



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 59/20

vom

29. März 2023

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. März 2023 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Halfmeier sowie die Richterinnen Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

beschlossen:

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

Das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 24. März 2020 wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts München I vom 26. März 2019 hinsichtlich des Antrags auf Zahlung in Höhe von 1.355.273,92 € (Nachtragspositionen 41.44, 42.44 und 43.44) nebst Zinsen und anteiliger vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 2.145.665,36 € (nach Teilstattgabe:
1.355.273,92 €)

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin begehrt von den Beklagten Zahlung restlichen Werklohns.
- 2 Die Beklagte zu 1 ist eine aus den Beklagten zu 2 und 3 bestehende Dach-ARGE, welche von der Streithelferin der Beklagten zu 1 mit Bauarbeiten am Tunnel L. beauftragt wurde. Mit Vertrag vom 28. September 2009 beauftragte die Beklagte zu 1 die Klägerin, aufgeteilt auf drei Baulose, unter anderem mit Straßenarbeiten im Tunnel, an der Oberfläche und mit den Baumaßnahmen zur Durchführung der vorläufigen Verkehrsführung. Die VOB/B (2006) wurde in den Vertrag einbezogen.
- 3 Die Beklagte zu 1 nahm die in der Zeit vom 10. August 2009 bis 30. Juni 2015 erbrachten Leistungen der Klägerin ab. Die Klägerin erstellte sodann, gegliedert nach den Baulosen, drei Schlussrechnungen, wobei sie in erheblichem Umfang Vergütungsansprüche für Nachträge geltend machte. Nachdem die Beklagte zu 1 aufgrund ihrer Schlussrechnungsprüfung Kürzungen vornahm, kam es zu Verhandlungen zwischen den Parteien, die indes zu keiner Einigung führten. Die Beklagte zu 1 bezahlte die Schlussrechnungsforderung nur in der von ihr als berechtigt angesehenen Höhe an die Klägerin. Diese hat daraufhin die Beklagten auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 2.568.793,59 € gerichtlich in Anspruch genommen.
- 4 Das Landgericht hat die Klage als un schlüssig abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten Berufung hat die Klägerin - gestützt auf neue Schlussrechnungen - noch einen Betrag von 2.418.874,25 € verlangt. Das Berufungsgericht hat die Berufung als unbegründet zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Nichtzulassungsbeschwerde, mit der sie ihr Klagebegehren im Umfang von 2.145.665,36 € nebst Zinsen und Nebenforderungen weiterverfolgt.

II.

5 Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision hat
im tenorierten Umfang Erfolg und führt insoweit gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur
Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des
Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

6 1. Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der Nachtragspositionen 41.44,
42.44 und 43.44 (1.355.273,92 €) ausgeführt:

7 Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Mehrvergütung gemäß § 2
Nr. 5 VOB/B. Die Notwendigkeit von Umlegungen der provisorischen Verkehrs-
führung sei unstreitig Vertragsbestandteil. Die Klägerin mache geltend, sie habe
mit einer geringeren Anzahl von Umlegungen kalkulieren dürfen als tatsächlich
erforderlich geworden sei. Es lasse sich aber keine Veränderung der Leistung im
Vergleich zum Vertragssoll feststellen.

8 Eine Anzahl von möglichen Umlegungen sei im Vertrag nicht genannt.
Vielmehr enthalte der Vertrag in den "Vorbemerkungen Allgemeine Bedingun-
gen" auf Seite D9/10 zur Verkehrsführung folgende Regelung:

9 "Erschwernisse:

Die aus Erschwernissen resultierenden Kosten (Erschwerniskos-
ten) werden für den gesamten Umfang der Bauarbeiten nicht ge-
sondert vergütet. Sie sind bei denjenigen Positionen einzurechnen,
bei denen sie anfallen.

10 Erschwernisse können entstehen: [...]

11 i) durch die abschnittsweise Ausführung des Bauwerks..."

12 Weiter heiße es auf S. 15 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zu den
Straßenbauarbeiten" unter Ziffer 3.6 wie folgt:

- 13 "Provisorische Verkehrsführung
- Die provisorische Verkehrsführung wird in 5 Hauptphasen und in mehreren örtlich begrenzten Zwischenphasen unterteilt. Die Nummerierung der Hauptphasen erfolgt in Schritten 100, 200, 300, 400 und 500, die der Zwischenphasen in den Schritten 110, 120.... 210, 220... 310,320 ... 410 usw. Die Hauptverkehrsphasen stellen dabei das Grundgerüst der prov. Verkehrsführung dar. Zusätzlich wird es eine Reihe von Zwischenphasen geben, um z.B. in Kreuzungsbereichen, bei Spartenquerungen, etc. alle erforderlichen Baufelder zu erreichen. Die Zwischenverkehrsphasen werden außerdem benötigt, um Verbindungen zwischen zeitlich unterschiedlichen Hauptverkehrsphasen herzustellen (siehe Rahmenterminplan). Der Umfang der Zwischenverkehrsphasen ist in der Regel örtlich begrenzt. Bei der Kalkulation der prov. Fahr- und Gehbahnen ist daher davon auszugehen, dass neben großen Fahrbahnabschnitten auch eine Vielzahl von kleinen Asphaltflächen herzustellen ist...".
- 14 Diesen Regelungen lasse sich nicht entnehmen, dass tatsächlich eine zahlenmäßig begrenzte Anzahl von Umlegungen vorab ersichtlich gewesen sei.
- 15 Dies gelte auch unter Heranziehung der außerhalb des Vertragstextes liegenden zusätzlichen Umstände, wie etwa dem Phasenübersichtsplan. Aus den als Anlagen K 14, 36 und 50 vorgelegten Darstellungen werde nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin von einer verbindlichen oder annäherungsweise Anzahl der erforderlichen Umlegungen ausgehen können, wohingegen in Ziffer 3.6 des Vertrags von einer "Vielzahl von kleinen Asphaltflächen" die Rede sei. Die Klägerin erläutere nicht, wie sie zu der von ihr genannten Anzahl von Umlegungen, die sie im Übrigen auch nicht durchgehend einheitlich angegeben habe, komme. Sei die Anzahl der Umlegungen nicht belastbar erkennbar, aber für die Kalkulation des Angebots erforderlich gewesen, habe sie nicht eine Anzahl "ins Blaue hinein" kalkulieren dürfen.
- 16 Die vertraglichen Regelungen seien wirksam. Sie stellten keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar und seien als unmittelbare Regelungen

des Leistungsinhalts der Inhaltskontrolle entzogen. Überdies hielten die Regelungen auch einer Inhaltskontrolle stand, da eine Abweichung von gesetzlichen Regelungen nicht ersichtlich sei. Der Vertrag sehe zudem in Ziffer 2.4 Abs. 8 der Allgemeinen Vorbemerkungen zu den Straßenbauarbeiten vor, dass die Klägerin sich hinsichtlich der Art der Verkehrsführung einbringen und so Einfluss auf die Kosten nehmen könne.

17 Der Anspruch bestehe schließlich auch deshalb nicht, weil die Klägerin keine Gegenüberstellung der Mehrkosten zu den kalkulierten Kosten vornehme. Die Bezugnahme auf Anlagen sei nicht ausreichend. Das Nachtragsangebot enthalte entgegen der Berufungsbegründung keinen textlichen Beschrieb. Trotz Hinweises des Landgerichts würden die Mehrkosten auch in der Berufung nicht erläutert. Eines erneuten Hinweises habe es nicht bedurft.

18 2. Mit dieser Begründung verletzt das Berufungsgericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.

19 a) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben (st. Rspr., vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 10. August 2022 - VII ZR 243/19 Rn. 18, BauR 2022, 1812 = NZBau 2023, 17; Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; jeweils m.w.N.). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt dann vor, wenn das Gericht die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den Sachvortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben (vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 2022 - VII ZR 243/19 Rn. 18, BauR 2022, 1812 = NZBau 2023, 17;

Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 26. Februar 2020 - VII ZR 166/19 Rn. 14, BauR 2020, 1035 = NZBau 2020, 293; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; jeweils m.w.N.). Geht es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage, darf das Gericht auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichten, wenn es entsprechende eigene besondere Sachkunde auszuweisen vermag (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2018 - VII ZR 299/14 Rn. 15, BauR 2018, 1317; Beschluss vom 13. Januar 2015 - VI ZR 204/14 Rn. 5, NJW 2015, 1311).

20 b) Nach diesen Maßstäben beanstandet die Beschwerde zu Recht einen Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG.

21 Das Berufungsgericht hat eine von der im Vertrag der Parteien vorgesehene Art der Ausführung abweichende Leistung aufgrund der Vielzahl von notwendig gewordenen Umlegungen der Verkehrsführung und damit einen Mehrvergütungsanspruch der Klägerin gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B verneint. Es hat seine Auffassung, es liege insoweit keine Leistungsänderung im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B vor, weil sich aus dem Vertrag der Parteien nicht ableiten lasse, dass nur eine bestimmte oder zumindest annäherungsweise bestimmbare Anzahl von Umlegungen der Verkehrsführung vorgesehen gewesen sei, auf eine Auslegung der Regelungen in den "Vorbemerkungen Allgemeine Bedingungen" und in den "Allgemeinen Vorbemerkungen zu den Straßenbauarbeiten" gestützt. Den Vortrag der Klägerin und den von ihr angebotenen Sachverständigenbeweis zu der Frage, ob sich aus den sonstigen Ausschreibungsunterlagen, namentlich aus der Phasenübersichtstabelle und den näher bezeichneten bauzeichnerischen Darstellungen, eine bestimmte oder annäherungsweise bestimmbare Anzahl von Umlegungen der Verkehrsführung ergebe, hat es gehörswidrig übergegangen.

- 22 Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung im Einzelnen dargelegt, warum sie davon ausgegangen sei, dass sich aus der im Rahmen der Ausschreibung vorgelegten Phasenübersichtstabelle eine Anzahl von 10 Umlegungen der Verkehrsführung ergäben. Mit diesen Ausführungen befasst sich das Berufungsgericht nicht, sondern führt lediglich aus, die Klägerin habe nicht erläutert, wie sie zu der von ihr genannten Anzahl von Umlegungen gekommen sei. Ob es die Ausführungen der Klägerin möglicherweise für unzutreffend oder für unerheblich hält und gegebenenfalls aus welchen Gründen, lässt sich den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Vielmehr geht das Gericht auf diese - zum Kernvorbringen der Klägerin gehörenden - Ausführungen überhaupt nicht ein. Es ist daher davon auszugehen, dass es den diesbezüglichen Vortrag der Klägerin entweder gar nicht zur Kenntnis genommen oder insoweit offenkundig überspannte Substantiierungsanforderungen gestellt hat.
- 23 Ergänzend hat sich die Klägerin darauf gestützt, dass sich aus im Rahmen der Ausschreibung vorgelegten bauzeichnerischen Darstellungen ebenfalls eine bestimmte oder zumindest annäherungsweise bestimmbare Anzahl von Umlegungen der Verkehrsführung ergebe. Soweit das Berufungsgericht meint, aus der Phasenübersichtstabelle und den betreffenden bauzeichnerischen Darstellungen könne ein derartiger Schluss nicht gezogen werden, erläutert es wiederum nicht, warum es zu diesem Ergebnis kommt, und woher es die Sachkunde nimmt, diese Frage ohne sachverständige Beratung zu beantworten.
- 24 Der Vortrag der Klägerin nebst Beweisangebot ist auch nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil die Klägerin in einem außergerichtlichen Anwaltsschreiben vom 5. Februar 2014 behauptet hat, den bauzeichnerischen Darstellungen seien 31 Verkehrsphasen zu entnehmen. Das Kernvorbringen der Klägerin, dass sich aus den von ihr bezeichneten Ausschreibungsunterlagen eine bestimmte oder zumindest annäherungsweise bestimmbare Anzahl von Umlegungen der Verkehrsführung ersehen ließen, wird hiervon nicht berührt. Im Übrigen ist eine Partei nicht daran gehindert, ihr Vorbringen im Laufe eines Rechtsstreits zu än-

dern, insbesondere zu präzisieren, zu ergänzen oder zu berichtigen. Eine etwaige Widersprüchlichkeit des Parteivortrags kann regelmäßig nur im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 24. Juli 2018 - VI ZR 599/16 Rn. 12, MDR 2018, 1395; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZR 314/13 Rn. 22, BauR 2017, 306; jeweils m.w.N.).

25 c) Das angefochtene Urteil beruht auf diesen Gehörsverstößen.

26 aa) Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB. Dabei sind das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06 Rn. 32, BGHZ 176, 23; Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04 Rn. 24, BGHZ 168, 368; jeweils m.w.N.). Dazu gehören auch im Rahmen einer Ausschreibung vorgelegte Planungen (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2008 - VII ZR 194/06 Rn. 32, BGHZ 176, 23; Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 42/05 Rn. 26, BGHZ 173, 314).

27 Die Feststellungen des Berufungsgerichts, aus dem Vertrag der Parteien ergebe sich nicht, dass nur eine bestimmte oder zumindest annäherungsweise bestimmbare Anzahl von Umlegungen der Verkehrsführung vorgesehen gewesen sei, entbehren danach einer tragfähigen Grundlage. Das Berufungsgericht hätte vielmehr auch die im Rahmen der Ausschreibung vorgelegten Unterlagen bei der Auslegung des Vertrags berücksichtigen müssen. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einem für die Klägerin günstigeren Ergebnis gelangt wäre, wenn es - wie erforderlich - ihren Vortrag zu diesen Unterlagen, namentlich zu der Phasenübersichtstabelle und den bauzeichnerischen Darstellungen, berücksichtigt und den angebotenen Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben hätte.

- 28 bb) Die Erwägungen des Berufungsgerichts, die Höhe des Anspruchs sei nicht substantiiert dargelegt, weil es an einer Gegenüberstellung der Mehrkosten zu den kalkulierten Kosten fehle, vermögen das Berufungsurteil nicht selbständig zu tragen. Denn sie beruhen ihrerseits, was die Beschwerde ebenfalls zu Recht rügt, auf einem Gehörsverstoß.
- 29 Die Instanzgerichte haben - was von den Parteien im Beschwerdeverfahren unbeanstandet geblieben ist - zugrunde gelegt, dass im Streitfall ein etwaiger Mehrvergütungsanspruch aus der Urkalkulation herzuleiten ist. Die Klägerin hat sowohl ihre Urkalkulation als auch ihre Nachtragskalkulation vorgelegt. Darüber hinaus hat sie in der Berufungsbegründung erläutert, inwieweit Preisansätze unverändert geblieben und inwieweit Änderungen eingetreten seien. Die Klägerin hat hierzu unter anderem dargelegt, dass aufgrund der vermehrten Umlegungen der Verkehrsführung die zu bearbeitenden Flächen kleiner geworden seien, weshalb bestimmte Leistungsansätze aus der Urkalkulation hätten angepasst werden müssen. Insoweit hat sie die betroffenen Leistungspositionen mit Zuschlägen versehen. Zudem befasst sich die Berufungsbegründung mit der Herleitung der geänderten Ansätze.
- 30 Das Berufungsgericht hat hierzu lediglich ausgeführt, eine Bezugnahme auf Anlagen sei nicht ausreichend, die Nachtragskalkulation sei nicht aus sich heraus verständlich und es fehle ein textlicher Beschrieb. Es ist jedoch nicht auf den entsprechenden Vortrag in der Berufungsbegründung eingegangen und es erschließt sich auch nicht, welche weiteren Erläuterungen der Mehrkosten das Berufungsgericht für erforderlich hält. Es hat damit die Substantiierungsanforderungen an den Vortrag der Klägerin offenkundig überspannt. Ferner legt das Berufungsgericht auch in diesem Zusammenhang nicht dar, woher es die Sachkunde nimmt, die anhand der vorgelegten Kalkulationen erfolgte Preisberechnung der Klägerin ohne sachverständige Beratung als unsubstantiiert anzusehen.

III.

31 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist im Übrigen unbegründet. Sie zeigt insoweit nicht auf, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Pamp

Halfmeier

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 26.03.2019 - 11 O 14430/17 -

OLG München, Entscheidung vom 24.03.2020 - 9 U 2328/19 Bau -