

Fundstelle

openJur 2022, 3766

Rkr: AmtlSlg:

Tenor

- ¹ I. Auf die Berufung des Verfügungsklägers wird das am 08.07.2021 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin -20 O 117/21 - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
- ² 1. Es wird festgestellt, dass die Verfügungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80% des Betrages aus dem Angebot der Verfügungsbeklagten vom 26.02.2021 (Nachtragsangebot Nr. 12, dort Positionen 12.1. - 12.4., 12.11 und 12.12) für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX - XXX zu verlangen, soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen für den Leistungszeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 geltend macht.
- ³ 2. Es wird ferner festgestellt, dass die Verfügungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80% des Betrages aus dem Angebot der Verfügungsbeklagten vom 12.03.2021 (Nachtragsangebot Nr. 13) für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen.
- ⁴ 3. Es wird festgestellt, dass die Verfügungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80% des Betrages aus dem Angebot der Verfügungsbeklagten vom 26.02.2021 (Nachtragsangebot Nr. 12, dort Position 12.9) für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen.
- ⁵ 4. Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.
- ⁶ II. Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen werden dem Verfügungskläger zu 54 % und der Verfügungsbeklagten zu 46 % auferlegt.

Gründe

- ⁷ (Auf die Darstellung der tatsächlichen Feststellungen und etwaiger Änderungen oder Ergänzungen wird nach §§540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1, 542 Abs. 2 S. 1 ZPO verzichtet.)
- ⁸ I.
- ⁹ Das Rechtsmittel des Verfügungsklägers ist zulässig. Die gemäß §511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 517, 519, 520 ZPO.
- ¹⁰ In der Sache ist die Berufung im tenorierten Umfang begründet und im Übrigen unbegründet (vgl. Hinweise und Erörterung im Termin vom 02.11.2021).
- ¹¹ 1.
- ¹² Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (UA S. 9) fehlt es hinsichtlich der Position 12.9 des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) nicht an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis.
- ¹³ Da die einstweilige Verfügung einen Verfügungsgrund voraussetzt, kommt dem (allgemeinen) Rechtsschutzbedürfnis daneben nur noch in begrenztem Umfang Bedeutung zu, z.B., wenn der Gläubiger sein Rechtsschutzbegehren zwischenzeitlich aufgibt (vgl. G. Vollkommer in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 935 ZPO, Rn. 5 m.w.N.).
- ¹⁴ Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht gegeben.
- ¹⁵ Zu Recht verweist der Verfügungskläger darauf, dass die Verfügungsbeklagte mit der 4. Abschlussrechnung-Nr. 100 - 21 - 023 vom 05.05.2021 (Anlage AS 3a, dort S. 13) hinsichtlich des Nachtragsangebots 12 auch die Position NT 12.9 abgerechnet und zudem mit Schriftsatz vom 01.07.2021 (S. 21) erklärt hat: "Richtig ist, dass die Antragsgegnerin die unter Pos. NT 12.9 abgerechneten Leistung noch nicht erbracht hat. Die Antragsgegnerin hält an der Abrechnung dieser Position einstweilen nicht fest. Die Antragsgegnerin ist aber berechtigt, die angebotene Vergütung für diese Position gemäß § 650c Abs. 3 BGB abzurechnen, sobald die Leistungen tatsächlich erbracht werden."
- ¹⁶ Demnach hält die Verfügungsbeklagte weiterhin daran fest, dass sie insofern berechtigt ist, die angebotene Vergütung für diese Position gemäß § 650c Abs. 3 BGB abzurechnen, sobald die Leistungen tatsächlich erbracht werden, weshalb von einer Aufgabe des Rechtsschutzbegehrens seitens der Verfügungsbeklagten nicht ausgegangen werden und dem Verfügungskläger ein Rechtsschutzbedürfnis bezüglich der Klärung dieser Frage nicht abgesprochen werden kann.
- ¹⁷ 2.
- ¹⁸ Die Berufung ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet und im Übrigen unbegründet.

¹⁹ Im Einzelnen:

²⁰ a) Antrag zu 1. (Feststellung, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus den Angeboten der Verfügungsbeklagten vom 26.02.2021 (Nachtragsangebot Nr. 12, dort Positionen 12.1. - 12.4., 12.11. und 12.12.) und 12.03.2021 (Nachtragsangebot Nr. 13) für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen)

²¹ aa) Verfügungsanspruch des Verfügungsklägers

²² (1.) Bzgl. Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b)

²³ Dem Verfügungskläger steht ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.1. für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 ("120 Stk/ Wo" bzgl. einer Zulage zur Pos. 1.5.1 (des Leistungsverzeichnisses [Anlage AS 2]) 4 Stk Örtlich vorhandene 4 KPS vorhalten für die Asbestsanierung im Innenbereich und für die Fassaden im BT 1-4. Abrechnung nach Aufmass in Wochen, beginnend ab dem Anlieferungsdatum 11.09.20 auf dem Bauvorhaben.") für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 geltend macht (nachfolgend Ziffer 1.1).

²⁴ Ein weitergehender Verfügungsanspruch ist hingegen nicht gegeben. Soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 für den Zeitraum ab der Ankündigung des Anspruchs mit Schreiben vom 26.02.2021 (Anlage AS 8a) geltend macht, scheidet ein Verfügungsanspruch des Verfügungsklägers aus, weil die insofern darlegungs- und beweispflichtige Verfügungsbeklagte zur Überzeugung des Senats einen entsprechenden fälligen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 ("120 Stk/ Wo" bzgl. einer Zulage zur Pos. 1.5.1 (des Leistungsverzeichnisses [Anlage AS 2]) 4 Stk Örtlich vorhandene 4 KPS vorhalten für die Asbestsanierung im Innenbereich und für die Fassaden im BT 1-4. Abrechnung nach Aufmass in Wochen, beginnend ab dem Anlieferungsdatum 11.09.20 auf dem Bauvorhaben.") glaubhaft gemacht hat (nachfolgend Ziffer 1.2).

²⁵ (1.1)

²⁶ Dem Verfügungskläger steht ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.1. für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 zu verlangen, weil insofern ein Anspruch der Verfügungsbeklagten auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 mangels vorheriger Ankündigung gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B ausscheidet. Auch ein Anspruch aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B ist nicht gegeben.

²⁷ (1.1.1)

²⁸ Nach dem unbestrittenen Vortrag des Verfügungsklägers (Schriftsatz vom 21.06.2021, S. 2) und den nicht angegriffenen Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung (UA S. 2) haben die Parteien im Rahmen des geschlossenen Vertrags über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) die Anwendung der VOB/B vereinbart, so dass sich ein Anspruch der Verfügungsbeklagten auf Abschlagszahlungen wegen im Vertrag nicht vorgesehener Leistungen nach §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B beurteilt.

²⁹ (1.1.2)

³⁰ Soweit die Verfügungsbeklagte für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 geltend macht, scheidet ein zusätzlicher Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B aus, weil es für diesen Zeitraum an einer Ankündigung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs vor Beginn der Ausführung der Leistung seitens der Verfügungsbeklagten fehlt.

³¹ § 2 Abs. 6 VOB/B stellt in Nr. 1 S. 2 für seinen Bereich eine weitere Voraussetzung auf, um den zusätzlichen Vergütungsanspruch erfolgreich durchzusetzen: Der Auftragnehmer muss den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der zusätzlichen Leistung beginnt; insofern genügt es, wenn der Auftragnehmer seinen Anspruch sofort ankündigt, sobald er die Notwendigkeit der Zusatzleistung festgestellt hat (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 17 m.w.N.).

³² Eine solche Ankündigung ist erstmals dem Nachtragsangebot Nr. 12 vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zu entnehmen. Darin weist die Verfügungsbeklagte ausdrücklich auf die zusätzliche Vergütungspflicht gemäß "§ 2 Nr. 6 VOB/B" hin. Eine vorherige Ankündigung eines zusätzlichen Vergütungsanspruchs ist weder ersichtlich noch von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Verfügungsbeklagten dargetan.

³³ Der Unternehmer - hier die Verfügungsbeklagte - trägt die Beweislast für die Voraussetzungen von Abschlagszahlungen (Werner in Werner/ Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, S. 948, Rn. 1553). An dieser Verteilung von Darlegungs- und Beweislast ändert auch die Umkehr der prozessualen Parteirollen nichts, die mit einer negativen Feststellungsklage wie der vorliegenden verbunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 24.02.2016 - XII ZR 5/15, NJW 2016, 1441-1444, Rn. 25; BGH, Beschluss vom 22.01.2013 - XI ZR 471/11, NJW-RR 2013, 948- 949, Rn. 9 m.w.N. jeweils nach juris).

³⁴ (1.1.3)

³⁵ Auch ein Anspruch der Verfügungsbeklagten aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B scheidet insofern aus, weil wieder ersichtlich noch dargetan ist, dass diese Leistung im Zeitraum vor dem 26.02.2021 "unverzüglich angezeigt" worden ist.

³⁶ (1.2)

³⁷ Der vom Verfügungskläger weitergehend geltend gemachte Verfügungsanspruch für den Zeitraum ab dem 26.02.2021 besteht hingegen nicht, weil die insofern darlegungs- und beweispflichtige Verfügungsbeklagte zur Überzeugung des Senats einen entsprechenden fälligen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 hinreichend glaubhaft gemacht hat.

³⁸ (1.2.1)

³⁹ Die insofern beweispflichtige Verfügungsbeklagte kann gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B für den Zeitraum ab dem 26.02.2021 in Bezug auf die geltend gemachten "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) ["120 Stk/ Wo" bzgl. einer Zulage zur Pos. 1.5.1 (des Leistungsverzeichnisses [Anlage AS 2]) 4 Stk Örtlich vorhandene 4 KPS vorhalten für die Asbestsanierung im Innenbereich und für die Fassaden im BT 1-4. Abrechnung nach Aufmass in Wochen, beginnend ab dem Anlieferungsdatum 11.09.20 auf dem Bauvorhaben."] Abschlagszahlungen verlangen. Die Verfügungsbeklagte hat zur Überzeugung des Senats hinreichend glaubhaft gemacht (§ 294 ZPO), dass es sich insofern um im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehene Leistungen i.S.d. § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B handelt (nachfolgend Ziffer 1.2.1.1), eine der Abschlagszahlung entsprechende Bauleistung erbracht zu haben (nachfolgend Ziffer 1.2.1.2), eine prüfbare Aufstellung dieser Bauleistung vorgelegt (nachfolgend Ziffer 1.2.1.3) und einen Antrag auf Abschlagszahlung gestellt zu haben (nachfolgend Ziffer 1.2.1.4), wobei diese gemäß § 650c Abs. 3 S. 1 BGB 80 % der im Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.1. genannten Mehrvergütung ansetzen kann (nachfolgend Ziffer 1.2.1.5).

⁴⁰ (1.2.1.1)

⁴¹ Die Verfügungsbeklagte kann gemäß § 16 Abs. 1 VOB/B in Bezug auf die geltend gemachten "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) ["120 Stk/ Wo" bzgl. einer Zulage zur Pos. 1.5.1 (des Leistungsverzeichnisses [Anlage AS 2]) 4 Stk Örtlich vorhandene 4 KPS vorhalten für die Asbestsanierung im Innenbereich und für die Fassaden im BT 1-4. Abrechnung nach Aufmass in Wochen, beginnend ab dem Anlieferungsdatum 11.09.20 auf dem Bauvorhaben."] Abschlagszahlungen beanspruchen, weil es sich insofern um eine vom Verfügungskläger geforderte, im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehene Leistungen handelt, für diese der Verfügungsbeklagten gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B eine besondere Vergütung zusteht, die die Verfügungsbeklagte auch vor Ausführung der Leistung angekündigt hat (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B).

⁴² Vertragsgemäße Leistungen i.S.d. § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B sind grundsätzlich alle Leistungselemente, die vom Auftragnehmer im Rahmen des Bauvertrages geschuldet werden und nach § 2 Abs. 1 VOB/B von der Vergütung erfasst sind, wobei es unerheblich ist, ob es sich technisch um selbstständige oder von anderen abhängige Leistungszeile handelt. Als vertragsgemäße Leistungen sind dabei alle diejenigen anzusehen, für die dem Auftragnehmer gemäß § 2 VOB/B eine Vergütung zusteht, also auch solche nach Maßgabe von § 2 Abs. 3 bis 6 VOB/B. Sollte hier noch keine Vereinbarung über die veränderte oder zusätzliche Vergütung zustande gekommen sein, hindert dies nicht deren Anforderung durch den Auftragnehmer im Wege der Abschlagszahlung (U. Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 16 Abs. 1 VOB/B, Rn. 7 m.w.N.).

⁴³ Entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers beinhalten die zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) aufgeführten Leistungen, mithin das Vorhalten von Schleusen zur Dekontamination für Personen "KPS" ("120 Stk/ Wo" bzgl. einer Zulage zur Pos. 1.5.1 (des Leistungsverzeichnisses [Anlage AS 2]) 4 Stk Örtlich vorhandene 4 KPS vorhalten für die Asbestsanierung im Innenbereich und für die Fassaden im BT 1-4. Abrechnung nach Aufmass in Wochen, beginnend ab dem Anlieferungsdatum 11.09.20 auf dem Bauvorhaben."), im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen i.S.d. § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B (nachfolgend Ziffer 1.2.1.1.1), die dieser gefordert hat (nachfolgend Ziffer 1.2.1.1.2).

⁴⁴ (1.2.1.1.1)

⁴⁵ Ob eine Leistung zum bisher vereinbarten Vertragsinhalt gehört oder nicht, richtet sich nach dem insoweit maßgebenden Vertragsinhalt, vor allem der Leistungsbeschreibung, den Technischen Vertragsbedingungen, den Besonderen und/oder Zusätzlichen Vertragsbedingungen sowie der gewerblichen Verkehrssitte, also nach dem, was in § 2 Abs. 1 VOB/B umschrieben ist. Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung umfasst sind und welche Leistung zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Diese ist im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 4-5 m.w.N.). Nach DIN 18299 Abschn. 4.2 gehören besondere Leistungen nur dann zum Vertragsinhalt, wenn sie in der Leistungsbeschreibung besonders erwähnt werden. Es ist demnach in der einschlägigen DIN zu prüfen, ob eine Leistung Nebenleistung oder besondere Leistung ist. Ist die geforderte Leistung in der DIN als besondere Leistung gekennzeichnet und ist sie im Leistungsverzeichnis nicht erwähnt, so gehört sie nicht zum Vertragsinhalt (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 5). Von einer Zusatzleistung ist zu sprechen, wenn der bisher vorgesehene Leistungsumfang im Vertrag bzw. im Leistungsverzeichnis klar umgrenzt ist und dieser dann erweitert wird. Es ist also möglich, dass eine Zusatzleistung dadurch vorliegt, dass eine inhaltlich an sich gleiche Leistung im Umfang erweitert wird (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 6). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines vergütungspflichtigen Zusatzauftrages hat der Auftragnehmer (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 7). Dabei kommt es wesentlich darauf an, ob die bisherige Leistungsbeschreibung die betreffende Leistung schon enthält oder nicht (BGH, Urteil vom 15.12.1994 - VII ZR 140/93, BauR 1995, 237-239, Rn. 18 nach juris; Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 7 m.w.N.). Wie ausgeführt ändert an dieser Verteilung von Darlegungs- und Beweislast auch die Umkehr der prozessualen Parteirollen nichts, die mit einer negativen Feststellungsklage wie der vorliegenden verbunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 24.02.2016 - XII ZR 5/15, NJW 2016, 1441-1444, Rn. 25; BGH, Beschluss vom 22.01.2013 - XI ZR 471/11, NJW-RR 2013, 948- 949, Rn. 9 m.w.N. jeweils nach juris).

⁴⁶ Gemessen daran handelt es sich bei den im Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zu Position 12.1 aufgeführten Leistungen um zusätzliche vergütungspflichtige Leistungen i.S.d. § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B.

⁴⁷ (1.2.1.1.1)

⁴⁸ Zu Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) hat die Verfügungsbeklagte "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte", hier für das Vorhalten von Schleusen zur Dekontamination für Personen "KPS" ("120 Stk/ Wo" bzgl. einer Zulage zur Pos. 1.5.1 (des Leistungsverzeichnisses [Anlage AS 2]) 4 Stk Örtlich vorhandene 4 KPS vorhalten für die Asbestsanierung im Innenbereich und für die Fassaden im BT 1-4. Abrechnung nach Aufmass in Wochen, beginnend ab dem Anlieferungsdatum 11.09.20 auf dem Bauvorhaben.") geltend gemacht. Dass die Verfügungsbeklagte im Rahmen des geschlossenen Vertrags über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) ein Vorhalten von solchen Schleusen vergütungslos schuldet, ist weder ersichtlich noch von dem Verfügungskläger dargetan.

⁴⁹ (1.2.1.1.1.1.1)

⁵⁰ Dem Leistungsverzeichnis (Anlage AS 2) zum Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) lässt sich im Wege einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB nicht entnehmen, dass die Verfügungsbeklagte auch das Vorhalten von Schleusen zur Dekontamination für Personen "KPS" vergütungslos geschuldet hat.

⁵¹ Nach §§ 133, 157 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und demgemäß in erster Linie dieser und der ihm zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Bei seiner Willensforschung hat der Tatrichter aber auch den mit der Absprache verfolgten Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können. Dabei sind empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (BGH, Urteil vom 27.01.2010 - VIII ZR 58/09, NJW 2010, 2422-2425, Rn. 33 m.w.N. nach juris).

⁵² (1.2.1.1.1.1.1.1)

⁵³ Dem Wortlaut von Position 1.5.1 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) lässt sich nicht entnehmen, dass die Verfügungsbeklagte über das Aufbauen, Reinigen und Abbauen der Personendekontaminationseinheiten auch das Vorhalten für die Dauer der Baumaßnahmen ohne weitere Vergütung geschuldet hat. So heißt es unter Position 1.5.1 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) ausdrücklich: "Personendekontaminationseinheit 4-Kammer Industriestaubsaugervorgefertigte Elemente Schleusung 1 Person Unterdruckh. Tür Riegel L 4m B 1 m H 2 m Wasserdusche Abwasserreinigungsanlage aufbauen reinigenabbauen ... mit Reinigungsvorrichtung als Wasserdusche, einschl. Abwasserreinigungsanlage, aufbauen, reinigen, abbauen."

⁵⁴ Die danach von der Verfügungsbeklagten übernommene Leistung beschränkt sich ausdrücklich auf das "Aufbauen", "Reinigen" und "Abbauen" und umfasst gerade nicht auch das Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten für die Dauer der Baumaßnahmen.

⁵⁵ (1.2.1.1.1.1.1.2)

⁵⁶ Der Verfügungskläger zeigt auch keinerlei Umstände auf, aufgrund derer unter Berücksichtigung der mit der Absprache verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten. Solche sind auch nicht ersichtlich.

⁵⁷ Vielmehr zeigt der Umstand, dass im Leistungsverzeichnis für andere Positionen (Pos. 1.3.3: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten", Pos. 1.3.5: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten" und Pos. 1.3.7: "Stahlrohrkupplungsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten") ein Vorhalten ausdrücklich erwähnt wird, dass die Parteien hinsichtlich der für die Bauzeit vorzuhaltenden Leistungen differenziert haben und das Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten nicht vom Leistungsverzeichnis umfasst war.

⁵⁸ Soweit der Verfügungskläger darauf verweist, im Leistungsverzeichnis sei die Vorhaltung nur dann gesondert erwähnt worden, "wenn die Nutzung der entsprechenden Geräte und Anlagen auch durch Dritte zu ermöglichen war" und die hier in Rede stehenden Dekontaminationseinheiten für Personen und Material "ausschließlich durch die Verfügungsbeklagte im Rahmen ihrer eigenen Leistungserbringung genutzt" würden, überzeugt dies nicht. Entsprechendes ergibt sich schon nicht aus dem Leistungsverzeichnis (Anlage AS 2). Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass die streitgegenständlichen Personendekontaminationseinheiten, anders als die Arbeitsgerüste, im Zuge der Baumaßnahmen ausschließlich durch die Verfügungsbeklagte genutzt werden.

⁵⁹ (1.2.1.1.1.1.1.2)

⁶⁰ Eine abweichende Beurteilung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer ergänzenden Vertragsauslegung geboten, weil es insofern schon an der erforderlichen Regelungslücke im Vertrag fehlt.

- ⁶¹ Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass der Vertrag eine Regelungslücke, mithin eine planwidrige Unvollständigkeit beinhaltet. Sie ist gegeben, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan zu verwirklichen; ohne die Vervollständigung des Vertrages muss eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen sein (Ellenberger in Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 157 BGB, Rn. 3 m.w.N.).
- ⁶² An einer solchen planwidrigen Unvollständigkeit fehlt es hier. Vielmehr macht der Umstand, dass im Leistungsverzeichnis für andere Positionen (Pos. 1.3.3: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten", Pos. 1.3.5: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten" und Pos. 1.3.7: "Stahlrohrkupplungsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten") ausdrücklich ein Vorhalten der Leistung aufgeführt ist, dass die Parteien - wie ausgeführt - hinsichtlich der für die Bauzeit vorzuhaltenden Leistungen gerade differenziert haben und das Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten von der Leistungsverpflichtung der Verfügungsbeklagten nicht umfasst war.
- ⁶³ Anderes gilt auch nicht deshalb, weil ein Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten für die Dauer der Baumaßnahmen zu deren Durchführung erforderlich ist. Denn ein Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten kann durch eine zusätzlich anzufordernde und gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B vergütungspflichtige Leistung realisiert werden.
- ⁶⁴ (1.2.1.1.1.2)
- ⁶⁵ Soweit sich der Verfügungskläger darauf beruft, die Geltendmachung der vorgenannten Position sei bereits dem Grunde nach unberechtigt, da es sich hierbei um das Vorhalten von Anlagen und Geräten handele, die nur durch die Verfügungsbeklagte für die Dauer der Ausführung der Schadstoffsanierung genutzt würden, und es sich dabei um Nebenleistung gemäß DIN 18299 Ziffer 4.1.2, die nicht gesondert zu vergüten seien, handele, vermag dem der Senat nicht zu folgen.
- ⁶⁶ Nach DIN 18299 Abschn. 4.2 gehören besondere Leistungen nur dann zum Vertragsinhalt, wenn sie in der Leistungsbeschreibung besonders erwähnt werden. Es ist demnach in der einschlägigen DIN zu prüfen, ob eine Leistung Nebenleistung oder besondere Leistung ist. Ist die geforderte Leistung in der DIN als besondere Leistung gekennzeichnet und ist sie - wie hier - im Leistungsverzeichnis nicht erwähnt, so gehört sie nicht zum Vertragsinhalt (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 5).
- ⁶⁷ Gemäß Ziffer 4.2.5 DIN 18299 handelt es sich bei dem Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten für die Dauer der Baumaßnahmen nicht um Nebenleistungen, sondern vielmehr um eine besondere Leistung. Danach sind besondere Leistungen gerade "4.2.5 Besondere Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen bei Arbeiten in kontaminierten Bereichen, z. B. messtechnische Überwachung, spezifische Zusatzgeräte für Baumaschinen und Anlagen, abgeschottete Arbeitsbereiche." Zu solchen besonderen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen bei Arbeiten in kontaminierten Bereichen gehört das Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten für die Dauer der Baumaßnahmen. Dementsprechend befindet sich Position 1.5.1 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) auch im Abschnitt der besonderen Baustelleneinrichtung.
- ⁶⁸ (1.2.1.1.1.3)
- ⁶⁹ Entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers ist eine abweichende Beurteilung auch nicht im Hinblick auf die weiteren Regelungen des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) zum Umfang der "angefragten Leistungen" geboten.
- ⁷⁰ Zwar heißt es auf Seite 14 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) u.a.: "Die angefragten Leistungen umfassen unter anderem die Entkernung von Bauteilen, das Bereitstellen von Containern, von Schutz- und Hilfsmaterialien sowie erforderliche Vorhaltungen die nur zur ordnungsgemäßen Durchführung (insbesondere damit Beschädigungen vermieden werden) der nachfolgenden Demontage- und Entkernungsarbeiten erforderlich werden, sind in die Einheitspreise mit einzukalkulieren und wird nicht gesondert vergütet."
- ⁷¹ Zu Recht weist die Verfügungsbeklagte aber darauf hin, dass die hier streitgegenständlichen Schleusen schon nicht unter Schutz- und Hilfsmaterialien fallen. Rein begrifflich sind die Schleusen schon keine Materialien.
- ⁷² Darüber hinaus ist - wie ausgeführt - im Leistungsverzeichnis für andere Positionen (Pos. 1.3.3: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten", Pos. 1.3.5: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten" und Pos. 1.3.7: "Stahlrohrkupplungsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten") ausdrücklich ein Vorhalten der Leistung aufgeführt und berücksichtigt worden, so dass die Verfügungsbeklagte daraus zu Recht den Schluss ziehen durfte, dass der Verfügungskläger bei einigen Positionen, die eine Vorhaltung erfordern (wie zum Beispiel für die Schleusen), bewusst auf eine Vorhaltung verzichtet hat.

⁷³ (1.2.1.1.1.4)

⁷⁴ Soweit der Verfügungskläger darauf verweist, dass die nunmehr geltend gemachte zusätzliche Vergütung für das Vorhalten der Personendekontaminationseinheiten (Schleusen) den Betrag für den geschuldeten Aufbau, die Reinigung, den Abbau bzw. die Umsetzung der jeweiligen Anlagen um das "Vielfache" übersteige, ändert dies nichts daran, dass ein solches Vorhalten der Schleusen von dem Leistungsverzeichnis nicht umfasst ist und es sich deshalb insofern um eine zusätzliche Leistung handelt.

⁷⁵ (1.2.1.1.1.5)

⁷⁶ Soweit sich der Verfügungskläger auf die Regelungen auf Seite 9-10 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) zu Ziffer "0.3 Baustelleneinrichtung des AN" beruft, worin es heißt, "soweit nicht anders beschrieben, umfasst die Baustelleneinrichtung für den AN den Auf- und Abbau, den An- und Abtransport, sowie die Vorhaltung unter anderem von: ... - Sicherheitseinrichtungen sprechen den gesetzlichen Bestimmungen", rechtfertigt dies gleichfalls keine abweichende Beurteilung im Hinblick auf § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B.

⁷⁷ Dass die streitgegenständlichen Personendekontaminationseinheiten (Schleusen) nicht unter diese Regelung fallen, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass in Position 1.5.1 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) der Aufbau, das Reinigen und das Abbauen eine gesonderte Regelung erfahren haben.

⁷⁸ So heißt es dort ausdrücklich: "Personendekontaminationseinheit 4-Kammer Industriestaubsaugervorgefertigte Elemente Schleusung 1 Person Unterdruckh. Tür Riegel L 4m B 1 m H 2 m Wasserdusche Abwasserreinigungsanlage aufbauen reinigen abbauen ... mit Reinigungsvorrichtung als Wasserdusche, einschl. Abwasserreinigungsanlage, aufbauen, reinigen, abbauen."

⁷⁹ Diese Regelung zum Aufbau, der Reinigung und dem Abbau hätte es nicht bedurft, wenn die streitgegenständlichen Personendekontaminationseinheiten (Schleusen) bereits Gegenstand der Regelungen auf Seite 9-10 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) zu Ziffer "0.3 Baustelleneinrichtung des AN" gewesen wären. Jedenfalls konnte und durfte die Verfügungsbeklagte aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) vor dem Hintergrund der gesonderten Regelung in Position 1.5.1 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) die Regelung zu Ziffer "0.3 Baustelleneinrichtung des AN" dahingehend verstehen, dass diese nicht die streitgegenständlichen Personendekontaminationseinheiten (Schleusen) umfasst.

⁸⁰ (1.2.1.1.1.6)

⁸¹ Soweit sich der Verfügungskläger im Übrigen darauf beruft, für die Verfügungsbeklagte sei zumindest erkennbar gewesen, dass das Leistungsverzeichnis insoweit lückenhaft sei, wenn dort noch die "Vorhaltung hätte aufgenommen werden sollen", vermag dem der Senat aus den vorstehenden Gründen zu Ziffer (1.2.1.1.1.3) nicht zu folgen.

⁸² Aus dem Umstand, dass im Leistungsverzeichnis einerseits für die streitgegenständlichen Schleusen die Leistungsverpflichtung der Verfügungsbeklagten gemäß Position 1.5.1 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) ausdrücklich auf das "Aufbauen", "Reinigen" und "Abbauen" beschränkt und andererseits für andere Positionen (Pos. 1.3.3: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten", Pos. 1.3.5: "Arbeitsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten" und Pos. 1.3.7: "Stahlrohrkupplungsgerüst ... während der gesamten benötigten Bauzeit vorhalten") ausdrücklich ein Vorhalten der Leistung aufgeführt und berücksichtigt worden ist, durfte die Verfügungsbeklagte vielmehr zu Recht den Schluss ziehen, dass der Verfügungskläger bei einigen Positionen, die eine Vorhaltung erfordern (wie zum Beispiel für die Schleusen), bewusst auf eine Vorhaltung verzichtet hat.

⁸³ Im Übrigen gibt es auch keine Auslegungsregel, wonach ein Vertrag mit einer - hier nicht gegebenen - unklaren Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftragnehmers auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten vor der Abgabe seines Angebots nicht aufklärt (BGH, Urteil vom 12.09.2013 - VII ZR 227/11, NJW 2013, 3511-3513, Rn. 17 m.w.N. nach juris).

⁸⁴ (1.2.1.1.2)

⁸⁵ Vorliegend mangelt es auch nicht an der gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B erforderlichen Forderung dieser zusätzlichen Leistung seitens des Verfügungsklägers.

⁸⁶ Grundlegende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 6 VOB/B ist, dass an den Auftragnehmer durch den Auftraggeber oder dessen bevollmächtigten Vertreter das Verlangen auf Ausführung der bisher im Bauvertrag nicht vorgesehenen Leistung gestellt wird. Eine Bedarfsposition ist zu aktivieren, d. h. sie ist durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Auftraggebers in Auftrag zu geben. § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B setzt ein nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgtes eindeutiges und bestimmtes Verlangen des Auftraggebers voraus, das auf die Erbringung einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung gerichtet ist (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 8 m.w.N.).

⁸⁷ Eine solche Leistungsaufforderung ist hier gegeben. Ausweislich der vom Verfügungskläger unterzeichneten "Entscheidungsvorlage Vertragserweiterung EVVE Bau Nr. 21.009 vom 20.05.2021 (Anlage AG 9) hat der Verfügungskläger aufgrund von Verzögerungen in der Bauausführung ausdrücklich die parallele Ausführung von Arbeiten in mehreren Bauteilen und die Lieferung und Vorhaltung insofern notwendige zusätzliche Geräte angeordnet. So heißt es unter Ziffer 1.: "NA 12 Begründung: Es handelt sich um das Vorhalten von technischen Bestandsgeräten während der vertraglich vereinbarten Bauzeit als auch über die vertraglich vereinbarte Bauzeit hinaus. Um die Ausführung von Parallelarbeiten zu beschleunigen wurden zusätzliche Geräte geliefert sowie vorgehalten. Zum Reinigen von Flächen wird der Einsatz von Restfaserbindemittel angeboten.". In Ziffer 7. dieser Entscheidungsvorlage ist sodann eine Empfehlung der Projektsteuerung des Verfügungsklägers ausgewiesen, wonach empfohlen wird, "die unter Punkt 1 von Seite 1 aufgeführte Änderung "dem Grunde nach", vorbehaltlich der formellen und VOB-gerechten Prüfung des Nachtragsangebotes, zu genehmigen". In Ziffer 8. dieser Entscheidungsvorlage ist im Abschnitt "Entscheidung der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt" schließlich angekreuzt und vom Verfügungskläger gegengezeichnet, dass "der Empfehlung der Projektsteuerung ... entsprochen" wird.

⁸⁸ (1.2.1.1.3)

⁸⁹ Schließlich fehlt es für den Zeitraum ab dem 26.02.2021 auch nicht an einer Ankündigung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs vor Beginn der Ausführung der Leistung seitens der Verfügungsbeklagten gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B.

⁹⁰ Der Auftragnehmer muss - wie ausgeführt - gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der zusätzlichen Leistung beginnt; insofern genügt es, wenn der Auftragnehmer seinen Anspruch sofort ankündigt, sobald er die Notwendigkeit der Zusatzleistung festgestellt hat (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 17 m.w.N.).

⁹¹ Eine solche Ankündigung ist (erstmalig) dem Nachtragsangebot Nr. 12 vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zu entnehmen. Darin weist die Verfügungsbeklagte ausdrücklich auf die zusätzliche Vergütungspflicht gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B hin.

⁹² (1.2.2)

⁹³ Entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers scheidet ein Anspruch der Verfügungsbeklagten auf Abschlagszahlungen gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B bzgl. der Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) nicht aufgrund fehlender Leistungserbringung aus.

⁹⁴ Abschlagszahlungen im Rahmen eines VOB-Bauvertrages können gemäß § 16 Abs. 1 VOB/B nur verlangt werden, wenn eine der Abschlagszahlung entsprechende Bauleistung erbracht worden ist (Werner in Werner-Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, S. 948, Rn. 1551). Abschlagszahlungen sind von der tatsächlich erbrachten Leistung abhängig. Sie dürfen weder höher noch niedriger sein als der vertragsmäßig, vereinbarte Wert der nachgewiesenen Leistung, der sich nach der anteiligen Vergütung für die erbrachten Leistungen berechnet (U. Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 16 Abs. 1 VOB/B, Rn. 8).

⁹⁵ Mit dem als Anlage AG 23 eingereichten Lieferschein der Firma XXXX vom 11.09.2020, wonach bereits am 11.09.2020 vier Kammerpersonalschleusen und zwei Kammermaterialsleusen auf das streitgegenständliche Bauvorhaben geliefert worden sind, hat die Verfügungsbeklagte eine Leistungserbringung bzgl. der Position 12.1. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) hinreichend glaubhaft gemacht. Diesem Vorbringen ist der Verfügungskläger nachfolgend nicht mehr entgegengetreten.

⁹⁶ (1.2.3)

⁹⁷ Entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers fehlt es vorliegend auch nicht an einer prüfbaren Abrechnung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B.

⁹⁸ Soweit der Unternehmer Abschlagszahlung geltend macht, muss er seine Leistungen durch eine prüfbare Aufstellung nachweisen. Im Rahmen seiner Aufstellung muss er die von ihm erbrachten Bauleistungen so darstellen, dass der Bauherr rasch und sicher die Leistungen beurteilen kann; einer umfangreichen spezifizierten Aufstellung bedarf es hierzu nicht (Werner in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, S. 948-949, Rn. 1553 m.w.N.). Da es sich bei der Abschlussrechnung nur um eine vorläufige Aufstellung handelt, sind die Anforderungen an die Prüffähigkeit geringer als bei der Schlussrechnung. Hier ist eine gewisse Überschlägigkeit ausreichend, bei der die Aufstellung nicht alle Einzelheiten einer Schlussrechnung umfassen muss. So genügt etwa eine eindeutige Bezugnahme auf einzelne ausgeführte Teile eines detaillierten Leistungsverzeichnisses. Jedenfalls muss sich aus der prüfbaren Aufstellung zweifelsfrei ergeben, welche Einzelleistungen gemäß dem Leistungsverzeichnis nach Auffassung des Auftragnehmers erbracht sind und welche Rechnungswert sie im Einzelnen haben. Die Aufstellung muss inhaltlich so beschaffen sein, dass für den Auftraggeber eine schnelle und sichere Beurteilung der für die Abschlagszahlung maßgeblichen Leistung möglich ist (U. Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 16 Abs. 1 VOB/B, Rn. 16-17 m.w.N.).

⁹⁹ Diesen Anforderungen wird die 6. Abschlagsrechnung-Nr. 100 - 21 - 050 (Anlage AG 33 = AS 25) bzgl. des Nachtrags 12 hinreichend gerecht. Dort sind die Art der zusätzlichen Leistungen konkret aufgeführt ("Bezeichnung Zulage zur Pos. 1.5.1 4 Stk Örtlich vorhandene 4 KPS vorhalten"), deren Umfang und die angesetzten Preise ("ME St/Wo Meißgehalt Bau-soll(LV) 120,00 Meißgehalt Bau-ist 208,00 EP / € 439,00 GP /€ (Bau-soll 52.680,00 € GP /€ (bau-ist 91.312,00 €")) im Einzelnen aufgeführt. Darüber hinaus heißt es in dem "Hinweis zur 6. Abschlagsrechnung-Nr. 100 - 21 - 050": "Wir weisen darauf hin, dass wir die Nachtragsleistungen entsprechend den getroffenen Vereinbarungen bzw. bei den Nachträgen, wo eine solche Vereinbarung noch nicht stattgefunden hat, zu den Konditionen unserer Nachtragsangebote abrechnen. Für die Nachtragsleistungen, hinsichtlich derer Sie die von uns abgerechneten Preise nicht akzeptieren, berufen wir uns weiterhin ausdrücklich auf die Regelung des § 650c Abs. 3 BGB, wonach wir jedenfalls berechtigt sind, 80 % der angebotenen Preise abzurechnen. Wir bitten um Berücksichtigung." Danach ist hinreichend klargestellt, welche Leistungen die Verfügungsbeklagte zusätzlich erbracht und welche Kosten diese insofern beansprucht, mithin dem Verfügungskläger eine Prüfung der geltend gemachten Leistungen und deren Kosten problemlos und sicher möglich.

¹⁰⁰ (1.2.4)

¹⁰¹ Auch an einem Antrag auf Abschlagszahlung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B fehlt es nicht.

¹⁰² Danach kommen Abschlagszahlungen nur auf Antrag des Auftragnehmers in Frage. Eine besondere Form ist für den Antrag als solchen nicht vorgeschrieben; er kann mündlich gestellt werden. Regelmäßig erfolgt die Beantragung - wie hier - mit der Vorlage einer Abschlagsrechnung (U. Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 16 Abs. 1 VOB/B, Rn. 13).

¹⁰³ (1.2.5)

¹⁰⁴ Entsprechend § 650 c Abs. 3 S. 1 BGB kann die Verfügungsbeklagte auch der Höhe nach eine Abschlagszahlung in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) beanspruchen, weil sich die Parteien unstreitig nicht über die Höhe geeinigt haben und auch keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergangen ist.

¹⁰⁵ (1.2.5.1)

¹⁰⁶ Die Regelung des § 650 c Abs. 3 S. 1 BGB ist auf das hiesige Vertragsverhältnis der Parteien anwendbar, weil die Parteien - wie ausgeführt - nach dem unbestrittenen Vortrag des Verfügungsklägers (Schriftsatz vom 21.06.2021, S. 2) und den nicht angegriffenen Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung (UA S. 2) im Rahmen des geschlossenen Vertrags über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) die Anwendung der VOB/B und damit die Geltung der Regelung von § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B vereinbart haben, so dass es sich hier um eine "vereinbarte" Abschlagszahlung i.S.v. § 650 c Abs. 3 S. 1 BGB.

¹⁰⁷ Dass die Parteien im Rahmen des geschlossenen Vertrags über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) die Anwendung von § 650 c Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen haben, ist weder sichtlich noch von dem Verfügungskläger dargetan.

¹⁰⁸ (1.2.5.2)

¹⁰⁹ Auch die Voraussetzungen von § 650 c Abs. 3 S. 1 BGB sind vorliegend gegeben, so dass die Verfügungsbeklagte Abschlagszahlung in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) beanspruchen kann.

¹¹⁰ (1.2.5.2.1)

¹¹¹ Die Regelung der §650 c Abs. 3 S. 1 BGB begründet für den Unternehmer ein einseitiges vorläufiges Preisbestimmungsrecht, sofern er dem Besteller ein Angebot für die Mehrvergütung unterbreitet hat. Sind die geänderten Leistungen ausgeführt, sodass er hierfür Abschlagszahlung beanspruchen kann, kann er sie mit 80 % des angebotenen Preises ansetzen (Retzlaff in Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 650c BGB, Rn. 11). Fehlt es an einer Einigung über die Vergütungshöhe und hat der Besteller die Änderung angeordnet, so ist der Unternehmer trotz des Streits berechtigt, als Wert der vertraglich geschuldeten Leistung bezogen auf die Änderung 80% der Vergütung aus seinem Vergütungsangebot anzusetzen (Voit in BeckOK BGB, Hau/Poseck, Stand: 01.05.2020, § 650c BGB, Rn. 22).

¹¹² Unstreitig haben sich die Parteien nicht über Höhe der geltend gemachten Mehrvergütung geeinigt, so dass das vorläufige Preisbestimmungsrecht gemäß § 650 c Abs. 3 S. 1 BGB eingreift.

¹¹³ (1.2.5.2.2)

¹¹⁴ Entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers sind die von der Verfügungsbeklagten gemäß §650 c Abs. 3 S. 1 BGB beanspruchten Abschlagszahlung in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) nicht zu beanstanden.

¹¹⁵ Sinn und Zweck dieser "80-Prozent-Regelung" ist es, dem vorleistungspflichtigen Unternehmer schnell Liquidität zu verschaffen. Dies ist der Preis, den der Besteller für die Ausübung des Anordnungsrechts im Interesse eines angemessenen wirtschaftlichen Interessenausgleichs zahlen soll. Erweist sich freilich das Angebot als stark überhöht, kann es im Einzelfall rechtsmissbräuchlich (oder gar sittenwidrig) sein, dieses Angebot zum Zwecke der Geltendmachung einer Abschlagszahlung heranzuziehen. Vielmehr ist dem Unternehmer in einem solchen Fall nur die übliche Vergütung i.S.v. § 632 Abs. 2 BGB als Grundlage für die Abschlagszahlung zuzugestehen (Busche in Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl. 2020, § 650c BGB, Rn. 8).

¹¹⁶ Dass das Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) stark überhöht und deshalb rechtsmissbräuchlich ist, ist weder ersichtlich noch von dem Verfügungskläger dargetan. Insofern fehlt es schon an jeglichen Vortrag des Verfügungsklägers zu abweichenden marktüblichen Preisen. Anhaltspunkte dafür, dass die im Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) aufgeführten Preise stark überhöht sind, zeigt der Verfügungskläger nicht auf. Solche sind auch nicht ersichtlich. Vielmehr beschränkt sich dieser auf die pauschale und unbelegte Behauptung, dass die geltend gemachten Forderungen "offenkundig überhöht" seien. Allein der Verweis darauf, es sei günstiger, die streitgegenständlichen Schleusen zu erwerben, berechtigt nicht zu der Annahme, dass die angesetzten Mieten für diese Geräte überteuert sind.

¹¹⁷ Soweit der Verfügungskläger Zahlungen der Verfügungsbeklagten an den Vermieter der streitgegenständlichen Schleusen bestreitet, ist dies für den Anspruch auf Abschlagszahlungen ohne Belang. Der Anspruch aus § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B setzt eine solche Zahlung nicht voraus.

¹¹⁸ (2.) Bzgl. Position 12.2. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b)

¹¹⁹ Aus den vorstehenden Gründen zu Ziffer (1.), die insofern entsprechend gelten, steht dem Verfügungskläger auch im Hinblick auf die Position 12.2. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) lediglich ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.2. für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.2. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 geltend macht und ist ein weitergehender Verfügungsanspruch nicht gegeben.

¹²⁰ (3.) Bzgl. Position 12.3. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b)

¹²¹ Aus den vorstehenden Gründen zu Ziffer (1.), die insofern entsprechend gelten, steht dem Verfügungskläger auch im Hinblick auf die Position 12.3. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) lediglich ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.3. für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.3. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 geltend macht und ist ein weitergehender Verfügungsanspruch nicht gegeben.

- ¹²² Auch in Position 1.5.23 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) ist ein Vorhalten der Geräte nicht aufgeführt. Aus den vorstehenden Gründen zu Ziffer (1.), die insofern entsprechend gelten, ist eine abweichende Beurteilung im Wege der Auslegung nicht geboten.
- ¹²³ (4.) Bzgl. Position 12.4. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b)
- ¹²⁴ Aus den vorstehenden Gründen zu Ziffern (1.) und (4.), die insofern entsprechend gelten, steht dem Verfügungskläger auch im Hinblick auf die Position 12.4. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) lediglich ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.4. für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.4. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 geltend macht und ist ein weitergehender Verfügungsanspruch nicht gegeben.
- ¹²⁵ (5.) Bzgl. Position 12.11. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b)
- ¹²⁶ Aus den vorstehenden Gründen zu Ziffer (1.), die insofern entsprechend gelten, steht dem Verfügungskläger auch im Hinblick auf die Position 12.11. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) lediglich ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.11. für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf "Vorhaltekosten für Bestandsgeräte" zu Position 12.11. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 geltend macht und ist ein weitergehender Verfügungsanspruch nicht gegeben.
- ¹²⁷ In Position 1.5.29 des Leistungsverzeichnisses (Anlage AS 2) ist ein Vorhalten von fünf zusätzlichen Geräte nicht aufgeführt. Ausdrücklich ist die Position 1.5.29 auf "1,00" Einheit beschränkt. Aus den vorstehenden Gründen zu Ziffer (1.), die insofern entsprechend gelten, ist eine abweichende Beurteilung im Wege der Auslegung nicht geboten.
- ¹²⁸ Die erforderliche Leistungserbringung hat die Verfügungsbeklagte mit der eidesstattlichen Versicherung des DXXX vom 01.07.2020 (Anlage AG 7, dort Ziffer 4.) und der eingereichten 3. Abschlagsrechnung der XXX vom 03.08.2021 (Anlage AG 28, dort Ziffer Position 5) hinreichend glaubhaft gemacht. Soweit der Verfügungskläger die vorbezeichnete eidesstattliche Versicherung für unzureichend erachtet, weil dort nicht die konkrete Anzahl der Industriesauger aufgeführt ist, überzeugt dies nicht. Dort wird hinsichtlich der Mehrkosten ausdrücklich auf die "Pos. NT 12.11" Bezug genommen. Zudem sind in der eingereichten 3. Abschlagsrechnung der Firma XXX vom 03.08.2021 (Anlage AG 28, dort Ziffer Position 5) fünf Industriesauger aufgeführt.
- ¹²⁹ (6.) Bzgl. Position 12.12. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b)
- ¹³⁰ Aus den vorstehenden Gründen zu Ziffer (1.), die insofern entsprechend gelten, steht dem Verfügungskläger auch im Hinblick auf die Position 12.12. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) lediglich ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zur Position 12.12. für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, soweit die Verfügungsbeklagte einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf den "Einsatz von Restfaserbindemittel an nicht und oder schwer reinigungsfähigen rauhen, staubanziehenden, unglatten Oberflächen" zu Position 12.12. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 geltend macht und ist ein weitergehender Verfügungsanspruch nicht gegeben.
- ¹³¹ (6.1)
- ¹³² Soweit die Verfügungsbeklagte für den Zeitraum vom 11.09.2020 bis zum 25.02.2021 Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf den "Einsatz von Restfaserbindemittel an nicht und oder schwer reinigungsfähigen rauhen, staubanziehenden, unglatten Oberflächen" zu Position 12.12. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 geltend macht, scheidet ein zusätzlicher Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B aus, weil es für diesen Zeitraum an einer Ankündigung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs vor Beginn der Ausführung der Leistung seitens der Verfügungsbeklagten fehlt.

- ¹³³ § 2 Abs. 6 VOB/B stellt - wie ausgeführt - in Nr. 1 S. 2 für seinen Bereich eine weitere Voraussetzung auf, um den zusätzlichen Vergütungsanspruch erfolgreich durchzusetzen: Der Auftragnehmer muss den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der zusätzlichen Leistung beginnt; insofern genügt es, wenn der Auftragnehmer seinen Anspruch sofort ankündigt, sobald er die Notwendigkeit der Zusatzleistung festgestellt hat (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 17 m.w.N.).
- ¹³⁴ Eine solche Ankündigung ist erstmals dem Nachtragsangebot Nr. 12 vom 26.02.2021 (Anlagen AS 8a und 8b) zu entnehmen. Darin weist die Verfügungsbeklagte ausdrücklich auf die zusätzliche Vergütungspflicht gemäß "§ 2 Nr. 6 VOB/B" hin. Eine vorherige Ankündigung eines zusätzlichen Vergütungsanspruchs ist weder ersichtlich noch von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Verfügungsbeklagten dargetan.
- ¹³⁵ Der eidesstattlichen Versicherung des D XXX vom 01.07.2020 (Anlage AG 7, dort Ziffer 5.) lässt sich eine vorherige Ankündigung eines zusätzlichen Vergütungsanspruchs nicht entnehmen.
- ¹³⁶ Ein Anspruch der Verfügungsbeklagten aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B scheidet - wie ausgeführt - insofern aus, weil wieder ersichtlich noch dargetan ist, dass diese Leistung im Zeitraum vor dem 26.02.2021 unverzüglich angezeigt worden ist.
- ¹³⁷ (6.2)
- ¹³⁸ Im Übrigen hat die Verfügungsbeklagte mit der vorbezeichneten eidesstattlichen Versicherung (Anlage AG 7, dort Ziffer 5.) eine Leistungserbringung hinreichend glaubhaft gemacht, so dass für den Zeitraum ab 26.02.2021 ein Anspruch der Verfügungsbeklagten auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen gegeben ist.
- ¹³⁹ Insofern mangelt es - entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers - nicht an der gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B erforderlichen Forderung dieser zusätzlichen Leistung seitens des Verfügungsklägers.
- ¹⁴⁰ Wie ausgeführt ist eine solche Leistungsaufforderung hier gegeben. Ausweislich der vom Verfügungskläger unterzeichneten "Entscheidungsvorlage Vertragserweiterung XXX Nr. 21.009 vom 20.05.2021 (Anlage AG 9) hat der Verfügungskläger eine solche Leistung angefordert. So heißt es unter Ziffer 1.: "NA 12 Begründung: Es handelt sich um das Vorhalten von technischen Bestandsgeräten während der vertraglich vereinbarten Bauzeit als auch über die vertraglich vereinbarte Bauzeit hinaus. um die Ausführung von Parallelarbeiten zu beschleunigen wurden zusätzliche Geräte geliefert sowie vorgehalten. Zum Reinigen von Flächen wird der Einsatz von Restfaserbindemittel angeboten.". In Ziffer 7. dieser Entscheidungsvorlage ist sodann eine Empfehlung der Projektsteuerung des Verfügungsklägers ausgewiesen, wonach empfohlen wird, "die unter Punkt 1 von Seite 1 aufgeführte Änderung "dem Grunde nach", vorbehaltlich der formellen und VOB-gerechten Prüfung des Nachtragsangebotes, zu genehmigen". In Ziffer 8. dieser Entscheidungsvorlage ist im Abschnitt "Entscheidung der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt" schließlich angekreuzt und vom Verfügungskläger gegengezeichnet, dass "der Empfehlung der Projektsteuerung ... entsprochen" wird.
- ¹⁴¹ (7.) Bzgl. des Nachtragsangebots Nr. 13 vom 12.03.2021 (Anlagen AS 9)
- ¹⁴² Dem Verfügungskläger steht ein Anspruch auf Feststellung zu, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Nachtragsangebot vom 12.03.2021 (Nachtragsangebot 13; Anlage AS 9) für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, weil insofern ein Anspruch der Verfügungsbeklagten auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Nachtrag Nr. 1 vom "Fensterdemontage und Entsorgung" vom 17.09.2020 (Anlage AG 12) nicht vorgesehener Leistungen in Bezug auf weitere Zerlegearbeiten an den Fenstern (Position NT 13.1) und die besondere Lagerung der ausgebauten Fenster in Vorbereitung für den Transport (Position NT 13.2), mangels Forderung seitens des Verfügungsklägers gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B ausscheidet. Auch ein Anspruch aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B ist nicht gegeben.
- ¹⁴³ (7.1)
- ¹⁴⁴ Gegenstand des Nachtragsangebots 13 vom 12.03.2021 (Anlage AS 9) sind von der Verfügungsbeklagten geltend gemachte Ansprüche auf Mehrvergütung wegen "zusätzliche(r) Leistungen nach § 2 Nr. 6 VOB/B, die bisher vertraglich noch nicht vereinbart sind" in Bezug auf den Nachtrag Nr. 1 vom "Fensterdemontage und Entsorgung" vom 17.09.2020 (Anlage AG 12) für einen "Erhöhten Aufwand für eine zusätzliche gewünschte Demontage und Vorbereitung der Fenster für den Transport" (Nachtragsposition 13.1) und einen "Erhöhten Aufwand Lagerungsfenster als Vorbereitung für den Transport" (Nachtragsposition 13.2).

- ¹⁴⁵ Vorliegend mangelt es diesbezüglich an der gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B erforderlichen Forderung dieser zusätzlichen Leistung seitens des Verfügungsklägers.
- ¹⁴⁶ Grundlegende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 6 VOB/B ist, dass an den Auftragnehmer durch den Auftraggeber oder dessen bevollmächtigten Vertreter das Verlangen auf Ausführung der bisher im Bauvertrag nicht vorgesehenen Leistung gestellt wird. Eine Bedarfsposition ist zu aktivieren, d. h. sie ist durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Auftraggebers in Auftrag zu geben. § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B setzt ein nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgtes eindeutiges und bestimmtes Verlangen des Auftraggebers voraus, das auf die Erbringung einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung gerichtet ist (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 2 Abs. 6 VOB/B, Rn. 8 m.w.N.).
- ¹⁴⁷ Daran fehlt es hier.
- ¹⁴⁸ Soweit sich die Verfügungsbeklagte darauf beruft, dass die vorbezeichneten zusätzlichen Leistungen in einem Ortstermin am 29.01.2021 von dem vom Verfügungskläger beauftragten Bauüberwacher angeordnet worden seien, bzw. der Bauerüberwacher des Verfügungsklägers XXX mit dessen Kenntnis "in der Person des Herrn UXXX in einer gemeinsamen Besprechung am 16.06.2021 gegenüber dem Zeugen RXXX zugesichert (habe), den Nachtrag Nr. 13 zu beauftragen und die erbrachten Leistungen zu vergüten", rechtfertigt dies keine abweichende Beurteilung. Dieses Verhalten muss sich der Verfügungskläger schon nicht zurechnen lassen, weil nach dessen Vorbringen die Objektüberwachung "nicht bevollmächtigt" gewesen sei, "vergütungspflichtige Anordnungen oder Beauftragung auszusprechen" und die Verfügungsbeklagte eine entsprechende Bevollmächtigung nicht glaubhaft gemacht hat.
- ¹⁴⁹ Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten, ergibt sich eine Bevollmächtigung des Bauüberwachers des Verfügungsklägers nicht nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht.
- ¹⁵⁰ Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene es willentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist (BGH, Urteil vom 11.05.2011 - VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421-2423, Rn. 15 m.w.N. nach juris; Ellenberger in Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 172 BGB, Rn. 8 m.w.N.).
- ¹⁵¹ Dass der Verfügungskläger es willentlich geschehen hat lassen, dass der Baubeüberwacher den streitgegenständlichen Auftrag erteilt hat, legt die Verfügungsbeklagte nicht dar. Entsprechend ist auch nicht ersichtlich. Insofern erschöpft sich das Vorbringen der Verfügungsbeklagten darin, "der Antragsteller ... (habe) Kenntnis von der Beauftragung durch den Bauüberwacher" gehabt. Dies ergebe "sich bereits aus dem Verteiler des Protokolls des Ortstermins (Anlage AG 13, dort S. 1)".
- ¹⁵² Dies überzeugt jedoch nicht. Allein aus dem Umstand, dass im Verteiler des Protokolls vom 29.01.2021 (Anlage AG 13) u.a. "XXX" aufgeführt worden ist, kann schon nicht darauf geschlossen werden, dass der Verfügungskläger Kenntnis von der Beauftragung einer zusätzlichen Leistung gehabt hat. Die Beauftragung von zusätzlichen, über den im Nachtrag Nr. 1 vom "Fensterdemontage und Entsorgung" vom 17.09.2020 (Anlage AG 12) hinausgehender Leistungen in Bezug auf einen "Erhöhten Aufwand für eine zusätzliche gewünschte Demontage und Vorbereitung der Fenster für den Transport" (Nachtragsposition 13.1) und einen "Erhöhten Aufwand Lagerungsfenster als Vorbereitung für den Transport" (Nachtragsposition 13.2) lässt sich dem vorbezeichneten Protokoll schon nicht entnehmen. Dort werden ohne Hinweis auf § 2 Abs. 6 VOB/B lediglich verschiedene Leistungen aufgeführt. Allein daraus kann aber nicht zwangsläufig auf eine Kenntnis des Verfügungsklägers, geschweige denn auf ein wesentliches Geschehenlassen bzgl. einer Auftragserteilung geschlossen werden.
- ¹⁵³ Erst recht muss dies vor dem Hintergrund gelten, dass es in der Betreffzeile dieses Protokolls (Anlage AG 13) unter anderem heißt: "Demontage, sortieren Verbundfenster Holz/ Alublechschale außen, gemäß NA01, Pos. 6.1.1.1 ff" gelten. Dieser Betreff legt vielmehr nahe, dass es sich nicht um zusätzliche Leistungen, sondern vielmehr um Leistungen gemäß dem Nachtrag Nr. 1 vom "Fensterdemontage und Entsorgung" vom 17.09.2020 (Anlage AG 12) handelt.
- ¹⁵⁴ (7.2)
- ¹⁵⁵ Auch ein Anspruch aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B scheidet insofern aus, weil weder ersichtlich noch von der Verfügungsbeklagten dargetan ist, dass diese Leistungen dem mutmaßlichen Willen des Verfügungsklägers entsprochen haben. Nach dem Vorbringen des Verfügungsklägers sind diese Leistungen bereits Gegenstand des Nachtrags Nr. 1 vom "Fensterdemontage und Entsorgung" vom 17.09.2020 (Anlage AG 12), so dass es insofern schon keiner zusätzlichen Leistungen bedurft hat.

¹⁵⁶ bb) Verfügungsgrund

¹⁵⁷ Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (UA S. 9 ff) steht dem Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht ein fehlender Verfügungsgrund entgegen. Vielmehr kann sich der Verfügungskläger zu Recht auf die Regelung des § 650d BGB berufen, wonach "zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über ... die Vergütungsanpassung gemäß § 650 c" BGB "es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich (ist), dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.

¹⁵⁸ Da die Abschlagsrechnung (vgl. Hinweise zur 6. Abschlussrechnung-Nr. 100 - 21 - 050 vom 10.09.2021 (Anlage AG 33) den Hinweis enthält, "wir weisen darauf hin, dass wir die Nachtragsleistungen entsprechend den getroffenen Vereinbarungen bzw. bei den Nachträgen, wo eine solche Vereinbarung noch nicht stattgefunden hat, zu den Konditionen unserer Nachtragsangebote abrechnen. Für die Nachtragsleistungen, hinsichtlich derer Sie die von uns abgerechneten Preise nicht akzeptieren, berufen wir uns weiterhin ausdrücklich auf die Regelung des § 650c Abs. 3 BGB, wonach wir jedenfalls berechtigt sind, 80 % der angebotenen Preise abzurechnen. Wir bitten um Berücksichtigung.", liegt eine "Streitigkeit über ... die Vergütungsanpassung gemäß § 650c" BGB vor.

¹⁵⁹ Im Übrigen sind die VOB von ihrer Rechtsnatur her Allgemeine Geschäftsbedingungen, d.h. besondere vertragliche Regelungen, die die Parteien in den Vertrag einbezogen haben. Sie modifizieren das gesetzliche Bauvertragsrecht und damit auch die Regelungen der §§ 650b und 650c BGB. Daher steht der Wortlaut der Regelung einer Erstreckung auf Bauverträge, in die - wie hier - die VOB/B einbezogen ist, nicht entgegen. Dies gilt selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass das Anordnungsrecht und die Vergütungsanpassung in der VOB/B anders als im BGB ausgestaltet sind. Im VOB-Vertrag gibt es das gleiche Bedürfnis nach schneller Klärung der Verbindlichkeit einer Änderungsanordnung und der Höhe der angepassten Vergütung wie im BGB-Vertrag. Daher besteht die Möglichkeit der erleichterten einstweiligen Verfügung auch im VOB-Vertrag (Manteufel in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, S. 207, Rn. 333 m.w.N.; vgl. auch KG, Urteil vom 02.03.2021 - 21 U 1098/20, BauR 2021, 823-833, Rn. 36 m.w.N. nach juris).

¹⁶⁰ Eine abweichende Beurteilung ist - entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten - auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Gebots der verwerderfeindlichsten Auslegung von AGB's geboten. Wird - wie hier - die VOB/B als Ganzes in Individualabreden oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, kommt eine isolierte Inhaltskontrolle einzelner VOB-Bestimmungen nach den §§ 305 ff BGB nicht in Betracht (Werner in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, S. 744, Rn. 1189 m.w.N.), weil die VOB/B als eine im Ganzen ausgewogene Regelung anzusehen ist (Werner in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, S. 749, Rn. 1203 m.w.N.).

¹⁶¹ b) Antrag zu 2. (Feststellung, dass sich der Rechtsstreit in Bezug auf die Position 12.9 des Nachtragsangebots Nr. 12 der Berufungsbeklagten vom 12.03.2021 erledigt hat)

¹⁶² Der Antrag des Verfügungsklägers zu 2. festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in Bezug auf die Position 12.9 des Nachtragsangebots Nr. 12 der Berufungsbeklagten vom 12.03.2021 erledigt hat, ist unbegründet.

¹⁶³ Der Rechtsstreit bezüglich des ursprünglichen Antrags festzustellen, dass die Beklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus den Angeboten der Verfügungsbeklagten vom 26.02.2021 (Nachtragsangebot Nr. 12, dort Positionen ... 12.9 ...) ... für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, hat sich nicht dadurch erledigt, dass die Verfügungsbeklagte in der 5. Abschlagsrechnung (Anlage AS 24) eine Vergütung für die Position 12.9 nicht beansprucht hat. Nach dem vom Verfügungskläger gestellten ursprünglichen Antrag (Antrag zu 1. im Schriftsatz vom 21.06.2021) geht es allein um die Feststellung der Berechtigung einer entsprechenden Abschlagszahlung für diese Position. Eine solche Feststellung hängt nicht davon ab, ob die Verfügungsbeklagte diese Position in ihrer Abschlagsrechnung abrechnet.

¹⁶⁴ c) Hilfsantrag gemäß Schriftsatz vom 27.10.2021

¹⁶⁵ Der Hilfsantrag festzustellen, dass die Berufungsbeklagte vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen in Höhe von 80 % des Betrages aus dem Angebot der Verfügungsbeklagten vom 20.01.2021 (Nachtragsangebot Nummer 12, dort Position 12.9) für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Bauleistungen bei dem Bauvorhaben XXX zu verlangen, ist begründet.

¹⁶⁶ Dem Verfügungskläger steht ein entsprechender Feststellungsanspruch zu, weil insofern ein Anspruch der Verfügungsbeklagten auf Abschlagszahlungen gemäß §§ 16 Abs. 1, 2 Abs. 6 VOB/B wegen im Vertrag über Abbrucharbeiten vom 13.07.2020 (Anlagen AS 1, AS 2 und AS 10) nicht vorgesehener Leistungen zu Position 12.9. des Nachtragsangebots vom 26.02.2021 mangels vorheriger Leistungserbringung gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B ausscheidet.

¹⁶⁷ Abschlagszahlungen im Rahmen eines VOB-Bauvertrages können gemäß §16 Abs. 1 VOB/B nur verlangt werden, wenn eine der Abschlagszahlung entsprechende Bauleistung erbracht worden ist (Werner in Werner-Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, S. 948, Rn. 1551). Abschlagszahlungen sind von der tatsächlich erbrachten Leistung abhängig. Sie dürfen weder höher noch niedriger sein als der vertragsmäßig, vereinbarte Wert der nachgewiesenen Leistung, der sich nach der anteiligen Vergütung für die erbrachten Leistungen berechnet (U. Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 16 Abs. 1 VOB/B, Rn. 8).

¹⁶⁸ Nach dem eigenen Vorbringen der Verfügungsbeklagten (Schriftsatz vom 01.07.2021, S. 21) ist es richtig, dass sie "die unter Pos. NT 12.9 abgerechneten Leistung noch nicht erbracht hat", weshalb sie "an der Abrechnung dieser Position einstweilen nichtfest(halte). Auch im Berufungsrechtszug (Schriftsatz vom 09.09.2021, S. 11; Bl. 172/I und Schriftsatz vom 19.10.2021, S. 2) räumt die Verfügungsbeklagte ein, die diesbezüglichen Leistungen noch nicht erbracht zu haben.

¹⁶⁹ II.

¹⁷⁰ Die Kostenentscheidung beruht auf §92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit war nicht geboten, weil das Urteil ohne weiteres vollstreckbar ist, § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO (vgl. Herget in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 708 ZPO, Rn. 12 i.V.m. Rn. 8).