

IM Mehrkosten 7 U 111/17

KG

Urteil

vom 22.06.2018

7 U 111/17

BGB §§ 642, 648a; VOB/B § 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 5, 6, § 6 Abs. 6

1. Verlangt der Auftraggeber die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen und enthält das Nachtragsangebot des Auftragnehmers keinen Hinweis auf bauzeitbedingte Mehrkosten, kann er diese nicht (mehr) geltend machen, wenn der Auftraggeber das Angebot vorbehaltlos annimmt ("kein Nachtrag zum Nachtrag").

2. Die Anordnung geänderter oder zusätzlicher Leistungen ist weder eine unterlassene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers noch eine von ihm zu vertretende Vertragsverletzung.

3. Gibt der Auftraggeber aufgrund einer Bauzeitverzögerung neue Vertragstermine vor und erklärt sich der Auftragnehmer mit diesen einverstanden, liegt eine "andere Anordnung des Auftraggebers" vor, so dass dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Mehrvergütung zusteht.

4. Für die Sicherung eines Mehrvergütungsanspruchs aufgrund einer bauzeitlichen Anordnung kann der Auftragnehmer die Stellung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB a.F. (§ 650f BGB) verlangen.

5. Mit der Vorlage eines substantiierten baubetrieblichen Gutachtens wird der zu sichernde Anspruch des Auftragnehmers der Höhe nach schlüssig dargelegt.

KG, Urteil vom 22.06.2018 - 7 U 111/17

vorhergehend:

LG Berlin, 17.07.2017 - 27 O 76/17

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 09.10.2019 - VII ZR 138/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

KG, Beschluss vom 11.07.2018 - 7 U 111/17

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 7. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 2018 durch den Richter am Kammergericht ### als Einzelrichter

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 17. Juli 2017 verkündete Urteil der Zivilkammer 27 des Landgerichts Berlin - 27 O 76/17 - teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, zu Gunsten der Klägerin für das Bauvorhaben "R." Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe von 201.787,65 Euro zu leisten, wobei die Wahl des Sicherungsmittels nach § 648a Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 232 ff. BGB in das Ermessen der Beklagten gestellt wird. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 15 % und die Beklagte 85 % zu tragen.

Das Urteil ist in der Hauptsache ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar.

Hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits ist das Urteil vorläufig vollstreckbar.

Insoweit dürfen die Parteien die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in Höhe des beizutreibenden Betrages geleistet hat.

Gründe

A.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB für Ansprüche, die sie auf von der Beklagten zu vertretene baubetriebliche

Störungen stützt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz einschließlich der dort von den Parteien gestellten Anträge sowie des Urteilstenors und der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils wird auf das am 17. Juli 2017 verkündete Urteil der Zivilkammer 27 des Landgerichts Berlin - 27 O 76/17 - Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin den mit der Klage geltend gemachten Anspruch weiter. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend:

Der geltend gemachte Vergütungsanspruch in Höhe von 155.200,00 Euro (Pos. E 3 des Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. K. vom 5. Juli 2016, Anl. K 7) beruhe auf dem Umstand, dass die Beklagte bauzeitbedingte Anordnungen getroffen habe, die auf Seiten der Klägerin zu zusätzlichen Kosten geführt hätten. Es sei nicht nachvollziehbar, dass das Landgericht zu der Feststellung gekommen sei, dass der Klägerin gar kein Vergütungsanspruch zustehe, da das Gericht bei einer Klage auf Stellung einer Sicherheit nicht zu prüfen habe, ob tatsächlich ein Vergütungsanspruch bestehe.

In Bezug auf die bauzeitbedingten Mehrkosten in Höhe von 23.458,16 Euro durch die Beauftragung des Nachtrags 1a) stehe der Klägerin ein Vergütungsanspruch gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B und den vertraglichen Vereinbarungen zu. Die Beauftragung der zusätzlichen Leistung habe zu einer Terminverschiebung für die aus dem Hauptauftrag zu erbringenden Leistungen geführt. Die Klägerin habe sich die dabei entstehenden Mehrkosten mit Schreiben vom 23. November 2015 ausdrücklich vorbehalten und ihre Ansprüche nicht auf § 642 BGB beschränkt. Die Zusammensetzung der Mehrkosten ergebe sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr.-Ing. K. .

Auch hinsichtlich der aus bauzeitlichen Anordnungen der Beklagten resultierenden Ansprüche in Höhe von 155.200,00 Euro stehe der Klägerin ein Vergütungsanspruch aus § 1 Abs. 3 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5 VOB/B zu. Mit E-Mail vom 8. Dezember 2015 (Anl. C014 zu Anl. K 7) habe die Beklagte eine bauzeitliche Anordnung getroffen, indem sie statt der ursprünglich vereinbarten Vertragstermine neue Vertragstermine vorgegeben habe. Mit E-Mail vom 16. Dezember 2015 (Anl. C017 zu Anl. K 7) habe die Beklagte diese Anordnung ausdrücklich bestätigt. Dass durch die vorgegebenen neuen Ausführungsfristen Mehrkosten entstünden, ergebe sich von selbst, wie der geltend gemachte Betrag sich zusammensetze,

ergebe sich aus dem als Anl. K 7 vorgelegten Gutachten. Sie, die Klägerin, habe nicht auf die Erstellung eines Nachtragsangebots verzichtet.

Sie fordere nicht die Besicherung der im Gutachten des Sachverständigen Dr.-Ing. K. unter E 1 geltend gemachten Mehrkosten aus verspätetem Baubeginn, weil es in der Rechtsprechung bisher keine einheitliche Linie zu der Frage gebe, ob Zahlungsansprüche aus § 642 BGB Gegenstand einer Sicherung nach § 648aBGB sein können. Dem habe sie Rechnung getragen und vorsorglich nur die echten Vergütungsansprüche zur Berechnung der eingeklagten Sicherheitsleistung gemacht, nämlich die in den Positionen E 2 und E 3 des Gutachtens aufgeführten Mehrkosten.

Der Auftraggeber habe grundsätzlich ein Anordnungsrecht zur Bauzeit, wenn diese Anordnung vom Auftragnehmer akzeptiert werde. Aber selbst wenn es sich um eine konkludent vereinbarte Vertragsänderung handeln würde, habe die Klägerin zumindest einen Anspruch auf eine angemessene und übliche Vergütung entsprechend § 632 BGB, der nach § 648a BGB sicherbar sei. Es liege eindeutig eine Vergütungsvereinbarung vor; jegliche Art von Vergütungsansprüchen sei nach § 648a BGB sicherbar. Eine Vergütungsvereinbarung liege auch dann vor, wenn die Parteien keinen konkreten Betrag vereinbart hätten, aber die Voraussetzungen, nach denen eine weitere Vergütung entstehe.

Gemäß § 648a Abs. 1 S. 2 BGB seien auch vergütungsähnliche Ansprüche und damit auch Ansprüche aus § 6 Abs. 6 VOB/B und aus § 642 BGB sicherbar. Deshalb sei die hier streitgegenständliche Vergütung auch nach § 648a BGB sicherbar, wenn man zu dem Schluss käme, dass hier keine vertraglichen Vergütungsregelungen, sondern ein Entschädigungs- und/oder Schadensersatzanspruch zum Tragen käme.

Eines substantiierten Vortrags zu ersparten Aufwendungen bedürfe es nicht, wenn sich der Vergütungsanspruch aus § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B ergebe. Unabhängig davon gebe es keine ersparten Aufwendungen, welche die Klägerin ihren Ansprüchen entgegenhalten müsse, andernfalls wären diese im dem Gutachten des Sachverständigen Dr.-Ing. K. berücksichtigt worden. Das Personal der Klägerin sei bei keinem anderen Bauvorhaben, bei dem ihr Vorteile entstanden wären, eingesetzt worden.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, zu ihren Gunsten

für das Bauvorhaben "R." Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe von 237.516,31 Euro zu leisten, wobei die Wahl des Sicherungsmittels nach § 648a Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 232 ff. BGB in das Ermessen der Beklagten gestellt wird.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt insbesondere vor:

Unabhängig davon, dass ein Anspruch aufgrund des Umstandes, dass die Klägerin nicht am 3. August 2015 mit den Leistungen beginnen konnte, nicht Gegenstand ihres Sicherungsverlangens sei, würden insoweit auch die Voraussetzungen eines Mehrvergütungs- oder Entschädigungsanspruchs nicht vorliegen. Auch für die Folgezeit werde bestritten, dass Umstände aus der Sphäre der Beklagten dazu geführt hätten, dass die Baumaßnahme erst am 15. April 2016 fertiggestellt worden sei.

Für die streitigen Ansprüche, auf welche die Klägerin ihr Sicherungsverlangen stütze, existiere keine Vergütungsvereinbarung.

Nachdem die Beklagte das Nachtragsangebot Nr. 1 der Klägerin mit Auftragschreiben vom 11. November 2015 zu einem Betrag von 23.078,90 Euro netto angenommen habe, habe sie davon ausgehen dürfen, dass damit sämtliche Zusatzkosten, die mit der Erbringung der Nachtragsleistungen im Zusammenhang standen, abgegolten seien.

Die Klägerin habe auch keinen Mehrvergütungsanspruch in Höhe von 155.200,00 Euro wegen vermeintlicher Anordnungen zur Bauzeitverlängerung; es lägen keine bauzeitlichen Anordnungen der Beklagten vor. Die Architekten seien nicht berechtigt gewesen, verbindliche Anordnungen zu Lasten der Beklagten zu treffen. Die Beklagte habe keinen rechtsgeschäftlichen Willen gehabt, die vertraglichen Ansprüche zu ändern, sondern habe lediglich auf die eingetretenen Verzögerungen reagiert. Die Parteien hätten auch keine konkludente Vereinbarung einer Vertragsänderung vorgenommen.

Die Behauptung der Klägerin, sie habe das Personal bei keinem anderen Bauvorhaben eingesetzt, sei nicht glaubhaft und werde ausdrücklich bestritten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien, soweit sie nicht zwecks besserer Übersichtlichkeit in den Entscheidungsgründen dargestellt werden, wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und teilweise begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB wegen bauzeitlicher Anordnungen in Höhe von (netto) 155.200,00 Euro. Sie hat keinen Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung wegen der geltend gemachten Mehrkosten in Höhe von 23.458,16 Euro wegen der Beauftragung des Nachtrags 1a.

1. Die materielle Rechtslage richtet sich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor Inkrafttreten des Gesetzes Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren geltenden Fassung, denn das den Rechtsbeziehungen der Parteien zu Grunde liegende Schuldverhältnis ist vor dem 1. Januar 2018 entstanden (Art. 229 § 39 EGBGB). Die zitierten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) beziehen sich daher auf diese Fassung des Gesetzes. Entsprechendes gilt für die Regelungen der VOB/B, die hier in der im Jahr 2012 geltenden Fassung anzuwenden sind.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Vergütungsanspruch gemäß § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B für bauzeitbedingte Mehrkosten in Höhe von 23.458,16 Euro, die ihr nach ihrer Darstellung durch die Beauftragung des Nachtrags 1a durch die Beklagte entstanden sind.

a) Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass in dem Nachtragsangebot der Klägerin vom 23. November 2015 (Anlage C011 = C019 zu der Anlage K 7) die zusätzlich auszuführenden und entfallenen Leistungen abschließend aufgeführt und als abschließende Vergütung hierfür ein Betrag von 23.078,90 Euro netto bzw. nach Abzug eines Nachlasses von 2 % ein Betrag von 22.617,32 Euro berechnet worden ist. Es liegt eine vertragliche Vereinbarung über zusätzlich zu erbringende Leistungen vor, aber keine Anordnung der Beklagten über eine verlängerte Bauzeit. Dass die Bauzeit sich durch den Zusatzauftrag verlängert, ist selbstverständlich, ebenso der Umstand, dass die Beauftragung der

zusätzlichen Leistung zu einer Terminverschiebung für die aus dem Hauptauftrag zu erbringenden Leistungen führte. Ebenso selbstverständlich ist aber auch, dass sich aus einem Zusatzauftrag nicht gleichsam automatisch ein Anspruch § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B für bauzeitbedingte Mehrkosten ergibt. Ein solcher kann auch nicht etwa als gemäß § 632 Abs. 2 BGB zusätzlich vereinbart gelten.

b) Es trifft im Übrigen auch nicht zu, dass die Klägerin sich mit dem Schreiben vom 23. November 2015 "die dabei entstehenden Mehrkosten ausdrücklich vorbehalten" hat. In diesem Schreiben ist von Mehrkosten aufgrund einer Terminverschiebung für die aus dem Hauptauftrag zu erbringenden Leistungen aufgrund des Zusatzauftrags überhaupt nicht die Rede. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass die Klägerin sich "nach wie vor jegliche Ansprüche aus dem verspäteten Baubeginn" vorbehalte und dass diese nicht Gegenstand des Nachtrags 1a sind. Weitere Ansprüche aufgrund einer Terminverschiebung durch die beauftragten Zusatzleistungen werden hingegen nicht erwähnt. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob die Klägerin ihre Ansprüche auf § 642 BGB beschränken wollte oder nicht.

c) Der geltend gemachten Anspruch kann sich bereits deshalb auch nicht aus § 642 BGB ergeben, weil es hier nicht um eine erforderliche Mitwirkung des Bestellers geht, mit der die Beklagte hätte in Verzug geraten können, und der Klägerin kein Entschädigungsanspruch aufgrund eines solchen Verzuges zustehen kann. Der Anspruch aus § 642 BGB ist ein Entgelt dafür, dass er für den Besteller Kapital und Arbeitskraft bereithält (BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05 -, Rn. 11 m. w. N.). § 642 BGB spricht dem Unternehmer wartezeitbedingte Mehrkosten zu, die er bei Angebotsabgabe nicht kalkulieren konnte; die "Entschädigung" soll ihm einen Ausgleich dafür bieten, dass er seine Arbeitskraft und Geschäftskapital vorgehalten hat. Bei einem Zusatzauftrag hält der Unternehmer aber nicht Arbeitskraft und Geschäftskapital vor, sondern setzt diese dafür ein, das für die vereinbarten Leistungen vereinbarte Entgelt zu verdienen.

d) Ebenso wenig kann der geltend gemachte Anspruch auf § 6 Abs. 6 VOB/B gestützt werden, denn der Klägerin ist durch den Zusatzauftrag kein von der Beklagten zu vertretener Schaden entstanden. Auch hier gilt, dass die Klägerin durch den Auftrag einen (zusätzlichen) Werklohnanspruch in der vereinbarten Höhe erworben hat; ein Schadensersatzanspruch ist damit ausgeschlossen.

e) Da die Klägerin somit keinen Vergütungsanspruch wegen bauzeitlicher Auswirkungen der Beauftragung des Nachtrags 1a hat, kann ein solcher naturgemäß auch nicht nach § 648

a BGB gesichert werden.

3. Die Klägerin hat gegen die Beklagte aber einen Anspruch in Höhe von 155.200,00 Euro gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5 VOB/B wegen bauzeitlicher Anordnungen (Pos. E 3 des Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. KVV vom 5. Juli 2016, Anl. K 7). Dieser Anspruch kann nach § 648a BGB durch Stellung einer Bauhandwerkersicherung gesichert werden.

a) Nach § 648 a Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Unternehmer Sicherheit bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs verlangen, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 09. November 2000 - VII ZR 82/99). Das Gesetz sieht seinem Wortlaut nach eine Absicherung bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs vor. Es stellt dabei konsequent auf das Sicherungsinteresse des Unternehmers ab, das solange besteht, wie sein Vergütungsanspruch nicht befriedigt worden ist. Nach § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB reicht es daher für einen Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Leistung einer Sicherheit aus, dass dem Unternehmer noch ein Vergütungsanspruch zusteht (BGH, Urteil vom 06. März 2014 - VII ZR 349/12). Sicherbar sind danach Ansprüche, die sich daraus ergeben, dass bauzeitlicher Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5 VOB/B Mehrkosten zur Folge haben. Solche Ansprüche hat die Klägerin schlüssig dargetan.

b) Die Beklagte hat mit der E-Mail vom 8. Dezember 2015 (Anl. C014 zu Anl. K 7) eine bauzeitliche Anordnung getroffen, indem sie statt der ursprünglich vereinbarten Vertragstermine neue Vertragstermine vorgab. Diese Anordnung wurde mit der E-Mail vom 16. Dezember 2015 (Anl. C017 zu Anl. K 7) ausdrücklich bestätigt. Dabei ist zu beachten, dass es hier ausweislich der dazu in dem Gutachten getroffenen Festlegungen nicht um die ursprüngliche Verzögerung des Bauvorhabens aufgrund fehlender Baufreiheit geht; diese werden mit der Pos. E 1 geltend gemacht, die nicht streitgegenständlich ist. Es geht bei den gemäß Pos. E 3 des Gutachtens geltend gemachten Kosten ausschließlich um die Auswirkungen der mit der E-Mail vom 8. Dezember 2015 getroffenen bauzeitlichen Anordnungen.

Nach § 2 Nr. 5 VOB/B ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren, wenn durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Eine solche Anordnung liegt auch dann vor, wenn wie im vorliegenden Fall die beklagte Bauherrin dem Unternehmer eine Zusatzvereinbarung

anbietet, der zufolge sich die Gesamtleistung um 38 Arbeitstage bzw. um acht Wochen verlängerte (vgl. S. 38 des Gutachtens). Die Beklagte selbst ging also davon aus, dass eine Verzögerung eingetreten würde, die eine entsprechende Bauzeitverlängerung zur Folge haben musste.

Selbst wenn man eine Anordnung im Sinne des § 1 Nr. 3 VOB/B hier mit der Beklagten ablehnen sollte, weil sie kein Recht hatte, die Bauzeit nachträglich einseitig zu verlängern, würde dies an dem Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B nichts ändern; denn nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, kommt § 2 Nr. 5 VOB/B stets zur Anwendung, wenn die Verlängerung der Bauzeit auf eine Maßnahme des Auftraggebers zurückzuführen ist, die ihre Ursache in seinem Risikobereich hat. Von einer leistungsbestimmenden Anordnung kann allerdings nur dann ausgegangen werden, wenn ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Wille des Auftraggebers feststellbar ist, die vertraglichen Grundlagen insoweit zu ändern (OLG Hamm, Urteil vom 12. April 2011 - 24 U 29/09). Die Anordnung im Sinne des § 1 Nr. 3 VOB/B ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (Ingenstau/ Korbion/, VOB/B, 18. Aufl., § 1 Abs. 3 Rn. 1), die mithin zumindest einen entsprechenden Handlungswillen voraussetzt (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., Einf. vor § 116 Rn. 16), der offenbart, dass der Erklärende eine bestimmte Rechtsfolge gewollt hat. Ein rechtsgeschäftlicher Wille, die vertraglichen Grundlagen zu ändern, kommt dann nicht in Betracht, wenn der Vertrag aufgrund von Leistungsstörungen notwendigerweise anders ausgeführt werden muss. Entscheidend ist bei jedem einzelnen Eingriff in den Bauablauf, inwieweit ein Wille des Auftraggebers besteht, infolge geänderter Umstände Änderungen im zeitlichen Ablauf als neuen Gegenstand der vertraglichen Leistung anzuordnen. Hierbei kommt es entscheidend darauf an, in welchem Maß der Auftraggeber Einfluss auf die verändernden Umstände hatte. Soweit ändernde Umstände nicht der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen sind, ist ein für eine vertragsändernde Anordnung erforderlicher rechtsgeschäftlicher Wille nicht erkennbar (OLG Hamm, Urteil vom 12. April 2011 - 24 U 29/09).

Danach ist hier davon auszugehen, dass eine leistungsbestimmende Anordnung nach dem Angebot der Beklagten für den streitgegenständlichen Zeitraum vorlag. Beide Parteien waren mit einer Verlängerung der Bauzeit einverstanden, wie sich aus den E-Mails vom 8. Dezember 2015 und vom 16. Dezember 2015 ergibt. Das reicht für eine Anordnung grundsätzlich aus (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84 -, Rn. 25 m. w. N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können zu Anordnungen im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B auch solche über die Bauzeit und über den Beginn der Ausführungen gehören, sodass sich ein - verschuldensunabhängiger - Anspruch aus dieser Vorschrift

ergeben kann. Hier bestand zwischen den Parteien Einigkeit, dass die von der Klägerin geschuldeten Leistungen statt in dem Zeitraum vom 3. August 2015 bis zum 23. Oktober 2015 in der Zeit vom 12. November 2015 bis zum 15. April 2016 zu erbringen waren.

Soweit die Beklagte einwendet, dass Umstände aus der Sphäre der Klägerin dazu geführt hätten, dass die Baumaßnahme erst am 15. April 2016 fertiggestellt worden sei, steht dem entgegen, dass die Fertigstellung zum 15. April 2016 der Vorgabe in der E-Mail vom 8. Dezember 2015 entsprach.

Es kann auch nicht entscheidend darauf ankommen, dass die Architekten nicht berechtigt gewesen sein mögen, verbindliche Anordnungen zu Lasten der Beklagten zu treffen. Die Beklagte hat den Architekten die Koordinierung des Bauablaufs überlassen; die daraus resultierenden Folgen hat sie sich zurechnen zu lassen.

Soweit die Beklagte einwendet, sie habe keinen rechtsgeschäftlichen Willen gehabt, die vertraglichen Ansprüche zu ändern, sondern habe lediglich auf die eingetretenen Verzögerungen reagiert, steht dem entgegen, dass es hier gerade nicht um die Verzögerungen geht, die dadurch entstanden sind, dass wegen der nicht gegebenen Baufreiheit die Klägerin nicht fristgemäß wie vereinbart mit ihren Arbeiten beginnen konnte, sondern ausschließlich um die Verlängerung der Bauzeit durch die geänderte Planung, wie sie in der E-Mail vom 8. Dezember 2015 niedergelegt worden ist.

c) Die Klägerin hat den geltend gemachten Vergütungsanspruch aus § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B i. V. m. § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B durch Vorlage des Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. K. vom 5. Juli 2016 substantiiert dargetan. Daraus ergibt sich auch, dass in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum das Personal der Klägerin sei bei keinem anderen Bauvorhaben eingesetzt werden konnte. Das Gutachten enthält auf S. 24 ff. eine bauzeitbezogene Darstellung der Auswirkung der Anordnungen, die für das Verlangen nach Sicherheit gemäß § 648a BGB ausreichend ist. Insoweit ist entscheidend, dass es hier nur um die Sicherung des Vergütungsanspruchs geht. Diesen Anspruch muss der Unternehmer schlüssig darlegen (vgl. BGH, Urteil vom 06. März 2014 - VII ZR 349/12), was die Klägerin hier getan hat. Der Bundesgerichtshof stellt aber des Weiteren fest, dass das Verlangen nach Sicherheit nicht mit einem Streit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Einwendungen gegen den Vergütungsanspruch zu belasten ist, wenn dieser die Durchsetzung des Sicherungsverlangens verzögern würde. Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der schlüssig dargelegten Vergütung streitig und führt dies zu einer Verzögerung bei der Durchsetzung des Sicherungsanspruchs, so ist dem

Sicherungsverlangen des Unternehmers stattzugeben, wenn nicht der Streit bereits anderweitig rechtskräftig geklärt ist. Damit kann der Besteller nicht mit der bestrittenen Behauptung gehört werden, die tatsächlichen Voraussetzungen für die vereinbarte Vergütung, sei es für die erbrachten oder nicht erbrachten Leistungen, lägen nicht vor, etwa weil die berechneten Mengen nicht geleistet seien oder der Unternehmer einen anderweitigen Erwerb gehabt habe (BGH, Urteil vom 06. März 2014 - VII ZR 349/12 -, Rn. 29). Wenngleich durch diese Regelung die Interessen des Bestellers beeinträchtigt sind, keine Übersicherung geben zu müssen, und er dadurch möglicherweise nicht unerhebliche Nachteile in Kauf nehmen muss, kann seinem Interesse nach der in § 648a BGB zum Ausdruck kommenden Intention des Gesetzgebers nicht der Vorrang vor dem Interesse des Unternehmers eingeräumt werden, bis zu einer Klärung des ihm zustehenden möglichen Vergütungsanspruchs vor einem Ausfall des Bestellers geschützt zu sein (BGH, a. a. O., Rn. 30). Die endgültige Klärung dieser Fragen und auch zur Höhe des Anspruchs bleibt dem Forderungsprozess vorbehalten. Das gilt auch für die Einwendungen der Beklagten, dass hier aus der Sphäre der Klägerin herrührende Behinderungen Einfluss auf die Bauzeitverlängerung gehabt hätten. Auch dies wird letztendlich in dem Forderungsprozess zu klären sein.

d) Danach ergibt sich folgende Berechnung der zu leistenden Sicherheit, wobei berücksichtigt wird, dass der vereinbarte Nachlass von 2 % auch auf die Mehrkosten durchschlägt, und die vereinbarten Nachlässe von 0,9 % (Umlagen) und 0,099 % (Bauwesenversicherung) in Abzug gebracht werden:

| | |
|-------------------------------------|-----------------|
| Hauptauftrag | 316.000,00 Euro |
| Abzüglich | 31.499,48 Euro |
| Nachtrag 1a | 22.617,32 Euro |
| Mehrkosten bauzeitliche Anordnungen | 155.200,00 Euro |

| | |
|------------------------------|-----------------|
| 2 % Nachlass auf Mehrkosten | 3.104,00 Euro |
| Ergibt: | 459.213,84 Euro |
| Umlagen 0,9 % | 4.132,92 Euro |
| Bauwesenversicherung 0,099 % | 454,62 Euro |
| Verbleiben: | 454.626,29 Euro |
| Mehrwertsteuer | 86.379,00 Euro |
| Brutto: | 545.592,84 Euro |
| gezahlt: | 362.149,52 Euro |
| Ergibt: | 183.443,32 Euro |
| 10 % Zuschlag | 18.344,33 Euro |
| Begründet: | 201.787,65 Euro |

In dieser Höhe besteht somit ein Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB.

4. Die Berufung der Klägerin musste danach teilweise Erfolg haben.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 und 711 ZPO, wobei die Vollstreckbarkeitserklärung auf die Kosten des Rechtsstreits zu beschränken war, da es in der Hauptsache (nur) um die Leistung einer Sicherheit geht.

Der Beklagten war keine Erklärungsfrist auf den Schriftsatz der Klägerin vom 8. Juni 2018 zu gewähren, denn dieser enthält kein neues entscheidungserhebliches Vorbringen, das dieser Entscheidung zugrunde zu legen wäre. Ihm war auch keine Erklärungsfrist auf die Rechtsausführungen in der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2018 zu gewähren, denn die angesprochenen rechtlichen Gesichtspunkte waren bereits erstinstanzlich Gegenstand

des Vortrags der Parteien und wesentlicher Aspekt sowohl der Berufung der Klägerin als auch der Berufungserwiderung der Beklagten. Die Voraussetzungen des § 283 ZPO liegen nicht vor.

Ein Grund, die Revision zuzulassen, war nicht gegeben, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).