



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 10/17

Verkündet am:
22. Oktober 2020
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

VOB/B § 2 Abs. 5, Abs. 9; ZPO §§ 92, 96

a) Die Kosten eines Privatgutachtens, die der Auftragnehmer zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, sind vom Auftraggeber nicht nach dieser Bestimmung als Teil der Mehrkosten zu erstatten.

b) Entsprechendes gilt für die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftraggeber zur Ermittlung der Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund einer verzögerten Vergabe eingeholt hat.

BGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 - VII ZR 10/17 - OLG Dresden
LG Leipzig

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. August 2020 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Sacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 30. Dezember 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung mit einer behaupteten Forderung auf Schadensersatz in Höhe von 3.032,32 € für die Kosten der Planung der Spundwandsicherung zur Zahlung eines den Betrag von 130.390,69 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 18. September 2009 übersteigenden Betrags an die Klägerin verurteilt worden ist.

Die Anschlussrevision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerde- und Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht eine restliche Vergütungsforderung aus dem Bauvorhaben "T. Süd, Neubau der Straßenüberführung S. " in L. , eine Straßenüberführung über die Gleisanlagen der D. AG im Bereich des Bayerischen Bahnhofs, geltend.
- 2 Auf die Ausschreibung der Beklagten gab die Klägerin am 15. Februar 2007 ein Angebot über 1.443.523 € ab. Die Zuschlagsfrist war auf den 2. April 2007 bestimmt. Die Geltung der VOB/B (2006) war vereinbart. In den Besonderen Vertragsbedingungen, die Teil der Ausschreibungsunterlagen waren, war vorgesehen, dass die Ausführung frühestens 36 Werktage nach Zuschlagserteilung beginnen und spätestens am 31. Juli 2008 beendet sein sollte. Nachdem die Beklagte die Bindefrist mit Zustimmung der Klägerin mehrmals verlängert hatte, erteilte sie der Klägerin am 22. Juni 2007 den Zuschlag auf ihr Angebot. Mit Schreiben vom 5. Juli 2007 übergab die Klägerin entsprechend der in den Besonderen Vertragsbedingungen niedergelegten Vertragspflicht einen an den verspäteten Zuschlag angepassten Bauablaufplan, wonach die Baustelleneinrichtung am 27. August 2007 beginnen solle und bis zur Winterpause am 19. November 2007 die Fundamente der Widerlager hergestellt würden; nach der Winterpause sollten die Arbeiten am 4. Februar 2008 wiederaufgenommen und am 17. Oktober 2008 fertiggestellt sein.
- 3 Da Schacht- und Erlaubnisscheine für die Arbeiten auf dem Gelände der D. AG nicht rechtzeitig vorlagen, war ein Baubeginn zum 27. August 2007 nicht möglich. Die Bauerlaubnis wurde seitens der Eigentümerin schließlich am 5. November 2007 erteilt; die Arbeiten begannen am 19. November 2007. Die Klägerin führte die Arbeiten bis zum 2. September 2009 aus, an dem auch die Abnahme durch die Beklagte erfolgte.

Die Klägerin meldete Mehrkostenansprüche wegen des verzögerten Zuschlags und der durch den Baustopp eingetretenen Bauverzögerung an, über die die Parteien im Rahmen der vorgerichtlichen Korrespondenz keine Einigung erzielten.

4 Mit Schlussrechnung vom 5. März 2010 ermittelte die Klägerin unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen der Beklagten eine Restforderung in Höhe von 692.803,55 €. Die Beklagte leistete darauf eine Zahlung von 55.660,84 €. Zu Titel 1.9 erfolgte eine Rechnungskürzung in Höhe von 3.032,32 € wegen eines von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruchs für Mängel an der Spundwand. Die Klägerin macht mit der Klage Mehrvergütungsansprüche geltend, die aus der verzögerten Vergabe und aus dem von der Beklagten verhängten Baustopp resultieren, daneben den Ersatz von Gutachterkosten sowie restliche Vergütungsansprüche.

5 Sie hat in erster Instanz die Zahlung eines Betrags von 600.921,74 € sowie die Feststellung gefordert, dass die Beklagte die von der Klägerin eingezahlten Gerichtskosten ab dem Zeitpunkt ihres Eingangs zu verzinsen habe. Das Landgericht hat die Beklagte unter Vorbehalt der Entscheidung über die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung in Höhe von 3.032,32 € für die Kosten der Planung der Spundwandsicherung zur Zahlung von 325.196,07 € zuzüglich Zinsen verurteilt und die beantragte Feststellung getroffen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

6 Hiergegen haben die Klägerin und die Beklagte Berufung eingelegt, die Beklagte mit dem Ziel, den unter Vorbehalt ausgeteilten Betrag um einen Betrag von 213.305,58 € zu ermäßigen und die Abweisung der Klage hinsichtlich des Feststellungsantrags zu erreichen. Die Klägerin hat eine Abänderung des landgerichtlichen Urteils dahin erstrebt, dass die Beklagte über den zuerkann-

ten Betrag hinaus zur Zahlung weiterer 134.173,12 € zuzüglich anteiliger Zinsen sowie hilfsweise zur Zahlung eines Betrags von 10.460,01 € verurteilt wird. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen die Beklagte unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils zur Zahlung von 210.896,43 € unter Vorbehalt der Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Forderung in Höhe von 3.032,32 € zuzüglich anteiliger Zinsen verurteilt und den Feststellungsantrag abgewiesen.

- 7 Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der vom Senat zugelassenen Revision, mit der sie die Aufhebung des Berufungsurteils in Höhe eines Betrags von 80.505,74 € nebst anteiliger Zinsen begehrt. Die Klägerin hat nach erfolgloser Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde Anschlussrevision erhoben, mit der sie beantragt, die Beklagte über die erfolgte Verurteilung hinaus zur Zahlung eines Betrags in Höhe von weiteren 86.456,13 € brutto zuzüglich anteiliger Zinsen zu verurteilen.

Entscheidungsgründe:

- 8 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die zulässige Anschlussrevision der Klägerin ist dagegen unbegründet.

- 9 Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung anzuwenden, Art. 229 § 39 EGBGB.

A. Revision der Beklagten

10 Die Revision der Beklagten führt in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

11 Die Beklagte wendet sich mit der Revision ausschließlich gegen die Anerkennung von Kosten für ein Privatgutachten im Umfang von 80.505,74 € brutto, welches die Klägerin in Vorbereitung auf die Schlussrechnung und zur Ermittlung der verzögerungsbedingt entstandenen Mehrkosten eingeholt hat.

I.

12 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe dem Grunde nach sowohl wegen der Vergabeverzögerung als auch wegen des Baustopps ein Anspruch auf Mehrvergütung zu. Dieser Anspruch ergebe sich für die Vergabeverzögerung aus § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) analog und für den Baustopp unmittelbar aus § 2 Nr. 5 VOB/B (2006), weil mit diesem eine Bauzeitänderung angeordnet werde, die eine Änderung im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) darstelle. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Auftragnehmer nach § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) einen Anspruch auf Erstattung der Kosten eines von ihm zur Begründung seines Nachtrags und der Schlussrechnung eingeholten Gutachtens habe, sei allerdings umstritten. Jedenfalls für den vorliegenden Fall, dass der Auftragnehmer die Nachtragsbearbeitung nicht selbst durchführen könne und sie an einen baubetrieblichen Sachverständigen vergebe, bestehe nach der überwiegenden Ansicht ein Anspruch auf Mehrkostenvergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) in Höhe der erforderlichen Kosten des Privatgutachtens. Dieser Auffassung sei zu folgen. Die Kosten der Einschaltung

von Prof. Dr. B. durch die Klägerin seien erforderlich. Die Feststellungen des Landgerichts zur Angemessenheit und zur Höhe der streitgegenständlichen Kosten des Sachverständigen seien nach § 529 Abs. 1 ZPO bindend. Es bestünden keine Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit dieser Feststellungen.

II.

13 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Kosten des von ihr eingeholten Privatgutachtens nicht zuerkannt werden.

14 1. Die Kosten eines Privatgutachtens, die der Auftragnehmer zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B (insoweit wortgleich mit der Altfassung von 2006) aufwendet, sind vom Auftraggeber nicht nach dieser Bestimmung als Teil der Mehrkosten zu erstatten. Es kann daher dahinstehen, ob die Annahme des Berufungsgerichts zutrifft, ein Baustopp in einem VOB/B-Bauvertrag habe einen Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B zur Folge, weil mit diesem eine Bauzeitänderung angeordnet werde, die als Änderung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B anzusehen sei.

15 a) Der Meinungsstand zu der Frage, ob die Kosten zur Ermittlung der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B erstattungsfähig sind, ist uneinheitlich (vgl. hierzu im Überblick Merkens, NZBau 2012, 529). Zum Teil wird eine Erstattungsfähigkeit dieser Kosten nach § 2 Abs. 5 VOB/B abgelehnt (vgl. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 2. Dezember 2015 - 11 U 102/12, BauR 2016, 1173, juris Rn. 18; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. November 2011 - VI-U (Kart)

12/11, BauR 2012, 651, juris Rn. 102; Merkens, NZBau 2012, 529, 533; Krebs/Schuller, BauR 2007, 636, 640; Weise, NJW-Spezial 2007, 444, 445; Althaus/Bartsch in Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 3. Aufl., Teil 4, Rn. 234; BeckOK VOB/B/Kandel, Stand: 31. Januar 2020, § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 89). Dagegen wird eine Erstattung dieser Kosten als Teil der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B bejaht (vgl. Kues in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl., § 2 Rn. 272, 276; Marbach, BauR 2003, 1794, 1797; Duve/Richter, BauR 2007, 1490; Jahn/Klein, NZBau 2013, 473; Duve, NJW 2014, 2992; Bahner, NZBau 2017, 738; Roquette/Viering/Leupertz, Handbuch Bauzeit, 3. Aufl., Rn. 983-986; Leinemann in Leinemann, VOB/B, 7. Aufl., § 2 Rn. 340; Genschow/Stelter, Störungen im Bauablauf, 2. Aufl., S. 100; LG Schwerin, Urteil vom 28. Juni 2017 - 3 O 162/16, NZBau 2017, 736). Teilweise wird bei den Befürwortern einer Erstattungsfähigkeit dieser Kosten danach differenziert, ob es sich um externe Kosten handelt, die grundsätzlich erstattungsfähig seien, wenn sie erforderlich seien, oder um interne Kosten, die nicht vom Auftraggeber zu vergüten seien (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 9. Januar 2013 - 1 U 1554/09, BauR 2015, 1488, juris Rn. 686; OLG Celle, Urteil vom 22. Juli 2009, BauR 2009, 1591, juris Rn. 49; Ingenstau/Korbion/Keldungs, VOB Teile A und B, 21. Aufl., § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 60 ff.; Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 7. Aufl., Rn. 1106; Beck'scher VOB/B-Kommentar/Jansen, 3. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 68a).

- 16 b) Der Senat entscheidet die Frage hinsichtlich der Kosten eines Privatgutachtens zur Ermittlung der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B dahin, dass diese nicht als Teil der Mehrkosten vom Auftraggeber zu erstatten sind. Die Kosten, die zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufgewendet werden, können nicht selbst Gegenstand dieser Vergütung sein (so auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. November 2011 - VI-U (Kart) 12/11, BauR

2012, 651, juris Rn. 102; ähnlich Weise, NJW-Spezial 2007, 444). Insbesondere handelt es sich nicht allein deswegen um "Mehrkosten" im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B, weil sie vom Auftragnehmer zunächst nicht einkalkuliert worden sind und auch nicht werden konnten (a.A. Jahn/Klein, NZBau 2013, 473, 476 f.; Duve/Richter, BauR 2007, 1490, 1493; Leinemann in Leinemann, VOB/B, 7. Aufl., § 2 Rn. 340; Ingenstau/Korbion/Keldungs, VOB Teile A und B, 21. Aufl., § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 60 ff.). § 2 Abs. 5 VOB/B regelt die Verpflichtung der Vertragsparteien zur Vereinbarung eines neuen Preises unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten, wenn durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Dies ist bei der gebotenen objektiven Auslegung dahin zu verstehen, dass die Parteien bei der Vereinbarung des neuen Preises die Mehr- und Minderkosten berücksichtigen sollen, die im Zusammenhang mit der Ausführung der betroffenen vertraglich vereinbarten Leistung anfallen. Hierzu gehören nicht die Kosten, die erforderlich sind, um im Falle einer fehlenden Vereinbarung der Parteien die geschuldete Vergütung erst zu ermitteln oder darzulegen.

- 17 c) Der Auftragnehmer kann die Kosten eines Privatgutachtens zur Ermittlung und Darlegung der nach § 2 Abs. 5 VOB/B vom Auftraggeber geschuldeten Vergütung auch nicht auf der Grundlage der Bestimmung in § 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B erstattet verlangen (a.A. Kues in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl., § 2 Rn. 277; Marbach, BauR 2003, 1794, 1800 f.). Danach hat der Auftraggeber Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, besonders den Technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte, nicht zu beschaffen hat, zu vergüten, wenn er sie vom Auftragnehmer verlangt. Ein Verlangen des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, ein Gutachten über die Höhe der nach § 2 Abs. 5 VOB/B zu beanspruchenden Vergütung vorzulegen, liegt nicht schon in

der Änderung des Bauentwurfs, einer anderen Anordnung des Auftraggebers oder der verspäteten Zuschlagserteilung, die sich auf die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung auswirkt.

18 2. Die vorstehenden Ausführungen zur Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens gelten entsprechend, soweit eine Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund einer verzögerten Vergabe in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2012 - VII ZR 202/09 Rn. 13 f., BauR 2012, 939 = NZBau 2012, 287; Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08 Rn. 42, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771; Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08 Rn. 49, BGHZ 181, 47).

19 3. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus betrachtet folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Klägerin ein Anspruch auf Erstattung der aufgewandten Gutachterkosten aus einem anderen Rechtsgrund zustehen könnte.

20 4. Danach kann das Urteil des Berufungsgerichts im angefochtenen Umfang keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsurteil ist im Umfang der Revisionsanfechtung vielmehr aufzuheben und die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses die erforderlichen Feststellungen nachholen kann.

III.

21 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

22 Die Klägerin macht den Ersatz der von ihr aufgewendeten Kosten eines Privatgutachtens zur Ermittlung und Darlegung der nach § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) oder in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) von der Beklagten geschuldeten Vergütung im Rahmen eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs geltend. Die Durchsetzung eines solchen Anspruchs kann eingeschränkt sein, soweit die geltend gemachten Kosten mit denjenigen Kosten identisch sind, die im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden können (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 - VI ZR 520/16 Rn. 18, BauR 2018, 551 = NZBau 2018, 98; Urteil vom 11. Februar 2010 - VII ZR 153/08 Rn. 13, BauR 2010, 778 = NZBau 2010, 312). Diese Einschränkung dient dazu, Unterschiede zwischen einer auf gleichem Sachverhalt beruhenden Entscheidung über den materiell-rechtlichen Anspruch einerseits und den prozessualen Kostenerstattungsanspruch andererseits zu vermeiden und räumt insoweit dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch im Grundsatz den Vorrang ein, sofern der Prozess geführt wird oder geführt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 - VI ZR 520/16 Rn. 18, BauR 2018, 551 = NZBau 2018, 98; Beschluss vom 9. Februar 2012 - VII ZB 95/09 Rn. 8, BauR 2012, 834 = NZBau 2012, 290; Urteil vom 11. Februar 2010 - VII ZR 153/08 Rn. 13, BauR 2010, 778 = NZBau 2010, 312).

23 Für einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch ist grundsätzlich kein Raum, soweit es um Kosten geht, die durch die Einleitung und Führung eines Prozesses ausgelöst werden; ihre Erstattung richtet sich nach prozessrechtlichen Grundsätzen. Anders verhält es sich mit Aufwendungen, die vor Beginn eines Prozesses gemacht werden. Sie können zwar nach Erlass einer Kostenentscheidung aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit in das Festsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO einbezogen werden, soweit sie der Vorbereitung eines konkreten bevorstehenden Rechtsstreits gedient haben (sogenannte Vorbereitungskosten). Das schließt aber nicht aus, dass diese Kos-

ten, deren Entstehungsgrund nicht der Rechtsstreit selbst ist, auch Gegenstand eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs sein können. In solchen Fällen, in denen neben dem materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch ein sich mit ihm deckender, im Kostenfestsetzungsverfahren verfolgbare prozessualer Erstattungsanspruch besteht, ist stets zu prüfen, ob für die selbständige Geltendmachung des (materiell-rechtlichen) Anspruchs ein Rechtsschutzbedürfnis vorhanden ist. Dieses wird in der Regel zu bejahen sein, wenn die vorprozessual entstandenen Aufwendungen, mögen sie auch aus nachträglicher Sicht im Ergebnis der Vorbereitung eines Rechtsstreits gedient haben, primär zu dessen Abwendung bestimmt waren (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1986 - III ZR 268/85, WM 1987, 247, juris Rn. 30 ff.).

24 Das Berufungsgericht wird ausgehend von diesen Grundsätzen unter Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber den Parteien zunächst zu prüfen haben, ob im Streitfall ein Rechtsschutzbedürfnis für die selbständige Geltendmachung eines (materiell-rechtlichen) Kostenerstattungsanspruchs besteht. Ferner wird es - sofern es dieses bejaht -, zu den rechtlichen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs, zu denen die Parteien ebenfalls noch Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen, die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu treffen haben.

25 Sollte es das Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses verneinen, wird ergänzend zu erwägen sein, ob und gegebenenfalls wie sich die Höhe der von der Klägerin vorprozessual aufgewendeten Privatgutachterkosten im Rahmen der zu treffenden Kostenentscheidung auf eine verhältnismäßige Teilung der Kosten zwischen den Parteien entsprechend den sich aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 96 ZPO ergebenden Grundgedanken auswirkt (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 1988 - IX ZR 127/87, NJW 1988, 2173, juris Rn. 30; Urteil vom 28. November 1955 - II ZR 19/55, BGHZ 19, 172, juris Rn. 14;

Stein/Jonas/Muthorst, ZPO, 23. Aufl., § 92 Rn. 8; MünchKommZPO/Schulz, 6. Aufl., § 92 Rn.12).

B. Anschlussrevision der Klägerin

I.

26 Die Anschlussrevision der Klägerin ist zulässig. Sie ist gemäß § 554 Abs. 2, 3 ZPO form- und fristgerecht eingelegt worden und betrifft hinsichtlich der geltend gemachten Mehrkosten wegen einer Zuschlagsverzögerung auch einen Lebenssachverhalt, der mit dem von der Revision erfassten Streitgegenstand in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang steht (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2019 - VII ZR 154/18 Rn. 38, BauR 2019, 1648 = NZBau 2019, 572; Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 71/15 Rn. 29, BauR 2019, 668 = NZBau 2019, 170; Urteil vom 18. September 2009 - V ZR 75/08 Rn. 27, NJW 2009, 3787; Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05 Rn. 38 ff., BGHZ 174, 244).

II.

27 Die Anschlussrevision ist in der Sache jedoch nicht begründet. Die Klägerin greift mit der Anschlussrevision zwei Positionen an, zum einen die Abweisung des Anspruchs auf Ersatz von Mehrkosten für die technische Bearbeitung in Höhe von netto 15.386 € (dazu unter 1.) und zum anderen die Abweisung des Anspruchs auf Ersatz der Kosten des Baugrubenverbaus in Höhe von netto 57.266,20 € (dazu unter 2.), zusammengerechnet brutto einen Betrag in Höhe von 86.456,13 €.

28 1. a) Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der Abweisung des Anspruchs auf Mehrkosten für die technische Bearbeitung in Höhe von netto 15.386 €, brutto 18.309,34 €, - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - ausgeführt, der Klägerin stehe kein Anspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) zu. Sie mache geltend, dass sie bei Angebotserstellung ausgehend von einem Angebot der O. GmbH (im Folgenden: O. GmbH) vom 12. Februar 2007 über pauschal 19.500 € für die statische Beratung, Ausführungsplanungen und Zeichnungen kalkuliert habe. Der Preis sei wegen vorübergehender, zuletzt nicht mehr bestehender Vakanzen bei der O. GmbH so günstig gewesen. Infolge der Verlängerung der Zuschlagsfrist habe die O. GmbH nach Zuschlagserteilung die Ausführung der Arbeiten zu dem Preis abgelehnt.

29 Ein Anspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) sei bereits dem Grunde nach nicht gegeben. Die von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten seien nicht ursächlich auf die durch den späteren Zuschlag bewirkte Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen. Die Kostensteigerung habe ihren Grund vielmehr darin, dass die Klägerin ausgehend von dem Angebot der O. GmbH mit einem den Mindestsatz der HOAI unterschreitenden Betrag kalkuliert habe. Der Klägerin habe bereits bei ihrer Angebotsabgabe kein bis zum Zeitpunkt des zunächst bestimmten Zuschlagstermins bindendes Angebot der O. GmbH vorgelegen. An der erforderlichen Kausalität fehle es aber auch deshalb, weil der Klägerin, als sie den Verlängerungen der Bindefrist zugestimmt habe, ein bindendes Angebot nicht mehr vorgelegen habe. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der O. GmbH vom 29. Juni 2007, für dessen Richtigkeit und Vollständigkeit eine tatsächliche Vermutung spreche.

30 Die Position sei auch entscheidungsreif. Es bedürfe nicht der allein auf unzulässige Ausforschung gerichteten Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen. Die pauschale Behauptung der Klägerin zu dem Grund der Absage der O. GmbH sei nicht erheblich. Der neue tatsächliche Vortrag der Klägerin im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 11. November 2016 bleibe nach § 296a ZPO unberücksichtigt, er biete keinen Anlass, die mündliche Verhandlung nach § 156 ZPO wiederzueröffnen.

31 b) Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

32 Dem Auftragnehmer kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) zustehen, soweit es infolge der verzögerten Vergabe zu einer Verschiebung der Ausführungsfristen gekommen ist. Maßgeblich für die Ermittlung der Höhe der an den Auftragnehmer zu zahlenden Mehrvergütung sind diejenigen Mehrkosten, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind. Sie ergeben sich im rechtlichen Ausgangspunkt aus der Differenz zwischen den Kosten, die beim Auftragnehmer für die Ausführung der Bauleistung tatsächlich angefallen sind, und den Kosten, die er bei Erbringung der Bauleistung in dem nach der Ausschreibung vorgesehenen Zeitraum hätte aufwenden müssen (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2012 - VII ZR 202/09 Rn. 13 f., BauR 2012, 939 = NZBau 2012, 287; Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08 Rn. 42, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771; Urteil vom 11. Mai 2009 - VII ZR 11/08 Rn. 49, BGHZ 181, 47). In Ermangelung gegenteiliger tatsächlicher Anhaltspunkte können die für die Berechnung der Mehrkosten heranzuziehenden, vom Auftragnehmer bei Einhaltung der geplanten Bauzeit zu tragenden Kosten den Marktpreisen im Zeitpunkt des geplanten Baubeginns entsprechen. Soweit der Auftragnehmer schlüssig darzulegen vermag, dass er bei geplantem Bauablauf - der Üblichkeit entsprechend oder aufgrund

besonderer Umstände im konkreten Einzelfall - Baustoffe, Material und/oder Nachunternehmerleistungen zu einem früheren Zeitpunkt oder zu anderen Preisen eingekauft hätte, ist dies maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08 Rn. 44, BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771).

33 Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin im vorliegenden Fall nicht hinreichend dargelegt hat, dass die von ihr verlangten Mehrkosten für die technische Bearbeitung auf eine Verschiebung der Ausführungszeit zurückzuführen waren. Es hat - insoweit von der Anschlussrevision nicht angegriffen - festgestellt, dass hinsichtlich der Vergütung für die technische Bearbeitung infolge der Verschiebung der Ausführungszeit keine Preissteigerung eingetreten ist. Die Mehrkosten ergeben sich nach dem Vortrag der Klägerin vielmehr daraus, dass sie infolge der Verschiebung der Ausführungszeit für die technische Bearbeitung von Mitte April 2007 auf Anfang Juli 2007 das Angebot der O. GmbH vom 12. Februar 2007 zu einem Pauschalpreis von 19.500 € nicht mehr habe annehmen können, weil sich die O. GmbH hieran zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gebunden sah. Eine Kausalität der Verschiebung der Ausführungsfrist für die geltend gemachten Mehrkosten ist bei dieser Sachlage nur dann gegeben, wenn die O. GmbH für den angedachten Ausführungszeitraum Mitte April 2007 ein bindendes Angebot zu dem genannten Pauschalpreis von 19.500 € abgegeben hat. Denn nur dann hat die Verschiebung der Ausführungsfrist im konkreten Fall Einfluss auf die von der Klägerin aufzuwendenden Kosten haben können. Dies hat die Klägerin jedoch nicht behauptet. Aus dem vorgelegten Angebot der O. GmbH vom 12. Februar 2007 ergibt sich eine solche zeitliche Angebotsbindung nicht (vgl. § 147 Abs. 2, § 148 BGB). Die Klägerin hat eine Bindungsfrist darüber hinaus auch nicht anderweit behauptet, sondern mit der Anschlussrevision vielmehr die Auffassung vertreten, auf die Frage, ob die

O. GmbH ein für den ursprünglich geplanten Ausführungsbeginn bindendes Angebot vorgelegt hatte, komme es nicht an. Sie ist darüber hinaus der Feststellung des Berufungsgerichts nicht entgegengetreten, wonach der Klägerin bereits bei Angebotsabgabe kein auch nur bis zum Zeitpunkt des zunächst bestimmten Zuschlagstermins bindendes Angebot der O. GmbH vorgelegen hat. Ein Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) scheidet daher bereits dem Grunde nach aus.

34 Auf die weiteren von der Anschlussrevision erhobenen Rügen, insbesondere zu dem als übergangen gerügten Vortrag und dem angebotenen Zeugenbeweis, kommt es danach nicht entscheidend an, weil der diesbezügliche Vortrag zugunsten der Klägerin als richtig unterstellt werden kann, ohne dass sich an dem rechtlichen Ergebnis etwas ändert.

35 2. a) Soweit es um die Erstattung der Kosten des Baugrubenverbaus - Spundbohlen in Höhe von 57.266,20 € netto, 68.146,79 € brutto, wegen verspäteten Zuschlags in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) - geht, hält das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin nicht für begründet. Diese verfolge diesen Anspruch mit der Begründung, sie sei bei der Kalkulation des Angebots von dem kostenneutralen Einsatz gebrauchter Spundbohlen bei der Herstellung des Baugrubenverbaus durch ihren Nachunternehmer P. (im Folgenden: P.) ausgegangen. Die gebrauchten Spundbohlen seien dann aber wegen der eingetretenen Verzögerung zum Zeitpunkt der Ausführung des Baugrubenverbaus wegen anderweitiger Disposition nicht mehr verfügbar gewesen, so dass sie neue Spundbohlen habe erwerben müssen.

36 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Erfordernis, neue Spundbohlen zu erwerben, beruhe nicht auf der Verschiebung der Bauzeit infolge der

Zuschlagsverzögerung. Der Inhalt des Schreibens der P. vom 26. April 2007 schließe diese Feststellung aus. Denn dort sei angegeben, dass die kalkulierten Spundbohlen auf Grund der zeitlichen Verschiebung (Verlängerung der Zuschlagsfrist) nicht mehr verfügbar seien. Weitergehende Angaben seien der P. nicht möglich gewesen. Wenn die gebrauchten Spundbohlen aber schon nach Verlängerung der Zuschlagsfrist in Unkenntnis der Auswirkungen auf die Bauzeit für ein anderes Bauvorhaben disponiert worden seien, beruhe der Erwerb weiterer Spundbohlen nicht auf der Bauzeitverschiebung, sondern auf einer abweichenden Planung anlässlich der Verschiebung des Zuschlagstermins. Das Risiko von Mehraufwendungen, die nicht durch eine Bauzeitverschiebung verursacht würden, trage der Bieter. Die insoweit darlegungsbelastete Klägerin habe darüber hinaus keinen erheblichen Vortrag gehalten. Da der Vortrag der Klägerin nicht schlüssig sei, bestehe kein Anlass die insoweit von ihr benannten Zeugen zu vernehmen. Ihre Vernehmung wäre auf eine unzulässige Ausforschung gerichtet.

37 b) Dies hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls stand.

38 Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Voraussetzungen eines Mehrvergütungsanspruchs in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) nicht vorliegen. Die von der Klägerin insoweit geltend gemachten Mehrkosten sind nicht kausal auf die Verschiebung der Ausführungsfristen zurückzuführen und damit nicht erstattungsfähig.

39 Nach der oben unter II. 1. b) dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht ein Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B (2006) nicht, wenn sich die behauptete Preissteigerung nicht durch eine Verschiebung der Ausführungsfristen, sondern lediglich durch eine Verschiebung des Zuschlags ergeben hat.

Ändern sich die Kalkulationsgrundlagen eines Bieters infolge einer Verschiebung des Zuschlags, ohne dass dies zu einer Änderung der Ausführungsfristen führt, kommt eine Preisanpassung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 82/08 Rn. 20, BGHZ 182, 218; Urteil vom 10. September 2009 - VII ZR 152/08 Rn. 30 ff., BauR 2009, 1901 = NZBau 2009, 771). So liegt der Fall hier. Die Klägerin trägt lediglich vor, dass die P. ein bis zur ursprünglichen Zuschlagsfrist am 2. April 2007 befristetes Angebot für die Verwendung gebrauchter Spundbohlen abgegeben hatte. Die Frist für die Ausführung der Arbeiten begann jedoch nicht am 2. April 2007, sondern erst sechs Wochen später. Da die P. sich bereits vor Beginn der Ausführungsfrist nicht mehr an ihr Angebot gebunden sah, spielt eine etwaige Verschiebung der Ausführungsfrist für die der Klägerin durch die anderweitige Beschaffung der Spundbohlen entstandenen Kosten keine Rolle.

40

Die Rügen der Anschlussrevision greifen nicht durch. Es kommt nicht darauf an, dass die Klägerin am 2. April 2007 in der Lage gewesen wäre, das Angebot der P. vom 7. Februar 2007 noch anzunehmen. Eine Kausalität zwischen der Verschiebung der Ausführungsfristen und den angefallenen Mehr-

kosten kann die Klägerin hiermit gerade nicht belegen. Mangels Erheblichkeit ihrer Behauptung musste das Berufungsgericht dem angebotenen Zeugenbeweis nicht nachgehen.

Pamp

Kartzke

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 10.03.2015 - 4 O 3918/10 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 30.12.2016 - 12 U 547/15 -



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 10/17

vom

2. Dezember 2020

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. Dezember 2020 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Sacher

beschlossen:

Der Leitsatz unter b) zu dem am 22. Oktober 2020 verkündeten Senatsurteil - VII ZR 10/17 - wird dahin berichtigt, dass es statt

"Auftraggeber"

richtig

"Auftragnehmer"

lauten muss.

Pamp

Kartzke

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 10.03.2015 - 4 O 3918/10 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 30.12.2016 - 12 U 547/15 -