

Titel:

**Werklohnanspruch, Bauvertragsrecht, Kündigung aus wichtigem Grund,
Nachtragsvergütung, Entsorgungsnachweise, gestörter Bauablauf**

Schlagworte:

Werklohnanspruch, Bauvertragsrecht, Kündigung aus wichtigem Grund, Nachtragsvergütung,
Entsorgungsnachweise, gestörter Bauablauf

Vorinstanz:

LG Landshut, Endurteil vom 28.10.2021 – 75 O 1515/20

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 04.12.2024 – VII ZR 125/23

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Landshut vom 28.10.2021, Az. 75 O 1515/20, wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass die Klage abgewiesen wird.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 281.584,38 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klägerin macht als Nachunternehmerin gegen die Beklagte Restwerklohnforderungen geltend.

2

Die Beklagte war Auftragnehmerin der ... nachfolgend: ... für das Bauvorhaben ... in Die Beklagte beauftragte mit Nachunternehmervertrag die Klägerin mit den Erd- und Abbrucharbeiten gemäß deren Angebot vom 25.09.2017 in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis. Es handelte sich um einen Einheitspreisvertrag mit einer Angebotssumme von netto 491.522,50 € (Anlage K 1). Nach einvernehmlicher Verschiebung des Baubeginns begann die Klägerin ihre Arbeiten am 01.02.2018. Vertraglich war eine Bauzeit von fünf Monaten vorgesehen.

3

Am 20.02.2019 fand eine Besprechung der Parteien wegen Unstimmigkeiten betreffend das vorgenannte Bauvorhaben statt, zum einen wegen des bestehenden Zeitverzuges, zum anderen wegen zwischen den Parteien bestehender Uneinigkeit bezüglich der Berechnung und Beauftragung diverser Nachträge. Nach mit E-Mail der Klägerin vom 27.03.2019 von der Beklagten geforderte Gestellung einer Sicherheit nach § 650 f BGB in Höhe von 200.000,00 € zur Absicherung offener Vergütungsansprüche (Anlage K19), wurde zwar am 05.04.2019 von der ... eine Bürgschaft ausgestellt (Anlage B14, B15), diese wurde der Klägerin von der Beklagten aber nicht mehr übergeben.

4

Nach Fristsetzung der ... gegenüber der Beklagten unter Kündigungsandrohung am 29.03.2019 forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 02.04.2019, 03.04.2019 und 05.04.2019 (Anlagen B8-10), auf, mitzuteilen, welche Maßnahmen die Klägerin zur Einhaltung vereinbarter Termine ergreifen werde und

forderte die Durchführung der Arbeiten zeitnah ein. Mit Schreiben vom 05.04.2019 setzte die ... der Beklagten unter Kündigungsandrohung eine „letztmalige Frist“ bis 12.04.2019, um die dort genannten Haufwerke zu beseitigen (Anlage B11). Mit Schreiben vom 08.04.2019 übermittelte die Beklagte der Klägerin dieses Schreiben und setzte dieser ihrerseits eine Frist bis 11.04.2019 (Anlage B12). Mit Schreiben vom 12.04.2019 setzte die Beklagte der Klägerin unter Kündigungsandrohung eine letztmalige Nachfrist zur Fertigstellung der Arbeiten bis 15.04.2019 (Anlage B13). Mit Schreiben vom 15.04.2019 erklärte die Beklagte die außerordentliche Kündigung (Anlage K3), die die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 25.04.2019 zurückwies und ihrerseits vorsorglich den Vertrag außerordentlich kündigte (Anlage K4).

5

Am 16.04.2019 erfolgte eine gemeinsame Leistungsfeststellung. Mit Schlussrechnung vom 31.05.2019 stellte die Klägerin der Beklagten nach Abzug der bisher geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 445.911,96 € und unter Berücksichtigung des vertraglich vereinbarten Nachlasses von 2 % einen Betrag in Höhe von 281.584,36 € brutto in Rechnung (Anlage K5). Mit Schreiben vom 27.06.2019 wies die Beklagte die Schlussrechnung mangels Prüffähigkeit zurück (Anlage K6).

6

Mit Schreiben vom 13.01.2020 nahm die ... die Beklagte in Höhe eines Betrages von 74.682,16 € in Haftung. Grund hierfür waren von der Klägerin für das streitgegenständliche Bauvorhaben geschuldete, noch ausstehende Beitragsanteile zur Finanzierung des Urlaubsverfahrens für den Zeitraum Februar 2018 bis April 2019 (Anlage B18). Eine Zahlung durch die Beklagte erfolgte nicht. Vielmehr traf die Klägerin mit der ... im März 2020 eine Ratenzahlungsvereinbarung über die bestehenden Beitragsrückstände.

7

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.01.2020 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis 14.02.2020 zur Zahlung der noch offenen Restwerklohnforderung sowie der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten auf (Anlage K22). Mit anwaltlichem Schreiben vom 07.02.2020 wies die Beklagte die Zahlungsaufforderung zurück und erklärte vorsorglich die Aufrechnung mit zwei Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 40.227,47 € (Anlage B33).

8

Die Klägerin hat in erster Instanz die Auffassung vertreten, der Nachunternehmervertrag sei tatsächlich erst mit Unterschrift am 23.01.2018 geschlossen worden. Anzuwenden sei daher das ab dem 1. Januar 2018 geltende Bauvertragsrecht. § 2 Abs. 5, 6 VOB/B sei wegen Verstoßes gegen § 307 BGB nicht wirksam in den Vertrag einbezogen und auch nicht nachträglich im Rahmen der Besprechung am 20.02.2019 vereinbart worden. Nach der Teilkündigung der Beklagten vom 10.04.2019 (Anlage K20) sei eine außerordentliche Kündigung nicht mehr möglich gewesen. Zudem sei die unter erstmaliger Kündigungsandrohung am 12.04.2019 gesetzte Frist unangemessen kurz gewesen. Die Klägerin habe sich zu diesem Zeitpunkt auch nicht in Verzug befunden, da die geforderte Bürgschaft ausgestanden habe. Die Kündigung vom 15.04.2019 stelle daher eine freie Auftraggeberkündigung dar. Die Schlussrechnung sei prüffähig. Alle notwendigen Dokumente und Nachweise seien der Beklagten übermittelt worden oder dieser bekannt gewesen. Für die Abrechnung der Nachträge und Mehrkosten könne die Beklagte nicht die Vorlage der Urkalkulation fordern, da nach den tatsächlichen Kosten abzurechnen sei. Sämtliche abgerechneten Leistungen seien beauftragt und mangelfrei erbracht worden. Dies gelte insbesondere auch für die Entsorgung der Materialien gemäß Position 06 der Schlussrechnung.

9

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 281.584,38 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von jeweils 9 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz p.a. seit dem 07.07.2019 zu zahlen.
2. Weiterhin wird die Beklagte verurteilt, außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.104,90 € nebst Zinsen hieraus seit dem 15.02.2020 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz p.a. zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin alle künftigen Zinsen auf die verauslagten Gerichtskosten in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem Zeitpunkt der Einzahlung der Gerichtskosten zur Gerichtskasse bis zum Tag des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht zu zahlen.

10

Die Beklagte hat in erster Instanz Klageabweisung beantragt.

11

Sie hat behauptet, der Nachunternehmervertrag sei noch im Jahre 2017 mündlich, jedenfalls konkludent geschlossen worden, so dass das bis 31. Dezember 2017 geltende Bauvertragsrecht zur Anwendung komme. § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B sei unabhängig hiervon auch bei Anwendung des neuen Bauvertragsrechts anwendbar. Außerdem sei in § 7 des Vertrags eine konkrete individualvertragliche Regelung zur Vergütung von Nachträgen getroffen worden. Die Parteien hätten sich im Rahmen der Besprechung am 20.02.2019 darauf verständigt, dass Nachträge auf Basis der Urkalkulation abzurechnen seien. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die fristlose Kündigung sei wirksam, da die Klägerin sich mit ihren Arbeiten aufgrund der festgelegten Ausführungsdauer in Verzug befunden habe. Darüber hinaus könne sie auch noch im Prozess als außerordentlichen Kündigungsgrund nachschieben, dass die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Abführung der geschuldeten Beiträge für die Urlaubskasse an die ... nicht nachgekommen sei. Die Schlussrechnung sei insgesamt nicht prüffähig, da mit der Schlussrechnung nur ein einzelnes Aufmaß zu einer Position der Schlussrechnung und auch mit den Abschlagsrechnungen nur einzelne, beklagtenseits zudem nicht geprüfte und nicht freigegebene Aufmäße vorgelegt worden seien. Daneben fehlten Regieberichte. Auch seien die gesetzlich vorgeschriebenen Entsorgungsnachweise nicht vorgelegt worden, weshalb das vereinbarte vertragliche Zurückbehaltungsrecht bestünde. Die Klage sei nicht schlüssig, jedenfalls aber unsubstantiiert, zumindest mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abzuweisen.

12

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf das Urteil erster Instanz sowie die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

13

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme der Zeugen ... und Es hat die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.

14

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin könne den Restwerklohn – unabhängig davon, ob und in welcher Höhe ein solcher bestehe – jedenfalls derzeit mangels Fälligkeit nicht mit Erfolg gegen die Beklagte geltend machen. Die Vorlage des Nachweises einer ordnungsgemäßen Entsorgung der Abfälle durch die Klägerin sei gemäß Nr. 06 des Leistungsverzeichnisses, das Bestandteil des Nachunternehmervertrages zwischen den Parteien geworden sei, eine individualvertraglich vereinbarte Fälligkeitsvoraussetzung für die Vergütung. Nach Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung habe die Klägerin zwar mit dem Anlagenkonvolut K27 Entsorgungsnachweise vorgelegt. Der Vortrag der Klagepartei sei aber insofern nicht hinreichend substantiiert. Denn der Verweis auf eine nicht selbsterklärende, 562 Seiten umfassende Anlage ohne Darstellung, wie diese aufgebaut und zu den Schlussrechnungspositionen 06.02 in Bezug zu setzen sei, sei kein ausreichender Vortrag. Da bereits die Position 06.02 der Schlussrechnung mit 340.368,46 € den Klagebetrag übersteige, sei die Klage mangels Fälligkeit als derzeit unbegründet abzuweisen.

15

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin. Das Landgericht habe die Anforderungen an ein substantiierten Vortrag überzogen. Es habe den Vortrag unbeachtet gelassen, dass die ... mit E-Mail vom 13.04.2021 bestätigt habe, dass eine vollständige Entsorgungsdokumentation des Bauvorhabens vorliege (Anlage K28). Zudem habe sich das Landgericht zur Frage der Fälligkeit auf eine versteckte Klausel gestützt, die AGB-widrig sei. Es habe seine Hinweispflicht verletzt. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf die Berufungsbegründung sowie die ergänzenden Stellungnahmen Bezug genommen.

16

Die Klägerin beantragt im Berufungsverfahren:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Landgerichts Landshut vom 28.10.2021, zugestellt am 03.11.2021 (Az.: 75 O 1515/20), aufgehoben und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 281.584,38 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von jeweils 9 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz p.a. seit dem 07.07.2019 zu zahlen. Weiterhin wird die Beklagte verurteilt, außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.104,90 € nebst Zinsen hieraus seit dem 15.02.2020 in Höhe von 5 Prozentpunkten über den jeweils gültigen Basiszinssatz p.a. zu bezahlen.

2. Hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das zuständige Landgericht zurückzuweisen.

17

Die Beklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

18

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihren Vortrag aus erster Instanz. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung vom 14.10.2022 sowie die ergänzenden Stellungnahmen Bezug genommen.

19

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 07.12.2022 darauf hingewiesen, dass angesichts der vorgelegten Entsorgungsnachweise sowie des Schreibens der ... vom 13.04.2021 ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nicht bestehen dürfte. Der Senat hat weiter zur Frage der Prüffähigkeit der Rechnung sowie zum Erfordernis eines substantiierten Vortrags Hinweise erteilt. Dabei hat er zu jeder einzelnen Position der Schlussrechnung inhaltlich Stellung bezogen. Zu den Hinweisen hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 15.02.2023 Stellung genommen und ergänzend vorgetragen, die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 31.03.2023 erwidert.

20

Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die jeweiligen Schriftsätze Bezug genommen.

II.

21

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Die Abweisung der Klage insgesamt durch das Berufungsgericht nach Abweisung der Klage durch das Landgericht als derzeit unbegründet stellt keinen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot dar (Zöller-Heßler, ZPO Kommentar, 34. Auflage 2023, § 528 Rz. 25).

22

1. Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 ZPO) und auch im Übrigen zulässig.

23

2. Die Berufung ist zurückzuweisen, weil die Klage unbegründet ist. Soweit der Klägerin Ansprüche aus dem streitgegenständlichen Werkvertrag für die von ihr erbrachten Leistungen zustehen, sind diese durch die unstreitig erfolgte Abschlagszahlungen in Höhe von 445.911,96 € sowie infolge der von der Beklagten erklärten Aufrechnung in Höhe von 40.227,57 € erloschen.

24

3. Anwendbares Recht ist das ab dem 1. Januar 2018 geltende Bauvertragsrecht. Der Senat geht davon aus, dass der Zeitpunkt der Unterzeichnung des streitgegenständlichen Bauvertrages als Zeitpunkt des Vertragsschlusses anzunehmen ist, mithin der 23.01.2018. Durch die in erster Instanz vernommenen Zeugen wurde seitens der Beklagten kein Beweis dahingehend geführt, dass der Vertrag vorher mündlich geschlossen wurde. Keiner der Zeugen konnte dies ausdrücklich bestätigen. Zwar haben die Zeugen bekundet, dass auch im Vorfeld über konkrete Vertragsinhalte gesprochen worden sei und bauverlaufsartige Themen Gegenstand von Gesprächen im Dezember 2018 gewesen seien. Dies ist aber noch dem Bereich der Verhandlungen über den konkreten Vertragsinhalt zuzuordnen. Der endgültige Vertragsschluss ist erst mit der Unterschrift erfolgt.

25

4. Der Vertrag wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 15.04.2019 (Anlage K3) wirksam außerordentlich gekündigt und das Vertragsverhältnis hierdurch beendet. Es kann offen bleiben, ob die auf Verzug gestützten Kündigungsgründe zutreffend waren und die von der Beklagten mit Schreiben vom 12.04.2019 gesetzte Frist ausreichend war. Die Beklagte war gem. § 8 Abs. 6, Abs. 4 des Nachunternehmervertrages berechtigt, den Vertrag fristlos zu kündigen, weil die Klägerin ab Februar 2018 bis zum Kündigungszeitpunkt keine Beiträge zur Urlaubskasse gezahlt hatte und mit einer Beitragshöhe von 74.682,16 € in Rückstand war (Anlage B18). Die vertragliche Festlegung der Parteien dahingehend, dass es dem Hauptunternehmer gestattet sein soll, dem Nachunternehmer bei Nichtbeachtung seiner Verpflichtung zur Zahlung der Gesamtversicherungsbeiträge nach § 28 e SGB IV und der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 150 SGB VII sowie bei Nichtbeachtung der Bestimmungen zur Zahlung des Mindestlohns und der Regelungen zur Abführung der Urlaubskassenbeiträge ohne Abmahnung oder Fristsetzung aus wichtigem Grund zu kündigen, beinhaltet – soweit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen ist – keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gem. § 307 BGB. Denn § 648 a BGB i.V.m. § 314 Abs. 2 BGB sieht die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund auch ohne Abmahnung oder Fristsetzung ausdrücklich vor. Bei einem Verstoß eines Vertragspartners gegen ein gesetzliches Gebot, das das Risiko einer Mithaftung des anderen Vertragspartners in nicht unerheblicher Höhe gem. § 14 AEntG begründet, ist dabei ohne weiteres davon auszugehen, dass auch bei Abwägung der gegenseitigen Interessen eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist. Denn bei einem derartigen Pflichtenverstoß ist von einem erheblichen und nachhaltigem Vertrauensverlust in den Vertragspartner auszugehen. Dieser rechtfertigt auch die sofortige Vertragsbeendigung ohne vorherige Fristsetzung gem. § 314 Abs. 2 BGB, da besondere Umstände vorliegen, die eine sofortige Kündigung rechtfertigen. Auch ohne vertragliche Festlegung lägen vorliegend die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund vor.

26

Dieser Kündigungsgrund konnte auch noch im Prozess nachgeschoben werden. So bleibt der Kündigende an etwa geäußerte Kündigungsgründe nicht gebunden, die Kündigung aus wichtigem Grund muss diese nicht einmal benennen. Es kommt allein darauf an, ob objektiv ein Kündigungsgrund bestand (BGH Urteil vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79), was vorliegend der Fall war.

27

Diese Überlegungen gelten gleichermaßen für die am 10.04.2019 erfolgte Teilkündigung (Anlage K20). Diese ist sowohl nach dem ab 1. Januar 2018 geltenden Bauvertragsrecht gem. § 648 a Abs. 2 BGB als auch gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B möglich, da es sich bei dem Abbruch der ... um einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks handelt. Eine Beweiserhebung, ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vorliegend zum Zeitpunkt der Kündigung vorgelegen haben, ist daher nicht erforderlich.

28

5. Der Werklohnanspruch ist fällig.

29

Eine Abnahme der Leistung ist jedenfalls konkludent durch Fortführung der Arbeiten auf der Baustelle durch die Beklagte erfolgt, § 640 Abs. 1 BGB.

30

Anders als vom Landgericht angenommen, wurden die Entsorgungsnachweise weitgehend mit Anlage K 27 vorgelegt, so dass auch unter Berücksichtigung der insoweit vertraglich vereinbarten Fälligkeitsklausel (Ziffer 06.02 des Leistungsverzeichnisses in Verbindung mit dem Vertrag) von der Fälligkeit des Werklohnanspruches der Klägerin auszugehen ist.

31

Zwar sind nicht alle Positionen der unverändert gebliebenen Schlussrechnung prüffähig, da Aufmaße, Schreiben und Entsorgungsnachweise nicht mit der Schlussrechnung vorgelegt wurden. Hierauf kommt es aber nicht an, da der Klägerin jedenfalls kein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte mehr zusteht.

32

6. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Werklohn gem. §§ 650 a, 631 Abs. 1 BGB in Höhe von maximal 338.138,64 €. Dabei sind die Positionen der Schlussrechnung teilweise als

nachgewiesen anzusehen, teilweise kann ein Anspruch zu Gunsten der Klägerin auch ohne die Durchführung einer gebotenen Beweisaufnahme angenommen werden.

33

7. Geordnet nach der Reihenfolge der Schlussrechnung ergibt sich ein Werklohnanspruch der Klägerin für folgende Positionen:

a) Positionen 01 der Schlussrechnung (Baustelleneinrichtung):

34

Aus dem Unterpunkt 01. der Schlussrechnung besteht ein Anspruch der Klägerin in Höhe von maximal 17.630,00 €.

35

Die Klägerin rechnet in dieser Position Arbeiten ab, die Voraussetzung dafür sind, dass die beauftragten und unstreitig von der Klägerin auch durchgeführten Erd- und Abbrucharbeiten überhaupt erfolgen konnten. Die Abrechnung erfolgte jeweils entsprechend dem geschlossenen Vertrag als Pauschale. Der Senat ist davon überzeugt, dass die Arbeiten tatsächlich erbracht wurden und ein Werklohnanspruch der Klägerin besteht.

Im Einzelnen:

- Position 01.01.001: Baustelle einrichten, räumen	5. 500,00 €
- Position 01.01.004: Bauwasserversorgung	750,00 €
- Position 01.01.006: Verkehrsflächen reinigen	1. 200,00 €
- Position 01.01.009: Fluchtwegbeleuchtung	200,00 €
- Position 01.01.012: Immissionsschutzkonzept erstellen	750,00 €
- Position 01.02.004: Wurzelschutz	4. 350,00 €
- Position 01.02.005: Baumschutzzaun	930,00 €

36

Hinsichtlich weiterer unter Position 01 der Schlussrechnung abgerechneter Positionen hat die Klägerin trotz der vereinbarten Pauschalen „Aufmaße“ vom 24.04.2018 und 30.05.2018 (Anlagen K32 und K33) vorgelegt, wonach die Arbeiten zu „0,85“ erbracht worden seien. Im Übrigen wurde von der Klägerin Zeugenbeweis dafür angeboten, dass die Arbeiten sukzessive vollständig erbracht wurden. Zugunsten der Klägerin geht der Senat ohne Beweisaufnahme von der Richtigkeit der Behauptung aus, so dass ein Werklohnanspruch der Klägerin auch hinsichtlich folgender Positionen angenommen werden kann:

- Position 01.01.007: Spartenpläne einholen	600,00 €
- Position 01.01.008: Fluchtwegkonzept erstellen	300,00 €
- Position 01.01.010: Verkehrsrechtliche Genehmigungen	450,00 €
- Position 01.01.011: Förderwege und Fördermittel bereitstellen	350,00 €
- Position 01.01.013: Eigenüberwachung/Erschütterungsschutz	2. 250,00 €

37

Hinsichtlich dieser Position hat die Beklagte im Schriftsatz vom 31.03.2023 substantiiert bestritten, dass überhaupt ein entsprechendes Tätigwerden der Klägerin erfolgt ist. Die Klägerin hat Zeugenbeweis angeboten, dass die Arbeiten tatsächlich erbracht wurden. Der Senat sieht auch bezüglich dieser Position von einer Beweisaufnahme ab und geht zu Gunsten der Klägerin davon aus, dass die Arbeiten wie abgerechnet erbracht wurden.

38

Hinsichtlich der weiteren unter 01 abgerechneten Positionen (01.01.002 „ohne“ Positionen) besteht kein Anspruch der Klägerin (hierzu unten Ziffer 8).

b) Positionen 03 der Schlussrechnung (Entkernung/Sanierung/Abbruch)

39

Aus dem Unterpunkt 03. der Schlussrechnung Entkernung/Sanierung/Abbruch besteht ein Anspruch der Klägerin in Höhe von maximal 160.138,71 €.

40

Die Klägerin hat unstreitig Abbrucharbeiten an dem streitgegenständlichen Bauvorhaben ausgeführt. Die Abrechnung erfolgte entsprechend dem Leistungsverzeichnis jeweils als Pauschale. Der Senat geht

mangels substantiierten Bestreitens der Beklagten davon aus, dass die Arbeiten tatsächlich erbracht wurden und ein Werklohnanspruch der Klägerin besteht. Dafür, dass ein Abbruch tatsächlich erfolgt ist, spricht auch das Vorliegen der Entsorgungsnachweise (Anlage K27), selbst wenn die Höhe der Vergütung diesbezüglich zwischen den Parteien streitig ist.

Im Einzelnen:

- Position 03.01.001: Ausbau technischer Anlagen	12. 500,00 €
- Position 03.01.002: Ausbau von Türen	250,00 €
- Position 03.01.003: Ausbau Fliesenbeläge	2. 900,00 €
- Position 03.01.004: Ausbau Mineralputz	24. 875,00 €
- Position 03.01.005: Ausbau bituminöser Abdichtungen	900,00 €
- Position 03.01.006: Ausbau Leitungsreste	3. 000,00 €
- Position 03.01.007: Ausbau Fugenfüllungen	1. 250,00 €
- Position 03.01.008: Ausbau Rohrleitungsflanschen	750,00 €
- Position 03.01.009: Ausbau asbesthaltiger Brandschutzkappen	225,00 €
- Position 03.01.010: Lüftungsschächten mit asbesthaltigen Dichtungen	1. 000,00 €
- Position 03.01.012: Entfernung von belasteten Bodenschichten	1. 750,00 €
- Position 03.01.013: Ausbau von Rohrleitungen	1. 400,00 €
- Position 03.01.014: Ausbau von Fugenfüllungen	125,00 €
- Position 03.01.015: Ausbau von Fensteranschlussfugen	2. 200,00 €
- Position 03.01.016: Ausbau von Gussasphalt/Estrich	26. 800,00 €

41

Auch bezüglich dieser Position steht der Klägerin der angesetzte Werklohn in vollem Umfang zu. Zwar hat die Beklagte die von der Klägerin vorgelegten Aufmaße (Anlagen K32 und K33) inhaltlich bestritten. Allerdings handelt es sich bei dieser Position ausweislich des Leistungsverzeichnisses um eine Pauschale, so dass es auf die tatsächliche Menge des ausgebauten Gussasphalts-Estrichs nicht ankommt.

- Position 03.01.017: Ausbau Dachaufbauten	2. 450,00 €
- Position 03.01.018: Ausbau Dämmungen	3. 850,00 €
- Position 03.01.019: Ausbau Fassadendämmungen	5. 500,00 €
- Position 03.01.020: Ausbau Holzwolle Leichtbauten	3. 750,00 €
- Position 03.01.021: Entfernen MKW-Belastungen	450,00 €
- Position 03.02.002: Abbruch Tiefgarage/Archiv 1	8. 500,00 €
- Position 03.02.003: Abbruch Kopfbau	29. 500,00 €
- Position 03.02.004: Fuge Kopfbau/Nachbargebäude	2. 000,00 €
- Position 03.02.005: Fassadenverschluss Nachbargebäude	7. 700,00 €
- Position 03.02.006: Erschütterungsarmes Verkleinern	2. 500,00 €
- Position 03.02.010: Herrichten Standflächen	2. 500,00 €
- Position 03.01.011: Abbruch von Vormauerungen/Zwischenwänden	24. 310,05 €

42

Die Klägerin legt bezüglich dieser nach Einheitspreis abgerechneten Position mit Anlage K35 ein von ihr erstelltes Aufmaß vor und bietet Zeugen- und Sachverständigenbeweis an. Der Umfang der erbrachten Arbeiten wurde von der Beklagten bestritten. Der Senat sieht bezüglich dieser Position von einer Beweisaufnahme ab und geht zu Gunsten der Klägerin davon aus, dass die Arbeiten wie abgerechnet erbracht wurden.

- Position 03.02.007: Abbruch unterirdischer Bauwerke:	1. 513,71 €
--	-------------

43

Die Klägerin legt bezüglich dieser nach Einheitspreis abgerechneten Position ein von ihr erstelltes Aufmaß sowie Fotos vor (Anlage K40) und bietet Zeugen- und Sachverständigenbeweis an. Der Umfang der erbrachten Arbeiten wurde von der Beklagten bestritten. Der Senat sieht auch bezüglich dieser Position von einer Beweisaufnahme ab und geht zu Gunsten der Klägerin davon aus, dass die Arbeiten wie abgerechnet erbracht wurden.

- Position 03.02.011: Anlieferung Material zur Errichtung der Standfläche „Spezialtiefbau“:	36. 333,00 €
---	--------------

44

Hinsichtlich der weiteren unter 03 abgerechneten Positionen (03.02.001; 03.02.008; 03.02.009; 03.02.011) besteht kein Werklohnanspruch der Klägerin (vgl. hierzu unten Ziffer 8).

c) Positionen 04 der Schlussrechnung (Erd- und Transportarbeiten)

Position 04.03: Erstellung Rampe 750,00 €

45

Mit dieser Position stellt die Klägerin eine Pauschale in Höhe von 750,00 € in Rechnung. Zum Nachweis der Leistungserbringung legt sie „Aufmaße“ vom 24.04.2018 und 30.05.2018 (Anlagen K32 und K33) vor, wonach die Arbeiten zu „0,85“ erbracht worden seien. Im Übrigen bietet sie Zeugenbeweis an, dass die Arbeiten sukzessive vollständig erbracht worden seien. Zugunsten der Klägerin geht auch der Senat ohne Durchführung einer Beweisaufnahme hiervon aus, so dass ein Werklohnanspruch insoweit anzunehmen ist.

46

Hinsichtlich der weiteren Positionen (04.01.001; 04.01.002; 04.01.003; 04.01.005; 04.01.006; 04.02.001; 04.02.002; 04.04.001; 04.04.002) besteht kein Werklohnanspruch der Klägerin (vgl. hierzu unten Ziffer 8).

d) Positionen 06 der Schlussrechnung (Entsorgung)

47

Aus dem Unterpunkt 0.6 der Schlussrechnung besteht ein Anspruch der Klägerin in Höhe von maximal 152.033,98 €. Im Einzelnen:

- Position 06.01.001: Erstellen Entsorgungskonzept 950,00 €

48

Diese Position ist unstreitig erbracht.

- Position 06.01.002: e-ANV/Dokument./Nachweisbuch erstellen liefern 1. 250,00 €

49

Die Klägerin hat als Beweis für die Erbringung ein „Aufmaß“ vom 24.04.2018 vorgelegt (Anlage K28) sowie Zeugenbeweis für die vollständige Erbringung der Leistung angeboten. Zu Gunsten der Klägerin geht der Senat ohne Durchführung einer Beweisaufnahme davon aus, dass die Leistung erbracht wurde.

- Position 06.02.001: Gewachsenen Boden/Kies verwerten 6. 750,00 €

50

Mit dieser Position macht die Klägerin Schadensersatz aus entgangenem Kiesverkauf (4.500 t à 1,5 €) geltend. Die Klägerin trägt insoweit zutreffend vor, dass im Leistungsverzeichnis hinsichtlich dieser Position beschrieben ist, dass der Kies nach Abbau in das Eigentum der Klägerin übergeht und von dieser verwertet werden kann. Zur Höhe des entgangenen Gewinns wird Sachverständigenbeweis angeboten. Die Beklagte behauptet im Schriftsatz vom 31.03.2023, die Verwertung sei erst nach Ende des Gesamtaushubs vorgesehen gewesen, wozu es aufgrund der Kündigung nicht mehr gekommen sei. Ohne Durchführung der erforderlichen Beweisaufnahme bzw. einer weiteren Stellungnahme der Klägerin zum Vortrag der Beklagten zum Zeitpunkt des vorgesehenen Abbaus geht der Senat davon aus, dass der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB in der geltend gemachten Höhe besteht.

- Position 06.02.004: Bodenmaterial Z1.2 LVGBT entsorgen 15. 081,19€

51

Von dem mit dieser Position geltend gemachten Anspruch in Höhe von 33.163,28 € stehen der Klägerin 15.081,19 € zu.

52

(1) Die Klägerin hat gegen die Beklagte für die Entsorgung des Haufwerks BSP 249 einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 8.900,82 €. Die Menge von 659,32 t wurde durch Vorlage der Anlage K44 nachgewiesen.

53

Als Einheitspreis ist jedoch nur ein Betrag in Höhe von 13,5 €/t (Einheitspreis für Bodenmaterial der Klasse Z1.1 LVGBT) anzusetzen. Diesen hat die Beklagte durch Vorlage der Anlage B36, wonach die ... eine entsprechende Einstufung des Haufwerks vorgenommen hat, zugestanden.

54

Die Klägerin hat keinen Nachweis dahingehend erbracht, dass das Haufwerk BSP 249 – wie von ihr abgerechnet – der höheren Leistungsklasse Z1.2 LVGBT zuzuordnen wäre. Sie hat noch nicht einmal behauptet, dass das Material entsprechend dieser Leistungsklasse von ihr entsorgt wurde. Soweit die Klägerin der Auffassung ist, für die Einordnung der Leistungsklasse im Rahmen der Abrechnung sei das Bayerische Eckpunktepapier in der Fassung vom 07.06.2005 maßgeblich, sie dürfe daher bei der

Abrechnung eine höhere Entsorgungsklasse heranziehen, obwohl zum Zeitpunkt der Entsorgung die Eckpunkte von 2018 gegolten haben, die weniger strenge Werte vorsehen, ist dies nicht zutreffend. In Pos. 06.02.004 des Leistungsverzeichnisses vom 30.08.2017, das Vertragsbestandteil geworden ist, heißt es hierzu: „Entsorgung von Bodenmaterial (Auffüllung, bautechnisch nicht verwertbar) mit Schadstoffgehalten kleiner gleich dem Z1.2-Wert des Bayerischen Eckpunktepapiers in der aktuellen Fassung“. Der Begriff der „aktuellen Fassung“ ist dabei verständigerweise gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen, dass die jeweils aktuelle Fassung des Eckpunktepapiers zum Zeitpunkt der tatsächlichen Entsorgung und nicht – wie die Klägerin behauptet – zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gemeint ist. Denn den Parteien kam es im Zuge der Durchführung des Vertrages auf die ordnungsgemäße Entsorgung des Abbruchmaterials zum Zeitpunkt der tatsächlichen Entsorgung an. Eine Festschreibung auf den Zeitpunkt der Erstellung des Leistungsverzeichnisses oder des Vertragsschlusses findet im Vertrag – anders als bezüglich der VOB/B – hingegen gerade nicht statt. Auch ansonsten findet sich im Vertrag keine Grundlage dafür, dass für die Kalkulation der Klägerin das Bayerische Eckpunktepapier in der Fassung vom 07.06.2005 maßgeblich gewesen wäre. Ob und inwieweit die Kalkulation durch die im Leistungsverzeichnis geschätzten Mengenangaben beeinflusst wurde, ist nicht vorgetragen. Ebenso wenig, dass es zu erheblichen Mengenabweichungen bei der tatsächlichen Durchführung der Leistung gekommen wäre, was im Übrigen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B auszugleichen wäre. Der Vorstellung der Klägerin, sie dürfe anhand einer „fiktiven“ Entsorgungsklasse abrechnen, ist unzutreffend.

55

(2) Für die Entsorgung des Haufwerks BSP 251 hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 6.180,37 €. Die Menge von 252,26 t wurde durch Vorlage der Anlage K45 nachgewiesen. Als Einheitspreis ist hier ein Betrag in Höhe von 24,50 €/t (Einheitspreis für Bodenmaterial der Klasse Z1.2 LVGBT) anzusetzen, die Entsorgung in dieser Leistungsklasse ist zwischen den Parteien unstreitig.

56

(3) Eine Erhöhung des Einheitspreises in Höhe von 15 % kann die Klägerin nicht verlangen. Die Klägerin trägt hierzu vor, sie habe der Beklagten mit Schreiben vom 04.06.2019 (Anlage K42) mitgeteilt, dass sie den Einheitspreis auf 36,38 €/t anpassen musste, um die Kostensteigerung von Ende 2017 (Zeitpunkt der Kalkulation) zum Ende 2018 (Zeitpunkt der ersten Abfuhr) zu kompensieren. Dies ergebe sich aus der angefügten Rechnung nebst 15 % AGK und 10 % WuG.

57

Es ist unklar, auf welcher rechtlichen Grundlage die Klägerin die Erhöhung beansprucht. Eine Einigung mit der Beklagten hinsichtlich einer Erhöhung des Einheitspreises ist nicht vorgetragen. Ein substantiierter Vortrag zu etwaigen Ansprüchen gem. § 280 Abs. 1 BGB oder § 6 Abs. 6 Abs. 6 VOB/B fehlt. Der bloße Verweis auf eine Bauverzögerung ist nicht ausreichend. Zudem sind die kalkulatorischen Grundlagen für eine 15 %ige Erhöhung nicht dargetan, der Verweis auf eine Rechnung der Firma R.), die zudem im Zusammenhang mit der hier abgerechneten Position nur das Haufwerk 251 erfasst, ist nicht ausreichend.

- Position 06.02.010: Bauschutt Z.0 entsorgen 4.184,82 €

58

Von dem mit dieser Position geltend gemachten Anspruch in Höhe von 4.940,40 € zuzüglich einer geltend gemachten Zulage in Höhe von 8.326,22 € stehen der Klägerin 4.184,82 € zu.

59

(1) Die Mengen der Haufwerke BSP 245, BSP 246, BSP 247, BSP 263 und BSP 270 wurden seitens der Klägerin durch Vorlage der Entsorgungsnachweise (Anlagen K51, K52, K53, K54, K55) nachgewiesen.

60

(2) Hinsichtlich der Haufwerke BSP 247 und BSP 270 ist unstreitig die Leistungsklasse Z1.1 zutreffend, so dass ein Einheitspreis von 7,5 €/t anzusetzen ist. Insgesamt besteht ein Vergütungsanspruch von 3.051,45 €.

61

(3) Hinsichtlich der Haufwerke BSP 245, BSP 246 und BSP 263 hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass diese wie von ihr abgerechnet der Leistungsklasse Z1.1 zuzuordnen sind und entsprechend von ihr entsorgt wurden. Die Ausführungen zu der Einstufung gemäß dem Bayerischen Eckpunktepapier, Stand 2005, sind

unbehelflich, auf die obigen Ausführungen wird verwiesen. Anzusetzen ist die von der Beklagten zugestandene Entsorgungsklasse Z.0 mit einem Einheitspreis von 4,5 €/t (Anlage B37), womit sich ein Betrag von 1.133,37 € ergibt.

62

(4) Ein Anspruch der Klägerin auf die in Rechnung gestellte Zulage in Höhe von 8.326,22 € (zusätzliche 12,64 €/t) besteht aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Auch hier bleibt unklar, auf welcher rechtlichen Grundlage die Klägerin die Zulage beansprucht. Das Schreiben der Klägerin vom 06.08.2018 (Anlage K61) stellt lediglich ein Angebot der Klägerin bzw. eine Anmeldung von Mehrkosten dar. Dass dieses von der Beklagten angenommen wurde, wird nicht behauptet. Eine Annahme oder Billigung der konkreten Zulage ergibt sich auch nicht aus dem vorgelegten Schriftverkehr, Anlage K62. Die ... stellt in ihrer E-Mail vom 14.09.2018 eine Mehrvergütung in Aussicht, „wenn nachgewiesen ist, dass die ursprünglichen Entsorgungspreise gem. Angebot aus allein bauseits zu vertretenden Gründen nicht eingehalten werden können.“ Zwar ist unstreitig, dass sich der zunächst für November 2017 anvisierte Baubeginn auf Februar 2018 verschoben hat. Soweit ein Anspruch nach § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B oder § 280 Abs. 1 BGB in Betracht zu ziehen wäre, sind die Voraussetzungen für einen entstandenen Schaden aber nicht dargetan. Die mit der Mehrkostenanmeldung vom 06.08.2018 vorgelegte Rechnung der Firma ... vom 05.06.2018 betrifft offensichtlich ein anderes Bauvorhaben, auch differieren die Mengenangaben, so dass hieraus keine Schlüsse bezüglich der Höhe tatsächlich entstandener Kosten gezogen werden können. Für einen etwaigen Anspruch auf Nachtragsvergütung bzw. wegen Leistungsänderung wären gem. § 7 des Nachunternehmervertrages die Preisermittlungsgrundlagen des Hauptangebotes heranzuziehen. Dem genügt die Aufstellung im Schreiben vom 06.08.2018 (Anlage K61) nicht.

- Pos. 06.02.011: Bauschutt Z1.2 entsorgen: 15. 678,15 €

63

Aus dem Unterpunkt 03. der Schlussrechnung Entkernung/Sanierung/Abbruch in Höhe von 82.571,59 € stehen der Klägerin 15.678,15 € zu.

64

(1) Die Mengen der Haufwerke BSP 216, BSP 224, BSP 226 und BSP 253 wurden seitens der Klägerin durch Vorlage der Entsorgungsnachweise gem. Anlagen K63, K64, K65 und K66 nachgewiesen.

65

(2) Die Klägerin hat aber nicht nachgewiesen, dass die Haufwerke wie von ihr abgerechnet der Leistungsklasse Z1.2 zuzuordnen sind und entsprechend von ihr entsorgt wurden. Sie trägt selbst vor, dass das Material als unbedenklich (Klasse Z1.1) eingestuft wurde. Die Ausführungen zu der Einstufung als Leistungsklasse Z1.2 gemäß dem Bayerischen Eckpunktepapier, Stand 2005, sind wiederum unbehelflich, auf die obigen Ausführungen wird verwiesen. Anzusetzen ist daher für die Haufwerke BSP 216, BSP 224 und BSP 226 die von der Beklagten zugestandene Entsorgungsklasse Z1.1 mit einem Einheitspreis von 7,5 €/t (Anlage B38), womit sich ein Betrag von 14.320,95 € ergibt.

66

Für das Haufwerk BSP 253 hat die Beklagte mit Anlage B38 den Nachweis vorgelegt, dass dieses als Z.0 einzustufen ist. Anderes hat die Klägerin nicht nachgewiesen. Mit einem anzusetzenden Einheitspreis von 4,5 €/t besteht ein Anspruch auf Entsorgung für dieses Haufwerk in Höhe von 814,32 €.

67

(3) Soweit die Klägerin hinsichtlich dieser Position eine Erhöhung des Einheitspreises auf 39,50 €/t ansetzt, besteht keine rechtliche Grundlage. Die Klägerin verweist zur Begründung auf ihr Schreiben vom 04.06.2019 (Anlage K42), wonach der Einheitspreis unter Verweis auf eine Rechnung der Firma ... „anzupassen“ sei, „da die von uns kalkulierten Sondermaßnahmen seit Juni 2018 nicht mehr anfahrbar“ gewesen seien. Unabhängig davon, dass der Vortrag unsubstantiiert ist, ein Vortrag zu einer konkreten Anspruchsgrundlage, zu tatsächlich entstandenen Kosten oder zu den kalkulatorischen Grundlagen der erfolgten Erhöhung fehlt, betrifft auch die Rechnung der Firma ... nicht die in Position 06.02.011 genannten Haufwerke. Damit ist weder dem Grunde noch der Höhe nach ein Anspruch aus Vertrag, § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B oder § 280 Abs. 1 BGB dargetan.

- Position 06.02.012: Bauschutt Z.2 entsorgen: 920,10 €

68

Von dem mit dieser Position geltend gemachten Anspruch in Höhe von 4.845,86 € stehen der Klägerin 920,10 € zu.

69

(1) Die Mengen des Haufwerks BSP 260 wurde seitens der Klägerin durch Vorlage des Entsorgungsnachweises, Anlage K 72, nachgewiesen.

70

(2) Die Klägerin hat wiederum nicht nachgewiesen, dass das Haufwerk wie von ihr abgerechnet der Leistungsklasse Z.2 zuzuordnen ist und entsprechend von ihr entsorgt wurde. Die Ausführungen zu der Einstufung als Leistungsklasse Z.2 gemäß dem Bayerischen Eckpunktepapier, Stand 2005, sind unbehelflich. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen. Anzusetzen ist für das Haufwerk die von der Beklagten zugestandene Entsorgungsklasse Z1.1 (Anlage B39) mit einem Einheitspreis von 7,5 €/t, womit sich ein Betrag von 920,10 € ergibt.

71

(3) Ein Anspruch auf Erhöhung des Einheitspreises besteht auch hier nicht. Auf die Ausführungen unter Position 06.02.011 wird verwiesen. Auch hier betrifft die Rechnung der Firma ... (Anlage K42) nicht das abgerechnete Haufwerk. Substantiierter Vortrag zu Umfang und Höhe des Anspruchs fehlt.

- Position 06.02.013: Bauschutt DK 0 entsorgen: 7. 155,45 €

72

Von dem mit dieser Position geltend gemachten Anspruch in Höhe von 33.392,10 € stehen der Klägerin 7.155,45 € zu.

73

(1) Die Mengen der Haufwerke BSP 217 und BSP 236 wurden seitens der Klägerin durch Vorlage der Entsorgungsnachweise, Anlagen K75 und K 76, nachgewiesen.

74

(2) Die Klägerin hat nicht nachgewiesen, dass die Haufwerke wie von ihr abgerechnet der Leistungsklasse DK 0 zuzuordnen sind und entsprechend von ihr entsorgt wurden. Die Ausführungen zu der Einstufung als Leistungsklasse DK 0 gemäß dem Bayerischen Eckpunktepapier, Stand 2005, sind wiederum unbehelflich, auf die obigen Ausführungen wird verwiesen. Anzusetzen ist für die Haufwerke BSP 217 und BSP 236 die von der Beklagten zugestandene Entsorgungsklasse Z1.1 (Anlage B40) mit einem Einheitspreis von 7,5 €/t, womit sich ein Betrag von 7.155,45 € ergibt.

- Position 06.02.014: Bauschutt DK I entsorgen: 11. 973,00 €

75

Diese Position ist unstreitig.

- Position 06.02.021: Fräsgut/abgemeißeltes Material DK III entsorgen: 823,50 €

76

Von dem mit dieser Position geltend gemachten Anspruch in Höhe von 1.054,00 € stehen der Klägerin 823,50 € zu.

77

(1) Die Mengen des Haufwerks BSP 201 wurden seitens der Klägerin durch Vorlage des Entsorgungsnachweises, Anlage K81, nachgewiesen.

78

(2) Die Klägerin hat nicht nachgewiesen, dass die Haufwerke wie von ihr abgerechnet der Leistungsklasse DK III zuzuordnen sind und entsprechend von ihr entsorgt wurden. Der nicht aus sich heraus verständliche Hinweis auf Tabelle 2 der Deponieverordnung (Anlage K83) ist nicht ausreichend. Sachverständigenbeweis wurde nicht angeboten. Anzusetzen ist die von der ... eingeordnete und von der Beklagten zugestandene Entsorgungsklasse DK I (Anlage B41) mit einem Einheitspreis von 75,00 €/t, womit sich ein Betrag von 832,50 € ergibt.

- Position 06.02.024: Gussasphalt mit PAK bis 5 mg/kg entsorgen: 1. 894,37 €

79

Von dem mit der Unterposition 06.02.024 geltend gemachten Anspruch in Höhe von 47.750,00 € stehen der Klägerin 1.894,37 € zu.

80

(1) Die Kläger hat für die streitgegenständliche Position nicht nachgewiesen, dass sie die von ihr behauptete Menge von 441,05 t Gussasphalt für die Beklagte entsorgt hat. Tatsächlich kann aus den vorgelegten Unterlagen nur eine Menge von 38,27 t dem streitgegenständlichen Bauvorhaben zugeordnet werden (Wiegeschein 30406 und Wiegeschein 30472, Anlagen K27, K84). Im Übrigen ergeben sich aus den vorgelegten Listen und Annahmescheinen der Firma ... dass das Material von der Baustelle „...“ stammt. Soweit die Klägerin hierzu ausführt, es sei mit dem Mitarbeiter der ... Herrn ... vereinbart worden, dass das Material von der streitgegenständlichen Baustelle zur Baustelle ... verbracht wird, um es dort zu homogenisieren und anschließend zu entsorgen, kann offen bleiben, ob dies zutrifft und abfallrechtlich überhaupt zulässig wäre. Denn jedenfalls kann nach der laut Klägerin erfolgten Homogenisierung, also nach der Vermischung mit anderen Materialien, nicht mehr nachvollzogen werden, welche Massen der bei der Firma ... gewogenen Mengen tatsächlich dem streitgegenständlichen Bauvorhaben zuzuordnen sind und welche Massen dem Bauvorhaben Die Klägerin kommt ihrer Beweislast auch nicht durch Vorlage der Abfuhrliste Gussasphalt, Anlage K86, nach. Denn zum einen handelt es sich hierbei nur um eine handschriftliche Auflistung ohne Belege, die für die Mengenangabe m3 und nicht – wie abgerechnet – Tonnen ausweist. Zudem ist das erste auf der Liste aufgeführte Datum der 23.10.2018, während die ersten Wiegescheine im Rahmen der Entsorgung bereits auf den 18.10.2018 datieren. Die Auflistung hat daher keine Aussagekraft. Näherer Vortrag hierzu fehlt.

81

(2) Hinsichtlich der Höhe des Einheitspreises ist der vertraglich vereinbarte Betrag von 49,50 €/t anzusetzen. Eine erhebliche Abweichung der tatsächlich nachgewiesenen Menge von den vertraglichen Vereinbarungen liegt, wie ausgeführt, gerade nicht vor.

- Position 06.02.026: Altholz AII/III entsorgen: 462,00 €

82

Diese Position ist unstreitig.

- Position 06.02.028: Gemischte Bau- und Abbruchabfälle: 8. 111,95 €

83

Diese Position ist unstreitig.

- Position 06.02.032: PCB-haltige Materialien >50 mg/kg entsorgen: 47. 750,00 €

84

Die abgerechnete Menge von 19,1 t wurde durch Vorlage der Entsorgungsnachweise nachgewiesen (Anlage K90), der angesetzte Einheitspreis von 2.500,00 €/t ist unstreitig, so dass ein Anspruch der Klägerin in der abgerechneten Höhe besteht.

- Position 06.02.034: Entsorgung Teerkork 35. 482,50 €

85

Diese Position ist unstreitig.

- Position 06.02.035: Dämmstoffe entsorgen 1.642,50 €

86

Diese Position ist unstreitig.

e) Position 07: Regiearbeiten

Position 07.01.004: Bauwerker/Bauhelfer 1. 254,00 €

87

Die Klägerin begehrt mit dieser Position Vergütung für 33 Stunden Bauwerker/Bauhelferleistung à 38,00 €, insgesamt 1.254,00 €. Sie trägt hierzu vor, dass zum Erkunden der Spartenlage bei Pos. 05.01.001 Schürfgruben auszuführen waren, was wegen der hohen Anzahl der Sparten per Handschachtung durchgeführt werden musste. Da eine Handschachtung im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen gewesen sei, seien Mehrkosten entstanden, wobei von jeweils zwei Bauhelfern am 06.08.2018 8 Stunden, am 07.08.2018 8,5 Stunden gearbeitet worden seien. Die Klägerin verweist auf ihre Mehrkostenanmeldung vom 10.08.2018 (Anlage K93). Sie bietet für ihren Vortrag Zeugen- und Sachverständigenbeweis an.

88

Zwar hat die Klägerin keinen entsprechenden Auftrag dargelegt oder nachgewiesen. Ohne Durchführung einer zum Umfang und tatsächlichen Erbringung der Leistung an sich erforderlichen Beweisaufnahme geht der Senat zu Gunsten der Klägerin aber davon aus, dass ein Anspruch gem. § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B besteht. Der Vortrag der Klägerin ist hinreichend substantiiert dahingehend, dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift (Notwendigkeit der Leistung zur Vertragserfüllung, mutmaßlicher Wille des Auftraggebers, unverzügliches nachträgliches Anzeigen durch den Auftragnehmer, Anlage K93) vorliegen. Die Abrechnung erfolgt dann gem. § 2 Abs. 8 S. 3, Abs. 6 Nr. 2 VOB/B nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertraglichen Leistungen, die hier mit dem vertraglich vereinbarten Stundenlohn von 38 € anzusetzen sind. Der Umstand, dass entgegen den vertraglichen Vereinbarungen weder Regiezettel erstellt noch abgezeichnet wurden, hindert das Bestehen des Anspruchs nicht. Denn diese Anforderungen dienen nur dem Kontrollanspruch der Beklagten. Ob die Arbeiten aber tatsächlich erbracht und erforderlich waren, wäre vorliegend durch Beweiserhebung zu klären.

89

Ein Anspruch bezüglich der weiter abgerechneten Regiestunden besteht nicht (vgl. unten).

90

8. Hinsichtlich der weiteren mit der Schlussrechnung geltend gemachten Positionen ist kein Anspruch der Klägerin auf Werklohn gegeben. Der Senat hat im Termin zu jeder Position Hinweise erteilt.

Im Einzelnen:

a) Position 01.01.002 Baustelleneinrichtung: „ohne“: Mehrkosten lt. Schreiben vom 23.07.2018, überarbeitet mit Schreiben vom 6.3.19 ab 15.06.18, Minderauslastung Bauleitung, Minderauslastung Polier

91

Die Klägerin macht mit diesen Positionen Ansprüche für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung, für eine Minderauslastung der Bauleitung sowie einer Minderauslastung des Poliers in Höhe von 25.350,00 € geltend. Sie trägt hierzu vor, die Bauzeit hätte sich wegen diverser Verzögerungen, welche aus der Sphäre der Beklagten stammten, erheblich verlängert. Für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung habe sie mit 100,00 € kalkuliert, woraus sich bei 43 Wochen Verzögerung ein Entschädigungsanspruch in Höhe von 4.300,00 € ergebe. Die Kalkulation der Wochensollzeit für den Polier belaufe sich auf 2.600,00 €/Monat, für den Bauleiter auf 3.100,00 €/Monat. Für zusätzliche 9,5 Monate der ineffizienten Vorhaltung der Bauleitung bestehe ein Anspruch in Höhe von 30.225,00 €, für die Vorhaltung des Poliers in Höhe von 25.350,00 € (Schreiben vom 06.03.2019, Anlage K24).

92

Dieser Vortrag der Klägerin ist nicht hinreichend substantiiert, um einen Anspruch der Klägerin auf Entschädigung gem. § 642 BGB wegen gestörten Bauablaufs begründen zu können. Es fehlt jeder Vortrag, welche konkrete Pflicht die Beklagte wann verletzt hat und wie der Bauablauf der Klägerin hierdurch in welchem Zeitraum gestört wurde und es hierdurch zu einer Verzögerung kam. Der unstrittige Umstand, dass sich die Bauzeit im Vergleich zu der vertraglich vorgesehenen Laufzeit erheblich verlängert hat, genügt nicht, um einen Annahmeverzug der Beklagten feststellen zu können. Die angebotene Einvernahme der Zeugen würde auf Ausforschung hinauslaufen.

93

Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 2, § 286 BGB oder § 6 Abs. 6 VOB/B scheidet mangels konkreter Darlegung einer durch die Beklagte verletzten Haupt- oder Nebenpflicht sowie eines tatsächlich entstandenen Schadens aus. Gleiches gilt für die behaupteten Ansprüche aus Leistungsstörungenrecht, zu denen kein konkreter Vortrag der Klägerin erfolgt ist.

b) Position 03.02. Abbruch

-- Position 03.02. 001: Restabbruch ... (ehemalige ...)

94

Der in Höhe von 2.812,50 € geltend gemachte Anspruch besteht nicht. Unabhängig von fehlendem substantiierten Vortrag zur Höhe der Vergütung besteht bereits kein Anspruch dem Grunde nach, da die Beklagte wirksam außerordentlich gekündigt hat (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 4.).

-- Position 03.02.09: Abfräsen von Anstrichen ausgebauter Betonteile

95

Dies gilt ebenso für den mit dieser Position geltend gemachten Anspruch in Höhe von 330,00 €.

- Position 03.02.011: Anlieferung Material zur Errichtung der Standfläche „Spezialtiefbau“

96

Mit dieser Position (36.333,00 €) berechnet die Klägerin Anlieferung von Kies in einer Menge von 2.202 m³ zu einem Einheitspreis in Höhe von 16,50 €/m³. Als Beweis für die erbrachte Leistung werden von der Klägerin erstellte Listen vom 30.05.2018, 18.06.2018 und 18.07.2018 (Anlage K41) vorgelegt sowie Zeugen- und Sachverständigenbeweis angeboten. Der Umfang der erbrachten Arbeiten wurde von der Beklagten bestritten. Ein Anspruch besteht nicht. Es handelt sich um keinen substantiierten Vortrag. Die Klägerin hat nicht konkret dargelegt, wann welche Materiallieferungen in welcher konkreten Menge von ihr zu welchem konkreten Zweck erfolgt sind. Die vorgelegten Listen wurden von ihr erstellt, nicht von der Beklagten abgezeichnet und sind daher ohne Aussagekraft. Lieferscheine der Firma ... wurden nicht vorgelegt. Unter diesen Umständen würde die Vernehmung des angebotenen Zeugen ... auf einen Ausforschungsbeweis hinauslaufen. Auch für den angebotenen Sachverständigenbeweis fehlt es an konkreten Anknüpfungstatsachen, anhand derer ein Gutachten erstellt werden könnte. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung auf den unsubstantiierten Vortrag hingewiesen.

c) Position 04: Erd- und Transportarbeiten

- Position 04.01.004: Aushub von Böden, Bauschutt oder Auffüllungen

97

Unter dieser Position rechnet die Klägerin einen Betrag in Höhe von 7.391,08 € für den Aushub von Böden, Bauschutt oder Auffüllungen ab. Von der Klägerin ist nicht dargelegt, welche konkrete Leistung hier erbracht worden sein soll. Nachweise für die angegebenen Mengen wurden nicht vorgelegt.

- Position 04.01.005: Böschung mit Folie abdecken, räumen, entsorgen

98

Die Klägerin macht einen Anspruch auf Kündigungsvergütung in Höhe von 60,00 € geltend. Unabhängig von fehlendem substantiierten Vortrag zur Höhe der Vergütung besteht bereits kein Anspruch dem Grunde nach, da die Beklagte wirksam außerordentlich gekündigt hat (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 4.).

99

Dies gilt gleichermaßen für folgende Positionen:

- Position 04.01.006: Zusätzliche Haufwerksabdeckung

- Position 04.02.01: Verfüllen von Gruben

- Position 04.02.002: Anlieferung von Verfüllmaterial

- Position 04.04.001: Grobplanum erstellen

- Position 04.04.002: Vermessungsleistungen

- Position 05: Spezialtiefbau und Wasserhaltung

- Position 05.01.001: Schürfgruben

- Position 05.01.002: Gehwegplatten

d) Position 07: Regiearbeiten

- Position 07.01.007: Kompaktbagger/Minibagger bis 10 t

100

Der mit dieser Position von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Vergütung des Einsatzes eines Kompaktbaggers/Minibaggers bis 10 t für 3 Stunden in Höhe von 285,00 € besteht nicht. Es fehlt jeder substantiierte Vortrag der Klägerin, von wem wann der Einsatz des Geräts für welche Leistung gesondert beauftragt wurde oder für welche nicht im Leistungsverzeichnis enthaltene Arbeiten der Einsatz überhaupt erforderlich gewesen sein soll. Ein Anspruch besteht daher aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt.

- Position 07.01.008: Kettenbagger/Raupenbagger bis 25 t

101

Die Klägerin trägt zu dieser Position (Einsatz eines Kettenbaggers/Raupenbaggers bis 25 t für die Dauer von 21 h à 110,00 €) vor, bei der Kellerwand sei ein Vorsprung nach innen, ein sogenannter „Wandfundamentstiefel“ abzustemmen gewesen, was bei Vertragsschluss nicht bekannt gewesen sei. Auf „Anweisung“ sei diese Arbeit mit einem 14 t Bagger erfolgt, da mit einem größeren Gerät die Standfestigkeit der Mauer nicht gewährleistet werden konnte.

102

Der Vortrag ist unsubstantiiert. Eine konkrete Vereinbarung für eine zusätzliche Beauftragung oder einen Nachtrag wird nicht dargetan. Es erfolgt auch keine Erläuterung, welche Position des Leistungsverzeichnisses von der durchgeführten Tätigkeit betroffen ist, so dass auch keine Bewertung dahingehend erfolgen kann, ob es sich um eine Leistung gehandelt hat, die nach der konkreten Sachlage völlig ungewöhnlich und von keiner Seite zu erwarten war und daher einen Nachtrag begründen könnte (BGH Urteil vom 11.09.1993 – VII ZR 47/93). Für einen Anspruch auf Geschäftsführung ohne Auftrag sind ebenfalls weder die Voraussetzungen dem Grunde noch der Höhe nach dargetan. Eine Beweiserhebung würde auf Ausforschung hinauslaufen.

e) Nachtrag/Mehrkosten Zulage zur Entsorgung Teerkork gem. Schreiben vom 05.04.2018 ab 11 to

103

Mit dieser Position macht die Klägerin Mehrkosten für die Entsorgung von Teerkork der über 110 % hinaus gehenden, ursprünglich in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Menge in Höhe von 6.522,36 € gemäß ihrem Schreiben vom 05.04.2018 (Anlage K7) geltend.

104

Ein Anspruch gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B besteht zwar dem Grunde nach, da die tatsächliche Menge des entsorgten Teerguts von der Klägerin 94,6 t umfasste (Anlage K91), im Leistungsverzeichnis aber in der Mengenspalte nur eine Menge von 10 t angegeben war. Eine auf einer erheblichen Schätzungenauigkeit beruhende Mengenmehrung liegt damit vor.

105

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B sieht vor, dass auf Verlangen ein neuer Preis zu bilden ist, wenn die im Vordersatz des Einheitspreisvertrages genannte Menge um mehr als 10 % überschritten wird, wobei der neue Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren ist. Eine entsprechende Einigung ist von der Klägerin nicht dargetan. Das Schreiben vom 05.04.2018 (Anlage K7) stellt insofern allenfalls ein Angebot dar, dessen Annahme, sei es ausdrücklich, sei es konkludent, von der Klägerin nicht einmal behauptet wird.

106

Der Nachunternehmervertrag selbst enthält keine Regelung für die Vergütung von erheblichen Mehrmengen. § 7 Abs. 2 des Vertrages bestimmt lediglich, dass für Nachtrags-, Zusatz- und Neuaufträge die Preisermittlungsgrundlage des Hauptangebots gilt. Dies betrifft nicht eine Preisanpassung wegen reiner Mengenmehrungen.

107

Da auch die VOB/B keine deterministische Preisbestimmung enthält, ist die fehlende Vertragslücke durch ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zu schließen (BGH Urteil vom 8.8.2019, VII ZR 34/718). Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll. Für die

Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen sind daher die tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich.

108

Die Klägerin hat nicht substantiiert dargetan und bewiesen, dass ihre Kosten tatsächlich höher waren als der abgerechnete Einheitspreis. Der bloße Verweis auf ihr Schreiben vom 05.04.2018 (Anlage K7) ohne entsprechende Vorlage des Angebots der dort erwähnten Firma ... sowie der tatsächlich erfolgten Abrechnung mit dieser genügt angesichts des Bestreitens der Beklagten nicht. Der angebotene Zeugenbeweis einer „ordnungsgemäßen Abrechnung“ ist nicht tauglich und würde auf Ausforschung hinauslaufen, der angebotene Sachverständigenbeweis ist für den Nachweis der tatsächlichen Kosten nicht geeignet.

f) Nachtrag/Mehrkosten: Mehrkostenzusammenfassung vom 26.03.2018.

109

Die Klägerin macht mit dieser Forderung Ansprüche aus gestörtem Bauablauf gem. § 642 BGB in Höhe von 8.238,75 € geltend. Die Klägerin trägt hierzu vor, für den Rückbau der Tiefgarage sei ein Kettenbagger vorgesehen gewesen, die Transportgenehmigung hin zur Baustelle habe vorgelegen. Die Beklagte habe nicht die erforderlichen verkehrsrechtlichen Anordnungen beigebracht, obwohl ihr dies oblegen hätte und für den Transport erforderlich gewesen wäre. Der disponierte Bagger CAT336 sei daher auf einen Zwischenlagerplatz gefahren worden, um bei Erhalt der verkehrsrechtlichen Anordnung schnell reagieren zu können. Hierfür und für den späteren Transport zur Baustelle sei eine Transportgenehmigung erforderlich gewesen. Die Maschine sei auf dem Lagerplatz unter Pos. 07.01.0009 vorgehalten worden. Ein Termin mit dem für verkehrsrechtliche Anordnungen zuständigen Kreisverwaltungsreferat habe erst am 03.04.2018 stattfinden können. Mit Schreiben vom 26.03.2018 habe sie Behinderung angezeigt (Anlage K8). Die Mehrkosten seien mit Schreiben vom 02.05.2018 dargelegt (Anlage K9).

110

Dieser Vortrag ist nicht hinreichend substantiiert, um einen Anspruch nach § 642 BGB begründen zu können. Bereits eine konkrete von der Beklagten zu erbringende Mitwirkungshandlung ist nicht dargetan. Gemäß Position 01.01.010 war die Klägerin für die Beantragung und Umsetzung der verkehrsrechtlichen Genehmigungen verantwortlich. In der Beschreibung im Leistungsverzeichnis heißt es hierzu: „Verkehrsrechtliche Genehmigungen für die Benutzung öffentlicher Straßenräume beantragen und nachverfolgen.“ Woraus sich die Verpflichtung der Beklagten ergeben soll, die verkehrsrechtliche Anordnung durch das Kreisverwaltungsreferat für den Transport des Kettenbaggers zur Baustelle einzuholen, ist nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich. Sie ergibt sich nicht aus dem Protokoll der Baubesprechung vom 21.02.2018 (Anlage K95). Die Vorlage einer selbst gefertigten Skizze (Anlage K25) stellt kein Beweismittel dar, zumal sich hieraus auch nicht ergibt, wer für die Einholung der Genehmigung verantwortlich war. Im Schreiben der Klägerin vom 26.03.2018 (Anlage K8) hält diese schließlich selbst fest: „Für diesen Sachstand sind ausschließlich die Behörden der LHM verantwortlich.“

111

Dem Vortrag der Klägerin lässt sich auch in zeitlicher Hinsicht nicht entnehmen, wie der ursprüngliche Baulaufplan aussah, wann es konkret zu einer Behinderung durch den Auftraggeber kam und wann diese Behinderung endete. Selbst wenn eine genaue bauablaufbezogene Darstellung entbehrlich wäre, sind jedenfalls die Voraussetzungen des Annahmeverzugs darzulegen. Hieran fehlt es vorliegend.

112

Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 2, § 286 BGB oder § 6 Abs. 6 VOB/B scheidet mangels konkreter Darlegung einer durch die Beklagte verletzten Haupt- oder Nebenpflicht sowie eines tatsächlich entstandenen Schadens aus.

g) Nachtrag/Mehrkosten: Mehrkostenzusammenfassung vom 03.05.2018

113

Die Klägerin macht mit dieser Position Mehrkosten wegen gestörten Bauablaufs in Höhe von 17.220,00 € geltend. Sie trägt hierzu vor, dass im Bereich der Tiefgarage die nördliche Grenzwand nicht rückgebaut werden sollte. Die Klägerin habe daher mit Schreiben vom 18.04.2018 Bedenken angemeldet, weil die Standsicherheit der Grenzwand nicht ohne weiteres gewährleistet werden könne. Um weitere Anweisungen sei gebeten worden. Wegen der verspäteten Anordnung der Sicherung der Grenzwand durch die Beklagte

sei es zum Stillstand eines Kettenbaggers/Raupenbaggers bis 40 Tonnen für insgesamt 58 Stunden (7.830,00 €) sowie eines Kettenbaggers/Raupenbaggers bis 25 Tonnen für insgesamt 23 Stunden (6.930,00 €) gekommen. Zusätzlich sei ein Kompaktbagger/Minibagger bis 10 Tonnen 18 Stunden nicht zum Einsatz gekommen (1.710,00 €). Für Baustelleneinrichtung und Antransport seien 750,00 € an tatsächlichen Kosten anzusetzen.

114

Selbst wenn man dem Vortrag der Klägerin eine dem Beweis zugängliche Bauablaufstörung, die in den Verantwortungsbereich der Beklagten fällt, entnimmt, ist ein etwaiger Anspruch gem. § 642 BGB der Höhe nach nicht hinreichend substantiiert dargetan. Gem. § 642 BGB soll der Unternehmer einen angemessenen Ausgleich dafür erhalten, dass er während des Mitwirkungsverzuges seine Produktionsmittel unproduktiv bereit gehalten hat. Danach ist die angemessene Entschädigung gem. § 642 BGB im Ausgangspunkt daran zu orientieren, welche Anteile der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich Wagnis, Gewinn und allgemeinen Geschäftskosten auf die vom Unternehmer während des Annahmeverzugs unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Tatrichter daher festzustellen, inwieweit der Unternehmer während des Annahmeverzugs Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat, und die hierauf entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung zu berücksichtigen, wobei er nach § 287 ZPO zur Schätzung berechtigt ist (BGH NJW 2020, 1293). Der Anspruch auf Entschädigung für eine unproduktive Bereithaltung von Produktionsmitteln ist damit nicht – wie es die Klägerin annimmt – mit dem vereinbarten Preis für Regieleistungen gleichzusetzen. Vielmehr wäre von der Klägerin der Anteil der Vorhaltekosten anhand ihrer Kalkulation oder sonst nachvollziehbarer Grundlagen zur Preisermittlung darzulegen gewesen. Dies ist nicht geschehen. Auch hinreichende Schätzgrundlagen sind damit nicht dargetan.

115

Darüber hinaus ergibt sich aus der vorgelegten Anlage K11, dass jedenfalls der Kompaktbagger bis 10 t nicht still stand, sondern zum Einsatz kam und auch die Baustelleneinrichtung und Abtransport der Baumaschine erfolgten, so dass ein Anspruch gem. § 642 BGB diesbezüglich von vornherein ausscheidet. Auf welcher Grundlage für diese Positionen anderweitig ein Anspruch bestehen könnte, ist nicht vorgetragen.

h) Nachtrag/Mehrkosten: Mehrkostenanmeldung vom 22.05.2018

116

Die Klägerin rechnet mit dieser Position für den Ausbau der Dämmung mit Teerkork 14.504,60 € Mehrkosten ab. Für den Ausbau war nach Position 03.01.18 eine Detailpauschale vertraglich vereinbart worden. Ein Anspruch der Klägerin gem. § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B ist jedenfalls der Höhe nach nicht substantiiert dargetan. Unterstellt, das von der Klägerin vorgelegte Aufmaß ist zutreffend (Anlage K96) und es ergäbe sich hieraus eine so erhebliche Abweichung der ausgeführten Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung, dass ein Festhalten an der vereinbarten Detailpauschalsumme nicht zumutbar wäre (§ 313 BGB), fehlt jedenfalls ein substantiierter Vortrag zur geltend gemachten Anspruchshöhe. Gemäß § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 3 BGB ist für die Bemessung des Ausgleichs von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen, hierzu trägt die Klägerin nichts vor. Auch für die behaupteten tatsächlichen Mehrkosten fehlt jeder Nachweis. Die Vorlage der Mehrkostenanmeldung vom 22.05.2018 (Anlage K12), die sich inhaltlich weder zur Preisermittlung noch zu den tatsächlichen Kosten verhält, ist nicht ausreichend. Der angebotene Zeugenbeweis dazu, man habe sich mit der Vertreterin der ... dahingehend geeinigt, dass es sich um zu vergütende Mehrmengen handle, die nicht unter die Pauschale fallen, läuft hinsichtlich der Höhe der Forderung ins Leere. Der angebotene Zeugenbeweis, dass nach den tatsächlichen Kosten abgerechnet wurde, ist nicht geeignet und läuft auf eine Ausforschung hinaus. Für das angebotene Sachverständigengutachten fehlt es an der Darlegung tatsächlicher Anknüpfungspunkte, zu denen der Sachverständige Ausführungen machen könnte.

i) Nachtrag/Mehrkosten: Mehrkostenanmeldung vom 06.06.2018 Mehrstärke Gussasphalt

117

Die Klägerin rechnet mit dieser Position für den Ausbau von Gussasphalt 12.900,00 € an Mehrkosten ab. Für den Ausbau war nach Pos. 03.01.016 eine Detailpauschale vertraglich vereinbart worden. Ein Anspruch der Klägerin gem. § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B besteht bereits dem Grunde nach nicht. Soweit die Klägerin gemäß Schreiben vom 06.06.2018 von 750 bis 800 t auszubauenden Materials gegenüber im

Leistungsverzeichnis beschriebenen 380 t spricht (Anlage K13), ist von ihr nicht bewiesen, dass eine entsprechende Menge tatsächlich ausgebaut wurde. Die vorgelegten Fotos sind insoweit nicht aussagekräftig, zeigen sie doch allenfalls einzelne abgebrochene Gussasphaltstücke, die nicht näher zugeordnet werden können. Nach dem eigenen Vortrag im Zusammenhang mit der Entsorgung und ihrer diesbezüglich erfolgten Abrechnung (Pos. 06.02.024) wurden von der Klägerin maximal 441,05 t Material entsorgt, nachgewiesen wurden in diesem Zusammenhang nur 38,27 t (vgl. oben Ziffer 5 d, Unterpunkt Pos. 06.02.024). Eine erhebliche Abweichung ist daher nicht bewiesen, weshalb es bei der Vorschrift des § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 1 VOB/B bleibt, wonach die Vergütung unverändert bleibt, wenn als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart ist. Im Übrigen fehlt auch hier substantiierter Vortrag zur Bemessung des Ausgleichs nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 3 VOB/B. Der angebotene Zeugen- bzw. Sachverständigenbeweis war nicht zu erheben.

j) Nachtrag/Mehrkosten: Mehrkostenanmeldung vom 15.06.2018 Stillstand CAT 336 wegen mangelnder Baufreiheit

118

Die Klägerin macht mit dieser Forderung Ansprüche aus gestörtem Bauablauf gem. § 642 BGB in Höhe von 6.025,00 € geltend. Die Klägerin trägt hierzu vor, der von ihr disponierte Kettenbagger CAT 363 habe im Bereich ehemalige ... nicht wie vorgesehen eingesetzt werden können, Ausweichmöglichkeiten hätten nicht bestanden. Der Kettenbagger hätte daher vom 15.06.2018 bis 24.06.2018 stillgestanden, mithin an sechs disponierten Arbeitstagen zu je 9,5 Stunden. Hintergrund für den Stillstand des Kettenbaggers sei gewesen, dass im Bereich der ehemaligen Werkstatt (Keller) keine Baufreiheit geherrscht habe. Aufgrund einer fehlerhaften, von der Beklagten herausgegebenen Statik sei die Standsicherheit nicht gegeben gewesen.

119

Dieser Vortrag genügt nicht, um einen Entschädigungsanspruch gem. § 642 BGB begründen zu können. Ein Annahmeverzug der Beklagten ist nicht hinreichend dargetan. Es ist nicht dargelegt, wann welche konkret erforderliche Mitwirkungshandlung seitens der Beklagten nicht erfolgt ist und welche Auswirkungen dies auf den Bauablauf gehabt hat. Soweit die Klägerin auf ihren Vortrag zu Position 03.02.001 verweist, fehlen auch dort jede konkreten zeitlichen Angaben, wann Bedenken seitens der Klägerin angemeldet wurden und welche weiteren Konsequenzen sich hieraus bezogen auf die Frage des Annahmeverzugs ergeben sollen. Das in diesem Zusammenhang vorgelegte Schreiben der Klägerin, mit dem Mehrkosten angemeldet wurden, datiert auf den 04.07.2018, also nach der geltend gemachten Behinderung. Die Vernehmung der angebotenen Zeugen würde auf Ausforschung hinauslaufen, für den angebotenen Sachverständigenbeweis fehlt es an Anknüpfungstatsachen.

120

Soweit die Klägerin Mehrkosten für zusätzliche Baustelleneinrichtung/-räumung pauschal in Höhe von 1.750,00 € geltend macht, sind diese nicht nach § 642 BGB erstattbar. Die Voraussetzungen für einen Anspruch gem. § 280 Abs. 1, 2 BGB, § 286 BGB oder § 6 Abs. 6 VOB/B sind nicht dargetan. Im Übrigen fehlt auch hier jeder Vortrag zur Kalkulation des angesetzten Betrages oder den tatsächlich entstandenen zusätzlichen Kosten.

k) Mehrkostenanmeldung vom 28.08.2018: Stillstand Bagger wegen mangelnder Baufreiheit

121

Die Klägerin macht mit dieser Forderung Ansprüche aus gestörtem Bauablauf gem. § 642 BGB in Höhe von 6.930,00 € geltend. Die Klägerin trägt hierzu vor, ein Hydraulikbagger habe an 7 disponierten Arbeitstagen (20.08.2018 bis 28.08.2018) nicht eingesetzt werden können, da die Beklagte keine Spartenfreiheit in der Verbautrasse an der ... hergestellt habe, wozu sie verpflichtet gewesen sei. Im Übrigen verweist sie auf die Mehrkostenanmeldung von 28.08.2018 (Anlage K15).

122

Dieser Vortrag genügt nicht, um einen Entschädigungsanspruch gem. § 642 BGB begründen zu können, ein Annahmeverzug der Beklagten ist nicht dargetan. Die Klägerin trägt weder vor, zu welchem Zeitpunkt die behauptete Mitwirkungshandlung der Beklagten nach dem ursprünglichen Bauablaufplan hätte vorliegen sollen und wie sich die angebliche Behinderung auf den weiteren Bauablauf ausgewirkt hat, noch legt sie dar, weshalb die eingetretene Störung bzw. Verzögerung ihrerseits nicht kompensierbar war (vgl. OLG Stuttgart 17.3.2020, IBR 22, 615). Das vorgelegte Protokoll zur Baubesprechung am 14.02.2018 (Anlage

K97) hat keine Aussagekraft. Der angebotene Zeugenbeweis würde auf Ausforschung hinauslaufen. Für das angebotene Sachverständigengutachten fehlen tatsächliche Anknüpfungspunkte. Zudem erfolgte die Behinderungsanzeige erst nach dem Zeitpunkt der angegebenen Stillstandzeiten, so dass der Beklagten auch nicht die Möglichkeit eröffnet war, ihren behaupteten Mitwirkungspflichten rechtzeitig nachzukommen.

123

Aus denselben Erwägungen ist auch weder ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB, § 286 BGB noch aus § 6 Abs. 6 VOB/B gegeben.

I) Lö/La Fracht auf Zwischenlager gem. E-Mail vom 19.02.2019 und Schreiben 06.03.2019

124

Mit dieser Position berechnet die Klägerin für das Lösen und Laden von Fracht auf Zwischenlager 8.330,69 €. Ein Anspruch besteht nicht.

125

Die Beauftragung des Nachtrags erfolgte durch die Beklagte mit Email vom 19.02.2019 (Anlage K102) zwar dem Grunde nach. Eine Einigung über den von der Klägerin abgerechneten Einheitspreis von 6,40 €/t wurde aber ausweislich des E-Mailverkehrs nicht erzielt. Gemäß § 7 Abs. 2 des Nachunternehmervertrages (Anlage K1) gelten für Nachträge die Preisermittlungsgrundlage des Hauptangebots. Die Preisbildung hieran wurde von der Klägerin nicht erläutert.

126

Auch ein Beweis über die behauptete Menge des Frachtguts (1.301,67 t) wurde nicht geführt. Die vorgelegte E-Mail des Herrn ... vom 05.03.2019 (Anlage K101) benennt zwar die Anzahl der Fuhren sowie die Haufwerke, die an das Zwischenlager verbracht worden sein sollen. Inwiefern die Menge der Zwischenfuhren vollumfänglich mit den Angaben auf den Entsorgungsübersichten bezogen auf die einzelnen Haufwerke (Anlagen K98-100) übereinstimmen sollen, ist für den Senat nicht ersichtlich und von der Klägerin nicht dargelegt. Die Anzahl der behaupteten Abfuhren stimmt jedenfalls nicht mit der Anzahl der vorgelegten Entsorgungsnachweise überein. Zudem erschließt sich nicht, warum eine Verbringung auf Zwischenlager erforderlich gewesen sein soll, wenn noch am selben Tag die behauptete Entsorgung erfolgt ist.

127

9. Dem Anspruch der Klägerin in Höhe von gesamt 338.138,64 € (abzüglich 2 % Skonto in Höhe von 6.762,77 €) stehen unstreitig bereits geleistete Abschlagszahlungen in Höhe von 445.911,96 € gegenüber. Es ist damit Erfüllung eingetreten, § 362 BGB. Ein weitergehender Anspruch der Klägerin besteht nicht. Auf die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer unbestrittenen Gegenforderung in Höhe von 40.222,57 € (Anlage B28-B33) kommt es nicht an.

III.

128

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 Nr. 10, § 711 ZPO.

129

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

130

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 47 GKG, § 3 ZPO.