

OLG Koblenz

Beschluss

vom 20.06.2022

1 U 2211/21

BGB § 650c Abs. 1; VOB/B § 2 Abs. 3, 5

1. Sowohl im Fall der Mengenmehrung als auch der geänderten Leistung ist die Ermittlung des neuen Preises für die Mehrleistung im VOB/B-Vertrag auf der Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge vorzunehmen.

2. Der Auftragnehmer hat die tatsächlich erforderlichen Kosten schlüssig darzulegen. Will er mangels Nachweisbarkeit der Kosten auf Marktpreise abstellen, erfordert dies eine substantiierte Darlegung der zum Zeitpunkt der Bauausführung geltenden Marktpreise.

3. Baustellenbezogene Gemeinkosten können nicht als Zuschlag, sondern nur nach tatsächlichen Kosten in Ansatz gebracht werden.

4. Soweit Allgemeine Geschäftskosten abgerechnet werden, ist dies zwar grundsätzlich über angemessene Zuschläge möglich. Allerdings kann die Angemessenheit des Zuschlags nicht mit dem Verweis auf die Kalkulation des Auftragnehmers begründet werden.

5. Die Kosten für die Erstellung eines Nachtragsangebots sind nicht vom Auftraggeber als Mehrkosten zu erstatten.

OLG Koblenz, Beschluss vom 20.06.2022 - 1 U 2211/21

vorhergehend:

OLG Koblenz, Beschluss vom 21.04.2022 - **1 U 2211/21**

LG Koblenz, 08.11.2021 - 4 O 168/19

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 15.02.2023 - VII ZR 138/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch ... am 20.06.2022

beschlossen:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 8. November 2021 wird durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, soweit nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 104.817,57 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über Ansprüche der Klägerin für Mehrleistungen auf der Grundlage eines Einheitspreisvertrages.

Die Klägerin betreibt ein Straßenbauunternehmen. In einem Teil der Ortsgemeinde ...[Z] wurden Arbeiten an der Kreisstraße K 31 ausgeführt, wobei sowohl der ...[A] wie auch der beklagte Zweckverband Leistungen ausführen ließen. Im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung bot die Klägerin Arbeiten in einem Gesamtumfang von 11.952,07 Euro brutto gemäß Angebotsschreiben vom 31. Juli 2014 an. Als Anlage war ein Leistungsverzeichnis des beklagten Zweckverbandes beigelegt, das auf Seite 8 unter Position 2.5 die Herstellung von Bodenaushub für Kopflöcher mit 8³ enthielt. Des Weiteren wies das Leistungsverzeichnis unter Position 2.6 die Herstellung von Bodenaushub für Kopflöcher - Gestänge und Hydranten mit neun Stück aus. Im Angebot waren die Positionen 2.5 und 2.6 jeweils mit Einheitspreisen kalkuliert.

Die Klägerin erhielt den Zuschlag und wurde auf der Grundlage ihres Angebots mit den Bauleistungen beauftragt. Gemäß den besonderen Vertragsbedingungen sollte die Baumaßnahme spätestens zwölf Tage nach Zuschlagerteilung begonnen und am 14. November 2014 vollendet sein. Es wurde zwischen den Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart. Nach dem Vertrag sollten 13 Kopflöcher erstellt werden; tatsächlich erstellt wurden 35 Kopflöcher. Wegen einer anderweitigen Nachtragsvereinbarung vom 30. Januar 2015 erhöhte sich der Gesamtpreis auf 15.631,65 Euro brutto.

Die Arbeiten wurden im Zeitraum 10. Oktober 2014 bis 14. November 2014 ausgeführt. Hierbei konnte die Klägerin bei Vollsperrung der verschiedenen Bauabschnitte arbeiten. Die tatsächliche Beendigung der Baumaßnahme datiert auf den 31. März 2015. Im Zeitraum vom 15. Dezember 2014 bis zum 12. März 2015 konnten witterungsbedingt keine Arbeiten ausgeführt werden. In diesen Zeitraum fällt auch die Winterpause, die am 16. Dezember 2014 begann und am 12. März 2015 endete. Die Abnahme der Arbeiten erfolgte am 14. April 2015.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2015 erhob die Klägerin wegen der Mehrarbeiten hinsichtlich der Kopflöcher gegenüber dem beklagten Zweckverband einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B. Das Nachtragsangebot schloss mit einem Preis von 72.097,50 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer.

Durch Schlussrechnung vom 8. September 2015 (Rechnungsnummer: 865599) machte die Klägerin einen Gesamtbetrag in Höhe von 77.539,31 Euro netto, d.h. 92.271,78 Euro brutto gegenüber dem beklagten Zweckverband geltend. Abzüglich geleisteter Abschlagszahlungen verblieb ein Betrag in Höhe von 68.502,36 Euro. In dieser Schlussrechnung waren Mehrmengen für die Kopflöcher zum einen in den ursprünglichen Leistungspositionen mit Mehrmengen an Bodenaushub enthalten und zum anderen in einem Nachtrag mit 46.685,90 Euro. Mit zweiter Schlussrechnung vom 22. September 2015 (Rechnungsnummer: 867099) machte die Klägerin einen Betrag in Höhe von

60.063,00 Euro netto, d.h. 71.474,87Euro brutto gegenüber dem beklagten Zweckverband geltend. Auch insoweit waren die Mehrmengen in den ursprünglichen Leistungspositionen mit einer Mehrmenge an Bodenaushub zu finden, des Weiteren in einem Nachtrag mit einer Summe von 36.397,59 Euro. Nach Schlussrechnungsprüfung des beklagten Zweckverbands vom 1. Oktober 2015 zur Rechnung Nummer 865599 und Schlussrechnungsprüfung vom 30. September 2015 zur Rechnung Nummer 867099 erkannte dieser Mehrmengen an Bodenaushub mit 132,522³ an und es erfolgten Zahlungen des Beklagten in Höhe von 60.412,70 Euro.

Mit Schreiben vom 27. April 2016 legte die Klägerin ein Nachtragsangebot wegen der Verlängerung der Bauzeit mit einem Betrag in Höhe von 79.085,58 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer gegenüber dem beklagten Zweckverband vor. Nachdem der Beklagte auf dieses Nachtragsangebot nicht reagierte, rechnete die Klägerin die Ansprüche wegen Bauzeitverlängerung durch Rechnung vom 9. August 2016 (Rechnungsnummer: 7917124) mit einem Betrag in Höhe von 94.111,84 Euro ab. Die Klägerin forderte auch gegenüber dem ...[A] wegen Bauzeitverlängerung einen sechsstelligen Betrag.

Im vorliegenden Verfahren hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 21. September 2020 weitere Kosten für die Fertigung der Nachtragsforderung durch ihren Vertreter Herrn ...[B] auf ihre Forderungen wegen Bauzeitverlängerung hinzuaddiert.

Die Klägerin hat vorgetragen: Es seien im Laufe der Ausführung zusätzliche Kopflöcher als weitere Leistungen durch den Beklagten gefordert worden. Die Anordnung sei durch Markieren der entsprechenden Schieberkappen und Hydranten mit Prüffarbe durch den zuständigen Wassermeister erfolgt. Sie habe angesichts der geringen Mengen im Leistungsverzeichnis einen günstigen Einheitspreis angeboten, an dem sie sich im Hinblick auf die erheblich gestiegenen Mengen nicht mehr habe festhalten lassen müssen. Die Summen gemäß Nachtragsangebot vom 15. Juli 2015 beruhen - so der ursprüngliche Vortrag der Klägerin - auf der Neuberechnung eines Einheitspreises gemäß der Urkalkulation. Zutreffend habe sie für die Nachtragsleistungen mit einem Leistungsansatz von 1,100³/h kalkuliert. Außerdem sei noch ein Lkw 4-Achser erforderlich geworden, da weitaus mehr Boden abgefahren werden musste. Weil sich die Anzahl der Kopflöcher erheblich erhöht habe, habe der ursprüngliche Plan, Erdaushub neben den Kopflöchern abzulagern nicht umgesetzt werden können, da ansonsten zahlreiche Haufenwerke im Baufeld entstanden wären, die die Arbeit behindert hätten. Deshalb habe der Boden aus dem Kopfloch nunmehr unmittelbar auf einen bereitgestellten LKW 4-Achser verladen werden müssen. Das Fahrzeug sei auch zum Abtransport des Aushubs von der Baustelle verwendet worden. Es habe eine Miniwalze für die Verfüllung der Kopflöcher eingesetzt werden müssen. Zusätzlich sei in den Bereichen um die Armaturen und Rohre mit Kantholz von Hand oder mit einer Rüttelplatte verdichtet worden. Die erheblich erhöhte Anzahl der Kopflöcher habe zu einer Verlängerung der Bauzeit geführt. Es ergebe sich eine Verlängerung der aktiven Bauzeit von 1,4 Monaten und eine Unterbrechung wegen Schlechtwetterzeit und Winterpause von 2,89 Monaten. Nach den Bautagesberichten seien die Kopflöcher im Zeitraum 23. September 2014 bis 5. Dezember 2014 ausgeführt worden.

Die Klägerin habe in ihrer Kalkulation der Zuschläge, in der das Baustellenpersonal, das keiner Teilleistung habe unmittelbar zugeordnet werden können, die Vorhaltung der Baustelleneinrichtung und der Geräte, die nicht einer Leistung unmittelbar zugeordnet werden könnten, und die allgemeinen Geschäftskosten eingerechnet seien, eine Bauzeit von 24 Werktagen berücksichtigt. In der Kalkulation der Zuschläge sei zutreffend eine Bauzeit von 1,26 Monaten berücksichtigt worden. Die Bauzeit habe sich um 4,97 Monate verlängert. Bezüglich der Anspruchshöhe nimmt die Klägerin dabei zunächst auf das zu Beweis Zwecken vorgelegte Kalkulationsblatt Bezug. Die Bauzeit habe sich wegen einer Arbeitsunterbrechung infolge der durch den Beklagten verlangten Mehrleistung um 20 Arbeitstage verlängert. Hinzu kämen zwei Schlechtwettertage am 8. Dezember und 9. Dezember 2014, die nicht angefallen wären, wenn die Baustelle und die Mehrleistung am 14. November 2014 fertiggestellt worden wäre. Außerdem seien für die Herrichtung der Baustelle vor der Unterbrechung

und die anschließende Wiederaufnahme im März 2015 8 Arbeitstage angemessen. Es ergebe sich aufgrund der Leistungsmehrung eine Bauzeitverlängerung von 30 Arbeitstagen, was 42 Kalendertagen oder 1,4 Monaten entspreche. Die Klägerin habe in ihrer Kalkulation Baustellengemeinkosten (BGK) bestehend aus Gehaltskosten, Vorhaltekosten für die Baustelleneinrichtung und Kosten für persönliche Werkzeuge der Mitarbeiter in Höhe von 43.369,22 Euro für eine zugrunde gelegte Bauzeit von 1,3 Monaten kalkuliert. Dies entspreche einer Summe der BGK von 33.360,94 Euro pro Monat. Es ergebe sich insgesamt eine Forderung in Höhe von 50.046,99 Euro netto. Ihre Ansprüche aus dem Nachtragsangebot seien - so der spätere Vortrag der Klägerin - auf der Grundlage des tatsächlich entstandenen Aufwandes, der sich aus den Bautagesberichten herleiten lasse, errechnet. Es ergebe sich, dass der Leistungsansatz von 3,078 ³/Stunde für die Herstellung von 1³ Kopfloch zu hoch gewesen sei und der korrekte Ansatz 1,1 ³/Stunde betrage. Gleiches gelte für die Verfüllung des Kopfloches, so dass man letztlich auf 1,53 Stunden für das Ausheben und ebenso lange für das Verfüllen eines Kopflochs benötige. Hieraus ergebe sich ein Einheitspreis von 308,75 Euro/³. Die kalkulierten Kosten betreffend Lohn und Geräten entsprächen den tatsächlichen Kosten. Es ergebe sich eine Verlängerung des Bauablaufs durch die Erstellung der Kopflöcher um 20,19 Tage, die mit den Lohnkosten, Werkzeugkosten und den übrigen Kosten für die Ausstattung der Baustelle einen Mehrvergütungsanspruch von insgesamt 40.864,99 Euro ergäben. Unter Hinzurechnung der Kosten der Nachtragsbearbeitung ergebe sich insoweit ein Einheitspreis von 355,91 Euro/³.

Die Klägerin hat beantragt,

den beklagten Zweckverband zu verurteilen, an die Klägerin 197.445,89 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 58.296,95 Euro vom 10. Oktober 2015 bis 23. Oktober 2015, aus 103.334,05 Euro vom 24. Oktober 2015 bis zum 8. September 2016 und aus 197.445,89 Euro seit dem 9. September 2016 zu zahlen.

Der beklagte Zweckverband hat beantragt,

die Klage anzuweisen.

Der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung und hat vorgetragen: Unzutreffend sei bereits die Behauptung der Klägerin, es seien über die Arbeit des Hauptleistungsverzeichnisses hinaus weitere Leistungen gefordert worden. Es handele sich um schlichte Mengenmehrungen. Für die Erstellung eines Kopflochs sei ein Aufwand von maximal drei Arbeitsstunden pro Kopfloch in Ansatz zu bringen. Dies entspreche dem Aufwand für die Herstellung und Verfüllung mit Verdichtung. Realistisch sei ein geringerer Aufwand. Die Kalkulation der Bauzeitverlängerung und insbesondere die dort in Ansatz gebrachten Kosten seien zu bestreiten, insbesondere sei die Kalkulation der Klägerin als lineare Hochrechnung nicht zulässig. Eine Bauzeitverlängerung sei nie angezeigt worden. Die Schlussrechnungsprüfung sei sachlich und rechnerisch richtig. Da das Preisänderungsverlangen gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B erst mit der Anspruchsbegründung geltend gemacht worden sei, sei von Verjährung auszugehen. Die Klägerin sei mit ihren Arbeiten in Verzug gewesen und übersehe bei ihrer Berechnung, dass der Gesamtaufwand auch die vertraglich zu erbringenden 13 Kopflöcher umfasse. Die kalkulatorischen Ansätze für die BGK und die AGK seien zu bestreiten, da die Klägerin Beträge aus dem Gesamtauftrag, d.h. auch dem mit dem ...[A] geschlossen Bauvertrag zu Grunde lege. Bei der Abrechnung auf Grundlage der obergerichtlichen Rechtsprechung dürften kalkulatorische Baustellengemeinkosten nicht abgerechnet werden. Gleiches gelte für Kosten für die Erstellung des Nachtragsangebots.

Durch Urteil des Landgerichts Koblenz vom 8. November 2021 hat dieses die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin habe ihre Ansprüche nicht schlüssig dargelegt. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des

erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Die Klägerin macht geltend: Ihre Ansprüche wegen zusätzlich gefertigter Kopflöcher ergäben sich aus einem Vergleich der hypothetischen tatsächlichen Kosten und der tatsächlichen Kosten. Wegen der Mengenerhöhung habe ein LKW 4-Achser eingesetzt werden müssen. Der Mehraushub habe nicht auf der Baustelle gelagert werden können. Es ergebe sich für das Ausheben und das Verfüllen der Kopflöcher ein neuer Einheitspreis für die Mehrleistung in Höhe von 314,37 Euro/³. Unter Berücksichtigung des Vorbringens des beklagten Zweckverbandes zum Zeitaufwand für das Erstellen und Verfüllen eines Kopflochs werde ein Einheitspreis von 308,75 Euro/³ in Ansatz gebracht. Dieser sei mit der für den Mehraushub anerkannten Menge von 132,522 ³ zu multiplizieren. So ergebe sich ein Nachtragspreis von 48.690,24 Euro incl. Mehrwertsteuer für die tatsächlichen Kosten.

Zu der Bauzeitverlängerung stellt die Klägerin nunmehr klar, es gehe nicht um Ansprüche wegen Verzögerungen des Baustellenablaufs, sondern um eine Abrechnung der Baustellengemeinkosten wegen der Mehrleistungen. Die Arbeiten, die nach der Verfüllung der Kopflöcher zu erledigen waren, hätten zurückgestellt werden müssen. Erst nach Fertigstellung aller Kopflöcher habe das Planum für die Straßenbauarbeiten und die Asphaltierarbeiten ausgeführt werden können. Da zu diesem Zeitpunkt die Arbeiten aber witterungs- und jahreszeitbedingt nicht mehr ausgeführt werden konnten, hätten sie bis in den März des Folgejahres zurückgestellt werden müssen. Die Bauzeit habe sich ausschließlich wegen der zusätzlichen Kopflöcher verlängert. Die Berechnung der tatsächlichen Baustellengemeinkosten durch vorgetragene Verzögerungen von 1,40 Monaten bzw. 2,89 Monaten sei entsprechend den Darlegungen zu Lohnkosten, Werkzeugkosten und Baustelleneinrichtung im Schriftsatz vom 6. Mai sowie 21. September 2020 vorzunehmen. Unter Errechnung eines neuen Einheitspreises komme man zu Verzögerungskosten von 308,36 Euro/³, die wiederum mit der für den Mehraushub anerkannten Menge von 132,522 ³ zu multiplizieren seien.

Im Übrigen verweist die Klägerin nochmals auf die Kosten in Höhe von 6.300,- Euro für die Bearbeitung des Nachtrags durch ihren Vertreter Herrn ...[B], die sie in den neuen Einheitspreis einrechne. Letztlich rüge sie die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch das Landgericht. Sie könne im Übrigen nicht aufgrund tatsächlicher Kosten abrechnen, da sie Anlass für eine genauere Dokumentation nicht gehabt habe. § 2 Abs. 5 VOB/B gebiete auch keine solche Abrechnung.

Die Klägerin verfolgt den erstinstanzlichen Antrag nur noch teilweise weiter und beantragt,

unter Abänderung des am 8. November 2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Koblenz, Az. 4 O 168/19, wird der beklagte Zweckverband verurteilt, an die Klägerin 104.817,57 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus 58.296,95 Euro vom 10. Oktober 2015 bis zum 23. Oktober 2015, aus 103.334,05 Euro vom 24. Oktober 2015 bis zum 8. September 2016 und aus 104.817,57 Euro seit dem 9. September 2016 zu zahlen.

Der beklagte Zweckverband beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er macht geltend, die Neuberechnungen der Klägerin in der Berufungsbegründung seien verspätet,

und weist darauf hin, dass auch die Neuberechnungen keine tatsächlichen Kosten abbilden.

Wegen des Vorbringens in der Berufungsinstanz wird im Übrigen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 8. November 2021 ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats vom 21. April 2022 Bezug genommen. Die hiergegen erhobenen Einwendungen rechtfertigen keine andere Entscheidung.

1. Entgegen der Auffassung der Klägerin gebietet sowohl § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B (2012) als auch § 2 Abs. 5 VOB/B (2012) (im Folgenden wegen des gleichlautenden Wortlauts der aktuellen Fassung: "VOB/B"), die Ermittlung des neuen Preises für die Mehrleistung auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge vorzunehmen. Der Wortlaut beider Regelungen ist gleich und legt entgegen der Ansicht der Klägerin keine bestimmte Berechnungsmethode der Mehr- und Minderkosten nahe. Die gleichlaufende Auslegung der Regelungen entspricht dem aktuellen Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Dezember 2019 Az.: **5 U 52/19, NZBau 2020, 509**; OLG Brandenburg, Urteil vom 22. April 2020 Az.: **11 U 153/18, NZBau 2020, 639**; OLG Köln, Urteil vom 3. Februar 2021 Az.: **11 U 136/18, BeckRS 2021, 3184**; BeckOK VOB/B Cramer/Kandel/Preussner - Kandel, Kommentar zur VOB/B 46. Edition Stand 31. Juli 2021, § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 73; **Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher - Kniffka, Kompendium des Baurechts 5. Auflage, Teil 4 Rn. 208a**) und steht nicht im Widerspruch zu den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 8. August 2019 Az.: **VII ZR 34/18 (NZBau 2019, 706 = BauR 2019, 1766)**.

Der Bundesgerichtshof hat keineswegs entschieden, dass seine Ausführungen nur bei unvorhergesehenen Veränderungen der auszuführenden Leistungen Geltung beanspruchen. Vielmehr stellt er auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB bei festgestellter Lücke der vertraglichen Regelungen und der dann gebotenen Abwägung der Interessen ab (BGH, Urteil vom 8. August 2019 Az.: **VII ZR 34/18, a.a.O., Rn. 28**). Lücken in vertraglichen Regelungen können nicht nur bei unvorhergesehenen Umständen, sondern auch bei vorhersehbaren Ereignissen entstehen, wenn die Parteien trotz der Vorhersehbarkeit für diese keine Vereinbarung treffen. Auch dann greift die vom Bundesgerichtshof angeführte und im Übrigen allgemeiner Auffassung entsprechende Vorgehensweise zur Ausfüllung der Regelungslücke durch ergänzende Vertragsauslegung. Dabei ist darauf abzustellen, was die Parteien nach angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte unter Anknüpfung an die im Vertrag enthaltenen Regelungen und Wertungen (BGH, Urteil vom 31. Oktober 2008 Az.: **V ZR 71/08, NJW 2009, 679**) als redliche Vertragspartner vereinbart hätten (BGH, Urteil vom 18. November 2011 Az.: **V ZR 31/11, BeckRS 2011, 27451**; Urteil vom 31. Oktober 2008 Az.: **V ZR 71/08, NZM 2009, 211**), wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bedacht hätten (BGH, Urteil vom 8. August 2019 Az.: **VII ZR 34/18, a.a.O.**; Urteil vom 17. Mai 2018 Az.: **VII ZR 157/17, NJW 2018, 2469**; Urteil vom 4. März 2004 Az.: **III ZR 96/03, NJW 2004, 1590**; Urteil vom 6. Juli 1989 Az.: **III ZR 35/88, NJW-RR 1989, 1490**; BeckOK

BGB/Wendtland, 62. Edition Stand: 1. Mai 2022, § 157 BGB Rn. 41). Daher entspricht es auch bei vorhersehbaren Umständen dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass keine Partei zum Nachteil der anderen profitieren soll und daher die tatsächlichen Kosten, die durch angemessene Zuschläge zugunsten des Unternehmers für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn aufgestockt werden, heranzuziehen sind. Dies spiegelt sich im Übrigen auch aus der gesetzgeberischen Wertung in § 650c Abs. 1 BGB nF wieder.

Hierbei entstehen auch keine unbilligen Ergebnisse wegen des Anordnungsrechts des Bestellers, das seine Grenze bei unzumutbaren Anordnungen betreffend die Leistungsausführung findet.

2. Kommt es daher vorliegend darauf an, ob und inwieweit die Grundsätze ergänzender Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zur Geltung kommen, stellt der Senat zunächst fest, dass die Parteien trotz der zu diesem Zeitpunkt noch geltenden Rechtsprechung zur vorkalkulatorischen Preisfortschreibung nicht bereits bei Vertragsschluss vereinbart haben, dass etwaige Kosten bei Mehrmengen auf der Basis dieser Kalkulation zu bestimmen sind. Die vertraglichen Vereinbarungen enthalten hierzu keine Regelung. Dass die Parteien "konkludent" die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung gewollt hätten, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht nachhaltig behauptet.

3. Auch fehlt es an einer wirksamen Verständigung der Parteien über Teilaspekte der Forderung, wie etwa Einzelheiten der zugrunde zu legenden Berechnungsmethode. Selbst wenn die Klägerin dies immer wieder anführt, hat der beklagte Zweckverband keineswegs die Leistungszeit für das Erstellen eines Kopflochs (einschließlich Aushub und Verfüllen) mit 3 Stunden zugestanden und unstrittig gestellt. Der beklagte Zweckverband hat schriftsätzlich (beginnend am 6. März 2020 - dort Seite 2) darauf hingewiesen, dass von anderen Werten ausgegangen wird und dieser Vortrag nicht als Zugeständnis gewertet werden kann und soll. Allenfalls zugestanden, aber für die Berechnungen der Klägerin nach den Hinweisen des Senats vom 21. April 2022 nicht behilflich, ist ein "Mehr" an Erdaushub von 132,522³.

4. Zusammenfassend kann daher von einer Lücke in den vertraglichen Regelungen ausgegangen werden, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gem §§ 133, 157 BGB zu schließen ist und ein Abstellen auf die tatsächlich entstandenen Kosten gebietet. Die Klägerin kann hierbei nicht mit der Argumentation gehört werden, dass in ihrem Einzelfall das Abstellen auf die tatsächlich entstandenen Kosten nicht einem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen und daher nicht den Grundsätzen der §§ 133,157 BGB entspricht, weil zum Zeitpunkt ihrer Leistungserbringung eine vorkalkulatorische Preisfortschreibung üblich war und sie daher von genauerer Dokumentation tatsächlicher Kosten abgesehen hat. Insoweit ist anzumerken, dass die Klägerin bereits im Schriftsatz vom 6. Mai 2020 - dort Seite 2 - behauptet hat, sie habe bereits vor dem Urteil des Bundesgerichtshofs entsprechend den tatsächlichen Kosten kalkuliert. Gleiches ergibt sich auch aus dem Inhalt des Nachtragsangebots vom 15. Juli 2015 (Anlage K3): Hier legt die Klägerin dar, bei dem in der Anlage ausgearbeiteten Berechnungen die "tatsächlich entstandenen Kosten zugrunde gelegt" zu haben. Daher entbehrt der Einwand von Darlegungs- und Dokumentationsschwierigkeiten durch die Klägerin einer Grundlage.

5. Letztlich vermag die Klägerin mit ihren Ansprüchen auch bei - zu ihren Gunsten unterstellter - Richtigkeit einer Abrechnung auf Basis der Rechtsprechung zur vorkalkulatorischen Preisfortschreibung nicht durchzudringen. Hinsichtlich der in der Berufungsinstanz dargelegten Kosten für die Bauzeitverlängerung fehlt es auch dann an einer Abgrenzung zwischen den Leistungen, die die Klägerin nach dem ursprünglich kalkulierten Preis zu erbringen hatte und den Leistungen, die Mehrleistungen darstellen. Die Klägerin differenziert bei der Berechnung der Verzögerungs- bzw. Unterbrechungsmonate (1,40 Monate bzw. 2,89 Monate) insoweit nicht, worauf der Senat bereits im Beschluss vom 21. April 2022 hingewiesen hat. Hinsichtlich der in der

Berufungsinstanz dargelegten Kosten für die Mehrleistung ("Nachforderung") übersieht die Klägerin, dass sie bei Abrechnung auf der Basis vorkalkulatorischer Preisfortschreibung an die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation gebunden bleibt. Die vorkalkulatorische Preisfortschreibung ist nicht beliebig, sondern muss in Beziehung zur Vertragskalkulation stehen (vgl. **Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher - Kniffka, a.a.O., Teil 4 Rn. 185** m.w.N.). Es wäre also zum einen Aufgabe der Klägerin gewesen, nachvollziehbar darzulegen, wie die in ihrem Angebot (Anlage K 1.18) für die Leistungspositionen 2.5 und 2.6 angenommenen Einheitspreise von 135,52 Euro bzw. 227,68 Euro kalkuliert wurden. Derartigen - substantiierten und nachvollziehbaren - Vortrag bleibt die Klägerin schuldig. Zum anderen müsste sich die Klägerin dann an diesen Kalkulationen festhalten lassen und würde nicht mit ihrem wiederholten Vortrag gehört, dass die ursprüngliche Kalkulation "für die Klägerin nicht auskömmlich" gewesen sei (vgl. insoweit mit einem Rechenbeispiel: **Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher - Kniffka, a.a.O., Teil 4 Rn. 185**).

III.

Die Kostenentscheidung folgt für die Berufungsinstanz aus § 97 Abs. 1 ZPO. Anlass für die beantragte Abänderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung besteht nach vollumfänglichen Unterliegen der Klägerin nicht. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren wurde gem. §§ 47, 48 GKG vorgenommen.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache dann, wenn sie eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann. Die Rechtsfrage muss entscheidungserheblich sein (Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle - Nober, Kommentar zur ZPO 79. Auflage, § 543 Rn. 7 m.w.N.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Auf die von der Klägerin aufgeworfene Rechtsfrage, ob auch im Rahmen des § 2 Abs. 5 VOB/B Mehrleistungen nach tatsächlichen Kosten oder auf der Grundlage vorkalkulatorischer Preisfortschreibung abzurechnen sind, kommt es - wie ausgeführt - im Ergebnis nicht an.

Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert keine Entscheidung des Revisionsgerichts. Rechtsfortbildungsbedarf gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO besteht, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Das ist der Fall, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungsweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (BGH Beschluss vom 23. März 2022 Az.: **VII ZR 191/21**, BeckRS 2022, 12002 Rn. 23). Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. In Rechtsprechung und Schrifttum zeichnet sich ein ausreichendes Meinungsbild zur Berechnung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B ab (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Dezember 2019 Az.: **5 U 52/19**, **NZBau 2020, 509**; OLG Brandenburg, Urteil vom 22. April 2020 Az.: **11 U 153/18**, **NZBau 2020, 639**; OLG Köln, Urteil vom 3. Februar 2021 Az.: **11 U 136/18**, **BeckRS 2021, 3184**; BeckOK VOB/B Cramer/Kandel/Preussner - Kandel, Kommentar zur VOB/B 46. Edition Stand 31. Juli 2021, § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 73; **Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher - Kniffka, a.a.O., Teil 4 Rn. 208a**).