

OLG Hamm

Urteil

vom 09.05.2018

12 U 88/17

BGB § 631; VOB/B § 2 Abs. 5, 6

Hat ein Auftragnehmer eine Leistungsposition mit einem geringeren Einheitspreis angeboten, als ihm selbst vom Nachunternehmer angeboten worden ist, so entspricht es dem Grundverständnis von § 2 Abs. 5 VOB/B, diesen kalkulierten Verlust betragsmäßig auf den Preis der geänderten Leistung fortzuschreiben.*)

OLG Hamm, Urteil vom 09.05.2018 - 12 U 88/17 (nicht rechtskräftig)

vorhergehend:

LG Siegen, 24.07.2017 - 5 O 287/15

In dem Rechtsstreit

....

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm durch ### auf die mündliche Verhandlung vom 09.05.2018

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 24.07.2017 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Siegen abgeändert und neu gefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 125.359,93 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2012 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 39 % und die Beklagte 61 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 31 % und der Beklagten zu 69 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweiligen Gegenpartei abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

A.

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten eine Vergütung für durchgeführte Rodungsarbeiten nach Änderung der vertraglich vereinbarten Leistung geltend.

Die Beklagte ist eine Eigengesellschaft der Stadt P. Sie plante im Jahr 2011 in einem ehemaligen Waldgebiet die Errichtung des Gewerbeparks "G". Im Vorfeld der dafür erforderlichen Erschließungsmaßnahmen wurden in dem ehemaligen Waldgebiet Baumfällarbeiten durchgeführt. Danach waren im Wesentlichen nur noch nachgewachsene Sträucher, Hecken und Büsche sowie die aus dem vorangegangenen Fällen verbliebenen Wurzelstöcke zu beseitigen.

Ende November 2011 schrieb die Beklagte die Erschließungsarbeiten in mehrere Lose unterteilt öffentlich nach der VOB/A aus.

Die Position 03.01.0020 des Leistungsverzeichnisses zum Los 1 sah dabei für 125.000 m² das Roden/Fräsen der abgeholzten Waldfläche mit folgender Beschreibung vor:

"Fläche von Busch-, Hecken- und Baumbestand sowie sonstigem Aufwuchs und Astwerk bis zu einem Stammdurchmesser von 10 cm - gemessen 1 m über dem Boden - beseitigen und räumen. Das geräumte Material geht in das Eigentum des AN über.

Auf dem Gelände bestehen Wurzelstöcke von Nadel- und Laubbäumen aller Größen mit geringem bis großem Abstand, die zu roden und zu beseitigen sind.

Die Fläche hat unterschiedliche mittlere Neigungen von ca. 3 bis 5 %.

Die Fläche mit einer Wirkungstiefe von 40 cm, gemessen von der ursprünglichen Geländeoberkante bis zur Sohle der Fräsung, durch den Oberboden und den darunter befindlichen Boden so zu fräsen, dass dieser Boden in den geplanten Lärmschutzwall östlich BAB 45 eingebaut werden kann.

Die Arbeiten sind in Abhängigkeit zur Witterung abschnittsweise so durchzuführen, dass die gefrästen Bodenmengen einbaubar bleiben und nicht durch den aufgelockerten Boden eindringendes Regenwasser die Einbauqualität des Bodens gestört oder gänzlich ausgeschlossen wird.

Sollten sich größere Wurzelstöcke oder Teile von größeren Wurzelstöcken beim Fräsen lösen, sind auch diese durch Fräsung zu zerkleinern auch wenn die Frästiefe von 40 cm dann partiell überschritten wird."

Ergänzend sah Position 03.01.0030 für 50 Tonnen Wurzelstöcke unterhalb der Frästiefe vor:

"in Auf- und Abtragsbereichen freilegen, lösen, in Container verladen und abfallrechtlich unbedenklich entsorgen. Abrechnung nach Wiegescheinen"

Zudem wird die Leistung im Hinblick auf 8.000 qm "Abgeholzte Böschungfläche entlang der BAB-Trasse" in der Position 03.01.0040 wie folgt beschrieben:

"Mit Neigungen von bis zu 1:1,5 von Busch- Hecken- und Baumbestand sowie sonstigem Aufwuchs und Astwerk bis zu einem Stammdurchmesser von 10 cm - gemessen 1 m über dem Boden - beseitigen und räumen. Das geräumte Material geht in das Eigentum des AN über.

In diese Position sind ebenfalls einzurechnen:

- Auf dem Gelände bestehen Wurzelstöcke von Laubbäumen aller Größen mit geringen bis großem Abstand, die zu roden und zu beseitigen sind.
- Der Oberboden der Fläche ist in einer Tiefe von ca. 40 cm abzudecken, seitlich zu lagern und später im Lärmschutzwall oder an dessen Böschungen anzudecken.
- Nachverdichten der Flächen nach Auflockerung durch den Oberbodenabtrag und durch die Terrassierung nach Pos. 03.03.007. Bodenverdichtung der anstehenden Erdbausohle mit einer Wirkungstiefe von ca. 60 cm herstellen."

Am 10.02.2012 erhielt die Klägerin unter anderem den Zuschlag für das Los 1. Auf einer Baustellenbesprechung am 27.02.2012 wurde die Klägerin durch die Beklagte darüber informiert, dass die Baugenehmigungsbehörde in Abweichung zu der erteilten Baugenehmigung die Forderung aufgestellt habe, vor einem Durchfräsen die ersten 10 cm des Mutterbodens getrennt aufzunehmen und zu verwerten. Daraufhin unterbreitete die Klägerin der Beklagten unter dem 02.04.2012 ein Nachtragsangebot sowie zusätzlich ein Alternativangebot, welches die Klägerin unter dem 27.04.2012 noch einmal überarbeitete.

Die Beklagte ordnete an, dass die Wurzelstöcke einzeln gezogen, gehäckselt und in Mulden gelagert werden. Nach Durchführung und Abnahme der Arbeiten stellte die Klägerin der Beklagten ihre Leistungen im Los 1 unter dem 31.12.2013/14.01.2014 mit insgesamt 1.194.557,84 Euro in Rechnung. Unter Berücksichtigung einer Abschlagszahlung von 848.100,00 Euro weist die Schlussrechnung einen offenen Saldo von 346.457,84 Euro aus. Dabei rechnete die Klägerin unter der Position 001.9.2.50 für das Ziehen und Zerkleinern von 6.238,604³ Wurzelstöcken nach einem Einheitspreis von 32,00 Euro insgesamt 202.515,33 Euro netto ab.

Die Klägerin hat mit der Klage zunächst die Zahlung von 223.939,38 Euro nebst Zinsen beansprucht. Dabei hat sie die Berechnung der Klageforderung darauf gestützt, dass die Beklagte von dem sich unter Berücksichtigung des Nachlasses von 2 % ergebenden Bruttobetrag der Rechnungsposition 001.9.2.50 von 236.173,38 Euro lediglich 12.234,00 Euro anerkannt hatte. Nach teilweiser Rücknahme der Klage hat die Klägerin die Beklagte zuletzt auf Zahlung von 183.633,86 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2012 in Anspruch genommen.

Zwischen den Parteien war die Nachtragsforderung der Klägerin zur Rechnungsposition 001.9.2.50 erstinstanzlich zunächst sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach streitig. Nachdem der Senat in einem Parallelrechtsstreit eine Berechtigung der Nachtragsforderung angenommen hatte, hat die Beklagte die Nachtragsforderung der Klägerin dem Grunde nach unstreitig gestellt. Zudem haben die Parteien die Gesamtmenge des auf das Los 1 entfallenden Häckselguts auf 5.248,56³ unstreitig gestellt.

Die Klägerin hat behauptet, in einem Telefonat mit der Beklagten vom 05.04.2012 sei für die geänderte Leistung ausdrücklich ein Einheitspreis von 32,00 Euro je³ vereinbart worden.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, bei der Berechnung der Nachtragsforderung sei entsprechend der "Internen baubetrieblichen Stellungnahme" der Q GmbH vom 21.10.2015 das Vertragspreisniveau zu berücksichtigen. Allerdings sei abweichend von dieser Stellungnahme

nicht ein Preis von 0,45 Euro/³ anzusetzen, sondern nur Kosten von 0,38 Euro/³.

Das Landgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 15.05.2016 die persönlich erschienenen Vertreter der Parteien angehört. Sodann hat es der Klage in Höhe von 181.828,20 Euro nebst den beantragten Zinsen stattgegeben. Es sei zwischen den Parteien zuletzt noch streitig, ob eine konkrete Nachtragshöhe von 32,00 Euro je ³ vereinbart worden sei, ob der abgerechnete Preis des Nachunternehmers habe gekürzt werden müssen, weil der Einsatz einer kleineren und damit günstigeren Schreddermaschine geboten gewesen sei und wie die vorkalkulatorische Preisfortschreibung zu berechnen sei.

Nach Überzeugung des Gerichts sei zwischen den Parteien keine ausdrückliche Nachtragshöhe von 32,00 Euro je ³ vereinbart worden. Eine solche Vereinbarung habe vorausgesetzt, dass die Beklagte dem Preis ausdrücklich zugestimmt habe. Dies habe die Klägerin nicht hinreichend dargelegt. Eine schriftliche Bestätigung durch die Beklagte sei - auch für eine telefonische Beauftragung - nicht vorgelegt worden. Das Gericht verkenne nicht, dass eine mündliche oder schlüssige Erklärung ausreichend sei. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beklagten um eine Eigengesellschaft der Stadt P handle und beide Nachträge mit erheblichen Mehrkosten im Vergleich zu der ursprünglich angenommenen Urkalkulation verbunden gewesen seien. Nach der Überzeugung des Gerichts habe die Klägerin ohne eine schriftliche Bestätigung nicht von einem hinreichenden Rechtsbindungswillen auf einen konkreten Preis ausgehen können.

Der Klägerin stehe aufgrund des Nachtrags gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B eine Vergütung von 31,705 Euro je ³ zu. Dabei sei die ursprüngliche Auftrags- bzw. Angebotskalkulation des Auftragnehmers zu berücksichtigen. Das Gericht habe zu prüfen, ob der geltend gemachte neue Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten gerechtfertigt sei. Die Berechnung des neuen Preises habe im Wege der Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation der Klägerin zu erfolgen. Es könne dahingestellt bleiben, ob sich die Vergütungsfolgen nach § 2 Abs. 5 VOB/B oder § 2 Abs. 6 VOB/B richteten. Die Rechtsfolgen seien identisch und die Klägerin habe - wie es § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B voraussetze - ihren Anspruch mit dem Nachtragsangebot vom 02.04.2016 angekündigt.

Der von dem Nachunternehmer kalkulierte Preis sei nicht herabzusetzen. Zwar habe die Beklagte zu einer Herabsetzung nicht vorgetragen. Sie habe sich aber auf die Interne baubetriebliche Stellungnahme der Q GmbH & Co. KG berufen, nach der der Einsatz einer kleineren Schreddermaschine geboten gewesen sei. Dem könne das Gericht aber nicht folgen. Es fehle bereits eine Stellungnahme dahingehend, ob durch den Einsatz einer stärkeren Maschine ein geringerer Zeitaufwand und damit geringere Folgekosten erforderlich gewesen seien. Zudem setze sich die Stellungnahme nicht damit auseinander, ob es dem Nachunternehmer tatsächlich möglich gewesen sei, zum maßgeblichen Zeitpunkt eine solche Maschine zu einem günstigeren Preis anzumieten. Es handle sich bei den Nachunternehmerkosten aus der Sicht der Klägerin um Festkosten, auf die sie nur durch verschiedene Angebote oder Unterredungen mit dem Nachunternehmer Einfluss nehmen könne. In diesem Fall seien die Arbeiten zwischen den Parteien besprochen gewesen und die Beklagte habe nie gegen die Verwendung der Schreddermaschine Bedenken erhoben. Dies habe die Beklagte machen können und so der Klägerin die Möglichkeit zu schaffen, zu entscheiden, ob eine kostengünstigere Maschine verwendet werde.

Als Bezugspositionen kämen die Positionen 03.01.0020, 03.01.0030 und 03.01.40 des Leistungsverzeichnisses in Betracht. Die Position 03.01.0020 umfasse begrifflich nur das Fräsen und werde daher von beiden Parteien nicht mehr herangezogen.

Die Klägerin berufe sich insoweit auf die Position 03.01.0030. Diese könne nach der Überzeugung des Gerichts nicht alleine herangezogen werden. Diese sei ausdrücklich auf Einzelrodungen bezogen und nicht auf eine maschinell durchgeführte Aushebungsform ausgerichtet. Hieran ändere sich durch die Baustellenbesprechung vom 27.02.2012 nichts. Es sei nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen, dass auch die Beklagte diese Position als maßgebliche Leistungsposition habe verwenden wollen.

Die Beklagte berufe sich auf die Position 03.01.0040 und verweise auf die Leistungsbeschreibung. Deren Schlussfolgerung, dass von dieser Position auch das Ziehen der Wurzeln umfasst sei, könne allein aus diesem Abschnitt der Leistungsposition nicht gefolgert werden. Zu berücksichtigen sei dabei auch der nachfolgende Absatz, dass der Oberboden in einer Tiefe von 40 cm abzudecken und später beim Lärmschutz wieder anzudecken sei. Ein Fräsen gebe die Position daher nicht zwingend vor. Der Auftragnehmer sei frei gewesen, den Boden einheitlich zu bearbeiten, was auch das Fräsen umfasse. Dies sei aber durch die geänderte Leistungsbeschreibung nicht mehr möglich gewesen. Die alte und neue Leistung seien nicht vergleichbar. Vielmehr seien die Positionen 03.01.0040 und 03.01.0020 bis auf die Neigung identisch gewesen, wie auch der Mitarbeiter A der Beklagten bestätigt habe.

Da unstrittig eine Nachunternehmerleistung vereinbart worden sei, seien die entsprechend anfallenden Kosten anzusetzen. Der Beklagten müsse aber der Vorteil verbleiben, den die Klägerin tatsächlich in ihre Kalkulation der Position 03.01.0020 eingepreist gehabt habe. Dies sei ein Verlust von 0,25 Euro je 3 gewesen, der sich aus den veranschlagten Kosten für die Firma B von 0,38 Euro je 3 und dem Betrag von 0,13 Euro je 3 , den die Klägerin an die Beklagte habe weiterreichen wollen. Zusammen mit dem Aufschlag von 18 % seien daher 0,295 Euro abzuziehen. Bei 5.248,56 m^2 ergebe sich ein Betrag 166.405,59 Euro. Unter Berücksichtigung der von der Beklagten berücksichtigten Positionen, des vereinbarten Nachlasses von 2 % und der Mehrwertsteuer ergebe sich ein Gesamtbetrag von 181.828,20 Euro.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Das Landgericht habe zu Unrecht die Position 03.01.0040 nicht für die Berechnung der Nachtragsvergütung herangezogen. Das Landgericht habe sich auf eine Aussage des Zeugen A gestützt, die dieser so nicht getroffen habe. Die Argumentation des Landgerichts zur Neigung greife zu kurz, da die Neigung der Fläche über die einzusetzenden Geräte entscheide. Deshalb sei bei der Fläche ausdrücklich das Fräsen ausgeschrieben gewesen und bei der Position 03.01.0040 die Rodung. Zu beanstanden sei auch die Auslegung des Landgerichts, dass das Abdecken des Oberbodens gemäß Position 03.01.0040 ein Fräsen voraussetze. Die Abdeckung sei ohne Fräsung möglich gewesen und durchgeführt worden. Dies habe auch die Klägerin so gesehen, da sie das Wurzelmaterial zur Position 03.01.0040 aus der Nachtragsberechnung herausgenommen habe. Auch die ursprüngliche Nachunternehmerin habe die Position 03.01.0040 anders verstanden als die Position 03.01.0020, wie sich aus der Beschreibung der Positionen ergebe.

Die auftraggeberseitige Anordnung habe sich ausschließlich auf die Fläche gemäß Position 03.01.0020 bezogen. Dies habe seinen Grund darin gehabt, dass der Einbau von geschreddertem Wurzelmaterial in den Kern des Lärmschutzwalles unzulässig gewesen sei. Das von der Böschungsfäche generierte Material habe dagegen in der Vegetationsfläche des Lärmschutzwalles eingesetzt werden können. Diese Differenzierung sei der Klägerin auch bewusst gewesen.

Der angebotene Preis von 0,15 Euro je m^2 sei bewusst ermittelt worden. Die Klägerin habe einen Wettbewerbsfaktor von 10 % eingerechnet. Die tatsächlichen Kosten seien mit dem Faktor 0,1

multipliziert worden, um einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen.

Selbst wenn die vom Landgericht herangezogene Berechnungsmethode anzuwenden wäre, ergäbe sich ein anderes Ergebnis. Es sei nicht zu beanstanden, dass sich das Vertragspreisniveau aus der Kalkulation der Nachunternehmerleistung ergeben könne und der Tatsache Rechnung zu tragen sei, dass der Unternehmer den Preis unterhalb der Nachunternehmerangebote angeboten habe. Das Landgericht habe aber die Einheiten Quadratmeter, Kubikmeter und Tonnen undifferenziert vermischt und komme deshalb zu falschen Ergebnissen. Der "Verlust" von 0,25 Euro müsse auf den Angebotspreis von 0,13 Euro und das Nachunternehmerangebot von 0,38 Euro bezogen werden. Das Vertragspreisniveau sei als Prozentsatz zu ermitteln. Dieser werde gebildet, indem der Quotient zwischen dem angebotenen Preis und den tatsächlichen Kosten mit 100 multipliziert werde. Daraus ergebe sich ein Vertragspreisniveau von 34,2 %. Der Nachunternehmer habe seinen Preis ebenfalls auf der Basis von Kubikmetern berechnet. Der Nachunternehmerpreis von 22,87 Euro sei ortsüblich und angemessen; gleiches gelte für die Zuschläge von 18 %, sodass grundsätzlich von einem Preis von 26,99 Euro ausgegangen werden könne. Die Nachunternehmerleistung sei daher mit 17,14 Euro/³ zuzüglich eines Zuschlags von 18 % und der Eigenleistung der Klägerin von 5,01 Euro/³ zu bewerten. Nach dem ermittelten Vertragspreisniveau ergebe sich ein Einheitspreis von 8,63 Euro/³. Hiervon sei die bereits geleistete Zahlung von 10.490,48 Euro abzuziehen. Diese habe das Landgericht nicht berücksichtigt. Unter Berücksichtigung von Nachlass und Umsatzsteuer ergebe sich ein Betrag von 40.589,11 Euro. Mit dieser Berechnungsmethode der Beklagten, die auf der Nachtragsermittlung eines öffentlich bestellten Sachverständigen beruhe, habe sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt.

Die Beklagte beantragt,

unter einer Änderung des am 24.07.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Siegen die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Die Berechnungsmethode der Beklagten gehe irrig davon aus, dass die Bezugsposition für die Nachtragskalkulation die Position 03.01.0040 sei. Auch in diesem Bereich habe die Nachunternehmerin ein Fräsen der Wurzelstöcke vorgesehen, was erstinstanzlich nicht bestritten worden sei. Der dort vorhandene Damm habe vergrößert werden sollen. Aus erdstatischen Gründen habe die Erde jeweils lagenweise angeschüttet werden müssen. Diese Vorgehensweise sei im vertragsgegenständlichen Bodengutachten vorgesehen gewesen. Auf den entstehenden Treppenstufen habe eine Fräse ohne weiteres längs zum Damm fahren und fräsen können. Dies habe auch die Nachunternehmerin so gesehen, da sie den gleichen Einheitspreis wie für die Hauptfläche angeboten habe. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Beschreibung der Leistungspositionen. Die Begriffe "Roden" und "Räumen" verstanden sich rein verbal synonym. Der Begriff "Räumen" verstehe sich noch eher als flächenbezogene Leistung; eine andere Rodungsweise lasse sich dem nicht entnehmen.

Tatsächlich sei die Position 03.01.0030 für die Nachtragskalkulation relevant. Es hätten sich die

Leistungen geändert, die Gegenstand der Position 03.01.0020 und 03.01.0030 gewesen seien. Gerade die Position 03.01.0030 beinhalte das Entfernen einzelner Wurzelstockreste. Auch wenn die Position nur unterhalb von 40 cm verbleibende Wurzelstockreste umfasst habe, komme sie jedenfalls einer Einzelrodung der Hauptfläche am nächsten. Aus diesem Grund hätten die Parteien diese Position als maßgeblich erklärt. Es vermöge nicht zu überzeugen, dass das Landgericht hierin keine verbindliche Abrechnungsweise habe erkennen können. An der Besprechung seien unstreitig die relevanten Vertreter der Beklagten zugegen gewesen. Dem Protokoll sei niemals widersprochen worden. Nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens sei daher davon auszugehen, dass die Festlegung erfolgt sei. Hierfür spreche auch, dass das Nachtragsangebot keine Position für das abgeänderte Roden enthalten habe.

Der Sondervorschlag habe sich ausdrücklich auf die zuvor getroffene Vereinbarung einer Einzelrodung auf der Grundlage der Position 03.01.0030 bezogen. Dies ergebe sich aus dem Sondervorschlag selbst. Der Angebotspreis von 53,10 Euro sei derart kalkuliert worden, dass das Nachunternehmerangebot mit 18 % beaufschlagt worden sei. Der unstreitig beauftragte Sondervorschlag sei entsprechend nachkalkuliert und Zusatzleistungen hinzugerechnet worden. Der zutreffend ermittelte Einheitspreis von 32,00 Euro sei maßgeblich, zumal die Beklagte die Einzelansätze nicht mehr angreife.

Das Landgericht habe übersehen, dass die aus der geänderten Rodungsweise resultierenden Mehrkosten zunächst bei der Beklagten angefallen seien. Insoweit sei es verwunderlich, dass das Landgericht in dem Abruf der Leistungen aus dem Sondervorschlag noch keine Beauftragung der Höhe nach gesehen habe. Vom Empfängerhorizont habe die Klägerin hiervon ausgehen dürfen.

Die Beklagte habe bei ihrer Berechnung das angebliche Vertragspreisniveau zweimal in Ansatz gebracht, einmal isoliert auf den Nachunternehmeransatz und noch einmal auf die Summe auf dem bereits reduzierten Nachunternehmeransatz und der Eigenleistung der Klägerin. Tatsächlich sei nicht ersichtlich, warum überhaupt ein Vertragspreisniveau anzusetzen sei. Das Angebot des Nachunternehmers habe sich nicht auf Quadratmeter Fläche, sondern auf Kubikmeter geschreddertes Material bezogen. Hiermit habe sich die Beklagte ausdrücklich einverstanden erklärt. Damit habe sich die Vergleichbarkeit der Angebote geändert. Die unterschiedlichen Berechnungsweisen ließen sich nicht vergleichen. Die Abrechnung nach Kubikmetern mache deutlich, dass man eben nicht das Risiko habe übernehmen wollen, wieviel Wurzelmaterial anfalle.

Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass die Eigenleistungen ebenfalls vom angeblichen Vertragspreisniveau betroffen sein sollen. Es handele sich um Leistungen, die im ursprünglichen Vertrag überhaupt nicht enthalten gewesen seien.

Das von der Klägerin in Kauf genommene Risiko habe maximal 31.250,00 Euro betragen. Nach der Auffassung der Beklagte würde sich aber nunmehr ein Risiko von 110.513,68 Euro realisieren.

B.

Die zulässige Berufung ist begründet, soweit sich die Beklagte gegen eine Zahlung von mehr als 125.359,93 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2012 wendet. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet, da der Klägerin insoweit die

geltend gemachten Ansprüche zustehen.

I.

Der Klägerin steht im Hinblick auf das Freimachen der Hauptfläche ein weiterer Vergütungsanspruch in Höhe von 125.359,93 Euro zu.

1. Es ist zwischen den Parteien nicht (mehr) im Streit, dass der Klägerin aus § 631 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 2 Abs. 5 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B, Fassung 2009 (im Weiteren: VOB/B 2009) im Hinblick auf das Freimachen der Hauptfläche, das ursprünglich von den Positionen 03.01.0020 und 03.01.0030 des zum Vertragsinhalt gewordenen Angebots der Klägerin vom 12.01.2012 erfasst war, ein Vergütungsanspruch wegen geänderter Leistung nach den Maßgaben des § 2 Abs. 5 VOB/B 2009 zusteht. Die Position 03.01.0020 beinhaltete, eine Fläche 40 cm tief einschließlich der vorhandenen Wurzelstöcke zu fräsen. Nur für Wurzelstöcke unterhalb der 40 cm Frästiefe sah die Position 03.01.0030 ein Entfernen der einzelnen Wurzelstöcke vor. Angeordnet und ausgeführt wurde das Ziehen der einzelnen Wurzelstöcke bereits ab der Oberfläche. Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich einen solchen Anspruch für unstreitig erklärt, was sie in der Berufungsbegründung selbst als Anerkenntnis dem Grunde nach bewertet.

2. Auch die von der Klägerin insoweit erbrachte Leistungsmenge steht nicht mehr in Streit, nachdem die Parteien unstreitig gestellt haben, dass der hier streitgegenständlichen Leistung eine Gesamtmenge an Häckselgut von 5.248,56³ zuzuordnen ist. Ausgehend von dieser Leistungsmenge ergibt sich nach § 2 Abs. 5 VOB/B 2009 die ausgerichtete Vergütung.

a) § 2 Abs. 5 VOB/B 2009 geht - ebenso wie § 2 Abs. 6 VOB/B 2009 - grundsätzlich davon aus, dass ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten beziehungsweise nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren ist. Das Landgericht hat eine solche Einigung nicht feststellen können. An diese Feststellung ist der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Da der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt, reicht es hierfür nicht aus darzulegen, dass die Beweiswürdigung auch anders hätte vorgenommen werden können. Erforderlich ist vielmehr, konkrete Fehler wie Verstöße gegen Denkgesetze, gegen anerkannte Erfahrungssätze, gegen Verwertungsverbote aufzuzeigen oder Widersprüche oder Lücken in der Beweiswürdigung darzulegen (BGH NJW 2004, 2152 Rn. 11 ff.; KG, BauR 2011, 2006 Rn. 4).

Derartige Anhaltspunkte hat die darlegungs- und beweispflichtige Klägerin nicht dargelegt. Insoweit ist zwischen der Anordnung der geänderten Leistung und der Vereinbarung eines neuen Preises zu unterscheiden. Es ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass die Klägerin die geänderte Leistung hat ausführen sollen. Streitig ist allein, ob die Parteien auch eine Vereinbarung über die dafür zu entrichtende Vergütung getroffen haben.

aa) Ausweislich des Protokolls zum Baustellengespräch vom 27.02.2012 waren die Parteien zwar zunächst übereingekommen, das Roden und Entsorgen der Wurzelstöcke über "Wiegescheine, Pos. 3.1.30, Los 1", also nach Tonnen gemäß Wiegescheinen abzurechnen. Dem Baustellenprotokoll lässt sich indes keine endgültige Vereinbarung über den Preis der geänderten Leistung entnehmen, da ausdrücklich die kurzfristige Vorlage von Nachträgen, also Nachtragsangeboten gefordert wird. Zudem ergibt sich aus dem weiteren Schriftverkehr der Parteien, dass es am 27.02.2012 noch nicht zu einer verbindlichen Vereinbarung der Parteien

über die Ausführung der Baufeldfreimachung und einer Vereinbarung eines neuen Preises gekommen ist. So weist die Klägerin selbst in ihrem Schreiben vom 15.03.2012 darauf hin, dass die geänderte Ausführungsart dazu führe, dass "die Nachunternehmerleistungen komplett neu angefragt und verhandelt werden" müssten. Mit Schreiben vom 05.04.2012 stellt sie auf eine unklare Art der Ausführung zur Baufeldfreimachung und eine zurzeit fehlende Anordnung der Änderung ab.

bb) Dass die Beklagte das unter dem 02.04.2012 nebst Sondervorschlag übersandte Nachtragsangebot der Klägerin oder den Sondervorschlag angenommen hätte, hat die Klägerin nicht hinreichend dargelegt. Sie bezieht sich insoweit allein auf die Aufforderung zur Leistungsausführung. Diese lässt indes im Hinblick auf das nach § 1 Abs. 3 VOB/B 2009 bestehende Anordnungsrecht des Auftragsgebers keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass die Beklagte damit zugleich das Nachtragsangebot auch im Hinblick auf den angebotenen Preis angenommen hätte. Soweit die Klägerin sich erstinstanzlich auf ein Urteil des OLG Koblenz bezogen hat, betrifft dieses zusätzliche Leistungen gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B, hinsichtlich derer eine vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers zuvor nicht bestand.

So ergibt sich auch aus dem Schreiben der Stadt P vom 05.04.2012, die einheitlich die Vertragsabwicklung übernommen hatte, dass die Klägerin zwar mit der Wurzelstockrodung beginnen sollte, ein Einverständnis der Stadt P und damit der Beklagten mit dem Nachtragsangebot und dem Sondervorschlag aber gerade nicht bestand. So weist die Stadt P in diesem Schreiben darauf hin, dass das Nachtragsangebot nicht prüffähig sei und der Geschäftsführer der Klägerin eine Überarbeitung der Position 9.3.10, also des Sondervorschlags, zugesagt habe. Auch die Klägerin ist offensichtlich nur von einer Bestätigung im Hinblick auf die Art der Ausführung ausgegangen, wie sich aus ihrem Bestätigungsschreiben vom 10.04.2012 ergibt.

Mit E-Mail vom 25.04.2012 hat der für die Stadt P tätige Zeuge T ferner um Vorlage eines Nachtragsangebotes "in der abgesprochenen Form" gebeten. Ein entsprechendes Nachtragsangebot hat die Klägerin unter dem 27.04.2012 erstellt. Dass die Beklagte dieses Nachtragsangebot angenommen hätte, kann dem Vortrag der Parteien nicht entnommen werden. Insoweit fehlt es jedenfalls an substantiiertem Vortrag der Klägerin, wer wann und in welcher Form das Angebot für die Beklagte angenommen hätte.

b) Kann danach eine vertragliche Vereinbarung über den Preis für die geänderte Leistung nicht festgestellt werden, ist ein neuer Preis durch Fortschreibung der ursprünglichen Kalkulation zu ermitteln.

aa) Kommt es trotz hinreichend deutlichen Verlangens nicht zu einer Einigung zwischen den Vertragspartnern, dann ist der alte Preis nicht mehr wirksam, weil sich jedenfalls eine der Parteien mit Recht auf den Wegfall einer vertraglich ausdrücklich vereinbarten Grundlage berufen hat und die Anpassung des Preises an die wirklichen Gegebenheiten verlangt. Soweit im Vertrag ein Dritter für diesen Fall nicht bestimmt ist, ist eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Das Gericht hat zu prüfen, ob die Grundlagen des Preises durch die Änderung des Bauentwurfs geändert worden sind und gegebenenfalls zu entscheiden, ob der geltend gemachte neue Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten gerechtfertigt ist. (vgl. BGH, BauR 2013, 943 ff. Rn. 12; Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB, 18. Auflage, § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 31) Maßgebend für die Mehr- und Minderkostenermittlung im Rahmen des § 2 Abs. 5 VOB/B ist, wie der Unternehmer die Preise kalkuliert hätte, wenn ihm die Leistungsänderung von Anfang an bekannt gewesen wäre. Der kalkulatorische Ansatz für alle Mehr- und Minderkosten ist deshalb fortzuschreiben, wofür gegebenenfalls die gesamte

Angebotskalkulation offen zu legen ist. Grundlage für den neu zu bildenden Preis ist bei allen Preistypen des Bauvertrages die ursprüngliche Preisvereinbarung mit dem Auftragnehmer. (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3663 ff. Rn. 218)

Es entspricht dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien von der als Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbarten VOB/B, wie es auch in der herrschenden Meinung in der Literatur und in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Ausdruck kommt, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation der Klägerin (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat. Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt auf der von den Parteien vorausgesetzten Grundlage einer vorkalkulatorischen Preisfortschreibung in der Weise, dass - soweit wie möglich - an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position, was allerdings nicht ausschließt, dass sich die Mehr- und Minderkosten infolge einer Leistungsänderung auch in anderen Positionen ergeben können. Kostenelemente, die durch die Änderung nicht betroffen sind, bleiben grundsätzlich unverändert. Bei den betroffenen Kostenelementen muss die Auswirkung der Leistungsänderung berücksichtigt werden. Für den neu zu bildenden Einheitspreis sind grundsätzlich die gleichen Kostenansätze zu wählen wie in der vom Auftragnehmer dem Vertrag zugrunde gelegten Kalkulation. Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind. In diesen Fällen kann, soweit das mit dem sonstigen Kalkulationssystem in Einklang zu bringen ist, nach einer vergleichbaren Position in der Auftragskalkulation des gesamten Vertrages gesucht werden und anhand dieser Position die Kalkulation analog fortgeschrieben werden. Die Heranziehung einer Bezugsposition dient im Grundsatz lediglich dazu, das Vertragspreisniveau zu sichern. Bei der Frage, welche Bezugsposition herangezogen wird, müssen auch die sonstigen Umstände der gesamten Auftragskalkulation berücksichtigt werden. Es muss eine Gesamtschau erfolgen, mit der sichergestellt wird, dass der Auftragnehmer durch die Leistungsänderung keine Nachteile in Kauf nehmen muss. So ist es allgemein anerkannt, dass dem Auftragnehmer jedenfalls die Deckungsbeiträge für den Gewinn aus dem ursprünglich geschlossenen Vertrag erhalten bleiben müssen. (vgl. BGH, BauR 2013, 943 ff. Rn. 14 ff.)

bb) Ausweislich der vorgelegten Urkalkulation für die Position 03.01.0020 hat die Klägerin in die Kalkulation des Einheitspreises neben den Nachunternehmerkosten allein die Zuschläge für die Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) und die Baustellengemeinkosten (BGK) von insgesamt 18 % einberechnet. Hierbei hat es im Ansatz auch bei einer Nachtragskalkulation zu verbleiben. Dies gilt umso mehr, als weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass die Klägerin die Nachunternehmerleistungen auch zu dem ursprünglich vereinbarten Preis hätte beziehen können. Damit ist im Ausgangspunkt von dem unstrittig gezahlten Nachunternehmerpreis von 22,87 Euro/³ sowie der - auch von der Beklagten zugrunde gelegten - Vergütung für eigene Leistungen der Klägerin von 5,01 Euro auszugehen. Dass die Urkalkulation im Hinblick auf die Eigenleistung der Klägerin vergleichbare Positionen enthalten hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

cc) Das Landgericht hat es zu Recht abgelehnt, den Nachunternehmerpreis wegen des angeblichen Einsatzes eines zu leistungsstarken Schredders zu kürzen. Die Berufungsbegründung setzt sich bereits nicht mit der Argumentation des Landgerichts auseinander. Zudem hat die Beklagte weder hinreichend dargelegt noch unter Beweis gestellt, dass es der Klägerin möglich gewesen wäre, durch eine entsprechende Beauftragung einen geringeren Nachunternehmerpreis zu vereinbaren. Der Vortrag der Beklagten beschränkt sich insoweit allein auf eine (konkludente) Bezugnahme auf die interne baubetriebliche

Stellungnahme der Q GmbH & Co. KG vom 21.10.2015. Diese enthält lediglich allgemeine Berechnungen auf der "Basis der ... derzeit vorliegenden Informationen". Eine konkrete Betrachtung der Umstände zum Zeitpunkt der Leistungsänderung kann der Stellungnahme dagegen nicht entnommen werden.

dd) Entgegen der Auffassung des Landgerichts war indes keine Kürzung des Einheitspreises um 0,295 Euro/³ geboten. Das Landgericht hat insoweit offensichtlich übersehen, dass den Preisen des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses und dem Preis für die geänderte Leistung unterschiedliche Einheiten zugrunde liegen, ohne dass eine Umrechnung der Einheiten möglich ist. So berechnen sich die Einheitspreise der Position 03.01.0020 bis 03.01.0040 nach Quadratmeter und Tonnen, während der Preis für die geänderte Leistung unstreitig nach Kubikmetern abzurechnen war.

Aber auch eine prozentuale Berücksichtigung entsprechend der internen baubetrieblichen Stellungnahme der Q GmbH & Co. KG - wie sie die Beklagte geltend macht - ist nicht sachgerecht, da sie die kalkulierten Gewinne oder Verluste beziehungsweise die insoweit übernommenen Risiken nicht entsprechend der ursprünglichen Kalkulation abbildet, sondern je nach zugrundeliegenden Einheitspreisen und Massen erhöht oder verringert. Der Unternehmer hat aber bei der Kalkulation entsprechend der vorgegebenen Einheiten und Massen ein konkretes Gewinn- oder Verlustrisiko übernommen, welches im Hinblick auf Massenabweichungen durch die Regelungen in § 2 Abs. 3 VOB/B 2009 begrenzt ist. Es entspricht daher dem Grundverständnis der § 2 Abs. 3 und 5 VOB/B 2009 den kalkulierten Gewinn und Verlust betragsmäßig fortzuschreiben. § 2 Abs. 5 VOB/B billigt dem Auftragnehmer eine Mehrkostenvergütung unter Aufrechterhaltung und Fortschreibung der ursprünglichen Preiskalkulation zu, um sicherzustellen, dass das im Wettbewerb erzielte Preisniveau auch für Nachtragsforderungen erhalten bleibt, der Unternehmer also grundsätzlich über den Nachtrag weder einen nicht kalkulierten zusätzlichen Gewinn erzielt noch einen zusätzlichen Verlust erleidet. Infolge dessen bleiben auch Gewinne und Verluste des Auftragnehmers aus der Vergabe von Lieferanten- und Nachunternehmerverträgen grundsätzlich betragsmäßig erhalten (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 28.06.2012 - 16 U 831/11 -; die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 21.03.2013 - VII ZR 211/12 zurückgewiesen).

Bei der Berechnung des übernommenen Verlustrisikos ist dabei von der kalkulierten, also der ausgeschriebenen Masse von 125.000,000 m² auszugehen. Insoweit hat die Klägerin in ihre Kalkulation lediglich einen Nachunternehmerpreis von 0,13 Euro/m² eingepreist, obwohl ihr selbst diese Leistungen zu einem Preis von 0,38 Euro/m² angeboten worden sind. Die Differenz macht bei der Masse von 125.000,000 m² einen kalkulierten Gesamtverlust von netto 31.250,00 Euro aus. Dass die Klägerin auch auf die weitere entfallene Leistungsposition 03.01.0030 einen Verlust einkalkuliert hätte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Auch der Zuschlag für die Allgemeinen Betriebskosten und die Baustellengemeinkosten ist auf die kalkulierten Beträge zu begrenzen. Insbesondere die Allgemeinen Geschäftskosten fallen für den Betrieb insgesamt und nicht für einzelne Baustellen und Bauaufträge an. Dass sich die Baustellengemeinkosten oder spezifisch bei der geänderten Position kalkulierte Kosten verändert hätten oder neu angefallen wären, ist weder vorgetragen, noch ersichtlich, zumal in den geänderten Preis ein Anteil für eigene Leistungen der Klägerin, die nunmehr neu zu erbringen waren, eingerechnet wird. Unstreitig ist, dass die Klägerin mit angemessenen 18 % auf die Nachunternehmerkosten kalkuliert hat. Für die Position 03.01.0020 ergibt sich aus der vorliegenden Urkalkulation ein Zuschlag von 0,02 Euro/m². Danach ist - unter Berücksichtigung der abgeänderten Leistungspositionen 03.01.0020 und 03.01.0030 - ein Betrag von 2.905,00

Euro als Zuschlag für die Allgemeinen Betriebskosten und die Baustellengemeinkosten zu berücksichtigen:

Position 03.01.0020: $125.000,00 \text{ m}^2 \times 0,02 \text{ Euro/m}^2 = 2.500,00 \text{ Euro}$

Position 03.01.0030: $50,00 \text{ to} \times 8,10 \text{ Euro/to} = 405,00 \text{ Euro}$

2.905,00 Euro

ee) Danach ergibt sich folgender Vergütungsanspruch für die geänderte Leistung:

Nachunternehmerpreis: $5.248,56^3 \times 22,87 \text{ Euro/}^3 = 120.034,57 \text{ Euro}$

kalkulierter Verlust: - 31.250,00 Euro

zu berücksichtigende Zuschläge AGK und BGK: 2.905,00 Euro

Eigenleistungen: $5.248,56^3 \times 5,01 \text{ Euro/}^3 = 26.295,29 \text{ Euro}$

Zwischensumme: 117.984,85 Euro

2 % Nachlass: - 2.359,70 Euro

Zwischensumme: 115.625,15 Euro

Umsatzsteuer 19 %: 21.968,78 Euro

Summe: 137.593,93 Euro

3. Dieser Anspruch ist durch die geleistete Zahlung der Beklagten in Höhe von 12.234,00 Euro gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Unstreitig hat die Beklagte für die streitgegenständliche Leistung einen Betrag von 10.490,48 Euro netto in ihre Prüfrechnung eingestellt. Dieser Betrag ergibt sich aus der Summe der Positionen 03.01.0020 ("Abgeholzte Waldfläche roden/ fräsen") über 19.669,64 Euro und 04.01.0010 ("Baufeldfreimachung/ Nicht ausgeführtes Fräsen") über - 9.179,16 Euro. Unter Berücksichtigung des 2 %-igen Nachlasses und der Mehrwertsteuer ergibt sich hieraus eine Zahlung von 12.234,00 Euro (brutto).

II.

Den vom Landgericht zuerkannten Zinsanspruch hat die Beklagte mit der Berufung nicht angegriffen, sodass es dabei zu verbleiben hat.

D.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 Satz 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

E.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO.