



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

**VII ZR 282/14**

vom

4. November 2015

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 4. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, den Richter Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack, Sacher und Wimmer

beschlossen:

Der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wird teilweise stattgegeben.

Der Beschluss des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 7. November 2014 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Klage bezüglich des Anspruchs auf Kompensation einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten und der Aufschläge für Wagnis und Gewinn in Höhe von 55.494,29 € nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem genannten Beschluss zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Streitwert: 107.146,46 €;

des stattgebenden Teils: 55.494,29 €.

Gründe:

I.

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

2 Die Beklagte war von der Stadt H. mit der Erstellung einer Lärmschutzwand an einer Bundesstraße beauftragt worden und erteilte ihrerseits mit Schreiben vom 16. März 2011 der Klägerin als Nachunternehmerin den Auftrag, die erforderlichen Arbeiten vorzunehmen. In diesem Schreiben vom 16. März 2011 heißt es unter anderem wie folgt:

"auf Grundlage der Ihnen bekannten Bau- und Leistungsbeschreibung einschl. aller Vorbemerkungen, der durch die Stadt H. genehmigten und freigegebenen Planunterlagen sowie der geführten Verhandlung vom 01.03.2011 erteilen wir den Auftrag zur Durchführung der Arbeiten wie folgt.

...

Die Preise sind Komplett-Preise incl. aller Materialien und Nebenleistungen und fix und fertiger Arbeit und haben Gültigkeit bis zur Beendigung dieser Baumaßnahme.

Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur.

Nachforderungen werden nur insoweit vergütet, wie sie von unserem Auftraggeber anerkannt werden.

...

Vertragsgrundlagen:

- dieses Auftragschreiben;
- die Ihnen bekannte Bau- und Leistungsbeschreibung einschl. aller Vorbemerkungen,
- das beiderseits anerkannte Subunternehmerangebot vom 01.03.2011;

- die VOB, neueste Fassung;
- das BGB einschl. AGB-Gesetz, neueste Fassung."

3           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 m<sup>2</sup> statt bei Auftragserteilung vorgesehener 9.750 m<sup>2</sup> zurückgebaut und der eingebrachte Naturschotter im Übrigen auf der Baustelle belassen.

4           Die Klägerin erteilte unter dem 17. Februar 2012 ihre Schlussrechnung, in der wegen Mengenabweichungen ein Betrag von 83.046,87 € (Nachtrag Nr. 8) und wegen des Schotters ein Betrag von 59.212,91 € (Nachtrag Nr. 10) in Ansatz gebracht wurden. Die Beklagte erkannte diese Nachträge nicht an.

5           Die Klägerin hat in erster Instanz eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 107.146,46 € nebst Zinsen beantragt. Hinsichtlich der Mindermengen hat die Klägerin behauptet, dass insoweit eine Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten und der kalkulatorischen Aufschläge für Wagnis und Gewinn in Höhe von 55.494,29 € vorliege. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass § 2 Abs. 3 VOB/B nicht wirksam abbedungen worden sei, und sich auf diese Bestimmung gestützt.

6           Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht nach vorangegangenem Hinweisbeschluss mit Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Gegen die Nichtzulassung der Revision wendet sich die Beschwerde der Klägerin, die ihre Zahlungsanträge weiterverfolgt.

II.

7           1. Das Berufungsgericht hat bezüglich des geltend gemachten Anspruchs auf Kompensation einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten und der Aufschläge für Wagnis und Gewinn in Höhe von 55.494,29 € im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

8           Der Klägerin stehe ein Anspruch in Höhe von 55.494,29 € gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B nicht zu. Zutreffend gehe das Landgericht davon aus, dass diese Regelung durch die vertragliche Bestimmung "Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur" in der Vereinbarung vom 16. März 2011 wirksam abbedungen sei.

9           Es könne nicht festgestellt werden, dass das Landgericht allgemeine Grundsätze der Vertragsauslegung nicht berücksichtigt habe oder die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruhe. Das Landgericht habe bei der Auslegung der Vertragsbestimmung auch den Sachverhalt richtig gewürdigt. Aus dem Umstand, dass sich im Anschluss an die genannte Vertragsbestimmung die Bestimmung "Nachforderungen werden nur insoweit vergütet, wie sie von unserem Auftraggeber anerkannt werden" befinde, sei nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung nicht zu schließen, dass in Bezug auf die Massenänderung Unklarheiten oder Widersprüchlichkeiten bestünden.

10          Es sei im Übrigen anerkannt, dass in Formularverträgen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Anpassung des Einheitspreises bei Mengenabweichungen vertraglich abbedungen werden könne. Eine solche Regelung sei individualrechtlich möglich; sie begegne aber auch als Allgemeine Geschäftsbedingung keinen Bedenken im Hinblick auf § 307 BGB. Die Zulässigkeit einer solchen Regelung sei insbesondere auch dann zu bejahen, wenn die Re-

gelung sich sowohl auf Erhöhungen als auch auf Herabsetzungen der Einheitspreise beziehe.

11           Angesichts der Wirksamkeit des genannten Ausschlusses - auch im Fall der Annahme einer Allgemeinen Geschäftsbedingung - sei es unerheblich, ob sich die Parteien im Rahmen der Vertragsanbahnung ausdrücklich und individuell über den Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B verständigt hätten. Auf die streitige Behauptung der Klägerin, bei der Auftragsverhandlung vom 1. März 2011 sei ein Abbedingen von § 2 Abs. 3 VOB/B nicht Gegenstand der Vertragsverhandlung gewesen, komme es mithin für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an. Der Umstand, dass das Nachunternehmerangebot vom 1. März 2011 einen Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B nicht vorsehe, stehe dem Auslegungsergebnis nicht entgegen. Selbst wenn zunächst nach dem Nachunternehmerangebot kein Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B vorgesehen gewesen sei, sei die Ausschlussregelung durch das Auftragsbestätigungsschreiben und die Aufnahme der Arbeiten auf der Baustelle gemäß § 150 Abs. 2 BGB wirksam Vertragsgegenstand geworden. Davon gehe letztlich auch die Klägerin aus.

12           Soweit die Klägerin - vor diesem Hintergrund - der Auffassung sei, 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, bleibe sie erfolglos. Dem stehe insbesondere nicht der Umstand entgegen, dass nach den Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Bereich des Ingenieurbaus (ZV) die Klägerin als Nachunternehmerin nicht schlechter zu stellen gewesen sei als die Beklagte gegenüber der Bauherrin.

- 13           Es könne auch nicht festgestellt werden, dass die Vertragsbestimmungen im Auftragsschreiben vom 16. März 2011 einvernehmlich durch nachvertragliches Verhalten abgeändert worden seien. Soweit sich die Klägerin hierzu auf die Anlagen K5 bis K8 beziehe, vermöge sie eine nachträgliche Änderung des Vertrages nicht wirksam darzulegen. Weder das Schreiben der Beklagten vom 2. Dezember 2011 noch die Anmerkungen der Beklagten zum vorläufigen Prüfergebnis der Schlussrechnung im Schreiben vom 15. Mai 2012 ließen einen übereinstimmenden vertraglichen Abänderungswillen erkennen. Nichts Anderes gelte für die Besprechung der Parteien am 10. Oktober 2012 und die im Nachgang hierzu ausgetauschten Schreiben bzw. E-Mails (Anlage K 7 und Anlage K 8). Soweit die Klägerin behaupte, am 10. Oktober 2012 habe Herr M., der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten, Herrn H., Mitarbeiter der Klägerin, mitgeteilt, man habe sich bereits mit der Stadt H. bis auf ein paar Prozent geeinigt und werde den Nachtrag vergüten, liege darin keine wirksame Abänderung des "Vertragsausschlusses" bzw. - was die Klägerin selbst nicht reklamiere - ein Schuldanerkenntnis.
- 14           Den Schreiben sei auch nicht zu entnehmen, dass die Klägerin berechtigterweise darauf habe vertrauen dürfen, dass der im Vertrag vorgesehene Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B nicht zum Tragen kommen werde. Selbst wenn insoweit der Klägerin eingeräumt werden könne, dass die Beklagte - jedenfalls nach dem Schreiben vom 2. Dezember 2011 - zunächst davon ausgegangen sei, verpflichtet zu sein, nach tatsächlichen Abrechnungsmengen abzurechnen, begründe dieses Verhalten keine Rechtsposition, auf die die Klägerin hätte vertrauen dürfen. Nichts Anderes ergebe sich für den Termin vom 10. Oktober 2012, zu dem die Klägerin selbst vortrage, dass der hier erörterte Nachtrag wegen Mengenänderungen nicht mehr weiter erörtert worden sei.

- 15 Nicht jedes Abrechnungsverhalten, das mit den vertraglichen Bestimmungen nicht in Einklang zu bringen sei, berechtige 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 Auftragsschreiben (und nicht etwa nach Abnahme) mit Schreiben vom 11. März 2013 auf die fehlende Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 VOB/B abstelle, begründe kein widersprüchliches oder treuwidriges Verhalten. Hier fehle es bereits am erforderlichen Zeitpunkt.
- 16 Auch die hilfsweise von der Klägerin reklamierten Ansprüche griffen nicht. Ein Anspruch der Klägerin auf Preisanpassung gemäß § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB sei nicht gegeben. Auf die zutreffenden, nicht weiter ergänzungsbedürftigen Gründe des Landgerichts werde Bezug genommen. Für den darüber hinaus reklamierten Schadensersatzanspruch wegen falscher Ausschreibung, der auch grundsätzlich in Betracht komme, fehle es - ungeachtet der Anwendbarkeit von § 531 Abs. 2 ZPO - an hinreichend substantiiertem Vortrag.
- 17 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat teilweise Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des Berufungsgerichts, als das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Klage bezüglich des Anspruchs auf Kompensation einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten und der Aufschläge für Wagnis und Gewinn in Höhe von 55.494,29 € nebst Zinsen zurückgewiesen hat, und in diesem zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht.
- 18 a) Ein Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) liegt vor, wenn das Gericht entscheidungserhebliches Parteivorbringen nicht zur Kenntnis nimmt. Diese Voraussetzungen können auch



dann erfüllt sein, wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juli 2010 - VII ZR 195/08, BauR 2010, 1792 Rn. 8; Beschluss vom 9. Februar 2009 - II ZR 77/08, BauR 2009, 1003 Rn. 3).

19            b) So liegt der Fall hier. Die Klägerin hat unter Beweisangebot (Zeuge H.) behauptet (Berufungsbegründung vom 26. Mai 2014, Seite 15), bei einem Abstimmungsgespräch am 10. Oktober 2012 in den Räumen der von der Stadt H. beauftragten Ingenieure K. habe Herr M., der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten, Herrn H., Mitarbeiter der Klägerin, mitgeteilt, man habe sich bereits mit der Stadt H. bis auf ein paar Prozent geeinigt und werde den betreffenden Nachtrag vergüten.

20            Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, aus dem Vorbringen der Klägerin ergebe sich keine wirksame Abänderung des "Vertragsausschlusses" und auch - was die Klägerin selbst nicht reklamiere - kein Schuldanerkenntnis.

21            Das Berufungsgericht hat damit den Inhalt des klägerischen Vortrags nicht vollständig ausgeschöpft. Es hat nicht erwogen, ob die behauptete Äußerung des Herrn M. als - im Rahmen der Vertragsauslegung relevantes (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2011 - VII ZR 222/10, ZfBR 2012, 138 f., juris Rn. 9) - Indiz dafür anzusehen ist, dass die Parteien übereinstimmend von einer Anwendung des § 2 Abs. 3 VOB/B ausgegangen sind. Außerdem kann die Erklärung des Herrn M. auch dahin verstanden werden, die Beklagte habe sich zur Bezahlung des Nachtrags jedenfalls für den Fall bereit erklärt, dass dieser von der Stadt H. vergütet werden würde. Mit seiner jedenfalls den Sinn des genannten Vorbringens verfehlenden Wahrnehmung hat sich das Berufungsgericht in nicht mehr nachvollziehbarer Weise dem wesentlichen Kern des Vor-

bringens der Klägerin verschlossen und damit gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen.

22           c) Auf dieser Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs kann der angefochtene Beschluss, soweit die Abweisung der Klage bezüglich des Anspruchs auf Kompensation einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten und der Aufschläge für Wagnis und Gewinn in Höhe von 55.494,29 € nebst Zinsen bestätigt worden ist, auch beruhen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht, wenn es das betreffende unter Beweis (Zeuge H.) gestellte Vorbringen (Berufungsbegründung vom 26. Mai 2014, Seite 15) hinreichend berücksichtigt hätte, zu einem für die Klägerin günstigeren Ergebnis gelangt wäre.

23           3. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich gegebenenfalls mit den weiteren Rügen der Klägerin in der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, soweit sie den geltend gemachten Anspruch auf Kompensation einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten und der Aufschläge für Wagnis und Gewinn betreffen, auseinanderzusetzen.

24           4. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass die Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 VOB/B als Grundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Kompensation einer Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten und der Aufschläge für Wagnis und Gewinn noch unter anderem Gesichtspunkt in Betracht kommt:

25           Sollte es sich, was das Berufungsgericht bisher offengelassen hat, bei der Klausel "Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur" um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handeln, die nicht im Einzelnen ausgehandelt ist, so wäre diese Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Auftrag-

nehmers unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Denn mit ihr wird bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19 m.w.N.; Urteil vom 23. September 2009 - VIII ZR 344/08, NJW 2009, 3716 Rn. 8) nicht nur - wie bei der vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 8. Juli 1993 - VII ZR 79/92, BauR 1993, 723 beurteilten Klausel - eine Preisanpassung zugunsten des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen, sondern darüber hinaus auch eine Preisanpassung zugunsten des Auftragnehmers nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 21. September 1994 - 3 U 258/93, zitiert nach Baurechts-Report (BR) 11/94, S. 2; Markus in Markus/Kaiser/Kapellmann, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 4. Aufl., Rn. 279; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl., Rn. 2201; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. Juni 1997 - VII ZR 54/96, BauR 1997, 1036 unter I. 1.).

- 26            Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls die vertraglichen Vereinbarungen dahingehend auszulegen haben, ob im Falle der Unwirksamkeit der Klausel "Massenänderungen - auch über 10 % - sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur" § 2 Abs. 3 VOB/B im Hinblick darauf gilt, dass die VOB/B im Schreiben der Beklagten vom 16. März 2011 als nachrangige Vertragsgrundlage genannt ist.

27

5. Soweit die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem angefochtenen Beschluss des Berufungsgerichts im Übrigen zurückgewiesen worden ist, wird von einer Begründung abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO).

Eick

Kartzke

Graßnack

Sacher

Wimmer

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 21.03.2014 - 32 O 354/13 -

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