

Geschäftsnummer:
4 U 296/11

1 O 493/05
Landgericht
Freiburg



Verkündet am
28. Mai 2014

Kirchenmayer, JAn-
gest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe

4. Zivilsenat in Freiburg

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

...

- Kläger / Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt

gegen

... GmbH

vertreten durch d. Geschäftsführer

- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

wegen Forderung

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2014 durch

Richter am Oberlandesgericht Bismayer

als Einzelrichter

für **Recht** erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 18.10.2011 - Az.: 1 O 493/05 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen abgeändert:

- a. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 51.441,87 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.03.2003 zu zahlen.

- b. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
 3. Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen der Kläger 27 % und die Beklagte 73 %.
 4. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, ebenso das angefochtene Urteil, soweit es nicht abgeändert wird. Die Parteien können die Vollstreckung des Gegners gegen Sicherheitsleistung in Höhe des 1,2-fachen des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor Vollstreckung Sicherheit in des 1,2-fachen des zu vollstreckenden Betrages leistet.
 5. Die Revision wird nicht zugelassen.
 6. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 70.739,36 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung restlichen Werklohns aus Stahlbauarbeiten hinsichtlich dreier Bauvorhaben in Anspruch, wobei die Beklagte die Verträge „...“ und „...“ vor Fertigstellung der Arbeiten durch den Kläger gekündigt hat.

Die Klageforderung von 70.739,36 € setzt sich wie folgt zusammen:

1. ...:	6.421,48 €
2. ...	45.428,74 €
3. ...:	18.889,14 €

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung des Zeugen K., aber ohne weitere Begutachtung durch einen Bausachverständigen abgewiesen. Aus dem Bauvorhaben ... errechne sich ein Restwerklohnanspruch des Klägers von 5.985,57 €. Der Abzug der Beklagten für Krankkosten in Höhe von 800 € sei berechtigt. Der Zeuge K. habe an Hand seiner Aufzeichnungen den Vortrag der Beklagten glaubhaft bestätigt. Der Vertrag „...“ sei wirksam gekündigt worden. Der Kläger habe statt die am 08.10.2002 vereinbarten Fristen einzuhalten seine Arbeiten unberechtigterweise eingestellt. Der Kläger habe nicht substantiiert dargetan, dass die Beklagte am 29.10.2002 mit offenen Rechnungs-

posten in Verzug gewesen sei. Die Arbeitseinstellung sei aber auch deswegen nicht begründet, weil es an der notwendigen Nachfristsetzung gefehlt habe. Auch sonst sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte sich nicht vertragstreu verhalten habe. Die Beweisaufnahme habe zur Überzeugung des Gerichts ergeben, dass die von den Beklagten geltend gemachten Mehrkosten beim ... durch die Neuvergabe der offenen klägerischen Arbeiten angefallen seien. Dies habe der Zeuge K. an Hand seiner Aufzeichnungen zum Bauvorhaben glaubhaft bekundet. Der Zeuge K. habe überzeugend ausgeführt, dass er zu 99 % ausschließen könne, dass Drittfirmen Auftragserweiterungen ausgeführt hätten. Die Behauptung der Klägers, die hypothetischen Rechnungsbeträge seien falsch, sei gänzlich unsubstantiiert. Gleiches gelte für das Bestreiten der abgerechneten Mengen, Preise und Arbeitsstunden, die der Zeuge K. als korrekt bestätigt habe. Hierdurch erübrige sich die Fortsetzung der Beweisaufnahme durch Sachverständigengutachten, die angesichts der Unsubstantiiertheit des Klägervortrages eine Ausforschung bedeuten würde. Der Kläger habe auch die Vertragsstrafe nach § 5 des Vertrages verwirkt. Auch hierzu sei der klägerische Vortrag mangels jeglicher Substantiierung irrelevant. Danach stünden der um Nachlass, Umlage, Vertragsstrafe und Abschlagszahlungen bereinigten hypothetischen Klägerforderung von 43.695,41 € Mehrforderungsansprüche der Beklagten von 69.698,61 € gegenüber, woraus sich eine Überzahlung des Klägers von 26.053,20 € errechne. Der Vertrag „...“ sei ebenfalls wirksam gekündigt worden. Hier könne dahin stehen, ob die von der Beklagten errechneten Mehrkosten zutreffend seien. Denn jedenfalls verbleibe dem Kläger wegen der genannten Überzahlung aus dem Bauvorhaben „...“, mit der die Beklagte aufgerechnet habe, kein Restanspruch mehr.

Der Kläger greift die landgerichtliche Beweiswürdigung als fehlerhaft an. Es bestünden Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil. Der Zeuge K. habe während seiner Vernehmung aus mitgebrachten Unterlagen abgelesen und letztlich nur die eigenen Berechnungen referiert. Es bestünden wegen der Art der Befragung und auch im Übrigen begründete Zweifel an der Richtigkeit seiner Aussage, welche das Landgericht bei der Beweiswürdigung vernachlässigt habe. So habe bereits der zuvor eingeschaltete Gutachter die von der Beklagten vorgelegten Berechnungen für vollkommen unzureichend erachtet. Das Landgericht habe deshalb ein Sachverständigengutachten einholen müssen. Der Kläger greift die von der Beklagten in Ansatz gebrachten kündigungsbedingten Mehrkosten ferner im Einzelnen an.

Der Kläger beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 18.10.2011 - Az.: 1 O 493/05 - wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 70.739,36 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 17.03.2003 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrages wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

In zweiter Instanz ist Beweis durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen S. erhoben worden. Auf das schriftliche Gutachten wird Bezug genommen. Der Sachverständige wurde im Termin vom 16.05.2014 persönlich angehört (II 459 ff.). Außerdem wurde der Zeuge Jörn K. wiederholt vernommen (II 465). Bei der Angabe „Johann“ im Protokoll vom 16.05.2014 handelt es sich um offensichtliches Schreibversehen

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg. Der Kläger kann aus den drei streitgegenständlichen Bauvorhaben einen restlichen Werklohn von noch 51.441,87 € beanspruchen. Der Betrag setzt sich wie folgt zusammen:

1.:	6.421,48 €
2. ...	26.131,25 €
3.:	<u>18.889,14 €</u>

51.441,87 €

1.:

Der Kläger kann die Bezahlung der von ihm geltend gemachten Restforderung von 6.421,48 € verlangen.

a.

Die Beklagte hat das Bauvorhaben wie folgt abgerechnet:

Schlussrechnung (brutto)	18.635,34 €
./.. Baukran	800,00 €
./.. Skonto (durch Aufrechnung I 111)	535,06 €
./.. Sicherheitseinbehalt	865,01 €
./.. Zahlung	<u>10.600,00 €</u>
	5.835,27 €

Der Kläger hat seinerseits restliche 6.421,48 € beansprucht. Da der Grund für den geltend gemachten Sicherheitseinbehalt entfallen ist, ist die klägerische Forderung berechtigt. Denn der von der Beklagten akzeptierten Restforderung von 5.835,27 € sind damit noch 865,01 € hinzurechnen. Die Summe beider Beträge übersteigt die klägerseits geltend gemachte Restforderung von 6.421,48 €. Es kann dahin stehen, ob die weiteren Abzüge für den Baukran und Skonto berechtigt sind.

b.

Ein Grund für den Abzug des Sicherheitseinbehaltes von 865,01 €, den die Beklagte gemäß dem zugrunde liegenden Vertrag „auf die Dauer von 5 Jahren“ erheben darf, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat auch im Übrigen keine Gründe vorgebracht, die sie zum Einbehalt auch noch bei Schluss der mündlichen Verhandlung am 16.05.2014 berechtigen. Im Übrigen begegnet die von der Beklagten verwendete AGB-Klausel im Bauvertrag erheblichen rechtlichen Bedenken i.S. einer unangemessenen Benachteiligung des Klägers. Klauseln, bei denen die Ablösung der Sicherheit ausschließlich durch eine Bürgschaft erfolgen darf, sind nämlich regelmäßig, wie hier, unzulässig (vgl. BGH NZBau 2009, 784; NJW 1997, 2598).

2. ...

Für das Bauvorhaben ... steht dem Kläger eine Restforderung von 26.131,25 € zu.

a.

Die vorzeitige Kündigung des Bauvertrages durch die Beklagte war allerdings berechtigt. Die Kündigung beruht auf § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B. Nach beiden Vorschriften kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn dieser mit der Vollendung der Ausführung in Verzug gerät, und er zuvor dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und erklärt hat, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe. Als Folge der Auftragsentziehung kann er den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen, doch bleiben seine Ansprüche auf Ersatz des etwa entstehenden weiteren Schadens bestehen.

aa.

Der Kläger war mit der Vollendung in Verzug geraten. Der Kläger hat am 29.10.2002 die weitere Ausführung der beauftragten und fälligen Arbeiten abgelehnt. Es drohte die Überschreitung der Herstellungsfrist. Eine Mahnung war entbehrlich, da der Kläger mit der erforderlichen Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit zum Ausdruck gebracht hat, dass mit seiner Leistung erst nach Ablauf der als angemessen anzusehenden Nachfrist zu rechnen ist (vgl. BGH NJW 84, 48, 49).

bb.

Der Kläger beruft sich in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf § 16 Nr. 5 Abs. 3 S. 3 VOB/B. Er war nicht berechtigt, die Arbeiten gemäß § 16 Nr. 5 Abs. 5 einzustellen.

Richtig ist zwar, dass die Beklagte nach dem Vertrag Abschlagszahlungen bis zu 90 % nach VOB/B schuldete. Nach Maßgabe des § 16 Nr. 1 VOB/B kann der Auftragnehmer eine Abschlagsforderung in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrags stellen. Die Leistungen sind indes durch eine prüfbare Aufstellung, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss, nachzuweisen. Bereits zu dem Merkmal „prüfbare Aufstellung“ fehlt schlüssiger Vortrag und ein geeigneter Beweisantritt des Klägers. Der Kläger hat eine 1. Abschlagsrechnung vom 09.09.02 ge-

stellt (K 32). Berechtigt waren nach Rechnungsprüfung der Beklagten 21.870,88 €. Am 08.10.2002 hat der Kläger hierauf einen Verrechnungsscheck über 20.158,19 € erhalten und akzeptiert. Eine Nachfristsetzung wegen des ausbleibenden Restes - ob nun zum vollen oder dem korrigierten Betrag - ist seitens des Klägers nicht erfolgt. Der Kläger kann nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B aber erst vorgehen, wenn er dem Auftragnehmer fruchtlos eine Nachfrist gesetzt hat. Eine ausdrückliche Nachfristsetzung war auch nicht entbehrlich.

cc.

Der Kläger hat die Verzögerung verschuldet. Sein Verschulden wird gem. § 285 BGB vermutet. Er hat sich nicht entlastet.

b.

Die Voraussetzungen eines Kostenerstattungsanspruchs sind gegeben. Der Kläger befand sich aufgrund seiner unberechtigten Leistungsverweigerung mit der Fertigstellung in Verzug, so dass die Beklagte zur Kündigung des Vertrages und der Ersatzvornahme berechtigt war. Die von der Beklagten angeführten Mehrkosten sind aber zum Teil nicht nachgewiesen, zum Teil übersetzt.

aa.

Die Beklagte kann Ersatz der Kosten beanspruchen, die ihr durch Beauftragung eines (teureren) Nachfolgeunternehmens zur Fertigstellung der Leistung entstanden sind. Bei der Mehrkostenberechnung sind die bis zur Kündigung an den Auftragnehmer geleisteten Zahlungen und die nach Kündigung an den Nachfolgeunternehmer auf der Grundlage des neuen Vertrages geleisteten Zahlungen zu addieren und hiervon derjenige Betrag in Abzug zu bringen, den die Beklagte infolge der vorzeitigen Beendigung des Bauvertrages an Vergütung erspart hat. Der Anspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B besteht folglich in Höhe der Differenz zwischen der mit dem Auftragnehmer vereinbarten Vergütung für die infolge der Kündigung nicht mehr erbrachten Leistung und der für diese Leistung erforderlichen tatsächlichen Kosten der Ersatzvornahme (vgl. BGH BauR 2000, 571, 572). Da der Kläger die Berechtigung der Mehrkosten der Beklagten bestreitet, ist deren korrekte Berechnung zu prüfen. Die Beklagte trifft insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

bb..

Die Beklagte hat Anspruch auf Ersatz der ihr infolge der Kündigung des Bauvertrages entstandenen Mehrkosten aus §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B in Höhe von insgesamt 32.111,90 €.

Die Beklagte hat ihre kündigungsbedingten Mehrkostenforderungen wie folgt angegeben.

Stundenlohnarbeiten der Bekl. (I 625 - 635)	22.001,21 €
Vergabe und Bauleitung (I 635)	2.000,00 €
Fa. W. (I 637 - B 38)	5.500,00 €
Fa. E. (I 639 - B 39)	<u>30.816,56 €</u>
netto:	60.317,77 €
brutto:	69.968,61 €

Dazu im Einzelnen

(1)

Von den ihr dargelegten Kosten für Eigenleistungen (Stundenlohnarbeiten) in Höhe von 22.001,21 € kann die Beklagte 13.123,76 € in Ansatz bringen.

Der Betrag errechnet sich wie folgt:

- AN 32695 4.579,20 € (B 36)

Die Beklagte hat dargelegt, sie habe die Rechnungen 2300 und 2303 in der hypothetischen Schlussabrechnung zusammengefasst und dem entsprechend Position 1.11.67 erhöht. Der genannte Arbeitsnachweis betreffe Detail 7, das im Takt II abgebaut und im Takt IV wieder aufgebaut worden sei (I 625). Der Kläger hat dagegen eingewendet, er habe in Takt IV keine Arbeiten im Hauptauftrag auszuführen gehabt; diese seien im ursprünglichen Auftrag nicht enthalten gewesen, sondern Teil des Zusatzauftrages vom 29.05.2002. Ferner hat er bestritten, dass die Leistung in 1.11.67 enthalten sei. Es handle sich vielmehr um Arbeiten, die seinerseits mit Rechnung Nr. 2303 abgerechnet worden seien. Mit diesem Einwand dringt er nicht durch. Die von der Beklagten vorgenommene Zusammenfassung der Schlussrechnungen beeinflusst die Berechnung der Fertigstellungsmehrkosten rechnerisch nicht.

Der Ausgangspunkt des Vortrags der Beklagten ist richtig. Die Beklagte hat bei der Schlussrechnungsprüfung die in Position 01.11.67 abgerechnete Stahlmenge von 3635

zur Fertigstellung des von der Klägerin übernommenen Auftrages erforderlich gewesen, hat sich erwiesen. Der Sachverständige hat bestätigt, dass in der Abrechnungssumme von 5.500 € die notwendig gewordenen Mehrkosten enthalten sind.

(3)

Fa. E. (I 639 - B 39) 30.816,56 €

Die Behauptung der Beklagten, die von der Fa. E. (SS. v. 13.2.09 - S. 12 - I 639 - B 39) abgerechneten Positionen:

1.11.2	2.159,15 kg
1.11.3	2.159,15 kg
1.11.4 + 66	1.484,21 kg
1.11.70	7 Stück
1.11.73	5 Stück

seien zur Fertigstellung des von der Klägerin übernommenen Auftrages erforderlich gewesen, hat der Sachverständige nur teilweise bestätigt. Seinen überzeugenden Ausführungen wird gefolgt.

- Positionen 1 und 2:

Der Ansatz der Positionen 1.11.2 mit 2.159,15 kg und 1.11.3 mit 2.159,15 kg ist nicht zu beanstanden (GA 37/38).

- Position 3:

Die Zuordnung zu den Positionen 1.11.4 + 66 mit 1.484,21 kg ist vom Sachverständigen nicht eindeutig nachzuvollziehen (GA 38/39).

Die Beklagte war bereits durch Beschluss vom 20.03.2013 darauf hingewiesen worden, dass die Zurechnung dieser Position in der Rechnung E. zu den Positionen 1.11.04 + 1.11.66 nicht nachzuvollziehen ist. Die Beklagte hat daraufhin mitgeteilt, dass gemäß der Rechnungsprüfung (B 59) für die Position 1.11.04 ein Wert 112,11 kg und die Position 1.11.66 ein solcher von 407,24 kg als zutreffend anzusetzen seien. Richtig sei allerdings, dass die Zuordnung der abgerechneten 1.484,21 kg durch die Fa. E. unzutreffend sei. Die gesamte Masse habe nicht der Position zugerechnet werden dürfen. Das sei aber unschädlich, weil die Beklagte ihrerseits in Rahmen der Schlussrechnung die aufgemessenen Massen (B 64 - II 167) entsprechend der vertraglichen Vereinbarung zu-

geordnet habe. Die behauptete korrekte Zuordnung kann der Sachverständige indes zu Recht nicht nachvollziehen.

Die Beklagte hat nicht vermocht, die bestehenden Widersprüche aufzulösen. Die Positionen 1.11.04 + 1.11.66 gehören zum Auftrags-LV (B 11). Die Beklagte hat in der hypothetischen Schlussrechnungssumme dazu 112,11 kg + 1.701 kg berücksichtigt (B 33). Später hat die Beklagte den zweiten Wert nach unten korrigiert 112,11 + 407,24 kg (hypoth. Schlussrechnung - B 59). Die Fa. E. hat in der Anlage zu ihrer Rechnung im Aufmaß insgesamt 6 verschiedene Bauteile oder Details benannt. U.a. hat sie das Bauteil (Detail) C 9 aufgeführt. Dieses wird nach der Anlage B 64 der Position 0.11.44 zugeordnet. Nach dem Auftrags-LV (B 11) kommt unter dieser Position ein Stahlträger HEB 200 nach Detail U 9-1 zur Ausführung. Tatsächlich ausgeführt worden ist aber von der Fa. E. als Detail C 9 ein Stahlträger HEB 180, der in den Plänen vom Sachverständigen nicht aufgefunden werden kann.

Die Beklagte meint nun, die Pos. 3 der Rechnung der Fa. E. betreffe die Position Pos. 1 der Schlussrechnung Nr. 2303 (K 18 - II 407). Das führt aber nicht dazu, dass der Sachverständige in den Stand gesetzt wird, die Zuordnung nachzuvollziehen (vgl. Protokoll vom 16.05.2014 S. 3/II 463).

Der Zeuge K. hat zwar bestätigt, die Position 01.11.67 sei deswegen erhöht worden, weil die Fa. E. entsprechende Positionen erbracht hat und entsprechende Gegenpositionen gebildet worden seien. Die Pauschalität dieser Aussage ließ aber neben den oben bereits angeführten Bedenken gegen den Beweiswert keine weitere Prüfung des Sachverständigen zu.

- Position 4:

Den Ansatz von 7 Stück unter 1.11.70 hat der Sachverständige als korrekt bestätigt (GA 40).

- Pos. 5 (1.11.73):

Die Position 1.11.73 findet sich nicht im Auftrags-LV. Darauf ist die Beklagte mit Beschluss vom 20.03.2013 hingewiesen worden. Ferner wurde die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Klägerin unter dieser Position stückweise Anschweißmuffen und Armierungseisen abgerechnet hat, ohne dass die Beklagte dies in B 33 korrigiert hat. Die Fa. E. habe unter dieser Position ein Detail IV abgerechnet. Eine verständliche Zuordnung der Arbeiten der Fa. E. durch die Beklagte fehle. Die Beklagte hat den Hinweis dahingehend beantwortet, dass sie die von der Fa. W. der Position 1.11.73 zugeordnete

ten Leistungen gegenüber ihrem Auftraggeber pauschal unter Abfangungen abgerechnet habe.

Schon die knappe Bezeichnung als Detail IV und das zu dieser Position fehlende Aufmaß lassen für den Sachverständigen keine direkte Zuordnung, sondern nur Vermutungen zu. Es könnten damit Abfangungen im EG im Bereich der Achsen 12.2.-14.2, insgesamt 5 Stück, angesprochen sein. Bloße Vermutungen genügen aber für die erforderliche Überzeugungsbildung nicht.

Mehrkosten von 14.725 € ist damit nicht bewiesen.

- Pos. 7:

Entsprechendes gilt für die Position 7 (vgl. GA 41). Die Beklagte wurde durch den bereits genannten Beschluss darauf hingewiesen, dass die Position 1.11.99 sowohl im Auftrags-LV, in der Abrechnung der Klägerin und in den hypothetischen Schlussrechnung (B 33/B 59) und eine verständliche Zuordnung der von der Fa. E. unter 1.11.99 abgerechneten Leistungen durch die Beklagte fehle. Zudem würden Gegenpositionen in der hypothetischen Schlussrechnung fehlen. Die Beklagte hat hierzu zwar Angaben gemacht (II 151), die dem Sachverständigen jedoch keine verlässliche Zuordnung ermöglichen. Die Angaben in den Rapporten 6499, 6500, 6498 und 6504 sind so allgemein gehalten, dass damit eine Zuordnung nicht möglich ist.

Aus der Rechnung der Fa. E. haben deshalb bei der Mehrkostenabrechnung 21.947,47 € unberücksichtigt zu bleiben. Berücksichtigung finden 8.869,09 €.

(4) Vergabe und Bauleitung:

Dass die Beklagte zur Fertigstellung des von der Klägerin übernommenen Auftrages für Vergabe und Bauleitung 2.000 € als erforderliche Mehrkosten (B 37) beansprucht, hat der Sachverständige zu Recht gebilligt (vgl. Protokoll vom 16.05.2014 S. 3/II 463).

Danach ergeben sich nachgewiesene Mehrkosten wie folgt:

Stundenlohnarbeiten der Bekl. (I 625 - 635)	13.123,76 €
Vergabe und Bauleitung (I 635)	2.000,00 €
Fa. W. (I 637 - B 38)	5.500,00 €

Fa. E. (I 639 - B 39)	<u>8.869,09 €</u>
netto	29.492,85 €
brutto (ohne Eigenleistungen)	32.111,90 €

c.

Die Werklohnforderung der Klägerin ist wegen eines Vertragsstrafenanspruch aus §§ 339, 341 Abs. 1 BGB, 11 Nr. 4 VOB/B in Höhe von 3.735,27 € zu kürzen. Der darüber hinaus gehende Abzug der Beklagten ist nicht gerechtfertigt.

aa.

Die Vertragsstrafe ist verwirkt. Der Kläger hat die gesetzten Fertigstellungstermine überschritten, wobei er den Verzug auch zu vertreten hat. Ein Recht zur Arbeitseinstellung wegen Nichtbegleichung der Abschlagsrechnung stand ihm nicht zu. Die Beklagte hat den Vorbehalt der Vertragsstrafe bei ihrer Kündigung ausdrücklich ausgesprochen.

bb.

Die Vertragsstrafe kann die Beklagte aber nur aus der Bruttorechnungssumme von 74.705,33 € beanspruchen. Hinsichtlich den der Rechnungen Nr. 2303 und 2304 zugrunde liegenden Arbeiten hat die Beklagte nicht schlüssig dargelegt, dass der Kläger mit diesen in Verzug geraten war. Aus dem vorgenannten Betrag errechnet sich eine 5 %-ige Vertragsstrafe von 3.735,27 €.

d.

Bei der Abrechnung der klägerischen Forderung ergibt sich danach folgender Werklohnrestanspruch. Dabei ist wegen der Höhe der Berechnung der Beklagten zu folgen. Eine schlüssige Berechnung der hypothetischen Fertigstellungskosten liegt seitens des Klägers nicht vor.

aa.

Anspruch aus Re. Nr. 2300, 2303 und 2048:

hypothetische Fertigstellungskosten (brutto)	90.268,94 €
./ 3 % Nachlass hieraus	2.708,07 €
./ 1 % Umlage hieraus	902,69 €
./ Abschlagszahlungen (netto)	<u>24.281,42 €</u>
Gesamt (brutto)	62.376,76 €
./ kündigungsbedingte Mehrkosten (brutto):	32.111,90 €
./ Vertragsstrafe	<u>3.735,27 €</u>
	26.529,59 €

bb.

Rechnung Nr. 2304.

Ein Anspruch aus der Rechnung Nr. 2304 bestehe nicht. :

Schlussrechnung	36.633,17 €
./ 3 % Nachlass	1.099,00 €
./ 1 % Umlage	366,33 €
./ Abschlagszahlungen	<u>35.566,18 €</u>
Überzahlung	398,34 €

Da der Kläger den Abzug der Position 6 in Höhe von 626,94 € akzeptiert hat (vgl. I 79), ergibt sich die von der Beklagten errechnete Überzahlung von 398,34 €, mit der die Beklagte aufgerechnet hat.

Für das Bauvorhaben ... stehen dem Kläger folglich noch zu:

Re. Nr. Nr. 2300, 2303 und 2048	26.529,59 €
./ Überzahlung Re Nr. 2304	<u>398,34 €</u>
Restforderung	26.131,25 €

3. ...:

Für das Bauvorhaben ... steht dem Kläger eine Restforderung von 18.889,14 € zu.

a.

Die vorzeitige Kündigung des Bauvertrages durch die Beklagte war zwar begründet. Insofern kann zur Begründung auf die obigen Ausführungen unter Ziff. 2 lit a. entsprechend Bezug genommen werden.

b.

Die Beklagte hat aber einen Anspruch auf Ersatz der ihr infolge der Kündigung des Bauvertrages entstandenen Mehrkosten aus §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nur in Höhe von 1.450 € bewiesen.

aa.

Die kündigungsbedingten Mehrkosten macht die Beklagte wie folgt geltend:

Eigenleistungen der Bekl. (I 57 - B 46)	1.694,50 €
Vergabe und Bauleitung	1.250,00 €
Fa. F. (B 47)	40.410,10 €
Büro R. (Statik - B 48)	<u>150,00 €</u>
	43.504,60 €

bb.

Dazu im Einzelnen:

(1)

Eigenleistungen der Bekl. (I 57 - B 46)

Die Behauptung der Beklagten, die von ihr als Mehrkosten eingestellten Kosten für Eigenleistungen in Höhe von 1.694,50 € seien zur Fertigstellung des von der Klägerin übernommenen Auftrages erforderlich gewesen, hat der Sachverständige nicht bestätigt (GA 49). Der von der Beklagten zu den Eigenleistungen vorgelegte Arbeitszeitnachweis 29796 enthält nämlich Arbeiten, die sowohl in den Auftragsumfang des Klägers fielen als auch solche, die außerhalb dieses lagen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen ist an Hand des Arbeitsberichts eine Trennung nicht möglich. Die dem Kläger nicht zurechnenden Arbeitsstunden können folglich nicht heraus gerechnet werden. Da auch der Zeuge K. keine Grundlage für eine Schätzung schaffen konnte, können nicht nur 5 h entfallen, wie die Beklagte meint, sondern hat der Gesamtbetrag der abgerechneten Stunden außer Ansatz zu bleiben.

(2)

Der Ansatz von Mehrkosten in Höhe von 40.410,10 € aus der Rechnung der Fa. F. (B 62) ist ebenfalls nicht berechtigt. Die Beklagte hat als Anlage B 62 eine Schlussrechnung der Fa. F. vom 29.01.2003 vorgelegt, die mit einer Nettosumme von 42.176,65 € abschließt. Der Betrag von 40.410,10 € errechnet sich aus dieser Nettosumme abzüglich der Pos. 01.02. Alle anderen Positionen hat die Beklagte in ihre Mehrkostenrechnung aufgenommen.

Dem Sachverständigen ist es mangels vorhandener Pläne nicht möglich, die einzelnen Positionen der Schlussrechnung der Fa. F. vom 29.01.2003 einer Mehrkostenberechnung zuzuordnen. Es bestehe zwar hinsichtlich der Positionen 01.01., 01.03, 01.05. und 01.07. eine gewisse Plausibilität, dass die dort angegebenen Stahlmengen zur Fertigstellung des vom Kläger übernommenen Auftrages erforderlich waren. Für die gerichtliche Überzeugungsbildung ist diese Einschätzung aber nicht genügend. Die Position 01.06. ist schon nicht plausibel.

Die Pos. 01.04 der Schlussrechnung der Fa. F. beinhaltet 196 Facharbeiterstunden gemäß der Aufstellung L 100259. Die in der Aufstellung genannten Leistungen der Fa. F. betreffen Änderungen und Ergänzungen, die der Sachverständige dem Auftrags-LV (B 57) nicht zuordnen kann. Er äußerte zwar die Vermutung, diese könnten auf einer ungenauen Bauaufnahme oder unzutreffenden Vorgaben beruhen. Diese Vermutung hat sich aber nicht durch den Zeugen K. bestätigen lassen. Der Zeuge K. hat zwar bei der dritten Position angegeben, aus dem Kopf heraus sagen zu können, dass *wohl* ein Teil der Träger nicht gepasst habe. Außerdem hat er angefügt, es *müsse wohl so gewesen sein*, dass die Träger *zu kurz oder dergleichen* waren und deshalb Anpassungsarbeiten erforderlich waren. Der Zeuge hat diese Aussagen aber nicht aufgrund positiver Erinnerung getätigt, sondern an Hand von Hilfsüberlegungen hergeleitet. Deren Beweiswert ist auch aufgrund der geringen persönlichen Verlässlichkeit der Aussage nicht genügend, um die erforderliche Überzeugung darauf zu stützen.

(3)

Die geltend gemachten Kosten für Vergabe und Bauleitung von 1.250 € (netto) = 1450 € (brutto) kann die Beklagte verlangen, weil die kündigungsbedingten Ersatzmaßnahmen einen höheren Aufwand bedingen.

(4)

Der Kläger wendet ein, die Rechnung Statik R. betreffe zusätzliche Kosten, die sich aus einer Veränderung der Baugrundsituation vor Ort ergeben hätten, weshalb die Lastangaben in der vom Architekturbüro M. erstellten statischen Berechnung nicht mehr gestimmt hätten. Es hätten deshalb neue Lastangaben ermittelt werden müssen, weil eine Änderung der Bauweise erforderlich geworden sei. Der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe gemäß Pos. 4.4.05 des Leistungsverzeichnisses den statischen Nachweis und die Konstruktionszeichnungen zu erbringen gehabt, widerlegt den klägerischen Vortrag nicht und genügt, nicht die Mehrkostenposition zu begründen.

c.

Der Kläger macht eine Restforderung von 18.889,14 € geltend:

Schlussrechnung 2301 (K 27)	8.858,69 €
Schlussrechnung 2302 (K 28)	<u>10.030,45 €</u>
Gesamt	18.889,14 €

Der Berechtigung dieser Restforderung steht die Abrechnung der Beklagten nicht (mehr) entgegen. Die Beklagte setzt einem 18.889,14 € deutlich übersteigenden Betrag aus der hypothetischen Schlussabrechnung ihre Mehrkosten in übersteigender Höhe entgegen (vgl. die Abrechnung der Beklagten - zuletzt im SS. v. 31.03.2014 - dort S. 8 - 10). Da die von der Beklagten zugrunde gelegte (hypothetische) Bruttoabrechnungssumme übersteigt nach Abzug der einzig nachgewiesenen Mehrkosten von 1.450 € nach wie vor 18.889,14 € übersteigt, kann der Kläger diesen Betrag verlangen.

Die Zinsforderung ist aufgrund der Zahlungsverweigerung der Beklagten aus §§ 280 Abs. 2, 286, 288 Abs.2 BGB seit dem 17.03.2003 in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz begründet.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe, die Revision zuzulassen, bestehen nicht.

Bismayer
Richter am Oberlandesgericht