalarbeiten ausdrücklich genannt sind, da hier

nicht die Verkehrssicherung, sondern die provisorische Verkehrsführung geregelt wird. Im Gegenteil ließe sich auch argumentieren, dass in der Ziff. 2.4 die Kanalarbeiten nicht inbegriffen sein sollen, nachdem diese in Ziff. 3.6 ausdrücklich genannt sind.

43

Demnach kann hier dahinstehen, ob es sich bei diesen vertraglichen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt und ob diese wirksam vereinbart sind.

44

bb) Anspruch für den Nachtrag aus § 2 Nr. 6 VOB/B:

45

Nach den obigen Ausführungen liegt daher eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung vor und ein Anspruch auf Vergütung kann sich entgegen der Auffassung der Klägerin nur aus § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B 2006 ergeben. Soweit die Klägerin ihren Anspruch auf § 2 Nr. 5 VOB/B stützen will, argumentiert sie widersprüchlich. Auf Seite 41 unten des Berufungsschriftsatzes führt sie aus: „Selbst wenn – wie nicht – man nicht von einer AGBrechtlichen Unwirksamkeit der von dem Gericht herangezogenen Vertragsklausel ausgehen würde, so hätte das Landgericht München I unter Berücksichtigung des vorzitierten Vortrags der Klägerin allerdings zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Baustellensicherung für die Kanalbauarbeiten nicht von dem vertraglichen Bau-Soll mitumfasst ist.“ (Bl. 427/428 d.A.). Demnach geht auch die Klägerin davon aus, dass sie eine vertraglich nicht vorgesehene Leistung erbracht hat. Ein Fall des § 2 Nr. 5 VOB/B liegt vor, wenn der Auftragnehmer eine nach dem Vertrag ursprünglich geschuldete Leistung auf Anordnung des Auftraggebers anders ausführt, die Anordnung also die Art und Weise der Ausführung betrifft (Ingenstau/Korbion/Keldungs, 21. Aufl. § 2 Nr. 5 VOB/B Rn. 8). Voraussetzung ist also eine Leistungsänderung, die dazu führt, dass die der Preisberechnung zu Grunde gelegten Umstände verändert werden (Ingenstau/Korbion/Keldungs, 21. Aufl. § 2 Nr. 5 VOB/B Rn. 6). So liegt der Fall hier nicht. Vielmehr hat die Klägerin, nach ihrer Wahrnehmung zusätzliche Arbeiten erbracht, indem sie neben der Verkehrssicherung für die Straßenbauarbeiten auch die für die Kanalarbeiten erbrachte. Darin liegt keine Leistungsänderung, die auf die Preisberechnungsgrundlagen von Einfluss wäre. Derartiges wird auch von der Klägerin nicht vorgetragen.

46

Voraussetzung eines Anspruchs aus § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B 2006 sind weiterhin ein Verlangen des Auftraggebers sowie eine Ankündigung der Leistung durch den Auftragnehmer vor Beginn ihrer Ausführung. Beide Voraussetzungen sind nach dem Vortrag der Klägerin nicht erfüllt.

47

§ 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B setzt ein nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgtes eindeutiges und bestimmtes Verlangen des Auftraggebers voraus, das auf die Erbringung einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung gerichtet ist (Ingenstau/Korbion/Keldungs, 21. Aufl. § 2 Nr. 6 VOB/B Rn. 8). Eine derartige Anordnung durch die Beklagte zu 1) wird von der Klägerin weder schlüssig behauptet noch unter Beweis gestellt. Auf Seite 30 des Schriftsatzes vom 30.04.2018 (Bl. 156 d.A.) trägt die Klägerin vor, es habe „zu diesem Nachtragsforderungsthema zahlreiche Gespräche zwischen dem Vertreter der Beklagten zu 1), Herrn B., und dem vormaligen Bauleiter der Klägerin, Herrn H. (gegeben), wobei die Beklagte zu 1) sogar in Aussicht gestellt hat, die diesbezügliche Nachtragsforderung der Klägerin zu begleichen“. Dieser Vortrag beinhaltet schon kein eindeutiges und bestimmtes Verlangen, da es auf inhaltlich nicht näher beschriebene „zahlreiche Gespräche“ Bezug nimmt und lediglich ein „Inaussichtstellen“ darlegt. Allerdings wird in diesem Schriftsatz von Gesprächen zwischen Herrn B. und Herrn H. auf Seiten der Klägerin gesprochen, während die Berufungsbegründung auf Seite 44 (Bl. 430 d.A.) ein Gespräch zwischen Herrn B. und Herrn W. auf Seiten der Klägerin beschreibt. Aber auch inhaltlich ist der Vortrag nicht hinreichend substantiiert, insbesondere wird nicht dargestellt, wann das entsprechende Gespräch stattgefunden haben soll und welches Ergebnis es letztlich hatte. Die Berufungsbegründung verweist darauf, dass die Beklagte zu 1) eine Mitbenutzung der Baustellensicherung der Klägerin durch den Kanalbau vorschlug (Bl. 430 d.A.). Das weist darauf hin, dass sie von einer zusätzlich erforderlichen Leistung der Klägerin nicht ausging.

48

Jedenfalls wurde eine Ankündigung der Leistung vor Beginn ihrer Ausführung durch die Klägerin nicht vorgetragen. Diese Anspruchsvoraussetzung in § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B 2006 soll den Auftraggeber davor schützen, von Ansprüchen des Auftragnehmers überrascht zu werden, mit denen er nicht gerechnet

hat. Hierdurch soll zusätzlich frühzeitig Klarheit geschaffen werden, ob eine geforderte Leistung von der ursprünglichen Beschreibung der Leistung nicht erfasst war, also eine zusätzliche Leistung im Sinne des § 1 Nr. 4 VOB/B ist (BGH Urteil vom 23.05.1996, VII ZR 245/94). Entbehrlich ist die Ankündigung demnach nur dann, wenn sie im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers nicht erforderlich ist und daher ohne Funktion wäre. Das kann auch der Fall sein, wenn dem Auftraggeber nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer bleibt oder der Auftragnehmer die Ankündigung ohne Verschulden versäumte. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt beim Auftragnehmer (BGH aaO). Dieser kommt die Klägerin nicht im erforderlichen Umfang nach. Aus dem Vortrag der Klägerin wird nicht deutlich, welche Verkehrssicherungsmaßnahmen zusätzlich für den Kanalbau erforderlich waren und wie sie dies der Beklagten zu 1) kommunizierte. Wie die Klägerin zudem richtig feststellt, hätte es der Beklagten zu 1) nicht an einer Alternative gefehlt. Sie hätte nämlich auch die mit dem Kanalbau beauftragte Firma mit der hierfür erforderlichen Baustellensicherung beauftragen können. Ob dies, wie die Klägerin meint, der Beklagten zu 1) tatsächlich teurer gekommen wäre, ist nicht offensichtlich. An die Darlegungslast sind strenge Anforderungen zu stellen. Ausreichend ist insbesondere nicht, dass über Zusatzleistungen lediglich gesprochen wurde (Ingenstau/Korbion/Keldungs, 21. Aufl. § 2 Nr. 6 VOB/B Rn. 22). Die Voraussetzungen des § 2 Nr. 6 VOB/B sind daher nicht erfüllt. Die Klägerin kann hieraus keine Ansprüche ableiten.

49

cc) Die Kalkulation des Preises:

50

Selbst wenn man das Vorhandensein einer Anspruchsgrundlage annehmen würde, könnte der Klägerin der geltend gemachte Betrag nicht zugesprochen werden, da die Kalkulation nicht nachvollziehbar ist. Nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B 2006 bestimmt sich die Höhe der Vergütung nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Das bedeutet, dass sich der neue Preis an den Preisermittlungsgrundlagen der bisherigen vertraglichen Leistung orientieren muss (Ingenstau/Korbion/Keldungs, 21. Aufl. § 2 Nr. 6 VOB/B Rn. 30). Die Maßgeblichkeit der Urkalkulation hat der BGH in der Entscheidung vom 08.08.2019 (IBR 2019, 535) zunächst lediglich für § 2 Abs. 3 VOB/B verworfen. Wie die Kostenermittlung im Einzelnen erfolgen soll, ist strittig (vgl. Kandel, BeckOK VOB/B Rn. 55). Nachlässe und Skonti aus dem Hauptvertrag sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Richtig dürfte es sein, die Urkalkulation als Ausgangspunkt zu nehmen und daran anknüpfend Umstände, die einen abweichenden Einheitspreis bedingen, darzulegen und in die Kalkulation einzufügen. Der von der Klägerin zugrunde gelegte Einheitspreis von 40,27 € gegenüber 98,00 € in der Urkalkulation wird allerdings auch in der Berufung nicht erläutert. Zwar ist als Anlage K 8 die Urkalkulation vorgelegt und ist darin auf Seite 4/5 die Kalkulation der Baustellensicherung ersichtlich. Als Anlage K 31 a (= Anlage K 10) wird die Kalkulation des Nachtrags vorgelegt. Der Vergleich beider Anlagen zeigt, dass sich verschiedene Positionen verändert haben. Die Grundlage hierfür wird allerdings nicht erläutert. Die Kalkulation ist daher nicht nachvollziehbar. Eine von der Klägerin vorgetragene Verhandlung der Parteien über den Preis, deren Ergebnis der Einheitspreis von 40,27 € sein soll, wird von der Beklagten zu 1) bestritten. Der Sachvortrag der Klägerin hierzu ist unsubstantiiert. Die Berufung behauptet auf Seite 50 zwar eine entsprechende Einigung zwischen Herrn B. auf Seiten der Beklagten zu 1) und Herrn W. und Herrn H. auf Seiten der Klägerin (Bl. 436 d.A.), allerdings werden hierzu keine Einzelheiten mitgeteilt, insbesondere nicht, aufgrund welcher Überlegungen eine Reduzierung des Einheitspreises auf weniger als die Hälfte erfolgte. Da die Beklagte zu 1) eine Einigung bestreitet, wäre hierzu näherer Vortrag erforderlich. Die Darlegung der Klägerin ist aber zudem widersprüchlich, da sie auf derselben Seite im übernächsten Absatz schreibt: „Selbst wenn sich die Parteien nicht einig darüber waren, ob es sich bei der hier streitgegenständlichen Leistung um eine nach dem Vertrag ohnehin geschuldete Leistung handelt, oder ob diese Leistung gesondert zu vergüten ist, so müssen sich die Beklagten doch an dieser Einigung hinsichtlich des Preises festhalten lassen.“ Dem kann nicht gefolgt werden. Entweder waren sich die Parteien einig, dass eine zusätzliche Leistung vorliegt, dann bestand Anlass, neu über den Preis zu verhandeln, oder sie waren es nicht. Für die vertragliche Leistung hätte aber in jedem Fall der vertraglich vorgesehene Preis gegolten. Der angebotene Beweis in Form der Zeugeneinvernahme kann bei dieser Sachlage nicht erhoben werden. Es kann daher dahinstehen, ob dieser Vortrag neu und wegen Verspätung nicht zuzulassen war.

4. Position 41.37, 43.37, Erschwernisse durch Einbauten: 109.231,20 €

51

a) Die Klägerin begehrt unter dieser Position einen Nachtrag vom 17.01.2013 (Anlage K 13) für die Höhenangleichung von Schächten. Basis für das ursprüngliche Angebot seien die Höhenangaben zur provisorischen Verkehrsführung gewesen, im Zuge der Asphaltüberbauherstellung sei daher eine Höhenangleichung erforderlich geworden. Die Klägerin sieht darin eine geänderte Leistung im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B (vgl. Bl. 160 d.A.). Das Erstgericht hat einen Anspruch mangels Anspruchsgrundlage abgelehnt. Eine Anordnung im Sinne des § 2 Nr. 6 VOB/B sei nicht ausreichend dargelegt und kein Beweis hierzu angeboten. Auch seien Mehrkosten vor Auftragsdurchführung nicht mitgeteilt worden. Ein Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B bestehe nicht, da nicht dargelegt sei, welche im Vertrag vorgesehene Leistung von welcher Änderungsanordnung betroffen sei. Auch liege kein nachvollziehbarer Vortrag zur Urkalkulation vor.

52

Die Klägerin macht mit der Berufung geltend, sie habe bereits in der Klage und erneut im Schriftsatz vom 30.04.2018 dargelegt, dass die Beklagte zu 1) eine entsprechende Anordnung erteilt habe (Bl. 439). Fehlerhaft seien die angebotenen Zeugen vom Erstgericht nicht vernommen worden. Jedenfalls bestehe ein Anspruch aus § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 677 ff. BGB, da die Arbeiten notwendig waren.

53

Die Beklagte zu 1) ist der Ansicht, die Leistungen wichen nicht vom vertraglich geschuldeten Umfang ab. Aus Ziff. 2.3 und Ziff. 2.8 der Allgemeinen Vorbemerkungen zum Straßenbau ergebe sich vielmehr, dass Erschwernisse in den Einheitspreis einzurechnen seien. Bei diesen Regelungen handle es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Zudem habe die Klägerin die Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll nicht dargelegt. Eine Anordnung im Sinne von § 2 Nr. 6 VOB/B sei nicht erfolgt und nicht dargelegt, ebenso wenig eine Mehrpreisankündigung.

54

b) Der Klägerin steht der geltend gemachte Betrag nicht zu.

aa) Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B

55

Nach § 2 Nr. 5 VOB/B 2006 werden Mehrkosten vergütet, wenn durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Erforderlich ist, wie bereits oben ausgeführt, dass der Auftragnehmer eine nach dem Vertrag ursprünglich geschuldete Leistung auf Anordnung des Auftraggebers anders ausführt, die Anordnung also die Art und Weise der Ausführung betrifft (Ingenstau/Korbion/Keldungs, 21. Aufl. § 2 Nr. 5 VOB/B Rn. 8). Voraussetzung ist eine Leistungsänderung, die dazu führt, dass die der Preisberechnung zu Grunde gelegten Umstände verändert werden (Ingenstau/Korbion/Keldungs, 21. Aufl. § 2 Nr. 5 VOB/B Rn. 6). Der Begriff der Leistungsänderung umfasst alle Maßnahmen, die sich auf die Art und Weise der Durchführung der vertraglich vereinbarten Bauleistung beziehen. Erforderlich ist jedoch, dass die Leistungspflicht erweitert wird (BGH NJW-RR 1992, 1046). Keine Anwendung findet § 2 Nr. 5 VOB/B dagegen, wenn die geänderte Leistung bereits vom bestehenden vertraglichen Leistungsumfang umfasst ist; dazu gehört insbesondere der Fall, dass der vertraglich geschuldete Erfolg nicht ohne die Leistungsänderung zu erreichen ist (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Auflage, Rn. 1455).

56

Ein Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B besteht unter Anwendung dieser Grundsätze in mehrerlei Hinsicht nicht.

(1) Leistungsänderung:

57

Aus dem Vortrag der Klägerin wird schon nicht deutlich, dass tatsächlich eine geänderte Leistung vorliegt. Ausgangspunkt für die Klärung, ob eine Leistungsänderung vorliegt, ist das Bau-Soll. Zur Ermittlung desselben sind der Vertragswortlaut und daneben die weiteren Vertragsgrundlagen heranzuziehen (BeckOK VOB/B/Kandel, § 2 Abs. 5 Rn. 25). Der Nachtrag betrifft nach der Darstellung der Klägerin im Schriftsatz vom 30.04.2018, Seite 33 die Ziffern 12.14.358 und 359.

58

Die Beschreibung der Ziff. 12.14.358 des Leistungsverzeichnisses lautet: „Schächte und Schieber anpassen. Vorhandene Sparteneinbauten und -objekte zur Höhersetzung bzw. Anpassung freilegen (...) Die vorhandenen Abdeckung bzw. Eisenteile sind nach Angabe der Beauftragten des AG durch AN

höhenmäßig anzugleichen...“ Die Auffassung der Klägerin, die Basis für die höhenmäßige Anpassung sei die provisorische Verkehrsführung und nicht die endgültige gewesen, findet in der Leistungsbeschreibung keine Stütze und wird auch nicht anhand anderer Tatsachen begründet. Vielmehr beinhalten die Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis Straßenbau in Ziff. 2.3 Absatz 12 folgende Regelung:

„Einbauteile, wie z.B. Entwässerungsschächte oder Straßenabläufe, sind im Bereich der Ingenieurbauwerke grundsätzlich auf endgültige Höhe zu setzen und bis zum Einbau der endgültigen Fahrbahnschichten entsprechend abzusichern und anzukeilen (Nebenleistung).“ und in Absatz 14: „Behinderungen bei Aufbruch- und Erdarbeiten durch bestehende und projektierte Einbauten, wie z..B. Schächte, Schieber, Hydranten, Lichtmasten, Schaltschränke etc. werden nicht gesondert vergütet, sondern sind in die entsprechenden Einheitspreise einzukalkulieren.“

59

Zusätzlich regelt die Ziff. 2.8, dass Erschwerisse und Behinderungen in die Einheitspreise einzukalkulieren sind. In der Gesamtschau sind diese Bestimmungen so zu verstehen, dass eine höhenmäßige Anpassung auf die endgültige Höhe, nicht auf die einer provisorischen Verkehrsführung, geschuldet ist. Aus dem Vortrag der Klägerin wird auch nicht klar, woraus sie entnehmen konnte, dass die Anpassung auf die endgültige Höhe nicht im Vertrag enthalten sein soll, insbesondere inwieweit sich das aus dem Leistungsverzeichnis ergibt. Allein der Verweis auf eine erhebliche Anzahl vermeintlich betroffener Einzelpositionen genügt hierfür nicht. Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 30.04.2018 vorgetragen hat, diese Regelungen würden sie unangemessen benachteiligen, erschließt sich dies nicht. Es handelt sich schon nicht um AGB (siehe unten), jedenfalls dürfte aber die Anpassung auf die endgültige Höhe das Ziel der baulich geschuldeten Leistung sein und nicht die Ausrichtung an einer provisorischen Höhe. Eine Änderung der Leistung ist daher nicht nachvollziehbar. Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 17.03.2020 erstmals darlegt, die mit dem Nachtrag abgerechnete Höhenangleichung betreffe Schächte, die von Drittunternehmern (Kanalbau) hergestellt wurden, ist dies neuer Tatsachenvortrag nach Schluss der mündlichen Verhandlung, der nicht mehr zugelassen werden kann, § 530 ZPO. Hinsichtlich der Sachverhaltsdarstellung nahm die Berufung Bezug auf die Klage, dort Seite 7, und den Schriftsatz vom 30.04.2018, dort Seite 34 (Bl. 160 d.A.). In beiden Schriftsätzen ist lediglich von anderen Höhenangaben, nicht jedoch von Höhenangleichung nicht von der Klägerin erstellter Schächte die Rede.

(2) Anordnung:

60

Eine Anordnung erfordert ein dem Auftraggeber zurechenbares Verhalten im Sinne einer einseitigen Einwirkung auf den Auftragnehmer, bedarf daher einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (Werner/Pastor, Rn. 1462).

61

Dies wurde durch die Klägerin zu keinem Zeitpunkt schlüssig behauptet. Sowohl in der Klage als auch im Schriftsatz vom 30.04.2018 schreibt sie lediglich, die Beklagte zu 1) habe „unmissverständlich zum Ausdruck“ gebracht, dass die Leistungen ausgeführt werden sollten. Wer dies wann, wo und in welcher Weise mitgeteilt haben soll, wird auch von der Berufung nicht dargelegt. Ein Bestreiten der Beklagten war angesichts der Mängel des Sachvortrags nicht erforderlich. Auch die Einvernahme von Zeugen war nicht veranlasst. Gegenstand eines Beweises können nur Tatsachen sein. Der Vortrag, die Beklagte habe etwas „unmissverständlich zum Ausdruck gebracht“ beinhaltet keine Tatsachen, sondern lediglich Wertungen. Es wird nicht vorgetragen, in welcher Weise die behauptete Anordnung „zum Ausdruck gebracht wurde“: wurde sie mündlich mitgeteilt, wenn ja, durch wen, oder schriftlich oder konkludent, wenn ja durch welche Handlungen? Und aufgrund welcher Umstände war dies unmissverständlich? Hinzu kommt, dass weder in der Klage, Seite 7, noch im Schriftsatz vom 30.04.2018, Seite 36, Zeugen hierfür angeboten werden.

62

bb) Anspruch aus § 2 Nr. 6 VOB/B:

63

Aus dem Vortrag der Klägerin wird nicht deutlich, ob der Nachtrag nicht doch eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung im Sinne des § 2 Nr. 6 VOB/B betraf. Soweit nämlich eine Darlegung des Preises anhand der Urkalkulation verlangt wird, trägt sie vor, die streitgegenständlichen Leistungen seien im

Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen gewesen, sodass eine Urkalkulation nicht vorliege (Bl. 445 d.A. unten). Andererseits wird auf Bl. 446 d.A. vorgetragen, die Preisansätze der Nachtragskalkulation würden der der Urkalkulation entsprechen. Letztlich kann dies dahinstehen, da auch für das Bestehen eines Anspruchs nach § 2 Nr. 6 VOB/B eine Anordnung des Auftraggebers erforderlich ist, die nicht vorgetragen wurde.

64

cc) Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag:

65

Auch Ansprüche aus § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B iVm §§ 677 ff. BGB kommen nicht in Betracht. Voraussetzung wäre, dass eine Leistung erbracht wurde, die nicht bereits Vertragsbestandteil war. Dies ist vorliegend nicht dargelegt.

5. Position 41.41, Zulage für Ausbau von Hand: 1.111,15 €

66

a) Gegenstand dieser Position ist eine Zulage für den Ausbau von Hand, erforderlich für den Rückbau von einer bestehenden Fahrbahn einschließlich Unterbeton in Kleinflächen in einem für Maschinen unzugänglichen Bereich, die im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen ist.

67

Das Erstgericht verneinte einen Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, wie sich der Anspruch berechnet. Für einen Anspruch aus § 2 Nr. 6 VOB/B fehle es an einer Anordnung der Beklagten zu 1), die einen derartigen Anspruch auch nicht anerkannt habe. Es sei der Klägerin auch kein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 7 Nr. 3 VOB/A aufgebürdet worden.

68

Die Klägerin ist der Ansicht, es liege eine geänderte Leistung im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B vor, da nach Beendigung der Arbeiten zum Ausbau der Asphalt- und Betonflächen die Beklagte zu 1) festgestellt habe, dass zusätzlich ein Streifen von 1 Meter Breite und 5 Metern Länge beseitigt werden müsse. Herr B. und Frau D. hätten dies am 25.04.2013 angeordnet. Die Kalkulation sei mit Anlage K 13 und nochmals mit Anlage K 31 c vorgelegt und aus sich heraus verständlich. Jedenfalls wird die Kalkulation nun erläutert (Bl. 454/455 d.A.).

69

Die Beklagte hält den nun erfolgten Vortrag der Klägerin für verspätet. Das Landgericht habe auf die Unschlüssigkeit hinreichend hingewiesen. Die von der Klägerin behauptete Leistung sei von den Positionen 12.3.104 und 12.3.121 umfasst. Im Rahmen dieser Positionen sei auch nach dem Vortrag der Klägerin mit einem gewissen Handausbau kalkuliert worden. Die Anordnung einer zusätzlichen Leistung sei nicht erfolgt. Auch sei die Höhe des Anspruchs nicht schlüssig dargelegt.

70

b) Der Klägerin steht eine Zulage für den Ausbau von Hand aus § 2 Nr. 5 VOB/B nicht zu. Es fehlt bereits an einer schlüssigen Darlegung, dass tatsächlich eine geänderte Leistung vorliegt. Dies beurteilt sich anhand eines Vergleichs des Bau-Soll mit dem Bau-Ist. Auch nach der Darstellung der Klägerin ist der Ausbau von Asphalt- und Betonflächen vom Leistungsverzeichnis umfasst und hat sie in den entsprechenden Positionen auch einen Ausbau von Hand einkalkuliert. Weshalb nun genau die gegenständliche Fläche von 5 qm nicht in den genannten Positionen enthalten sein soll, wird aus dem Vortrag der Klägerin nicht deutlich. Alleine der zeitliche Ablauf kann dafür nicht ausschlaggebend sein. Selbst wenn, wie die Klägerin vorträgt und die Beklagten bestreiten, die nachträgliche Anordnung zur Entfernung des Asphaltstücks erfolgt sein soll, ergibt sich daraus nicht ohne weiteres, dass dies nicht vom BauSoll umfasst war. Die Anordnung kann ebenso als Aufforderung zur Erfüllung des Bau-Solls verstanden werden.

71

Auch die Kalkulation der Klägerin ist weiterhin nicht nachvollziehbar. Die vorgelegten Anlagen sind nicht aus sich heraus verständlich. Ein Verweis auf die Anlagen ist zudem nicht ausreichend, auch nicht durch eine begleitende schriftliche Erläuterung, die zudem die Berechnungsweise nicht nachvollziehbarer erläutert. Diese Position kann daher nicht zugesprochen werden.

6. Position 41.44/ 42.44/ 43.44, Kleinflächen durch Umlegungen: insgesamt 1.355.273,92 €

72

a) Während der Bauarbeiten war die Erstellung von Provisorien zur Verkehrsführung auf der Oberfläche erforderlich. Diese mussten durch Umverlegungen wiederholt verändert werden. Die Klägerin legt dar, es seien erheblich mehr Umverlegungen erforderlich geworden, als bei Vertragsschluss absehbar.

73

Das Erstgericht ist der Auffassung, eine Mehrvergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B 2006 sei vertraglich ausgeschlossen aufgrund der Regelung S. D 9/10 der Vorbemerkungen Allgemeine Bedingungen (Anlage K 1). Die Klausel sei nicht nach § 307 BGB unwirksam. Zudem hätte die Klägerin bei Unklarheiten über die Anzahl der Umlegungen vor Vertragsschluss Erkundigungen einholen müssen. Die Klägerin habe nicht dargelegt, mit welchen Kosten sie konkret kalkulierte und welche zusätzlichen Leistungen sie erbringen musste. Auch ein Anspruch aus § 2 Nr. 6 VOB/B bestehe nicht, da es schon an einer Anordnung der Beklagten zu 1) fehle und Zusatzkosten vor Ausführung nicht angekündigt wurden.

74

Die Klägerin führt in der Berufungsbegründung aus, mehr Umverlegungen würden auch höhere Kosten verursachen. Sie habe aufgrund der Darstellungen in den Anlagen K 14 und K 36 mit 10 Umlegungen rechnen können und habe vorsichtshalber mit 17 Umlegungen kalkuliert. Aufgrund der Informationen in K 14 und K 36 habe sie auch nicht weiter nachfragen müssen. Ihr Anspruch auf Vergütung des Mehraufwandes beruhe auf § 2 Nr. 5 VOB/B, es liege eine geänderte Leistung vor und keine Erschwernis. Die Zahl der Umlegungen sei nämlich durch die Beklagte zu 1) veranlasst. Die Regelung in D9/10 verstoße gegen § 307 BGB und sei daher unwirksam.

75

Die Beklagten tragen vor, die Darlegung der Klägerin zu Bau-Soll und Bau-Ist sei in sich widersprüchlich. So habe sie vorgetragen, mit 31 Umlegungen, 10 Umlegungen und zuletzt 17 Umlegungen kalkuliert zu haben. Auch die Anzahl der tatsächlichen Umlegungen variere von 31 über 76 zu 86. Aus der Phasenübersichtstabelle in Anlage K 14 sei die Anzahl der Umlegungen nicht erkennbar. Allerdings regle Ziff. 3.6 der Allgemeinen Vorbemerkungen, dass mit vielen kleinen Umlegungen zu rechnen sei. Da mit Umlegungen auch verkehrsrechtliche Anordnungen verbunden seien, müssten sich beide in der Anzahl entsprechen. Es seien aber 150 verkehrsrechtliche Anordnungen ausgeschrieben und von der Klägerin 148 abgerechnet worden. Hätte sich die Klägerin vorab mit der Beklagten über diese Problematik besprochen, hätte darauf reagiert werden können. Eine Mehrkostenankündigung sei jedoch erst am 11.09.2013 erfolgt, als bereits 85% der Arbeiten an der Oberfläche fertiggestellt waren.

76

b) Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte zu 1) aus § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B, da weder eine Leistungsänderung noch die Forderung einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung vorliegt.

77

Die Notwendigkeit von Umlegungen der Verkehrsführung und damit verbundener Aufwand war unstreitig Vertragsbestandteil. Soweit die Klägerin vorträgt, sie habe mit einer geringeren Anzahl an Umlegungen kalkulieren dürfen, beruft sie sich auf eine Massenerhöhung. Als Anspruchsgrundlage kommt daher nur § 2 Nr. 5 VOB/B in Betracht. Ausgangspunkt ist demnach wieder das Bau-Soll und die Feststellung einer Abweichung hiervon aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers.

78

Eine Anzahl von möglichen Umlegungen ist im Vertrag nicht genannt. Die Klägerin meint, diese aus der Phasenübersichtstabelle in Anlage K 14 entnehmen zu können. Dies wird von der Beklagten verneint.

79

Zur Ermittlung des Bau-Solls ist zunächst auf den Vertrag zurückzugreifen. Dieser enthält hinsichtlich der Verkehrsführung Regelungen in den Vorbemerkungen Allgemeine Bedingungen Seite D 9/10. Dort wird ausgeführt:

„Erschwernde:

Die aus Erschwernissen resultierenden Kosten (Erschwerniskosten) werden für den gesamten Umfang der Bauarbeiten nicht gesondert vergütet. Sie sind bei denjenigen Positionen einzurechnen, bei denen sie anfallen.

Erschwernisse können entstehen:

...

i) durch die abschnittsweise Ausführung des Bauwerks ...“

80

Auf Seite 15 der Allgemeinen Vorbemerkungen zu den Straßenbauarbeiten heißt es unter Ziff. 3.6:

„Provisorische Verkehrsführung

...

Die provisorische Verkehrsführung wird in 5 Hauptphasen und in mehreren örtlich begrenzten Zwischenphasen unterteilt. Die Nummerierung der Hauptphasen erfolgt in Schritten 100, 200, 300, 400 und 500, die der Zwischenphasen in den Schritten 110, 120..., 210, 220... 310, 320 ... 410 usw. Die Hauptverkehrsphasen stellen dabei das Grundgerüst der prov. Verkehrsführung dar. Zusätzlich wird es eine Reihe von Zwischenphasen geben, um z.B. in Kreuzungsbereichen, bei Spartenquerungen, etc alle erforderlichen Baufelder zu erreichen. Die Zwischenverkehrsphasen werden außerdem benötigt, um Verbindungen zwischen zeitlich unterschiedlichen Hauptverkehrsphasen herzustellen (siehe Rahmenterminplan). Der Umfang der Zwischenverkehrsphasen ist in der Regel örtlich begrenzt. Bei der Kalkulation der prov. Fahr- und Gehbahnen ist daher davon auszugehen, dass neben großen Fahrbahnabschnitten auch eine Vielzahl von kleinen Asphaltflächen herzustellen ist...“ (Hervorhebung durch den Senat).

81

Aufgrund dieser Regelungen liegt schon keine Leistungsänderung vor. Dass tatsächlich eine zahlenmäßig begrenzte Anzahl von Umlegungen vorab ersichtlich wäre, ergibt sich hieraus nicht. Dies gilt auch, wenn die Phasenübersichtstabelle aus der Anlage K 14 zusätzlich herangezogen wird. Der Klägerin ist zuzustimmen, dass für die Auslegung des Vertrages auch Dokumente außerhalb des Vertragstextes heranzuziehen sind. Aus den als Anlage K 14, 36 und 50 vorgelegten Darstellungen wird jedoch nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin von einer verbindlichen oder auch annäherungsweise Anzahl der erforderlichen Umlegungen ausgehen konnte, wohingegen in Ziff. 3.6, also einer Regelung, die Vertragsbestandteil war, von einer „Vielzahl von kleinen Asphaltflächen“ die Rede ist. Die Klägerin erläutert nicht, wie sie zu der von ihr genannten Zahl der Umlegungen kommt. Dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben des vormaligen Rechtsanwalts der Klägerin vom 05.02.2014 (Anlage B 8) kann entnommen werden, dass dies auch nicht eindeutig möglich ist. Entgegen dem Vortrag der Klägerin in diesem Verfahren wird dort nämlich behauptet, den Plänen seien 31 Verkehrsphasen zu entnehmen.

82

Die Klägerin konnte daher keinesfalls belastbar erkennen, dass lediglich 10 Umverlegungen erforderlich werden würden. Wenn aber die Zahl der Verlegungen aus den Vertragsunterlagen nicht vorab ermittelbar, dies für die Kalkulation der Klägerin jedoch erforderlich ist, darf sie nicht „ins Blaue hinein“ eine Anzahl kalkulieren, sondern muss das Gespräch mit dem Auftraggeber suchen (BGH BauR 1988, 338). Auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts (S. 16 des Urteils vom 26.03.2019) wird Bezug genommen.

83

Die genannten Regelungen sind auch wirksam. Sie stellen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar. Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet sind. Die Vorformulierung setzt voraus, dass die Vertragsbestimmungen nicht für den konkreten Vertragsschluss entworfen, sondern als Grundlage oder Rahmen für gleichartige Rechtsverhältnisse aufgestellt sind (BGH BauR 1997, 123). Zwar genügt bereits eine dreimalige Verwendung und ist auch die Verwendung gegenüber derselben Vertragspartei davon erfasst (BGH BauR 2004, 674), vorliegend wurden die maßgeblichen Bestimmungen aber nur in einem

Vertrag verwendet und speziell für diesen ausgearbeitet. Dass sich der Vertrag aus drei Baulosen zusammensetzt, ist nicht geeignet, ihn in mehrere Verträge im Sinne des § 305 BGB aufzuspalten. Die entsprechenden Klauseln werden auch nur einmal verwendet, da sie als allgemeine Bestimmungen dem Vertrag insgesamt vorangestellt werden. Eine dreimalige Verwendung liegt daher nicht vor.

84

Es liegt auch eine unmittelbare Regelung des Leistungsinhalts vor, die der Inhaltskontrolle entzogen ist (BGH NJW 2019, 2997 und OLG München BauR 2019, 1156). Entgegen der Ansicht der Klägerin kann die Klausel nicht aus dem Vertrag gestrichen werden ohne die Vollständigkeit und Durchführbarkeit zu beeinträchtigen. Ohne diese Klausel wäre nämlich für den Auftragnehmer nicht ersichtlich, dass die Beklagte zu 1) mit vielen Verkehrsphasen plant und auffordert, dies bei der Kalkulation zu berücksichtigen.

85

Unabhängig davon benachteiligen die entsprechenden Klauseln die Klägerin auch nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Eine Benachteiligung der Klägerin ist bereits nicht ersichtlich. Die Vertragsklausel stellt keine Abweichung von gesetzlichen Vorschriften dar. Sie bringt zum Ausdruck, dass die Anzahl der Umlegungen hoch werden wird, genau aber vorab nicht bestimmbar ist. Unangemessen wäre die Benachteiligung, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (Palandt/Grüneberg, 79. Aufl. § 307 BGB Rn. 12). In diesem Zusammenhang ist die Ziff. 2.4 der Allgemeinen Vorbemerkungen zu den Straßenbauarbeiten zu sehen, die lautet in Absatz 8:

„Im Zuge der Einholung der verkehrsrechtlichen Anordnungen (...) ist es dem Auftragnehmer vorbehalten (in Abstimmung mit dem Auftraggeber), mit dem Kreisverwaltungsreferat eine wirtschaftlichere und für alle Beteiligten günstigere Variante der Verkehrsführung und des Bauablaufs zu vereinbaren.“

86

Der Klägerin wird dadurch ausdrücklich die Möglichkeit gegeben, sich hinsichtlich der Art der Verkehrsführung einzubringen und dadurch Einfluss auf die sie treffenden Kosten zu nehmen. Die Beklagte zu 1) stellt diesbezüglich dar, dass nach Vorlage der Mehrkostenforderung durch die Klägerin es in Absprache mit der LHSt. M. gelang, in der G. Straße die noch ausstehende VB 500 südlich und nördlich der T.straße in einem Aufzug herzustellen (Seite 73 der Berufungserwiderung). Es mag daher zutreffen, dass die Beklagte, wie die Klägerin vorträgt (Bl. 466 d.A.), wenn sie gewollt hätte, eine Verkehrsführung mit weniger Umlegungen hätte realisieren können. Darauf kommt es jedoch nicht an, da nicht dargestellt ist, inwieweit für die Beklagte zu 1) erkennbar war, mit welcher Anzahl an Umlegungen die Klägerin kalkulierte. Auch wird aus dem Vortrag der Klägerin nicht deutlich, weshalb weniger Umlegungen für die Beklagte zu 1) mit Mehrkosten verbunden gewesen wären.

87

Als Bau-Soll können daher die von der Klägerin kalkulierten 17 Umlegungen nicht herangezogen werden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 12.09.2013 (IBR 2013, 664). Dort war das Leistungsverzeichnis unvollständig, es war jedoch unter Zugrundelegung der vom BGH als zutreffend angesehenen Interpretation des Vertrags der Klägerin möglich, konkrete Kosten zu kalkulieren. Auch hier ist das Leistungsverzeichnis unvollständig, da es die genaue Anzahl der erforderlichen Umlegungen nicht enthält. Aus der Phasenübersichtstabelle ist allerdings eine zuverlässige Kalkulation nicht möglich. Der Vertrag enthält vielmehr die genannten Bestimmungen genau deswegen, weil eine zuverlässige Kalkulation nicht möglich ist.

88

Allerdings hat der Anspruch der Klägerin auch deshalb keinen Erfolg, weil eine Gegenüberstellung der Mehrkosten zu den kalkulierten Kosten nicht vorgenommen wird. Die Klägerin irrt, wenn sie meint, die Bezugnahme auf die Anlagen sei ausreichend und die Anlage K 14 sei aus sich heraus verständlich. Das Gegenteil ist der Fall. Ein von der Klägerin behaupteter „textlicher Beschrieb“ (Seite 83 der Berufungsbegründung, Bl. 469 d.A.) findet sich im Nachtragsangebot nicht. Trotz Hinweises des Erstgerichts zumindest im Urteil werden die Mehrkosten auch in der Berufung nicht näher erläutert. Eines erneuten Hinweises des Senats bedurfte es hierzu nicht.

7. Position 42.47, Verkehrsanordnungen und Absperrschranken: 1.322,00 €

89

a) Die Klägerin macht in der Berufung abweichend von ihrem bisherigen Vortrag keine Leistungsänderung geltend, sondern die nicht erfüllte Vergütung der Positionen 22.01.0005 und 22.01.0023 des Leistungsverzeichnisses.

90

Das Erstgericht hat den Anspruch abgewiesen. Dort war durch die Klägerin noch vorgetragen worden, die Positionen beruhten auf einer zusätzlichen Anordnung der Beklagten zu 1). Diesen Sachverhalt sah das Landgericht als nicht schlüssig dargelegt an.

91

Die Klägerin trägt nun vor, die Bezahlung der Positionen 22.01.0005 und 22.01.0023 sei übersehen worden. Die Beklagten sind der Ansicht, dieser Vortrag sei verspätet.

92

b) Die Klägerin kann die Zahlung von 650,00 € für Verkehrsanordnungen und 672,00 € für Absperrschranken nicht mit Erfolg geltend machen, da auch aus dem Vortrag in der Berufung nicht nachvollziehbar ist, dass ihr diese Zahlungen zustehen und noch nicht geleistet wurden. Die Klägerin beruft sich ausdrücklich nicht mehr auf einen Nachtrag und eine nachträgliche Anordnung von Leistungen. Mit ihrer Schlussrechnung hat sie jedoch alle ausgeführten Positionen des Leistungsverzeichnisses abgerechnet. Diese finden sich insbesondere in der Anlage K 45 wieder. Woraus sich hier ein Anspruch ergeben soll, ist nicht verständlich.

8. Position 41.48, Aufzüge im Tunnel: 203.520,50 €

93

a) Die Klägerin begehrt die Zahlung von Mehrkosten, da sie für die Asphaltarbeiten im Tunnel nach ihrer Darstellung mit drei Aufzügen rechnen durfte, tatsächlich aber mehr Aufzüge erforderlich waren.

94

Das Erstgericht hat den Anspruch zurückgewiesen. Die teilweise Zahlung der Forderung im Rahmen der Abschlagsrechnung begründe keine vertragliche Verpflichtung. Ein Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B scheitere daran, dass die Klägerin nicht herleiten konnte, anhand der Vertragsunterlagen mit drei Aufzügen kalkulieren zu dürfen. Zudem seien nach der Regelung auf S. D 9/10 der Vobemerkung Allgemeine Bedingungen zum Vertrag Erschwerniskosten ausgeschlossen. Auch aus § 2 Nr. 6 VOB/B ergebe sich kein Anspruch, da es sich nicht um eine nicht im Vertrag vorgesehene Leistung handle. Auch seien Zusatzkosten nicht vor Ausführung angekündigt worden.

95

Die Klägerin sieht in der Zahlung der Abschlagsrechnung ein Anerkenntnis des Anspruchs durch die Beklagte zu 1). Dies sei der Fall, wenn aus der Sicht eines objektiven Empfängers die Zahlung einen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert hat. Dies treffe hier zu, da die Parteien über das Bestehen des Anspruchs verhandelten. Nach Übermittlung der Mehrkostenankündigung mit Schreiben vom 10.10.2013 (Anlage K 15) lehnte die Beklagte zu 1) den Anspruch zunächst ab und übersandte das Schreiben an die Landeshauptstadt M. Daraufhin sei ein Schriftverkehr entstanden, in dem über die Berechtigung der Forderung verhandelt worden sei. Schließlich habe die Beklagte zu 1) im Rahmen der Rechnungsprüfung der 61. Abschlagszahlung 40% der nachtragsgegenständlichen Leistungen bezahlt (Anlage K 28). Dies beinhaltete aus Sicht der Klägerin die Erklärung, dass der Anspruch zumindest dem Grunde nach anerkannt würde.

96

Ein Anspruch bestehe auch aus § 2 Nr. 5 VOB/B. Die Klägerin sei nicht verpflichtet darzulegen, dass sie mit drei Aufzügen kalkulieren durfte, vielmehr komme hier auch § 7 VOB/A zur Anwendung, wonach die Leistung durch den Auftraggeber eindeutig und erschöpfend beschrieben werden muss und dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf. Andernfalls bestünde keine verlässliche Kalkulationsgrundlage für den Auftragnehmer. Zudem habe die Klägerin aufgrund des Rahmenterminplans (Anlage K 34) und des Umstandes, dass es im Leistungsverzeichnis keine Positionen für das Herstellen von Anschlüssen gab, davon ausgehend dürfen, dass keine abschnittsweise Herstellung der Asphaltarbeiten erfolge. Sie habe daher mit einem Aufzug für den Rohbau, einen Aufzug für die Deckschicht und einen dritten für die Rampe an der M. Straße kalkulieren dürfen. Die tatsächliche Anzahl

der erforderlichen Aufzüge ergebe sich aus den Anlagen K 15 und K 25. In letzterer habe die Beklagte zu 1) selbst an die Landeshauptstadt geschrieben, dass 8 Asphaltaufzüge und 6 Umsetzungsvorgänge erforderlich geworden seien und nach der darin von der Beklagten zu 1) erklärten Ansicht 4 Asphaltaufzüge (von 9 in der Schlussrechnungsziffer 41.48.0010, Anlage K 47 S. 36, abgerechneten) und 6 Umsetzungen (von 6 in der Schlussrechnungsziffer 41.48.0020, Anlage K 47 S. 36, abgerechneten) zusätzlich zu vergüten seien. Die Position 41.48.0010 betreffe die LV Position 12.1.1, für die Position 41.48.0020 gebe es im LV keine entsprechende Position, da Umsetzungen nicht vorgesehen gewesen seien. Die Regelung auf S. D 9/10 der Allgemeinen Bedingungen sei unwirksam. Auch bestehe keine Informationspflicht der Klägerin hinsichtlich der Anzahl der Aufzüge. Jedenfalls bestehe ein Anspruch aus § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 677ff BGB.

97

Die Beklagten sind der Ansicht, der nun in der Berufungsinstanz von der Klägerin erfolgte Vortrag zu Bau-Soll und Bau-Ist sei nach § 531 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO nicht zuzulassen. Hinweise seien durch das Erstgericht hinreichend erfolgt. Der Vortrag sei nach wie vor nicht ausreichend. Die Darlegungslast liege bei der Klägerin. Die VOB/A gelte nur für öffentliche Auftraggeber und sei zwischen den Parteien nicht vereinbart. Aus dem Vertrag ergebe sich nicht, dass die Klägerin nur mit drei Aufzügen kalkulieren könne. Der Rahmenterminplan sei nicht Vertragsbestandteil. Auch aus angeblichen Äußerungen der Landeshauptstadt M. habe sich nicht ergeben, dass die Asphalt-Einbauten im Tunnel in einem Aufzug ausgeführt werden. Zudem sei die Forderung nach den Allgemeinen Bestimmung D 9/10 ausgeschlossen und habe die Klägerin nicht die erforderlichen Erkundigungen eingeholt. In der Abschlagszahlung sei kein Anerkenntnis des Nachtrags zu sehen. Schon aus der Zahlung von nur 40% werde der vorläufige Charakter der Zahlung deutlich. Eine Willenserklärung der Beklagten zu 1) im Sinne eines Anerkenntnisses der Zahlungspflicht liege nicht vor. Diese könne insbesondere auch nicht in dem Schreiben der Beklagten zu 1) vom 17.02.2016 (Anlage K 25) an die Landeshauptstadt M. gesehen werden. Die Beklagte zu 1) habe der Klägerin mit diesem Schreiben helfen wollen, argumentierte gegen die Ablehnung der Ansprüche der Bauherrin an und formulierte dabei im Wesentlichen die Argumente der Klägerin. Letztlich hat die Landeshauptstadt M. die Ansprüche zurückgewiesen. Vor dem Erstgericht sei eine Ankündigung von Mehrkosten nicht dargelegt worden. Auch sei der behauptete Vergütungsanspruch nicht schlüssig dargelegt.

98

b) Ein Anspruch der Klägerin besteht nicht aus einer vertraglichen Abrede zu § 2 Nr. 5 VOB/B oder § 2 Nr. 6 VOB/B. Die Zahlung auf eine Abschlagsrechnung stellt grundsätzlich keine Anerkennung der Verpflichtung dar, da die Abschlagszahlung nur einen vorläufigen Charakter hat. Diese werden dann in die Schlussrechnung eingestellt und darin abgerechnet. Sie sind in der Schlussrechnung lediglich Rechnungsposten, die sich nicht auf einzelne Leistungspositionen beziehen (BGHZ 140, 365). Die Klägerin trägt nicht vor, dass dies hier anders wäre. Der von der Klägerin zitierten Entscheidung des Kammergerichts vom (IBR 2009, 372) liegt ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dort waren sich die Beteiligten darüber einig und hatten dies auch verschriftlicht, dass infolge einer nicht von der Klägerin zu vertretenden Bauzeitverlängerung Mehrkosten entstehen und lediglich die Höhe ungewiss ist. Zudem wurde die Abschlagsrechnung vollständig durch die Beklagte beglichen. Vorliegend ist eine derartige Einigung nicht gegeben. Zwar macht sich die Beklagte zu 1) in ihrem Briefverkehr mit der Landeshauptstadt M. die Argumentation der Klägerin zu eigen. Sie lässt aber nicht erkennen, dass sie trotz der ablehnenden Haltung der Bauherrin den Anspruch der Klägerin als berechtigt ansieht und diesen beglichen wird. Eine derartige Erklärung kann auch nicht in der teilweisen (40% igen) Zahlung der Abschlagsrechnung gesehen werden. Anders als in dem Verfahren vor dem Kammergericht wurde die Abschlagsrechnung eben nicht vollständig bezahlt. Auch ist nicht vorgetragen, dass diese Abschlagsrechnung, wie in der zitierten Entscheidung, alleine den Nachtrag zum Gegenstand hatte.

aa) Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B

99

Voraussetzung eines Anspruchs aus § 2 Nr. 5 VOB/B ist eine Leistungsänderung durch den Auftraggeber. Die Klägerin muss demnach darlegen, dass Gegenstand des Vertrages nur drei Aufzüge waren und auf Veranlassung des Auftraggebers weitere Aufzüge erforderlich waren.

(1) Eine Abweichung von dieser Darlegungs- und Beweislast ist nicht durch § 9 VOB/A 2006 (entspricht § 7 VOB/A 2019) begründet. Zwar kann eine lückenhafte Ausschreibung durchaus Folgewirkungen für Ansprüche auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B haben (Ingenstau/Korbion/Kratzenberg, 16. Auflage § 9 VOB/A 2006, Rn. 10). Dies gilt jedoch nicht, wenn das Leistungsverzeichnis die für die Preisermittlung wesentlichen Umstände für den Bieter erkennbar nur lückenhaft angibt. Hier obliegt es dem Bieter, etwaige Unklarheiten vor Angebotsabgabe zu klären (Ingenstau/Korbion/Kratzenberg aaO. Rn. 11). Auch wurde der Klägerin kein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 9 Nr. 2 VOB/A übertragen. Gemeint ist nämlich nur ein Wagnis, auf das der Auftragnehmer keinen Einfluss nehmen kann. Wenn der Auftraggeber aber, wie hier auf Seite D 9/10 der Allgemeinen Bestimmungen, auf ein Wagnis ausdrücklich hinweist, kann der Bieter dies bei seiner Kalkulation berücksichtigen und einen Risikozuschlag seinem Angebot hinzufügen (Ingenstau/Korbion/Kratzenberg aaO. Rn.30). Hierzu wurde die Klägerin durch die entsprechenden vertraglichen Bestimmungen auch ausdrücklich aufgefordert. Etwaige Fehler in der Leistungsbeschreibung hätten zudem im Vergabeverfahren vorgebracht werden müssen. Da die VOB/A auf die nachfolgenden Rechtsfragen keinen Einfluss hat, kann dahinstehen, ob sie im Wege des Durchgriffs auch auf den gegenständlichen Bauvertrag zwischen zwei privaten Vertragsparteien anzuwenden ist.

101

(2) Es obliegt demnach der Klägerin, die Leistungsänderung, mithin die Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll darzulegen. Der Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung ist nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zurückzuweisen, da seitens des Erstgerichts insoweit kein eindeutiger Hinweis erfolgte. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2018 angesprochen wurde, dass insoweit Vortrag erforderlich ist. Ein klar verständlicher Hinweis findet sich im Protokoll jedoch nicht. Aber auch die Ausführungen in der Berufungsbegründung können ein Bau-Soll, welches drei Aufzüge beinhaltet, nicht begründen.

102

Auszugehen ist zunächst vom Inhalt des Vertrages. Hierzu gehört der Rahmenterminplan nach den unwidersprochenen Ausführungen der Berufungserwiderung nicht. Aber auch dieser gibt keine zweifelsfreie Auskunft darüber, dass die Asphaltarbeiten im Tunnel in einem Aufzug erledigt werden können. Vielmehr hat sich die Klägerin, wie sie darstellt, dies erschlossen. Demgegenüber ist in den Allgemeinen Bestimmungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine abschnittsweise Herstellung erfolgen soll und Erschwernisse daraus bei der Kalkulation zu berücksichtigen sind. Da nun aber, für die Klägerin erkennbar, die vertraglichen Bestimmungen ihrer Herleitung des baulichen Ablaufs widersprechen, wäre es vor Abgabe des Angebots veranlasst gewesen, diese Unklarheit aufzulösen oder entsprechend von vornherein eine abschnittsweise Ausführung zu kalkulieren. Dass die Vertragsbestimmung auf S. D 9/10 der Allgemeinen Bestimmungen wirksam ist, wurde bereits ausgeführt. Eine Leistungsänderung ist demnach nicht dargelegt.

bb) Anspruch aus § 2 Nr. 6 VOB/B

103

Da die erbrachte Leistung Gegenstand des Bauvertrages war, kommt ein Anspruch aus § 2 Nr. 6 VOB/B nicht in Betracht, denn dieser setzt eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung voraus. Der Vortrag der Klägerin zu der behaupteten Anordnung der Beklagten zu 1) ist zudem unzureichend. Allein die Aufforderung durch die Beklagte zu 1), die Leistung zu erbringen, ist nicht ausreichend für eine Anordnung im Sinne des § 2 Nr. 6 VOB/B, da darin auch die Anordnung liegen kann, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Es wäre daher erforderlich gewesen, darzulegen, dass die Beklagte zu 1) auch aus deren Sicht etwas verlangte, was im Vertrag nicht vorgesehen war. Dies ist nicht erfolgt. Vielmehr ging die Beklagte zu 1) – nach den Ausführungen unter aa) mit Recht – davon aus, dass die abschnittsweise Herstellung des Asphaltbelags vom Bauvertrag umfasst ist. Aus diesem Grund geht auch die Mehrkostenankündigung vom 10.10.2013 ins Leere.

cc) Anspruch aus § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. §§ 677 ff. BGB

104

Da die erbrachte Leistung nach den obigen Darlegungen vom Vertrags-Soll umfasst war, sind die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben.

9. Position 41.51, 42.51, 43.51, Anschlüsse im Tunnel, zusammen: 10.937,63 €

105

a) Auch diese Position beruht auf der abschnittswisen Herstellung der Asphaltflächen im Tunnel. Dadurch, dass die Asphaltfläche nicht, wie vorgesehen, in drei Zügen habe erstellt werden können, seien Anschlüsse an die einzelnen Asphaltabschnitte erforderlich geworden, die die geltend gemachten Mehrkosten von 2.890,67 € in Baulos 1, 4.821,43 € in Baulos 2 und 3.225,53 € in Baulos 3 bewirkt hätten.

106

Das Erstgericht hat keine Anspruchsgrundlage gesehen. Auf § 2 Nr. 5 VOB/B könne ein Anspruch nicht gestützt werden, da es an der Darlegung einer Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll fehle. Auch fehle die Herleitung der Mehrvergütung aus der Urkalkulation. Auch mit § 2 Nr. 6 VOB/B lasse sich der Anspruch nicht begründen. Eine entsprechende Anordnung durch die Beklagte zu 1) sei nicht vorgetragen. Auch fehle die Ankündigung der Mehrkosten vor Ausführung. Zudem sei die Vergütung nicht schlüssig hergeleitet, weshalb auch § 2 Nr. 8 VOB/B als Anspruchsgrundlage ausscheide.

107

Die Berufung macht geltend, im Bauvertrag sei vorgesehen gewesen, dass die Asphaltarbeiten im Tunnel in einem Stück erfolgen werden. Sie habe daher nicht kalkulieren müssen, dass Anschlüsse erforderlich würden. Auch habe das Abkehren des Splitts nicht einheitlich nach Abschluss der Arbeiten, wie kalkuliert, erfolgen können, sondern mehrfach nach jedem Abschnitt. Eine Herleitung der Kosten aus der Urkalkulation sei nicht möglich, da die fraglichen Positionen nicht kalkuliert worden seien. Im Übrigen ergebe sich die Kalkulation aus der Anlage K 15. Auch lägen die Voraussetzungen des § 2 Nr. 6 VOB/B vor. Die Beklagte zu 1) habe die abschnittsweise Herstellung entgegen dem Bauvertrag angeordnet und die Mehrkosten seien mit Schreiben vom 10.10.2013 (Anlage K 15) angekündigt worden. Auch aus § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag ergebe sich ein Anspruch.

108

Die Beklagten wenden sich gegen die Zulassung des neuen Vortrags. In der Klage und auch im Schriftsatz vom 30.04.2018 sei der Sachverhalt unzureichend dargelegt worden, worauf das Erstgericht auch hingewiesen habe. Auch in der Berufungsschrift habe die Klägerin die geltend gemachten Mehrkosten nicht dargelegt. Es sei weder Aufgabe des Gerichts, noch der Beklagten, sich diese aus dem „Wirrwarr von Anlagen“ herauszusuchen. Eine Anordnung im Sinne von § 2 Nr. 6 VOB/B sei nicht vorgetragen. Auch sei nicht richtig, dass der Tunnel in einem Aufzug habe erstellt werden können.

109

b) Die Klägerin kann für die Herstellung der Anschlüsse keine zusätzliche Vergütung verlangen. Dieser Nachtrag steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Position 41.48, weshalb auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden kann.

aa) Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B

110

Wie bereits ausgeführt, ist die Klägerin den Nachweis, in der abschnittswisen Ausführung der Asphaltarbeiten im Tunnel handle es sich um eine Änderung der Leistung, schuldig geblieben. Tatsächlich sah der Bauvertrag, entgegen der Darstellung der Klägerin, eine abschnittsweise Herstellung der Arbeiten vor. Eine für einen Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B erforderliche Leistungsänderung liegt daher nicht vor. Es kann demnach dahinstehen, ob der mit der Berufung erstmals erfolgte Vortrag verspätet ist und die geltend gemachten Kosten nachvollziehbar sind.

bb) Anspruch aus § 2 Nr. 6 oder Nr. 8 VOB/B

111

Da die erbrachte Leistung Gegenstand des Bauvertrages war, kommt ein Anspruch aus § 2 Nr. 6 VOB/B nicht in Betracht, denn dieser setzt eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung voraus. Auch insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

10. Position 51.02, 52.02, 53.02 Stoffpreisgleitung, zusammen: 409.378,01 €

112

a) Unter dieser Position mach die Klägerin Ansprüche infolge der Abweichung von Mengen nach § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B geltend.

113

Das Erstgericht hat den Anspruch abgewiesen, da die Klägerin die Minder- und Mehrkosten nicht nachvollziehbar dargelegt habe. Auch sei eine Äquivalenzstörung nicht dargelegt, da ein etwaiger Ausgleich durch Mehr- oder Zusatzleistungen und darin etwa enthaltene Baustellenallgemeinkosten und allgemeine Geschäftskosten nicht dargelegt sei.

114

Darüber hinaus sei ein etwaiger Anspruch durch Ziff. 2.7 der Bedingungen zum Nachunternehmervertrag ausgeschlossen, soweit Massenänderungen betroffen sind. Die Klausel sei wirksam, da eine Preisanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich bleibe. Der Anspruch könne nicht auf § 313 BGB gestützt werden, da keine Änderungen von Umständen vorgetragen seien, die Vertragsgrundlage geworden sind.

115

Auch sei ein Festhalten am Vertrag nicht unzumutbar. Das Risiko der Mengenänderung sei von den Parteien erkannt und der Klägerin auferlegt worden. Eine schwerwiegende Veränderung liege angesichts einer Reduzierung des Gesamtpreises um 2,2% nicht vor.

116

Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe in der Anlage K 20 deutlich dargelegt, welche Deckungsbeiträge nicht erwirtschaftet werden konnten. Die Anlage sei selbsterklärend und bedürfe keiner Ergänzung. Auch beinhalte diese Anlage die Mehrmengen und nehme einen Ausgleich hinsichtlich der zusätzlich erwirtschafteten Deckungsbeiträge vor. Die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B sei nicht vertraglich ausgeschlossen. Bei der Ziff. 2.7 des Nachunternehmervertrages handle es sich um AGBs, die kundenfreundlich auszulegen seien. Diese Auslegung hätte ergeben müssen, dass die Regelung auf eine Änderung der Einheitspreise abzielt, nach § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B aber entgegen dessen Wortlaut die Einheitspreise nicht verändert werden. Vielmehr sei die Vorschrift auftragsbezogen zu verstehen. Der vorliegende Anspruch sei daher von der Klausel nicht betroffen. Zudem sei die Klausel unwirksam, da sie keinen klaren Bezug zu § 2 Nr. 3 VOB/B herstelle und damit auch Ansprüche aus Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Schadensersatz ausschließe. Insbesondere sei der zweite Satz geeignet, die Klägerin unangemessen zu benachteiligen, da demnach ein Anspruch nur dann bestehe, wenn die Gesamtabrechnungssumme um mehr als 10% unter der Angebotssumme liege und ein Entfall von Positionen auch durch (Teil-)Kündigung möglich wäre. Damit wäre der Anspruch auf Kündigungsvergütung beschränkt. Auch könne die Beklagte durch die Klausel beliebig Einfluss auf die Folgen nehmen, indem sie die Gesamtabrechnung nicht anerkenne. Nach der Klausel sei unklar, wie der Ausgleich auszusehen habe. Entgegen dem Grundsatz, dass sich im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften richte, müsse vorliegend § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B zur Anwendung kommen. Auch habe das Erstgericht § 313 BGB nicht zutreffend geprüft. Insbesondere sei die im Verhältnis zum Rechnungsbetrag relativ geringe Abweichung relevant, da sie den von der Klägerin einkalkulierten Gewinn betreffe. Zudem bestünde ein Anspruch aus § 280 BGB. Die Pflichtverletzung der Beklagten zu 1) liege darin, dass eine Vielzahl von Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht zur Ausführung gekommen, die Ausschreibung demnach falsch gewesen sei. Der kausale Schaden sei in der Anlage K 20 dargelegt.

117

Die Beklagten stellen fest, dass der erstinstanzlich geltend gemachte Betrag von 137.688,36 € auf 120.527,71 € reduziert worden wäre, wobei weder der eine noch der andere Betrag nachzuvollziehen sei. Wie die Verteilung der Baustellenallgemeinkosten, der Allgemeinen Geschäftskosten, der Baustelleneinrichtungskosten und des Gewinns bzgl. der einzelnen Positionen ausfalle, sei schriftsätzlich nicht dargelegt. Ein Anspruch aus § 313 BGB bestehe nicht, da die Auswirkungen der saldierten Mengen auf den gesamten Vertrag entscheidend seien. Bezogen auf die Gesamtvergütung betrage die Mengenänderung lediglich 2,46%. Es bestehe auch kein Anspruch aus § 280 BGB. Mengenunter- und überschreitungen seien üblich und stellten keine Pflichtverletzung dar.

118

b) Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Ausgleich ungedeckter Allgemeinkosten infolge der Ausführung von Mindermengen oder des Wegfalls von Leistungspositionen.

aa) Ausführung von Mindermengen

(1) § 2 Nr. 3 VOB/B 2006:

119

Die Klägerin macht Baustellenallgemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten und entgangenen Gewinn für Positionen geltend, bei denen sich der Mengenansatz im Leistungsverzeichnis um mehr als 10% gemindert hat. Die Parteien haben im Rahmen des Bauvertrags unter Ziff. 2.7 des Nachunternehmervertrages geregelt: „Im Falle der Vergabe zu Einheitspreisen führen Massenmehrungen bzw. -minderungen im Sinne des § 2 Nr. 3 VOB/B, auch wenn sie über 10% hinausgehen, nicht zu einer Änderung der Einheitspreise. Soweit einzelne Positionen völlig entfallen, also nicht nur geändert werden, hat der AN einen Anspruch auf Ausgleich für diese Positionen, soweit die anerkannte Gesamtabrechnungssumme um mehr als 10% unter der Angebotssumme liegt.“ Bei den Regelungen des Nachunternehmervertrages handelt es sich unstreitig um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Darüber hinaus wurde aber durch die Parteien individuell durch handschriftliche Ergänzung im Verhandlungsprotokoll vom 13.08.2009 in Ziff. 2 (Anlage K 1) vereinbart: „bei Massenabweichungen > 10% haben die Angebotspreise weiterhin Gültigkeit.“ Eine Prüfung der Klausel des Nachunternehmervertrages erübrigt sich daher. Soweit im Schriftsatz vom 17.03.2020 erstmals vorgetragen wird, es handle sich hierbei nicht um eine zwischen den Parteien ausgehandelte Regelung, sondern sie sei von der Beklagten zu 1) einseitig vorgegeben und nicht zur Disposition gestellt worden, erfolgte dies, wie auch das Beweisangebot, nach Schluss der mündlichen Verhandlung und kann daher nicht mehr zugelassen werden, § 530 ZPO. Auch wird nicht dargelegt, weshalb der Geschäftsführer der Klägerin sich auf diesen Vertragszusatz eingelassen hat oder einlassen musste.

120

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB liegt darüber hinaus nicht vor. Zu Recht führt das Erstgericht aus, dass die Regelung der der Entscheidung des BGH vom 08.07.1993, VII ZR 79/92 entspricht und Ansprüche aus § 313 BGB nicht umfasst. Die gegenteilige Ansicht der Berufung ist nicht nachvollziehbar. Die Regelung nimmt ausdrücklich Bezug auf § 2 Nr. 3 VOB/B und entspricht damit inhaltlich der Regelung, die Gegenstand der zitierten Entscheidung des BGH war. Die Regelung, die der von der Klägerin zitierten Entscheidung des BGH vom 04.11.2015, VII ZR 282/14 zugrunde lag, hatte einen völlig anderen

121

Inhalt. Hinzu kommt, worauf die Klägerin zutreffend hinweist (Bl. 517 d.A.: „Es kann keinesfalls die Rede davon sein, dass der Klägerin das Risiko auferlegt wurde.“), dass die Ziff. 2.7 auch zulasten der Beklagten zu 1) wirken kann, da auch diese eine Preisanpassung nicht verlangen kann.

(2) § 313 BGB:

122

Eine Anpassung des Einheitspreises nach § 313 BGB wegen Wegfalls oder Störung der Geschäftsgrundlage setzt voraus, dass sich wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, als falsch herausgestellt haben. Zusätzlich muss der benachteiligten Partei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden können (OLG Koblenz, NZBau 2017, 602 Tz. 17). Dies kann vorliegend nicht begründet werden, wenn, wie hier, die Parteien sowohl im Rahmen der wirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Nachunternehmervertrag Ziff. 2.7 und durch individualvertragliche Regelung etwas Anderes vereinbart haben.

(3) § 280 BGB:

123

Erforderlich wäre die Darlegung einer Pflichtverletzung. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass innerhalb eines Einheitspreisvertrages häufig eine konkrete Angabe der erforderlichen Leistungen und Mengen nicht möglich ist. Aus diesem Grund wird der Einheitspreisvertrag gewählt und gibt es die Möglichkeit der Anpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B oder § 313 BGB (vgl. OLG Koblenz NZBau 2017, 602). Inwieweit vorliegend durch die Beklagte zu 1) Pflichten verletzt wurden, die abweichend von der üblichen Ungewissheit hier besonders zu beachten gewesen wären und der Klägerin eine zuverlässigere Preiskalkulation ermöglicht hätten, wurde nicht dargelegt. bb) Nichtausführung von Leistungspositionen:

124

Ein Anspruch auf Vergütung der Allgemeinen Kosten ergibt sich nicht direkt aus § 2 Nr. 3 VOB/B. Die Regelung ist jedoch entsprechend anzuwenden, da im Fall des vollständigen Wegfalls von

Leistungspositionen eine vergleichbare Äquivalenzstörung vorliegt (BGH NZBau 2012, 226, 227). Dieser Fall ist von der Regelung der Parteien im Verhandlungsprotokoll und von der Ziff. 2.7 des Nachunternehmervertrages nicht umfasst, denn beide Regelungen beziehen sich ausdrücklich auf die Mengenveränderung. Anderes kann auch nicht durch Auslegung ermittelt werden, denn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag die genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch nicht vor und war die rechtliche Einordnung dieses Anspruchs umstritten.

125

Eine Vergütung kann jedoch nicht beansprucht werden, wenn durch das Hinzukommen anderer Positionen (nicht durch Mehrmengen, da insoweit die individualvertragliche Absprache greift, s.o.) Ausgleich erlangt wird. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des OLG Karlsruhe, IBR 2013, 458. Vielmehr ist dort ausgeführt, dass jeglicher Ausgleich, der an irgendeiner Stelle des Auftrags erfolgte, den nicht gezahlten Positionen gegenzurechnen ist. In diesem Sinne sei die Vorschrift „auftragsbezogen“ zu verstehen.

126

Hinsichtlich der Darlegung der nicht bezahlten Kosten und dem gegenübergestellt die im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen Ausführungen, die als Ausgleich dienen können, verweist die Klägerin auf die Anlage K 20. Diese kann jedoch trotz der Erklärung der Klägerin im Schriftsatz vom 30.04.2018, Seite 54/55 (Bl. 181/182 d.A.) nicht nachvollzogen werden. Einerseits stimmt die schriftsätzlich beschriebene Berechnungsweise mit dem gefundenen Ergebnis nur für die Mindermengen, nicht jedoch für die Mehrmengen überein. Andererseits wurden in einer umfangreichen Tabelle sowohl die nicht auszugleichenden Mehr- und Mindermengen, als auch die weggefallenen und hinzugekommenen Leistungspositionen miteinander verrechnet. Aus dieser Tabelle wird daher nicht deutlich, welche Mindereinnahmen auf weggefallene Leistungspositionen entfallen und inwieweit diese durch Mehreinnahmen bei Nachträgen ausgeglichen werden. Die unterschiedliche rechtliche Behandlung und das Erfordernis der Darstellung eines Ausgleichs für nicht bezahlte Kosten wurde in der Entscheidung des Erstgerichts dargelegt. Ein zusätzlicher Hinweis des Senats war daher nicht erforderlich. Darauf reagierte die Berufung jedoch nicht.

127

Aus diesem Grund führen auch andere Anspruchsgrundlagen (§ 313 BGB oder § 280 BGB) nicht zum Ziel.

C. Kosten und Nebenentscheidungen

128

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

129

II. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

130

III. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Senat weicht nicht von der ständigen obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung ab. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung zum Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Auf die Frage, ob im Falle unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen nachrangig § 2 Abs. 2 VOB/B zur Anwendung kommt, kam es bei der vorliegenden Entscheidung nicht an.