

Richter am OLG Cornelius Vowinckel*

Bestreiten eines einseitig genommenen Aufmaßes im Prozess

Die Mehrheit zivilrechtlicher Streitigkeiten wird aufgrund einer Beweisaufnahme entschieden. Zu einer solchen Beweisaufnahme kommt es nach den Grundregeln des Zivilprozesses, wenn zwischen den Parteien die tatsächlichen Umstände streitig sind, die das Gericht seiner rechtlichen Bewertung zu Grunde legen soll. Über streitige Tatsachen, die entscheidungserheblich wären, ist grundsätzlich Beweis zu erheben. Ob das der Fall ist, hängt entscheidend davon ab, ob konkreter Vortrag der darlegungspflichtigen Partei in ausreichender Weise bestritten wird. Dieser Beitrag untersucht Aussagen zu Anforderungen an die Qualität des Bestreitens der in einem einseitig genommenen Aufmaß enthaltenen Massen- bzw. Mengenangaben auf ihre Gültigkeit und unternimmt den Versuch einer strukturellen Auswertung der umfangreichen Kasuistik unter dem Gesichtspunkt der sich aus § 138 ZPO ergebenden prozessualen Pflichten.

I. Einleitung

Auch in baurechtlichen Streitigkeiten kommt es zumeist zu einer Beweisaufnahme, die in einer Vielzahl von Fällen die Einschaltung eines oder sogar mehrerer Sachverständigen erfordert. Untersuchungen und Veröffentlichungen zu langandauernden Zivilprozessen haben belegt, dass insbesondere Verfahren, in denen es zur Einholung von Sachverständigengutachten gekommen ist, überdurchschnittlich lang andauern. Dazu gehören insbesondere die Bausachen.¹ Außerdem verursacht die Einschaltung eines kompetenten Sachverständigen Kosten, die – in Abhängigkeit von der Komplexität der aufzuklärenden Sachverhalte – eine beträchtliche Höhe erreichen, wenn der Gutachter gründlich vorgeht.²

Diese nur grob skizzierten Zusammenhänge illustrieren bereits hinreichend deutlich die immense wirtschaftliche Bedeutung der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast gerade auch bei baurechtlichen Fallgestaltungen, denn die gegebenenfalls beweisbelastete Partei hat in entsprechenden Zivilverfahren sowohl erhebliche finanzielle Vorschusslasten als auch zeitliche Verzögerungen zu gegenwärtigen. Beides kann die Liquidität stark belasten.

Eine in der forensischen Praxis häufig auftretende Fallkonstellation stellt in diesem Zusammenhang der Streit zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber um den tatsächlichen Umfang der erbrachten Werkleistungen dar. Weil es dabei nur selten zum vollständigen Obsiegen einer Partei kommt, sind nach Beendigung des Rechtsstreits oftmals die in Folge der Beweisaufnahme entstandenen Kosten gem. § 92 I ZPO nach einer Quote auf die Parteien zu verteilen. Deshalb ist ihnen in der Regel zu empfehlen, einen Streit über das Aufmaß durch einen Teilvergleich zu erledigen.³ Vor diesem Hintergrund ist, wenn es zu einer derartigen Einigung nicht kommt, eine eingehende Prüfung der prozess- und materiellrechtlichen Zusammenhänge jedes Sachvortrags in Bezug auf seine Beweisbedürftigkeit angezeigt.

II. Grundlagen

Der gem. § 631 BGB für eine Werkleistung zu entrichtende Werklohn wird in einer Vielzahl von Fällen vertraglich nach

Einheitspreisen derart bestimmt, dass für einzelne im Leistungsverzeichnis beschriebene Teilleistungen ein spezifischer Preis je Maßeinheit (zB laufende Meter, Kubikmeter oder Stück) festgelegt wird. Bei Einbeziehung der VOB/B stellt der Einheitspreisvertrag die Regel dar, so dass eine andere Form der Vergütung vereinbart werden muss.⁴ Die Vergütung bestimmt sich nach den tatsächlich angefallenen Maßen oder Mengen in Bezug auf die jeweiligen Teilleistungen, wobei die als Aufmaß bezeichnete Massenermittlung üblicherweise durch tatsächliche Feststellung der Ist-Mengen vor Ort vorgenommen werden soll, häufig allerdings auch gem. DIN 18299 anhand zeichnerischer Darstellungen erfolgt.⁵ Im Rahmen eines Einheitspreisvertrags ist dementsprechend das Aufmaß die Grundlage der Berechnung des dem Werkunternehmer zustehenden Werklohns, hinsichtlich dessen Höhe er Darlegungs- und Beweislast trägt.⁶

1. Verschiebungen von Beweis- und Vortragslast

Die sich aus dem materiellen Recht ergebende Beweislastverteilung ist indes kein durchgängig gültiges Statut. Ist das Gericht von der Wahrheit der Tatsachenbehauptungen der beweisbelasteten Partei überzeugt, muss die gegnerische Partei diese Überzeugung des Gerichts erschüttern. Daraus folgt, dass die konkrete Beweisführungslast im Laufe des Prozesses zwischen den Parteien hin- und herwechseln kann.⁷ Die materiellen Rechtsnormen, nach denen sich die Beweislastverteilung richtet, sind nicht auf einen in allen Einzelheiten bekannten, vollumfänglich aufgeklärten Sachverhalt zugeschnitten. Sie verlangen ein schrittweises Vorgehen des Rechtsanwenders, bei dem sich innerhalb verschiedener Wertungsschichten aufgrund eines differenzierenden Regelungssystems jeweils eine unterschiedliche Beweislastverteilung ergeben kann, während nicht alle unter dem Tatbestandsmerkmal versammelten Gesichtspunkte pauschal einer Partei zum Beweis zuzuweisen sind.⁸ Die sich nach der Beweislastverteilung richtende Vortragslast kann sich daher in Abhängigkeit von dem wechselseitigen Partei-vortrag zu verschiedenen unmittelbar oder mittelbar tatbestandsmäßig erheblichen Umständen durchaus verschieben.

Die Weichenstellung hinsichtlich der Notwendigkeit sowie des Ausmaßes einer Beweisaufnahme zur Höhe der Werklohnforderung und damit der Richtigkeit des Aufmaßes als ihrer Berechnungsgrundlage ergibt sich anhand des wechsel-

* Zugleich Besprechung von OLG Bamberg, Hinweisbeschl. v. 11.4. 2016 – 4 U 196/15, NZBau 2017, 156 = NJW 2017, 414. – Der Autor ist Richter am OLG Hamm (21. Zivilsenat).

1 Keders/Walther, NJW 2013, 1697 (1700).

2 Oft beinhalten Leistungsverzeichnisse und die auf ihnen beruhenden Abrechnungen mehrere hundert Einzelpositionen.

3 Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium d. BauR, 4. Aufl. 2016, 5. Teil Rn. 251.

4 Erman/Schwenker, BGB, 14. Aufl. 2014, § 632 Rn. 4.

5 Kandel in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 14 II VOB/B Rn. 10; Voit in Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, 3. Aufl. 2013, § 14 II Rn. 12–13; Jansen/v. Rintelen in Kniffka ua, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2016, § 631 Rn. 341–349.

6 Jansen/v. Rintelen in Kniffka ua, Bauvertragsrecht, Rn. 359.

7 Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Kap. 9, § 31 Rn. 29.

8 Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, § 33 Rn. 62–70.

seitigen Parteivortrags, weil nur über streitiges Vorbringen Beweis erhoben werden muss. Unstreitiges kann das Gericht hingegen ohne weiteren Aufwand einer sofortigen rechtlichen Würdigung unterziehen. Dabei darf im Grundsatz nur über eine konkrete Tatsachenbehauptung Beweis erhoben werden, weil sonst die Grenze zur Ausforschung überschritten würde. Die Anforderungen an den Grad der Konkretisierung des Vortrags dürfen allerdings keinesfalls überspannt werden. Der für den Umfang der erbrachten Leistungen grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastete Unternehmer genügt seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, die dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen die für die Errichtung des Bauvorhabens angefallene Mindestvergütung zu schätzen.⁹

2. Darlegungs- und Beweislast beim einseitigen Aufmaß

Innerhalb des Geltungsbereichs von § 14 II VOB/B ist anerkannt, dass die ausgeführten Leistungen grundsätzlich durch Auftragnehmer und Auftraggeber gemeinsam aufzumessen sind. Dem Ergebnis eines gemeinsamen Aufmaßes wird daher teilweise Anerkenntniswirkung, zumindest aber Beweiswirkung zugebilligt.¹⁰

Diese Sollvorgabe eines gemeinsamen Aufmaßes ist Ausfluss des den Bauverträgen eigenen Kooperationsgebots.¹¹ Da dieses Kooperationsgebot ein allgemeiner Grundsatz ist, gilt es über § 241 BGB auch für Bauverträge, bei denen die Geltung der VOB/B nicht vereinbart worden ist, so dass regelmäßig die Mitwirkung an einer gemeinsamen Leistungsfeststellung wenigstens eine Obliegenheit beider Vertragsparteien darstellt.¹² Rechnet er dennoch auf Grundlage eines einseitigen Aufmaßes ab, bleibt es deshalb regelmäßig bei dem allgemeinen, auch im Rahmen von § 631 BGB geltenden Grundsatz, wonach der Auftragnehmer den Umfang der von ihm erbrachten Leistungen und damit die Höhe seiner Werklohnforderung darzulegen und zu beweisen hat.¹³

a) *Einfaches Bestreiten.* Der Auftraggeber soll sich in derartigen Fällen auf ein schlichtes Bestreiten der Richtigkeit des einseitig gefertigten Aufmaßes beschränken können, ohne dass ein qualifiziertes, durch nähere Angaben erhärtetes Bestreiten erforderlich wäre.¹⁴ Es bestehe kein Bedürfnis, dem Auftraggeber im Falle eines einseitigen Aufmaßes erhöhte Substanziierungsanforderungen aufzuerlegen, weil der Auftragnehmer es in der Hand habe, ein gemeinsames Aufmaß zu verlangen und so entweder eine gemeinsame Feststellung oder eine Obliegenheitsverletzung des Auftraggebers – im Fall der schuldhaften Nichtteilnahme – herbeizuführen.¹⁵ Allerdings soll der Besteller, auch wenn er zu Unrecht einem für das gemeinsame Aufmaß vorgesehenen Termin fern blieb, das Aufmaß bestreiten können und nur dann vorzutragen und zu beweisen haben, welche Massen zutreffend bzw. dass die vom Unternehmer abgerechneten Massen unzutreffend seien, wenn ein neues Aufmaß oder die Überprüfung des einseitigen Aufmaßes nicht mehr möglich ist.¹⁶

b) *Bestreiten mit eigenem Aufmaß.* Demgegenüber wird andererseits vertreten, ein von einer Partei vorgelegtes Aufmaß könne grundsätzlich nur durch ein Aufmaß der gegnerischen Partei substantiiert bestritten werden. Es genüge nicht, das Ergebnis des Aufmaßes vorzutragen, ohne den für das Ergebnis maßgeblichen Rechenweg darzulegen, weil dem Gericht die Möglichkeit eröffnet werden müsse, zu

prüfen, ob ein bloßer Rechenfehler vorliege oder die Grundlagen des Aufmaßes sachverständig aufgeklärt werden müssen.¹⁷

3. Anforderungen aus § 138 ZPO

Diese diametral gegensätzlichen Auffassungen vermögen in Form ihrer jeweils pauschalen Formulierung nicht zu überzeugen, denn die gegebenen Begründungen sind nicht geeignet, den vielfältigen denkbaren Fallgestaltungen gerecht zu werden. Von maßgeblicher Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die prozessualen Regelungen in § 138 ZPO.

Das Zivilverfahren bleibt danach trotz Geltung des Verhandlungsgrundsatzes auf Wahrheitsfindung ausgerichtet, so dass im Interesse fairer Verfahrensführung gegenüber Gericht und Gegner die prozessuale Pflicht besteht, sich vollständig und wahrheitsgemäß zu erklären.¹⁸ Deshalb muss sich nach § 138 II ZPO jede Partei zu den im Prozess vorgebrachten Behauptungen des Gegners erklären, um deren Beweisbedürftigkeit zu ermitteln und den Prozessstoff möglichst vollständig zu sammeln. Sie muss also ihr Wissen zur Aufklärung des Sachverhaltes zur Verfügung stellen und darf sich nicht mit einfachem Bestreiten begnügen.¹⁹ Zumindest gilt das in Abhängigkeit vom Grad der Konkretisierung des Vortrags der darlegungspflichtigen Partei. Der Gegner ist nicht verpflichtet, einem substantiierten Vorbringen zuvorzukommen, sondern muss seinen Vortrag erst konkretisieren, wenn er auf einen im Einzelnen nachprüfbaren Sachvortrag erwidert.²⁰ Liegt entsprechend konkreter- und detaillierter Vortrag vor, darf sich der Gegner nicht auf pauschales Bestreiten beschränken, so dass die Geständnisfiktion des § 138 III ZPO gilt, soweit die vorgetragenen Tatsachen nicht substantiiert bestritten werden und deshalb darüber kein Beweis erhoben werden muss.²¹

Das hat gem. § 138 IV ZPO jedenfalls dann zu gelten, wenn die maßgeblichen Tatsachen Gegenstand eigener Wahrnehmung des Prozessgegners oder eines seiner Wissensvertreter gewesen sind. Der Partei obliegt es nämlich, sich im Rahmen des Zumutbaren zu informieren, insbesondere bei Personen, welche sie für den Vorgang eingeschaltet und beispielsweise mit der Überwachung von Arbeiten beauftragt hatte.²²

Eine komplexe Organisation mit vielen verschiedenen „Wissensträgern“ muss sich auch das durch verschiedene vertretungsberechtigte Mitglieder angesammelte „Gedächtniswissen“ zurechnen lassen, wenn auch auf das aufgezeichnete

9 BGHZ 168, 368 = NZBau 2006, 777 = NJW 2006, 3413 = NZM 2006, 875 = ZfBR 2007, 36.

10 Jansen/v. Rintelen in Kniffka ua, Bauvertragsrecht, Rn. 353–357; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium d. BauR, Rn. 252; Kandel in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, Rn. 14, mwN.

11 Kandel in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, Rn. 1; Vogelheim in Glöckner/v. Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl. 2015, § 241 BGB Rn. 9.

12 Vogelheim in Glöckner/v. Berg, Bau- und Architektenrecht, Rn. 2.

13 Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium d. BauR, Rn. 251.

14 OLG Naumburg, Urt. v. 30.11.2007 – 1 U 18/07, BeckRS 2011, 09608; Voit in Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, Rn. 36.

15 OLG Bamberg, NZBau 2017, 156 = NJW 2017, 414 = BauR 2016, 1778.

16 BGH, NZBau 2003, 497 (498) = NJW 2003, 2678.

17 KG, NJOZ 2007, 3100 (3101).

18 Musielak/Stadler/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 138 Rn. 1, mwN.

19 Musielak/Stadler/Voit, ZPO, Rn. 9.

20 MüKoZPO/Fritzsche, 5. Aufl. 2016, § 138 Rn. 18.

21 MüKoZPO/Fritzsche Rn. 19; Musielak/Stadler/Voit, ZPO, Rn. 9.

22 MüKoZPO/Fritzsche, Rn. 20; Musielak/Stadler/Voit, ZPO, Rn. 17.

„Aktenwissen“ beschränkt.²³ Das materielle Bedürfnis für eine Zurechnung fremden Wissens besteht darin, dass der Vertragspartner einer Organisation, bei der es infolge der Organisationsform zu einer Wissenszersplitterung kommt, nicht schlechter gestellt sein soll als derjenige einer natürlichen Person.²⁴

Eine derartige Anwendung der Geständnisfiktion gem. § 138 III ZPO durch das Gericht im Fall eines nicht ausreichend substantiierten Bestreitens setzt selbstverständlich, wie die Nichtbeachtung unsubstanzierten Sachvortrags, stets einen vorherigen Hinweis voraus, mit dem der Partei Gelegenheit gegeben worden ist, ihr Vorbringen zu konkretisieren.

III. Folgerungen bezüglich des Vortrags zu einem Aufmaß

Bezogen auf die Konstellation eines Rechtsstreits, in dem es um die Berechnung einer Werklohnforderung auf Grundlage eines einseitig genommenen und zur Begründung der Forderung vorgelegten Aufmaßes geht, folgt aus diesen allgemeinen prozessualen Grundsätzen, dass die Vortragslast von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, nämlich dem Grad der Detaillierung der Honorarabrechnung einerseits sowie den eigenen Wahrnehmungen und Erkenntnismöglichkeiten des Auftraggebers andererseits, abhängt und bezogen auf verschiedene Wertungsebenen divergieren kann.

1. Auftraggeber

Weil er sich gem. § 138 ZPO vollständig und wahrheitsgemäß zu den Einzelheiten einer streitigen Abrechnung zu erklären hat, darf der Besteller ein im Prozess vorgelegtes prüfbares Aufmaß nicht einfach pauschal bestreiten und so den Unternehmer zu umfassendem weiterem Vortrag und gegebenenfalls zum Beweis zwingen, wenn er es tatsächlich in weiten Teilen für zutreffend und nur einzelne Werte für falsch hält.²⁵ Ebenso wenig darf eine unter Angabe von Mengen und Massen spezifizierte Rechnung pauschal bestritten werden, wenn und soweit konkreter Vortrag zu den einzelnen Positionen möglich ist und dadurch der streitige Sachverhalt eingegrenzt werden kann.

a) *Eigene Wahrnehmung.* Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass ein Verbraucher als Besteller von Bauleistungen stets verpflichtet wäre eigene Mengenermittlungen vorzunehmen.

Von ihm kann nicht verlangt werden, etwa das Volumen eingebauten Splitts substantiiert zu bestreiten, nur weil er theoretisch die Möglichkeit hatte, auf der Baustelle die gelieferte Menge zu überprüfen oder anhand von Planzeichnungen den benötigten Rauminhalt errechnen lassen könnte. Es kommt vielmehr auf seine tatsächlichen Möglichkeiten zu einer eigenen Tatsachenfeststellung an. Dass ein im Prozess vorgelegtes Aufmaß nur anhand eines eigenen davon abweichenden Aufmaßes ausreichend bestritten werden könne, kann demnach in einem solchen Fall nicht zutreffend sein. Auch ein Verbraucher als bautechnischer Laie darf jedoch nicht ohne Verstoß gegen § 138 II, IV ZPO die Richtigkeit einer Aufmaßposition bestreiten, die ohne weiteres Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung und Kenntnis geworden ist. Das wird zum Beispiel bei einem Einfamilienhaus die Stückzahl eingebauter Fenster oder Innentüren betreffen, denn auch ein Laie ist in der Lage durch eigenen Augenschein zu überprüfen, ob die vom Unternehmer angegebene und abgerechnete Anzahl mit der vorgefundenen übereinstimmt. Es ist nicht ersicht-

lich, dass und warum ihm ein konkreter Vortrag dazu nicht möglich sein sollte. Deshalb ist solcher Vortrag gem. § 138 II ZPO auch von einem fachunkundigen Besteller zu verlangen, denn beweisbedürftig kann die entsprechende Leistungsposition nur dann sein, wenn sich eine Differenz ergibt. Zeichnet der Auftraggeber Lieferscheine ab und quittiert die Lieferung der darin dokumentierten Mengen, steht fest, dass die konkrete Leistung auch in ihrem Umfang Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen ist. Das hat – unabhängig von möglicherweise aus Treu und Glauben herzuleitenden Folgen für die Beweislast – jedenfalls zur Folge, dass er im Prozess nicht mehr pauschal die Richtigkeit des Aufmaßes in diesem Punkt bestreiten kann, sondern erklären muss, warum die quittierte Mengenangabe falsch sein soll.²⁶

Das gilt erst recht, wenn der Auftraggeber selbst nicht Verbraucher, sondern Unternehmer und fachkundig ist. In Bezug auf die der Abrechnung zu Grunde gelegten Mengen kann nichts anderes gelten als hinsichtlich – etwa im Rahmen von § 632 BGB – als üblich angesetzter Preise. Solche müssen durch einen bauerfahrenen Auftraggeber qualifiziert bestritten werden, indem andere Preise behauptet werden.²⁷ Insbesondere im Verhältnis zwischen Haupt- und Subunternehmer kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass die oft als Aufmaßgrundlagen maßgeblichen Zeichnungen nicht nur beiden Parteien gleichermaßen bekannt sind, sondern auch dem Auftraggeber bereits als Kalkulationsgrundlage für ein eigenes Angebot sowie eine eigene Abrechnung gedient hatten. Solange das der Abrechnung zugrunde gelegte einseitige Aufmaß davon nicht abweicht, darf sich der Hauptunternehmer dann wegen § 138 ZPO nicht auf ein einfaches Bestreiten beschränken, sondern muss konkret darlegen, in welchem Punkt und in welcher Weise die Mengenermittlung unzutreffend sei.²⁸ In derartigen Fällen wird die Richtigkeit des der streitigen Abrechnung zu Grunde gelegten Aufmaßes nicht pauschal, sondern nur unter konkreter Bezugnahme auf die behaupteten Maße und Massen durch Angabe der stattdessen als richtig angesehenen Werte und ihrer Ermittlung zu bestreiten sein.²⁹

b) *Wissenszurechnung.* Eine entsprechende Wertung hat auch zu gelten, soweit eine bei arbeitsteiliger Organisation größerer bzw. gesellschaftlich strukturierter Unternehmen üblicherweise vorzunehmende Wissenszurechnung stattfindet. Nach den eingangs dargestellten Grundsätzen trifft die Partei eine Erkundigungs- und Informationspflicht. Sie hat daher ihre eigenen Mitarbeiter – wie insbesondere eigene Bauleiter – nach deren Wahrnehmungen zu befragen und darf sich auf ein Bestreiten mit Nichtwissen gem. § 138 IV ZPO nur beschränken, wenn sie nachvollziehbar darlegen kann, dass auf diese Weise keine konkrete Erkenntnis zu den Positionen des streitgegenständlichen Aufmaßes zu erzielen gewesen ist.

23 Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2012, Eckpfeiler des Zivilrechts, C. Das Rechtsgeschäft Rn. 231.

24 BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975 = NJW-RR 1990, 488 Ls. = NVwZ 1990, 502 Ls. = DNotZ 1991, 122; BGHZ 117, 104 = NJW 1992, 1099 = NJW-RR 1992, 1099 = DNotZ 1993, 166.

25 In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass erstmals anlässlich des Ortstermins mit dem Sachverständigen durch Parteien deutlich klar gestellt wird, dass nur einzelne Mengensätze tatsächlich im Streit stehen.

26 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 3.5.2013 – 24 U 19/12, BeckRS 2015, 13380, u. hierzu Jensen, IJR 2015, 531.

27 Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium d. BauR, Rn. 254.

28 Vgl. OLG Brandenburg, NJOZ 2005, 1185 (1188), das zu diesem Ergebnis allerdings ebenfalls über § 242 BGB kommt.

29 Vgl. KG, NJOZ 2007, 3100 (3101).

Das gilt auch beim Einsatz nicht angestellter Mitarbeiter, sondern aufgrund Vertrags eingesetzter Fachleute, die insoweit spezifische Überwachungsaufgaben und Wahrnehmungsmöglichkeiten hatten. Als solche kommen insbesondere Architekten und sonstige Planer in Betracht. Deshalb ist von einem Auftraggeber, dessen Planer die Bewehrungspläne samt Stahllisten erstellten und den Einbau der Bewehrung überwachten, ein substantiiertes Bestreiten zu verlangen, wenn er ein auf den Stahllisten beruhendes Aufmaß nicht anerkennen will.³⁰

Durch den Architekten vorgenommene Rechnungsprüfungen begründen regelmäßig kein Anerkenntnis des Auftraggebers hinsichtlich des Umfangs der dabei überprüften Leistungen.³¹ Die Prüfung der Rechnung durch den Architekten belegt jedoch, dass ein hierzu durch den Besteller eingeschalteter Fachmann eigene Erkenntnisse zu den Positionen des Aufmaßes hatte. Im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast muss daher der Besteller sich über den Inhalt dieser Erkenntnisse informieren und auf ihrer Grundlage das durch seinen Architekten geprüfte Aufmaß gegebenenfalls substantiiert bestreiten, indem er konkret vorträgt, ob, hinsichtlich welcher Positionen und in welchem Umfang danach die Abrechnung falsch sei.³²

Wenn der beauftragte Bauleiter mit einer entsprechenden Vollmacht ausgestattet war und die vom Auftragnehmer einseitig aufgemessenen Mengen überprüfte und bestätigte, wird sogar eine Beweislastumkehr angenommen, soweit eine spätere Überprüfung wegen Weiterbaus nicht mehr möglich ist.³³ Diese Wertung wird insbesondere damit begründet, dass der Bevollmächtigte bei der Leistungserbringung vor Ort war und eine eigene Wahrnehmung davon hatte, welche Arbeiten der Auftragnehmer ausgeführt hatte und ob die berechneten Mengen und Massen dem entsprachen.³⁴ Dementsprechend wird eine Beweislastumkehr zwar regelmäßig, falls eine nachträgliche Überprüfung des Aufmaßes noch möglich ist, nicht anzunehmen sein.³⁵ Der Besteller darf jedoch nicht die Richtigkeit des Aufmaßes pauschal bestreiten, ohne sich über die Wahrnehmungen seines Vertreters zu informieren und sich dazu zu erklären.

2. Auftragnehmer

Trägt der Auftraggeber auf Grundlage der ihm zugänglichen Erkenntnisse konkret und vollständig zu den der Abrechnung im Prozess zu Grunde gelegten Mengenangaben vor und bestreitet diese in nachvollziehbarer Weise, ist es Sache des Auftragnehmers, darauf zu reagieren. Der Besteller kann beispielsweise zur Konkretisierung seines bestreitenden Vortrags auf von ihm oder seinem Beauftragten vorgenommene Korrekturen und Anmerkungen auf Aufmaßblättern Bezug nehmen, soweit diese aus sich heraus verständlich sind oder hinreichend erläutert werden.³⁶

Der Unternehmer muss dann darlegen, dass und aus welchen Gründen sein Aufmaß zutreffend ist. Vom Besteller dagegen substantiiert vorgebrachte Einwände hat er positionsweise auszuräumen, indem er die von ihm angestellten Berechnungen zur Massenermittlung nachvollziehbar darstellt und in Beziehung zu den Abrechnungsbestimmungen setzt. Über den gegebenenfalls seitens des Auftraggebers anerkannten Umfang hinausgehende Mehrmengen sind so auf überprüfbarem Weg herzuleiten.³⁷ Nur soweit sich Differenzen der jeweils angegebenen Beträge danach nicht schon aufgrund der vertraglichen Vorgaben zur Mengenermittlung infolge einer rechtlichen Bewertung auflösen lassen,³⁸ ist dann Be-

weis zu erheben. Die Beweislast liegt insofern beim Auftragnehmer.

Allerdings ist, wenn feststeht, dass eine Leistung ausgeführt wurde, immer die Mindestvergütung zu ermitteln, indem das auch im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO feststellbare Minimum des jeweiligen Berechnungsparameters aufgeklärt wird.³⁹

IV. Fazit

Der Auftraggeber muss sich gem. § 138 II ZPO, soweit ihm das möglich ist, zum Streitgegenständlichen Sachverhalt und damit zu den Einzelheiten der Abrechnung und des vorgelegten Aufmaßes vollständig erklären, damit dem Gericht eine präzise Bestimmung des streitigen Tatsachenvorbringens möglich wird. Zu diesem Zweck muss er sich gegebenenfalls auch über Wahrnehmungen von ihm eingeschalteter Dritter informieren und diese vortragen. Entsprechen diese Wahrnehmungen inhaltlich dem Vortrag des Unternehmers, ist vom Besteller eine plausible Erklärung zu verlangen, auf welcher Grundlage er diesen Vortrag dennoch bestreitet.

Soweit der Auftraggeber anhand eigener oder ihm zurechenbarer Beobachtungen die mit dem Aufmaß behaupteten Werte konkret bestreitet, muss der abrechnende Auftragnehmer seinen Vortrag zu den angegriffenen Vordersätzen ergänzen und plausibel erläutern, um Einwendungen auszuräumen. Nur über die danach als streitig anzusehenden Tatsachen wird Beweis erhoben.

Eine pauschale Aussage dazu, ob das durch den Auftragnehmer seiner Werklohnforderung zu Grunde gelegte Aufmaß einfach bestritten werden kann oder stets mittels eines eigenen Aufmaßes substantiiert bestritten werden muss, stellt sich dementsprechend als unzulässig dar. Wie so oft ist stattdessen festzustellen, dass eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und insbesondere des wechselseitigen Vortrags zu diesen Umständen zu erfolgen hat.

Dauer und Kosten einer zur Entscheidung des Abrechnungsstreits erforderlichen Beweisaufnahme könnten zumindest verringert werden, wenn im Rahmen dieser Würdigung die prozessualen Grundregeln, die sich aus § 138 ZPO ergeben, in der gebotenen Weise beachtet werden. Das Gericht hat durch frühzeitige Hinweise die Parteien zu entsprechendem Vorbringen anzuhalten, damit die dann gegebenenfalls durchzuführende Beweisaufnahme auf den zwingend erforderlichen Umfang beschränkt werden kann. ■

30 OLG Dresden, Urt. v. 23.6.2015 – 4 U 44/15, BeckRS 2015, 14829, u. hierzu Pfau, IBR 2015, 472.

31 Jansen/v. Rintelen in Kniffka ua, Bauvertragsrecht, Rn. 355; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium d. BauR, Rn. 253; aA: Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl. 2017, § 14 II VOB/B Rn. 9.

32 OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.2013, I-22 U 21/13, BeckRS 2013, 21848.

33 OLG Köln, NZBau 2013, 169 (170) = NJW-RR 2013, 265; Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, § 14 II VOB/B, Rn. 6; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, § 93, Rn. 70.

34 OLG Köln, NZBau 2013, 169 (170) = NJW-RR 2013, 265.

35 Kandel in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, Rn. 23; Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, § 14 II VOB/B, Rn. 6.

36 Das war jeweils bei den o.g. Entscheidungen der Fall: OLG Bamberg, NZBau 2017, 156 = NJW 2017, 414; OLG Naumburg, Urt. v. 30.11.2007 – 1 U 18/07, BeckRS 2011, 09608.

37 OLG Naumburg, Urt. v. 30.11.2007 – 1 U 18/07, BeckRS 2011, 09608.

38 Vgl. Kandel in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, Rn. 12.

39 Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, § 14 II VOB/B, Rn. 5.