

**OLG Dresden**

**Urteil**

**vom 15.01.2015**

**9 U 764/14**

**Ein Mehrkostenanspruch aus Nachträgen bei einem VOB/B-Vertrag ist bei verspäteter Vorlage der Auftragskalkulation wegen Beweisfähigkeit zur geltend gemachten Klagehöhe abzuweisen. Dies gilt selbst dann, wenn der gerichtlich beauftragte Sachverständige die in der Nachtragskalkulation enthaltenen Ansätze als sachlich und rechnerisch richtig sowie die Preise als ortsüblich bezeichnet hat.**

OLG Dresden, Urteil vom 15.01.2015 - 9 U 764/14 (nicht rechtskräftig)  
vorhergehend:  
LG Leipzig, 28.04.2014 - 3 O 2974/12

In dem Rechtsstreit

....

wegen Werklohnforderung

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ###, Richterin am Oberlandesgericht ### und Richter am Oberlandesgericht ### aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16.12.2014

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 28.04.2014, Az.: 3 O 2974/12, wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das in Ziffer 1. des Tenors genannte landgerichtliche Urteil und das Urteil des Senats sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung des Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, soweit nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 28.110,94 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten restlichen Werklohn für zusätzliche Leistungen am Bauvorhaben ###strasse S 49 in ### in Höhe von erstinstanzlich 34.237,67 EUR.

Wegen des Sach- und Streitstandes sowie der Antragstellung der Parteien in erster Instanz nimmt der Senat Bezug auf die Feststellungen des angegriffenen Urteils und ergänzt diese wie folgt: Am 04.03.2013 hat das Landgericht u.a. folgendes beschlossen (vgl. Bl. 130R d.A): " Über die bestrittenen Behauptungen des Klägers, ihm würden auf Grund des streitgegenständlichen Bauvorhabens noch (Rest-)Vergütungsansprüche zustehen, soll Beweis erhoben werden. Der Beweis soll erhoben werden durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Der Sachverständige soll sich im Rahmen des Gutachtens insbesondere dazu äußern, ob die von der Klägerin herangezogenen Preise den kalkulatorischen der ursprünglichen Beauftragung entsprechen, prüfen, ob die Einbaustärke der hydraulisch gebundenen Tragschicht wie vom Kläger in Anspruch genommen 30 cm oder von der Beklagtenseite angenommen 25 cm beträgt, ...".

Mit Schreiben vom 05.09.2013 (Bl. 149 d.A) hat der vom Landgericht zuvor bestellte Sachverständige ### mitgeteilt, dass er für die Beantwortung der Beweisfrage u.a. das Langtextleistungsverzeichnis und die Urkalkulation (Seite 3 des Schreibens) sowie einen Plan, aus dem sich ergebe, wo eine hydraulisch gebundenen Tragschicht (fortan: HGT) mit einer Schichtdicke von 30 cm eingebaut worden sei (Seite 4 des Schreibens), benötige. Auf den Seiten 6 ff., 17 ff. und 20 seines schriftlichen Gutachtens vom 20.02.2014 (Bl. 160 ff d.A) hat der Sachverständige dann ausgeführt, dass die Nachtragskalkulation der Klägerin ohne Offenlegung der Urkalkulation und ohne Kenntnis, wo eine 30 cm dicke HGT eingebaut sein soll, nicht prüfbar sei. Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 31.03.2014 (Bl. 196 d.A) hat die Klägerin ihre Ursprungskalkulation als Anlagenkonvolut K22 und mit weiterem Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 04.04.2014 (Bl. 197 d.A) einen Lageplan der Baumaßnahme als Anlagenkonvolut K23 zur Akte gereicht.

Das Landgericht hat mit dem angegriffenen Urteil, auf das der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es in Bezug auf die im Berufungsverfahren nur noch allein streitgegenständlichen Nachträge 05.1 und 05.2 aus der als Anlage K7 zur Akte gereichten, geprüften Schlussrechnung vom 03.12.2010 (Bl. 30 ff. d.A.) ausgeführt, dass die Klägerin selbst dann, wenn zu ihren Gunsten die von dem Beklagten bestrittenen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruches als gegeben unterstellt würden, jedenfalls für die in Anspruch genommene weitere Vergütung von zusätzlichen Leistungen darlegungs- und beweisbelastet geblieben sei. Denn sie habe trotz mehrfacher Aufforderungen durch das Gericht die vom Sachverständigen für die Beantwortung der Beweisfrage als notwendig bezeichneten Unterlagen, namentlich die Urkalkulation und den Lageplan der HGT, nicht vorgelegt. Eine weitere Beweisaufnahme habe wegen Ablaufs der Beibringungsfrist (§ 356 ZPO) nicht

mehr erfolgen dürfen. Dieses Ergebnis gehe zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin.

Gegen das der Klägerin am 12.05.2014 zugestellte Urteil hat sie mit einem am 14.05.2014 beim Oberlandesgericht Dresden eingegangenen Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten Berufung eingelegt, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit richterlicher Verfügung vom 11.07.2014 bis zum 08.08.2014 mit einem an diesem Tag per Fax beim Oberlandesgericht Dresden eingegangenen Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten insoweit beschränkt hat, als die auf Vergütung der oben genannten Nachträge gestützte Klage in Höhe von 28.110,94 EUR abgewiesen worden ist, und die sie wie folgt begründet hat: Entgegen der vom Landgericht vertretenen Ansicht komme es vorliegend für die von ihr begehrte zusätzliche Vergütung für Arbeiten an der HGT schon deshalb nicht auf ihre Ur- bzw. Auftragskalkulation an, weil diese hierzu weder Kostenelemente noch vergleichbare Positionen enthalte. Schließlich habe für sie damals kein Anlass bestanden, die nachträglich beauftragten Leistungen zu kalkulieren. Hierauf habe sie bereits erstinstanzlich hingewiesen und sehe sich nunmehr durch das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14.03.2013, Az.: VII ZR 142/12, bestätigt. Zwischen den Parteien habe auch nicht in Streit gestanden, dass sie - die Klägerin - die hier in Streit stehenden zusätzlichen Leistungen erbracht habe.

Auch habe das Landgericht in dem angegriffenen Urteil verkannt, dass es des vom Sachverständigen angeforderten Lageplanes in Bezug auf die 30 cm dicke HGT nicht bedurft habe. Nicht nur, dass das Bestreiten der Beklagten in Bezug auf die Dicke der Tragschicht angesichts des gemeinsamen Aufmaßes unzulässig gewesen sei, ergebe sich die Örtlichkeit der von ihr aufgrund des Zusatzauftrages aufgebrauchten HGT auch schon aus dem als Anlage K2 zur Akte gereichten schriftlichen Auftrag. Ihre Kalkulation habe sie schließlich mit der als Anlage K9 zur Akte gereichten Nachtragskalkulation (vgl. 81. 49 ff. d.A.) dargelegt. Des Weiteren dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass der vom Landgericht bestellte Sachverständige die dort enthaltenen Ansätze als sachlich und rechnerisch korrekt eingeschätzt habe. Nicht zuletzt deshalb habe der Beklagte dann wohl auch für diese Leistung außergerichtlich eine Zahlung von 17.000,00 EUR angeboten (E-Mail des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 04.10.2013, Bl. 238 d.A.).

Darüber hinaus habe das Landgericht verkannt, dass zwischen den Parteien immer Einigkeit darüber bestanden habe, dass die ursprünglich vorgesehenen Schachtabdeckungen infolge der zusätzlich ausgeführten HGT nicht mehr passen konnten und entsprechend angepasst werden mussten. Auch insoweit habe sie mit der Anlage K9 bereits zu einem frühen Zeitpunkt des Rechtsstreites ihre Nachtragskalkulation offengelegt, die der gerichtlich bestellte Sachverständige als üblich bezeichnet habe.

Jedenfalls aber hätte das Landgericht die von ihr am 31.03.2014 vorgelegte Urkalkulation nicht als verspätet behandeln und dementsprechend unberücksichtigt lassen dürfen. Insoweit habe es nämlich verkannt, dass diese Verspätung auf eine Erkrankung und eine erhöhte Arbeitsbelastung ihres Geschäftsführers zurückgehe und dass eine Verzögerung des Rechtsstreites nicht bestanden habe. Schließlich hätte das Landgericht entsprechend seiner Vorgaben im Beweisbeschluss vom 04.06.2013 zunächst Beweis erheben müssen über die Behauptung der Beklagten, die Schachtabdeckung sei nur 25 cm dick aufgebracht worden.

Dies gelte im Übrigen auch im Hinblick auf den ihr vom Landgericht aberkannten Anspruch auf Vergütung der Pflasterarbeiten. Auch insoweit habe ihre zusätzliche Beauftragung durch den Beklagten zwischen den Parteien außer Streit gestanden und habe der erstinstanzlich bestellte Sachverständige bestätigt, dass durch diese zusätzliche und geänderte Ausführung keine Minderkosten entstanden seien.

Mithin sei nunmehr der Beweisaufnahme Fortgang zu geben.

Die Klägerin beantragt,

das angegriffene Urteil abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an sie 28.110,94 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.09.2011 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und meint, dass die Überlassung der Ursprungskalkulation mit Schriftsatz vom 31.03.2014 verspätet im Sinne des § 296 Abs. 1 ZPO gewesen sei. Mithin habe das Landgericht die Klägerin zu Recht als beweisfällig behandelt.

Der Beklagte ist ferner der Ansicht, dass die Klägerin die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verkenne, wenn sie meine, dass sich die Preise für die von ihr in Rechnung gestellten Leistungen nicht aus der Urkalkulation entwickeln müssten. Ohnehin könne die Frage, ob dies möglich sei oder nicht, erst nach deren Vorlage entschieden werden.

Im Übrigen bestreitet der Beklagte, dass die am 30.03.2014 zur Akte gereichte, so bezeichnete Urkalkulation tatsächlich die nämliche darstelle und dass sie geeignet sei, das Preisniveau der in Streit stehenden Nachträge zu verifizieren.

Nichts anderes gelte für den mehrfach erstinstanzlich angeforderten Lageplan der HGT. In diesem Zusammenhang müsse auch berücksichtigt werden, dass in der als Anlage K2 zur Akte gereichten Email vom 01.10.2009 nur von punktueller Verbesserung der Dicke der HGT gesprochen werde.

Ungeachtet dessen bestehe ein Anspruch der Klägerin aber auch deshalb nicht, weil die formalen Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 6 VOB/B nicht vorliegen würden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes nimmt der Senat auf den gesamten Akteninhalt Bezug.

II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Zu Recht hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass die Klägerin den Nachweis ihrer Behauptung, ihr stehe gegen die Beklagte aus den in Streit stehenden Nachträgen ein Vergütungsanspruch in der geltend gemachten Höhe zu, nicht erbracht habe (1.). Der Senat ist wegen § 531 ZPO auch gehindert, diesen - dann neuen - Vortrag in der Berufungsinstanz zuzulassen (2.).

1. Mit zutreffenden Gründen hat das Landgericht in dem angegriffenen Urteil darauf hingewiesen, dass dahingestellt bleiben könne, ob die Klägerin überhaupt die Voraussetzungen des von ihr geltend gemachten, auf § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B gestützten Anspruches auf Vergütung der in Rede stehenden Nachträge schlüssig dargetan hat. Denn selbst wenn der Senat davon ausgehen wollte, dass die Klägerin den streitgegenständlichen Anspruch hinreichend dargetan hat, wäre ihre Klage in erster Instanz unbegründet gewesen, weil sie jedenfalls in Bezug auf die geltend gemachte Höhe ihres angeblichen Anspruches beweisfällig geblieben ist.

Es entspricht der ganz herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, dass die Grundlage für die Festlegung des neuen Preises i.S.v. § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B stets der zuvor vereinbarte Preis ist (BGH, Urteil vom 25.01.1996, Az.: VII ZR 233/04; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.2014, Az. 22 U 37/14 Rdnr. 212; jeweils mit weiteren Nachweisen). Dabei erfolgt die Ermittlung auch der für die zusätzlichen Leistungen geschuldeten Vergütung auf der von den Parteien vorausgesetzten Grundlage einer kalkulatorischen Preisfortschreibung in der Weise, dass - soweit wie möglich - an die Kostenelemente der Urkalkulation angeknüpft wird; für den neu zu bildenden Einheitspreis sind grundsätzlich die gleichen Kostenelemente zu wählen wie in der vom Auftragnehmer dem Vertrag zugrunde gelegten Kalkulation (BGH, Urteil vom 14.03.2013, Az.: VII ZR 142/12, Rdnr. 16 m.w.N.).

Daraus folgt, dass ein auf § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B gestützter Mehrvergütungsanspruch ohne eine nachvollziehbare Darlegung der Preisgrundlagen aufgrund der vorzulegenden Urkalkulation bzw. einer plausiblen Nachkalkulation unschlüssig und die Klage als endgültig unbegründet abzuweisen ist (OLG Düsseldorf, a.a.O., Rdnr. 213).

So liegt der Fall hier. Entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht war die Vorlage ihrer Urkalkulation insbesondere deshalb nicht im Hinblick auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14.03.2013 entbehrlich, weil diese für die in Streit stehenden Mehrvergütungsansprüche keine Kostenelemente enthält. Denn ungeachtet der Tatsache, dass der Bundesgerichtshof in der von der Klägerin zitierten Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass auch in den Fällen, in denen die Urkalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgeblich sind, nach einer vergleichbaren Position in der Urkalkulation des gesamten Vertrages gesucht und anhand dieser Positionen die Kalkulation analog fortgeschrieben werden muss, um das Preisniveau zu sichern (BGH, a.a.O., Rdnr. 17), kann eine Entscheidung über die Frage, ob eine Fortschreibung auf der Grundlage der Urkalkulation überhaupt möglich ist, nicht ohne deren Vorlage getroffen werden.

Dem ist die Klägerin vorliegend trotz entsprechender Hinweise des Gerichtes mit Verfügungen vom 09.09.2013 (Bl. 153R d.A) und aus Oktober 2013 (Bl. 156R d.A)

unter Fristsetzung von drei Wochen erst am 30.03.2014 nachgekommen. Denn das von ihr zuvor als Anlage K9 (Bl. 88 ff. d.A) zur Akte gereichte, so bezeichnete Kalkulationsdokument stellt keine Urkalkulation dar. Sie erläutert die geltend gemachten Preise weder in der vorgenannten kalkulatorischen Weise noch stellt sie einen Bezug zur Urkalkulation her. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige die darin enthaltenen Ansätze als sachlich und rechnerisch richtig sowie die Preise als üblich bezeichnet hat. Denn diese schriftliche Äußerungen des Sachverständigen bietet vorliegend schon deshalb keine belastbare Entscheidungsgrundlage, weil sie lediglich die rechnerische Nachvollziehbarkeit der vorgenannten Nachtragskalkulation bestätigen soll, nicht hingegen deren sachliche Richtigkeit (vgl. Seite 26 des Gutachtens vom 16.02.2014, Bl. 185 d.A).

Dann ist die Klage aber erst mit Vorlage der Anlage K22 am 30.03.2014 und damit zu einem Zeitpunkt hinreichend nachvollziehbar geworden, als die der Klägerin mit vorgeannten Verfügungen gesetzten Beibringungsfristen längst abgelaufen waren. Zu Recht hat deshalb das Landgericht mit Hinweis auf § 356 ZPO die Ansicht vertreten, dass die als Anlage K22 zur Akte gereichte Urkalkulation keine Berücksichtigung mehr finden dürfe.

Dabei verkennt der Senat nicht, dass das Landgericht die vorgenannten Fristen - entgegen dem Wortlaut des § 356 ZPO - nicht mit Beschluss, sondern mit zwei Verfügungen des Einzelrichters bestimmt hat. Ebenso wenig übersieht er, dass nach der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur Verfügungen des Vorsitzenden oder des Berichterstatters oder aber den den Gerichtsbeschluss nicht wiedergebenden Hinweis der Geschäftsstelle die Wirkungen vorgenannter Vorschrift nicht auszulösen geeignet sein sollen (BVerfG, Beschluss vom 24.04.1985, Az.: 2 BvR 1248/82; BGH, Urteil vom 05.05.1998, Az: VI ZR 24/97; Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 356 Rdnr. 6). Allerdings liegt der Fall vorliegend schon deshalb anders, weil hier die in Rede stehenden Verfügungen vom Einzelrichter erlassen worden sind. Dann stellen sie sich aber - nicht anders als eine Erklärung durch Beschluss - als eine solche des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers dar. In Fällen wie diesen ist dann aber kein Grund ersichtlich, die gesetzten Fristen als unbeachtlich zu behandeln und die mit ihrer Versäumung einhergehenden Folgen aus rein formalen Gründen zu verneinen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als der Klägerin ein Rechtsmittel gegen einen auf § 356 ZPO gestützten Beschluss nicht zugestanden hätte (Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl., § 356 Rdnr. 6).

Damit hat das Landgericht die Klage zutreffend als unbegründet abgewiesen, ohne dass es auf die Frage, ob die Klägerin die Lage der von ihr mit einer Dicke von angeblich 30 cm eingebrachten HGT dargestellt habe, angekommen wäre.

2. Allerdings beschränkt sich der vom Landgericht auf § 356 ZPO gestützte Ausschluss der nach Ablauf der Beibringungsfrist vorgelegten Urkalkulation auf die erste Instanz (Reichold in Thomas/Putzo, a.a.O., Rdnr. 13 m.w.N.). Mithin war durch den Senat zu prüfen, ob die sich dann für das Berufungsverfahren als neu i.S.d. § 531 ZPO darstellende Urkalkulation nach dessen Abs. 2 ZPO zuzulassen ist.

Der Senat verneint diese Frage. Weil das Landgericht die Klägerin ausdrücklich auf die Folgen der Fristversäumung hingewiesen hat, wäre eine Zulassung nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ohnehin nur möglich, wenn die verspätete Vorlage nicht auf Nachlässigkeit der Klägerin beruhen würde. Dies vermag der Senat nicht anzunehmen. Denn auch wenn ihr

Geschäftsführer erkrankt und arbeitsüberlastet gewesen sein sollte, hätte die Klägerin nicht einfach zuwarten dürfen. Vielmehr hätte es ihr obliegen, entsprechende Fristverlängerungsanträge zu stellen.

Ebenso wenig durfte sie in einer Nachlässigkeit ausschließenden Weise darauf vertrauen, dass der Rechtsstreit wegen der noch nicht getroffenen Feststellungen des Sachverständigen zur Dicke der HGT noch nicht entscheidungsreif sei. Anders als sie meint, hat das Landgericht mit Beschluss vom 04.03.2013 nämlich keine gesonderte Beweiserhebung über die Einbaustärke der HGT angeordnet, sondern dem Sachverständigen lediglich aufgegeben, im Rahmen seiner Feststellungen zu der Frage, ob der Klägerin der streitgegenständliche Mehrvergütungsanspruch in der geltend gemachten Höhe zusteht, auch zu der Frage der Einbaustärke der HGT Stellung zu nehmen. Dass diese Feststellungen aber vorausgesetzt haben, dass die Abrechnung der Klägerin zunächst hinreichend nachvollziehbar dargelegt wird, lag auch für die Klägerin spätestens seit dem Schreiben des Sachverständigen vom 05.09.2013 und den daran anknüpfenden Verfügungen des Landgerichts auf der Hand.

Damit erweist sich die Berufung als unbegründet.

III.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 97 ZPO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat seine Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10.

Gründe, die es erfordert hätten, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.