

OLG Köln

Beschluss

vom 07.11.2014

19 U 55/14

1.

Durch die vom Auftraggeber in einem VOB-Einheitspreisvertrag gestellte Klausel "Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur" wird ein Anspruch auf Preisanpassung bei Über- oder Unterschreitung des Mengensatzes aus § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen.

2.

Eine solche Regelung begegnet keinen AGB-rechtlichen Bedenken und ist auch als Formulklausel wirksam.

3.

Wird eine Anpassung der Einheitspreise bei Mengenabweichungen vertraglich wirksam abbedungen, finden die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage (BGB § 313) auch im Fall erheblicher Mengenüber- oder -unterschreitungen keine Anwendung.

OLG Köln, Beschluss vom 07.11.2014 - 19 U 55/14

vorhergehend:

OLG Köln, 11.09.2014 - 19 U 55/14

LG Köln, 21.03.2014 - 32 O 354/13

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 21.3.2014 verkündete Urteil der 32. Zivilkammer des Landgerichts Köln (32 O 354/13) wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich die Vollstreckbarkeit nach diesem Beschluss richtet.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Vergütung von Erd- und Tiefbauarbeiten.

Die Beklagte war von der Freien und Hansestadt Hamburg (nachfolgend: Bauherrin) mit der Erstellung einer Lärmschutzwand an der B4/B75 beauftragt worden und erteilte ihrerseits mit Schreiben vom 16.3.2011 der Klägerin als Subunternehmerin den Auftrag, die erforderlichen Erdarbeiten vorzunehmen. Wegen der Einzelheiten der Auftragserteilung wird auf die Anlage K 1 Bezug genommen. Während der Ausführung der Arbeiten ergab sich, dass Leistungen einiger Positionen nicht benötigt wurden und damit entfielen. Bei anderen Positionen reduzierte sich die tatsächlich erforderliche Leistungsmenge gegenüber der beauftragten Menge. Darüber hinaus wurde die Baustraße in einer Größenordnung von 650 m² statt bei Auftragserteilung vorgesehener 9.750 m² zurückgebaut und der eingebrachte Naturschotter im Übrigen auf der Baustelle belassen. Die Klägerin erteilte unter dem 17.2.2012 ihre Schlussrechnung (Anlage K 2), in der wegen Mengenabweichungen ein Betrag von 83.046,87 Euro (Nachtrag 8) und wegen des Schotters ein Betrag von 59.212,91 Euro (Nachtrag 10) in Ansatz gebracht wurden. Die Beklagte erkannte diese Nachträge nicht an.

Die Klägerin hat in erster Instanz eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 107.146,46 Euro nebst Zinsen beantragt. Hinsichtlich der Mindermengen hat die Klägerin behauptet, dass aufgrund dessen eine Unterdeckung der allgemeinen Geschäftskosten und der kalkulatorischen Aufschläge für Wagnis und Gewinn in Höhe von 55.494,29 Euro vorliege. Hinsichtlich der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Anlage K 3 Bezug genommen. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass § 2 Abs. 3 VOB/B nicht wirksam abbedungen worden sei, und behauptet, dass die Parteien vereinbart hätten, dass hinsichtlich sämtlicher Vergütungsfragen eine Durchgängigkeit der Verträge bestehen sollen, mithin die vertraglichen Vereinbarungen der Beklagten mit der Bauherrin auch im Verhältnis zwischen den Parteien Geltung beanspruchten. Ferner hätten die Parteien während der Ausführung und Abrechnung der Baumaßnahme die Anwendung des § 2 Abs. 3 VOB/B gelebt. Hinsichtlich des Schotters hat die Klägerin behauptet, dass sie gemäß den vertraglichen Vereinbarungen den für die Baustraße eingebauten Naturschotter habe vollständig wieder zurückerhalten sollen. Die Differenz der hergestellten Baustraße zur wieder ausgebauten Menge betrage 8.388,36 m². Da der Preis für Naturschotter bei 7,16 Euro pro m² liege, seien (abzüglich 14 % Nachlass) insgesamt 51.652,17 Euro zu vergüten. Eine Anordnung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B sei in der Baubesprechung vom 9.11.2011 erfolgt. Ferner sei die äquivalente Gegenleistung für die Bauleistung sowohl die Vergütung für die Herstellung der Baustraße als auch die Rückübereignung des Naturschotters gewesen. Auch der marktübliche Nachlass in Höhe von 14 % sei allein Folge ihrer Erwartung gewesen, den Naturschotter zurückzuerhalten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und hinsichtlich der Mindermengen die Auffassung vertreten, dass die Parteien § 2 Abs. 3 VOB/B wirksam ausgeschlossen hätten. Eine Anpassung der Einheitspreise aufgrund von Massenänderungen käme deshalb nicht in Betracht. Diese Vereinbarung sei zwischen den Parteien ausdrücklich und individuell ausgehandelt worden. Die Beklagte hat ferner behauptet, dass die Bauherrin gegenüber der Beklagten keine Vergütung für die streitgegenständlichen Positionen gezahlt, sondern eine solche Zahlung abgelehnt habe. Im Übrigen entspreche die Berechnung des vermeintlichen Preisanpassungsanspruchs durch die Klägerin nicht den Vorgaben der Regelung in § 2 Abs. 3 VOB/B. Hinsichtlich des Schotters hat die Beklagte behauptet, dass ein vollständiger Wiederausbau des Naturschotters zwischen den Parteien vertraglich nicht vereinbart gewesen und zudem mit der Bauherrin nicht abgestimmt worden sei. Ein Rückbau des Naturschotters habe ausdrücklich nur "nach Rücksprache" mit der Bauherrin

erfolgen sollen. Die Klägerin sei zudem schon über die Vergütung für den "Einbau" des Naturschotters aufgrund des Preisgefüges hinreichend für das eingebrachte Material vergütet worden.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Klägerin stehe weder ein Anspruch gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B in Höhe von 55.494,29 Euro noch ein Anspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B in Höhe von 51.652,17 Euro wegen "des Verlustes des Naturschotters" zu. Hinsichtlich der Mindermengen hat das Landgericht angenommen, dass die Parteien durch Vereinbarung vom 16.3.2011 die Regelung in § 2 Abs. 3 VOB/B wirksam abbedungen haben. Es könne dahinstehen, ob es sich bei der vertraglichen Regelung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder um eine individuell ausgehandelte Vereinbarung handele. Auch als Allgemeine Geschäftsbedingung wäre die Regelung wirksam. Die Beklagte sei auch berechtigt, sich nunmehr auf den Ausschluss des § 2 Abs. 3 VOB/B zu berufen. Die von der Klägerin vorgelegte Korrespondenz (Anlagen K 5 bis K 8), die nach der Rechnungsstellung geführt wurde, begründe nicht die Anwendung des § 242 BGB. Eine Unwirksamkeit des Ausschlusses von § 2 Abs. 3 VOB/B ergebe sich auch nicht aus einem vermeintlichen Widerspruch zu den Bedingungen der Bauherrin. Die Klägerin habe ferner keinen Anspruch aus § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB, da die Voraussetzungen für einen Wegfall oder eine Änderung der Geschäftsgrundlage nicht vorliegen, wenn eine Anpassung des Einheitsvertrages bei Mengenabweichungen vertraglich wirksam abbedungen ist. Hinsichtlich des Schotters ist das Landgericht davon ausgegangen, dass ein Anspruch der Klägerin in Höhe von 51.652,17 Euro aus § 2 Abs. 5 VOB/B daran scheitere, dass diese Norm keine Anwendung finde, und auch insoweit ein Anspruch der Klägerin aus § 951 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 812 ff. BGB, aus § 2 Abs. 3 VOB/B und aus § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB nicht bestehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien sowie der tatsächlichen Feststellungen und der Begründung des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem Urteil vom 21.3.2014 (Bl. 70 ff. GA) verwiesen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageantrag weiterverfolgt sowie ihr Vorbringen aus erster Instanz wiederholt, vertieft und ergänzt:

Die Klägerin ist weiterhin der Auffassung, dass ihr ein Anspruch in Höhe von 55.494,29 Euro wegen der Mindermengen zustehe. Das Landgericht habe zu Unrecht aus der Formulierung im Auftragschreiben der Beklagten vom 16.3.2011 (Anlage K 1) "Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur. Nachforderungen werden nur insoweit vergütet, wie sie von unseren Auftraggeber anerkannt werden." einen wirksamen Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B entnommen. Richtigerweise sei die Klausel unter Berücksichtigung des Zustandekommens des Vertrags und der Interessenlage der Parteien im Sinne eines Regel-Ausnahme-Prinzips auszulegen. Die Vertragsbedingung sei auch nicht ausgehandelt worden. Nach den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot der Klägerin vom 20.12.2010 habe vielmehr die VOB/B insgesamt Anwendung finden sollen und ein Abbedingen von § 2 Abs. 3 VOB/B sei niemals Gegenstand der Verhandlungen oder der Vertragsanbahnung gewesen, ergebe sich insbesondere auch nicht aus dem Verhandlungsprotokoll, welches die Beklagte erstellt hat. Die fragliche Klausel sei vielmehr erstmalig im Auftragschreiben

der Beklagten vom 16.3.2011 aufgeführt worden. Selbst wenn man davon ausgeht, dass darin eine modifizierte Annahme des aus der Auftragsverhandlung vom 1.3.2011 hervorgegangenen "Subunternehmerangebots" gemäß § 150 Abs. 2 BGB zu sehen ist, das durch die Aufnahme der Arbeiten auf der Baustelle angenommen wurde, sei die Regelung der Klägerin "untergejubelt" worden, so dass sich die Beklagte darauf nicht berufen könne. Für eine Geltung von § 2 Abs. 3 VOB/B spreche schließlich auch das nachvertragliche Verhalten der Parteien. Selbst wenn die o.g. Klausel Vertragsinhalt geworden wäre, ist sie nach Auffassung der Klägerin so zu verstehen, dass sie gegenüber der Beklagten nach § 2 Abs. 3 VOB/B abrechnen darf, soweit diese gegenüber ihrem Auftraggeber berechtigt ist, nach § 2 Abs. 3 VOB/B abzurechnen, zumal sich die Beklagte verpflichtet habe, Nachunternehmen keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen als zwischen ihr und der Bauherrin galten und die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistung im Bereich des Ingenieurbaus" (ZV), die Gegenstand des Vertrages der Beklagten mit der Bauherrin waren, auch Grundlage des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien geworden seien. Danach sei ein Abbedingen von § 2 Abs. 3 VOB/B unzulässig gewesen. Jedenfalls sei die Beklagte nach Treu und Glauben gehindert, sich auf einen etwaigen Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B zu berufen, da sie dies erstmals mit Schreiben vom 11.3.2013 (Anlage K 9) - mithin zwei Jahre nach dem Auftragschreiben - geltend gemacht habe. Darüber hinaus meint die Klägerin, dass selbst bei der Annahme einer wirksamen Abbedingung von § 2 Abs. 3 VOB/B die Regelung zu einem späteren Zeitpunkt wieder in den Vertrag einbezogen worden sei, wie sich etwa aus einem Schreiben der Beklagten vom 2.12.2011 (Anlage K 5) ergebe. Schließlich ergibt sich ein Anspruch auf Preisanpassung nach Auffassung der Klägerin auch aus § 313 BGB. Sollte auch insoweit nicht von einer wirksamen Preisanpassung auszugehen sein, so stünde der Klägerin jedenfalls aufgrund der gravierenden Mengenabweichung ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu.

Auch hinsichtlich des Komplexes "verlorener Naturschotter" reklamiert die Klägerin weiterhin einen Nachtragsanspruch. Das Landgericht irre mit der Auffassung, ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus § 2 Abs. 5 VOB/B, weil keine Anordnung im Sinne dieser Norm, sondern eine Mengenabweichung i.S.d. § 2 Abs. 3 VOB/B vorliege, die jedoch wirksam abbedungen worden sei. § 2 Abs. 3 VOB/B greife bei Mengenänderungen nur ein, wenn die Abweichung zwischen der tatsächlich ausgeführten und der ursprünglich beauftragten Menge darauf beruhe, dass die beauftragte Menge falsch sei, weil entweder die Berechnung falsch oder die vorgefundenen Verhältnisse anders waren als zunächst angenommen. Die ausgeführte Menge dürfe sich also nur bei inhaltlich unverändertem Bausoll ergeben. Weiche hingegen das Bauist vom Bausoll ab, so liege ein Fall von § 2 Abs. 5 VOB/B vor. Das Landgericht übersehe zudem, dass eine entsprechende kostenneutrale Anordnungsbefugnis im Leistungsverhältnis nicht enthalten sei. Aus der Formulierung in Position 00.08.0070 ergebe sich, dass lediglich der Rückbau in zeitlicher Hinsicht nach Absprache mit dem Bauherrn gemeint sei. Die Klägerin ist der Auffassung, dass sie nach Auslegung des Vertrages davon ausgehen durfte, dem Naturschotter als Wirtschaftsgut zur eigenen Verwendung wieder zurückzuerhalten.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 107.146,46 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.4.2012 zu zahlen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Hinsichtlich des Nachtrags für Minderleistungen meint die Beklagte, dass das Landgericht die vertragliche Ausschlussklausel zu § 2 Abs. 3 VOB/B zutreffend ausgelegt habe. In dem Auftragschreiben vom 16.3.2011 sei kein Regel-Ausnahme-Prinzip vereinbart worden. Die Regelung zu den Nachforderungen betreffe gerade nicht den Fall der sog. Massenänderungen im Sinne von § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern allein den Fall von Nachträgen im Sinne von § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B. Der Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B sei in dem Verhandlungsgespräch der Parteien vom 1.3.2011 individuell ausgehandelt worden und im Übrigen jedenfalls dadurch Vertragsbestandteil geworden, dass ein neues, geändertes Angebot der Beklagten im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB von der Klägerin angenommen worden ist. Denn die Klägerin habe sich widerspruchlos auf die Ausschlussklausel eingelassen und mit der Auftragsausführung begonnen. Nach Auffassung der Beklagten wäre der Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B im Übrigen auch als Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam. Die Klägerin könne sich auch nicht auf ein in den zusätzlichen Vertragsbedingungen enthaltenes "Benachteiligungsverbot" von Nachunternehmern berufen, da dieses ausdrücklich nicht für die Vereinbarung der Preise gilt. Auch eine Verletzung von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB liege nicht vor. Im Übrigen bestreitet die Beklagte, von der Bauherrin eine Vergütung für die streitgegenständlichen Positionen bzw. Massenänderung erhalten zu haben. Auch aus dem nachvertraglichen Verhalten der Parteien ergebe sich ihres Erachtens nichts Abweichendes. Insbesondere sei § 2 Abs. 3 VOB/B nicht durch das Schreiben vom 2.12.2011 (Anlage K 5) nachvertraglich wieder einbezogen worden, zumal die Klägerin bei der Abrechnung widersprüchlich gehandelt habe, indem sie außergerichtlich zunächst 83.045,87 Euro verlangt hat. Im Übrigen behauptet die Beklagte, dass sie gegenüber der Klägerin deutlich gemacht habe, dass sie die von ihr beanspruchte Leistungsposition nicht vergüten kann, da diese nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen seien. Auch lägen die Voraussetzungen einer Preisanpassung nach § 313 BGB nicht vor.

Der Klägerin stehe auch kein Anspruch auf Zahlung von 51.652,17 Euro wegen "Verlust des Naturschotters" gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B zu. Es fehle sowohl an einem Eingriff in die Preisgrundlagen durch Anordnung des Bauherrn als auch an der substantiierten Darlegung eines Anspruchs auf Preisanpassung. Vielmehr sei in Position 080070 ausdrücklich vorgesehen gewesen, dass der Rückbau der Baustraße "nach Rücksprache" mit dem Auftraggeber zu erfolgen habe, wobei sich das Anordnungsrecht nicht nur auf die zeitliche Durchführung des Bauvorhabens beschränkte, sondern sich ausdrücklich auf den gesamten Rückbau und den damit verbundenen Umfang erstreckt habe. Dies sei den Vertragsparteien aufgrund der Verhandlung und der Auftragsgespräche von Anfang an klar gewesen. Andere Anspruchsgrundlagen sind nach Auffassung der Beklagten ebenfalls nicht erfüllt.

Der Senat hat durch Beschluss vom 11.9.2014 auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO hingewiesen. Die Klägerin hat hierzu mit Schriftsatz vom 22.10.2014 Stellung genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien und des Prozessverlaufs wird auf den genannten Beschluss (Bl. 219 ff. GA) und den o.g. Schriftsatz der Klägerin (Bl. 242 ff. GA) sowie den weiteren Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg und auch die weiteren Voraussetzungen für eine Zurückweisung des Rechtsmittels durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Zur Begründung wird zunächst auf die Hinweise in dem Beschluss vom 11.9.2014 verwiesen. Die dagegen gerichteten Einwände der Klägerin gemäß Schriftsatz vom 22.10.2014 geben keine Veranlassung zu einer abweichenden Beurteilung. Auch nach nochmaliger Prüfung der Sach- und Rechtslage hält der Senat in der für die vorliegende Entscheidung zuständigen Besetzung daran fest, dass das Landgericht die Klage im Ergebnis zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen hat. Mit ihren weiteren Einwendungen vermag die Klägerin die Unbegründetheit der Klage ebenfalls nicht in Frage zu stellen.

1. Zu der Frage eines Vergütungsanspruchs wegen Minderleistungen gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B wurde in dem Beschluss vom 11.9.2014 Folgendes ausgeführt:

"Der Klägerin steht ein Anspruch in Höhe von 55.494,29 Euro gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B nicht zu. Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass diese Regelung durch die vertragliche Bestimmung "Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur" durch die Vereinbarung vom 16.03.2011 wirksam abbedungen ist.

Es kann nicht festgestellt werden, dass das Landgericht allgemeine Grundsätze der Vertragsauslegung nicht berücksichtigt hat oder die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht. Soweit die Klägerin einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs rügt, fehlt es schon an einer ausreichenden Begründung.

Das Landgericht hat bei der Auslegung der Vertragsbestimmung auch den Sachverhalt richtig gewürdigt. Aus dem Umstand, dass sich im Anschluss an die genannte Vertragsbestimmung die Bestimmung befindet "Nachforderungen werden nur insoweit vergütet, wie sie von unserem Auftraggeber anerkannt werden", ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung nicht zu schließen, dass in Bezug auf die Massenänderung Unklarheiten oder Widersprüchlichkeiten bestehen. Die vertragliche Bestimmung beinhaltet einerseits eindeutig eine Regelung zu einer auf einer Massenänderung beruhenden Preisänderung und andererseits eine solche zu Nachforderungen, die insoweit nicht miteinander zusammenhängen und unterschiedliche Sachverhalte betreffen. Dem Landgericht ist insoweit auch kein Zirkelschluss vorzuwerfen.

Es ist im Übrigen anerkannt, dass in Formularverträgen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Anpassung des Einheitspreises bei Mengenabweichungen

vertraglich abbedungen werden kann. Eine solche Regelung ist individualrechtlich möglich; sie begegnet aber auch als allgemeine Geschäftsbedingung keinen Bedenken im Hinblick auf § 307 BGB (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., 2013, Rz. 1505). Die Zulässigkeit einer solchen Regelung ist insbesondere auch dann zu bejahen, wenn die Regelung sich sowohl auf Erhöhungen als auch auf Herabsetzungen der Einheitspreise bezieht (vgl. dazu BGH, Urteil vom 08.07.1993 - VII ZR 79/92 - NJW 1993, 2738; Werner/Pastor, a.a.O., Vygen/Kratzenberg, VOB, 17. Aufl., 2010, § 2 Abs. 3 VOB/B, Rz. 10). Soweit die Klägerin einwendet, die Vertragsbestimmung könne nicht dergestalt ausgelegt werden, dass § 2 Abs. 3 VOB/B abbedungen worden sei, weil nach dem Auftragschreiben vom 16.03.2011 zu den Vertragsgrundlagen auch die VOB, neueste Fassung "gehört", verfängt ihr Argument nicht. Der Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B kann auch erfolgen, wenn zunächst im Vertrag die VOB/B als Ganzes vereinbart worden ist. Folge einer derartigen vertraglichen Bestimmung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein, dass die VOB/B in diesem Fall als Ganzes ggf. nicht mehr vereinbart ist (vgl. BGH, Urteil vom 22.01.2004 - VII ZR 419/02 - NZBau 2004, 267; Vygen/Kratzenberg, a.a.O.). Ob vorliegend nach dem Maßstäben der genannten Rechtsprechung durch den Ausschluss der Regelungen der Kernbereich der VOB/B betroffen und der mit der VOB/B bezweckte billige Interessenausgleich zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber nicht mehr gewährleistet ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Für den Rechtsstreit ist allein entscheidend, dass die vertragliche Bestimmung zum Ausschluss von § 2 Nr. 3 VOB/B wirksam ist.

Angesichts der Wirksamkeit des genannten Ausschlusses - auch im Fall der Annahme einer allgemeinen Geschäftsbedingung - ist es unerheblich, ob sich die Parteien im Rahmen der Vertragsanbahnung ausdrücklich und individuell über den Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B verständigt haben. Auf die streitige Behauptung der Kläger, bei der Auftragsverhandlung vom 01.03.2011 sei ein Abbedingen von § 2 Abs. 3 VOB/B nicht Gegenstand der Vertragsverhandlung gewesen, kommt es mithin für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an. Dementsprechend kann dahingestellt bleiben, welche Erklärungen im Rahmen der Vertragsverhandlungen durch die von der Klägerin benannten Zeugen abgegeben worden sind. Der Umstand, dass das Subunternehmerangebot vom 01.03.2011 einen Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B nicht vorsieht, steht dem Auslegungsergebnis daher nicht entgegen. Selbst wenn zunächst nach dem Subunternehmerangebot kein Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B vorgesehen war, ist die Ausschlussregelung durch das Auftragsbestätigungsschreiben und die Aufnahme der Arbeiten auf der Baustelle gemäß § 150 Abs. 2 BGB wirksam Vertragsgegenstand geworden. Davon geht letztlich auch die Klägerin aus.

Soweit die Klägerin - vor diesem Hintergrund - der Auffassung ist, dass aufgrund vorvertraglicher Verhandlungen der objektive Erklärungsempfängerhorizont der Beklagten im Rahmen der Vertragsauslegung hätte einbezogen werden müssen und angesichts dessen nicht davon auszugehen gewesen sei, dass § 2 Abs. 3 VOB/B abbedungen werden sollte, bleibt sie erfolglos. Dem steht insbesondere nicht der Umstand entgegen, dass nach den Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Bereich des Ingenieurbaus (kurz ZV) die Klägerin als Subunternehmerin nicht schlechter zu stellen gewesen sei als die Beklagte gegenüber der Bauherrin. Selbst wenn nach dem offensichtlich beiderseitigen Verständnis der Parteien davon auszugehen ist, dass die ZV Vertragsgrundlage gewesen ist, weil nach dem Auftragschreiben Vertragsgrundlage auch die "Ihnen bekannte Bau- und Leistungsbeschreibung einschließlich aller Vorbemerkungen"

ist, was auch nach Ziffer 3 des Subunternehmerangebots vorgesehen war (Leistungsbeschreibung inklusive aller Vorbemerkungen der Hansestadt Hamburg - im weiteren FHH), folgt daraus keine andere Auslegung der Vertragsbestimmung zum Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B. Zutreffend hat bereits das Landgericht ausgeführt, dass die auf Seite 3 der ZV in Bezug genommenen Regelungen, die dem Nachunternehmer keine ungünstigeren Bedingungen auferlegen dürfen, als zwischen ihm und dem Auftraggeber vereinbart sind, sich nicht auf die Vereinbarung der Preise beziehen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Begründung des Landgerichts Bezug genommen. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Klägerin selbst davon ausgeht, dass die in den ZV in Bezug genommenen Bedingungen die VOB/B meinen. Begegnet jedoch, wie bereits oben ausgeführt, auch eine formularmäßige Regelung zum Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B keinen Wirksamkeitsbedenken, sondern hat allein die Folge, dass die VOB/B nicht in Gänze vereinbart ist, so kann aufgrund der Inbezugnahme der VOB/B in den ZV nichts anderes gelten.

Ergänzend dazu dürfte im Übrigen zu berücksichtigen sein, dass nach dem Auftragsschreiben vom 16.03.2011 die Vertragsgrundlagen in einer bestimmten Reihenfolge als maßgebliche Vertragsbedingungen genannt werden. Danach ist das Auftragsschreiben vorrangig und die nachfolgenden Regelungen dürften nach dem objektiven Empfängerhorizont der Vertragsparteien nur insoweit vereinbart sein, als sie den vorrangigen Regeln nicht widersprechen. Andernfalls würde es widersinnig sein und nicht den Grundsätzen der allgemeinen Vertragsauslegung entsprechen, wenn in den Vertragsgrundlagen zunächst die VOB/B in neuester Fassung und sodann das BGB genannt werden.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Vertragsbestimmungen im Auftragsschreiben vom 16.03.2011 einvernehmlich durch nachvertragliches Verhalten abgeändert worden sind. Soweit sich die Klägerin hierzu auf die Anlagen K5 - K8 bezieht, vermag sie eine nachträgliche Änderung des Vertrages nicht wirksam darzulegen. Weder das Schreiben der Beklagten vom 02.12.2011 (Anlage K5) noch die Anmerkungen der Beklagten zum vorläufigen Prüfergebnis der Schlussrechnung im Schreiben vom 15.05.2012 (Anlage K6) lassen einen übereinstimmenden vertraglichen Abänderungswillen erkennen. Nichts Anderes gilt für die Besprechung der Parteien am 10.10.2012 und die im Nachgang hierzu ausgetauschten Schreiben bzw. E-Mails (Anlage K7 und Anlage K8). Soweit die Klägerin behauptet, am 10.10.2012 habe Herr N Herrn I mitgeteilt, man habe sich bereits mit der FHH bis auf ein paar Prozent geeinigt und werde den Nachtrag vergüten, liegt darin keine wirksame Abänderung des Vertragsausschlusses bzw. - was die Klägerin selbst nicht reklamiert - ein Schuldanerkenntnis.

Den Schreiben ist auch nicht zu entnehmen, dass die Klägerin berechtigterweise darauf vertrauen durfte, dass der im Vertrag vorgesehene Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B nicht zum Tragen kommen werde. Selbst wenn insoweit der Klägerin eingeräumt werden kann, dass die Beklagte - jedenfalls nach dem Schreiben vom 02.12.2011 (Anlage K5) - zunächst davon ausging, verpflichtet zu sein nach tatsächlichen Abrechnungsmengen abzurechnen, begründet dieses Verhalten keine Rechtsposition, auf die die Klägerin vertrauen durfte. Nichts Anderes ergibt sich für den Termin vom 10.10.2012, zu dem die Klägerin selbst vorträgt, dass der hier erörterte Nachtrag wegen Mengenänderung in diesem Termin nicht mehr weiter erörtert wurde. Auch allein die Übersendung einer

Übersicht betreffend die Mehr- oder Mindermengen ist nicht geeignet, eine entsprechende Vertrauensposition zu begründen. Entsprechendes gilt für die Schreiben der Beklagten vom 25.01.2012 (Anlage K13) sowie das Schreiben der Beklagten vom 29.01.2013 (Anlage K8).

Nicht jedes Abrechnungsverhalten, das mit den vertraglichen Bestimmungen nicht in Einklang zu bringen ist, berechtigt dazu anzunehmen, der Vertragspartner werde von einer dem zuwider laufenden vertraglichen Bestimmung abrücken. Auch der Umstand, dass die Beklagte erst ca. zwei Jahre nach dem Auftragschreiben (und nicht etwa nach Abnahme) mit Schreiben vom 11.03.2013 (Anlage K9) auf die fehlende Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 VOB/B abstellt, begründet kein widersprüchliches oder treuwidriges Verhalten. Hier fehlt es bereits am erforderlichen Zeitpunkt.

Auch die hilfsweise von der Klägerin reklamierten Ansprüche greifen nicht. Ein Anspruch der Klägerin auf Preisanpassung gemäß § 313 Abs. 1 und 2 BGB ist nicht gegeben. Auf die zutreffenden, nicht weiter ergänzungsbedürftigen Gründe des Landgerichts wird Bezug genommen. Für den darüber hinaus reklamierten Schadensersatzanspruch wegen falscher Ausschreibung, der auch grundsätzlich in Betracht kommt, fehlt es - ungeachtet des Greifens von § 531 Abs. 2 ZPO - an hinreichend substantiiertem Vortrag."

An dieser Beurteilung der Sach- und Rechtslage hält der Senat auch unter Berücksichtigung der im Schriftsatz vom 22.10.2014 erhobenen Einwendungen der Klägerin fest:

Dem von der Klägerin verfochtenen Standpunkt, dass die in Rede stehende Vertragsklausel dahin auszulegen sei, dass § 2 Abs. 3 VOB/B nicht vollständig abgedungen worden ist, vermag sich der Senat auch nach nochmaliger Prüfung nicht anzuschließen. Die Stellungnahme zu dem Hinweisbeschluss vom 11.9.2014 zeigt insoweit auch keine Gesichtspunkte auf, die Anlass zu einer abweichenden Beurteilung geben würden, sondern die Klägerin setzt vielmehr im Wesentlichen ihre eigene Interpretation an die Stelle derjenigen, die nach Auffassung des Senats maßgeblich ist. Insbesondere ist der zweite Satz des Absatzes ("Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur. Nachforderungen werden nur insoweit vergütet, wie sie von unseren Auftraggeber anerkannt werden."), in dem im ersten Satz die Abbedingung von § 2 Abs. 3 VOB/B enthalten ist, nicht gegenstands- oder sinnlos, wenn man ihn nicht als Einschränkung bzw. Ausnahme des grundsätzlichen Ausschlusses von Nachforderungen im Fall von Massenänderungen versteht, da er sich - wie die Klägerin selbst in Erwägung zieht - auch auf Nachforderungen gemäß § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B beziehen kann. Die "systematische Korrektheit" oder Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner abschließenden Beurteilung, da dies den Regelungsgehalt des ersten Satzes, der § 2 Abs. 3 VOB/B ausschließt, nicht in Frage stellt.

Vor diesem Hintergrund stellt die Interpretation der Klägerin keine naheliegende oder zumindest mögliche, sondern eine nach Auffassung des Senats fernliegende Deutung der Vertragsklausel dar, die deshalb auch nicht gemäß §§ 305 c Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB und aus den ebenfalls in dem Beschluss vom 11.9.2014 dargelegten Gründen auch nicht unter sonstigen AGB-rechtlichen Aspekten, z.B. wegen unangemessener Benachteiligung, unwirksam ist, selbst wenn sie als Allgemeine Geschäftsbedingung eingeordnet würde.

Die Einbeziehung der Zusätzlichen Vertragsbedingungen der FHH und/oder das nachvertragliche Verhalten der Parteien gibt aus den bereits im Beschluss vom 11.9.2014 dargelegten Gründen ebenfalls keinen Anlass zu einer abweichenden Interpretation des vertraglichen Ausschlusses von § 2 Abs. 3 VOB/B. Mit ihren diesbezüglichen Einwendungen im Schriftsatz vom 22.10.2014 setzt die Klägerin ebenfalls im Wesentlichen ihre eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des Senats, an der er auch weiterhin festhält.

Ansonsten erhebt die Klägerin gegen die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen in dem Beschluss vom 11.9.2014 keine Einwände.

2. Auch die in Bezug auf die Anerkennung eines Vergütungsanspruchs wegen des Schotters erhobenen Einwendungen der Klägerin greifen nicht durch. Hierzu hat der Senat in dem Beschluss vom 11.9.2014 folgende Ausführungen gemacht:

Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B in Höhe von 51.652,17 Euro wegen "des Verlustes des Naturschotters". Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die von der Klägerin reklamierte Anspruchsgrundlage gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B nicht anwendbar ist. Die Ausführungen in der Berufungsbegründung der Klägerin lassen Rechtsfehler des Landgerichts nicht erkennen. Das Landgericht hat den Anwendungsbereich von § 2 Abs. 5 zutreffend dahingehend bestimmt, dass hier Veränderungen des Leistungsverzeichnisses und solche Maßnahmen gemeint sind, die sich auf die Art und Weise der Durchführung der vertraglich vereinbarten Bauleistung beziehen. Massenänderungen sind hiervon nicht erfasst. Die von der Klägerin zitierte Fundstelle (bei Werner/Pastor, a.a.O., Rnr. 1501) belegt gerade nicht die Anwendbarkeit von § 2 Abs. 5 bei Mengenabweichungen.

§ 2 Nr. 5 VOB/B greift nicht, weil nicht auf Veranlassung des Auftraggebers im Wege einer echten Änderung der vereinbarten Leistung selbst oder der Art und Weise ihrer Ausführungen in das bisher vertraglich zu Grunde gelegte Verhältnis zwischen Leistung und Preisgestaltung eingegriffen wird. § 2 Nr. 5 VOB/B umfasst nur die Fälle, in denen ohne wirkliche Leistungsänderung innerhalb der vorgesehenen Leistung eine Mengenänderung erfolgte (vgl. dazu auch Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl., § 2 Nr. 5 VOB/B, Rnr. 9). Ob darüber hinaus, worauf die Beklagte zutreffend hinweist, die Voraussetzungen eines neuen Preises nach § 2 Abs. 5 VOB/B überhaupt hinreichend dargetan sind, kann daher hier dahingestellt bleiben.

Entgegen der Auffassung der Klägerin geht der Senat davon aus, dass sich die Position 080070, die nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien beinhaltet, dass der Rückbau der Straßenbefestigung nach Rücksprache mit dem Auftraggeber erfolgt (das Leistungsverzeichnis liegt nicht vor), auf den gesamten und nicht nur auf die zeitliche Entscheidung des Rückbaus bezieht. Die Klägerin ist denn auch der von der Beklagten erstinstanzlich vorgetragenen Behauptung, dass der Bauherrin ein Anordnungsrecht zustand, nicht entgegengetreten. Ihre Ausführungen dazu, dass sich die Anordnung des Rückbaus nur auf den zeitlichen Umfang erstreckt, ist daher unsubstantiiert.

Soweit demnach davon auszugehen ist, dass sich der Rückbau des Naturschotters als Fall der Massenänderung darstellt, scheidet der Anspruch an der mangelnden Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 VOB/B.

Mangels Vorliegen anderer Anspruchsgrundlagen hat es bei der landgerichtlichen Entscheidung auch insoweit zu verbleiben.

Auch an dieser Beurteilung hält Senat trotz der im Schriftsatz vom 22.10.2014 erhobenen Einwendungen der Klägerin weiterhin fest:

Selbstverständlich hat der Senat bei Abfassung des Beschlusses vom 11.9.2014 den gesamten Akteninhalt, mithin auch die Wiedergabe einzelner Positionen der Ausschreibung u.a. in der Klageschrift, berücksichtigt. Der Hinweis, dass die Leistungsbeschreibung nicht vorliegt, bezog sich ersichtlich auf das vollständige Leistungsverzeichnis, das von den Parteien weder erst- noch zweitinstanzlich eingereicht wurde. Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung hält der Senat trotz der Einwände der Klägerin daran fest, dass der in der Ausschreibung zu Position 00.00.08.0070 enthaltene Hinweis "Der Rückbau der Baustraßenbefestigung erfolgt nach Rücksprache mit den AG." nicht nur die Abstimmung des zeitlichen Ablaufs, sondern auch eine - nicht zu Nachträgen berechtigende - Dispositionsbefugnis der Bauherrin in quantitativer Hinsicht umfasste, so dass es sich nicht um einen Anwendungsfall des § 2 Abs. 5 VOB/B handelt. Soweit die Klägerin einwendet, dass es in der Baubranche üblich sei, derartige Vorbehalte bzw. Anordnungsbefugnisse als sog. "NEP-Eventualpositionen" auszuweisen, wie dies auch bei dem vorliegend in Rede stehenden Auftrag an anderer Stelle geschehen sei, mag dies eine Art des üblichen Prozederes sein, schließt jedoch nach Auffassung des Senats anderweitige Regelungen wie die hinsichtlich der o.g. Auftragsposition nicht aus.

Da somit keine Anordnung der Bauherrin bzw. der Beklagten i.S.d. § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegt, scheidet eine Vergütungsanpassung unter diesem rechtlichen Aspekt aus und kommt auch ansonsten nicht in Betracht. Die Klägerin geht selbst davon aus, dass § 2 Abs. 3 VOB/B nicht einschlägig ist. Ein solcher Anspruch wäre im Übrigen aus den unter 2. dargelegten Gründen auch ausgeschlossen. Dass und weshalb aus den in dem angefochtenen Urteil zutreffend dargelegten Gründen die Klageforderung sich auch nicht aus anderweitigen Anspruchsgrundlagen ergibt, greift die Klägerin ebenfalls nicht an.

3. Ob - wie die Klägerin meint - in erster Instanz ihr Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt wurde, kann dahinstehen, weil auch unter Berücksichtigung ihres gesamten zweitinstanzlichen Vortrags keine abweichende Beurteilung geboten ist und es insoweit jedenfalls an der Entscheidungserheblichkeit eines etwaigen Verfahrensverstößes fehlt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 711 ZPO (i.V.m. § 522 Abs. 3 ZPO).

Streitwert des Berufungsverfahrens: 107.146,46 Euro