
Datum: 13.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-21 U 256/06
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2007:1113:I21U256.06.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 02.11.2006 ergangene Schlussurteil des Landgerichts Wuppertal (Az.: 19 O 165/01) in der Fassung, die es durch den Berichtigungsbeschluss vom 16.10.2007 erfahren hat, wird zurückgewiesen.

Es wird klargestellt, dass die Beklagten zu 2 bis 5 neben der Beklagten zu 1 wie Gesamtschuldner und untereinander als Gesamtschuldner haften.

Die Anschlussberufung des Klägers gegen das Schlussurteil vom 02.11.2006 des Landgerichts Wuppertal (Az.: 19 O 165/01) in der Fassung, die es durch den Berichtigungsbeschluss vom 16.10.2007 erfahren hat, wird ebenfalls zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu $\frac{1}{4}$ und die Beklagte zu 1 mit den Beklagten zu 2 bis 5 wie Gesamtschuldner – die Beklagten zu 2 bis 5 untereinander als Gesamtschuldner – zu $\frac{3}{4}$.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des jeweiligen Gegners gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages leistet.

(Gründe :	1
<u>I.</u>	2
Die Klage betrifft eine Restwerklohnforderung der F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG (Gemeinschuldnerin), die mit Rechnung vom 11.12.1998 (Anlage K 13) abgerechnet wurde. Die Beklagten, – eine GbR und ihre Gesellschafter – haben der Schlussrechnung der Gemeinschuldnerin vom 11.12.1998 in Höhe von 380.979,16 DM mit dem Abrechnungsschreiben des Architekten H... vom 31. März 1999 (Anlagen K 14, K 14a) teilweise widersprochen und nur einen Betrag von 60.271,37 DM als nach Prüfung berechtigt angesehen. Auf die angekündigte Anweisung des Bauherrn ist am 07.06.1999 eine Zahlung von 19.000,00 DM erfolgt.	3
Die Gemeinschuldnerin war mit der Kürzung nicht einverstanden und hat mit den Beklagten in der Folgezeit – erfolglos – über eine einvernehmliche Gesamtlösung verhandelt. Im Jahre 2001 hat sie schließlich gestützt auf ihre Rechnung vom 11.12.1998 einen Betrag in Höhe von 339.055,33 DM eingeklagt. Ein weiterer Betrag betreffend Mehrkosten für einen größeren Baukran in Höhe von 31.124,25 DM brutto gemäß Rechnung vom 22.08.2001 (Anlage K 41) wurde in der Klageschrift erwähnt, allerdings in die Berechnung der Klageforderung nicht einbezogen.	4
Die Beklagten haben einen Teilbetrag in Höhe von 65.135,42 € nebst Zinsen anerkannt. Darüber ist am 29.04.2002 zugunsten der F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG ein Teilanerkennnisurteil ergangen.	5
Durch Beschluss vom 01.06.2005 (Az.: 163 IN 81/05, AG Essen) wurde über das Vermögen der F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG das Insolvenzverfahren eröffnet. Rechtsanwalt W... wurde zum Insolvenzverwalter bestimmt. Dieser hat den Prozess gemäß § 85 Abs. 1 InsO mit Schriftsatz des bereits für die Gemeinschuldnerin tätigen Prozessbevollmächtigten vom 02.09.2005 aufgenommen.	6
Durch Urteil vom 02.11.2006, auf das wegen der weitergehenden tatbestandlichen Feststellungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht nach umfangreicher Beweisaufnahme die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG als Klägerin weitere 43.629,16 € nebst Zinsen seit dem 18.11.2001 zu zahlen. Die weitergehende Klage wurde abgewiesen.	7
Mit Beschluss vom 16.10.2007 hat der Senat das Urteil gemäß § 319 ZPO dahingehend berichtigt, dass Kläger Rechtsanwalt W... als Insolvenzverwalter über das Vermögen der F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG ist und die Zahlung an ihn zu erfolgen hat.	8
Die Beklagten haben gegen die landgerichtliche Entscheidung in vollem Umfang Berufung eingelegt; mit der Anschlussberufung wendet sich der Kläger gegen die Abweisung der von ihm im Kammertermin vom 29.04. 2002 im Wege der Klageerweiterung rechtshängig gemachten Forderung in Höhe von 15.913,58 € (Rechnung K 41).	9
Die Beklagten sind der Auffassung, das Landgericht habe sie zu Unrecht zu weiteren Zahlungen verurteilt. Insbesondere sei die Verurteilung hinsichtlich der Profilstahlstützen (Ziff.	10

6 des Urteils), des Dachwandabschlusses (Ziff. 7 des Urteils), der angeblich zusätzlich verbrauchten Stahlmengen (Ziff. 8 des Urteils), der Kosten des (kleineren) Baukrans (Ziff. 11 a des Urteils) und der Tagelohnarbeit (Ziff. 12 des Urteils) unzutreffend.

Die Beklagten beantragen sinngemäß, 11

das Schlussurteil des Landgerichts Wuppertal vom 02.11.2006 – in der Fassung, die es durch den Änderungsbeschluss vom 16.10.2007 erfahren hat - aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt sinngemäß, 13

unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten das Schlussurteil des Landgerichts Wuppertal vom 02.11.2006 (Az.: 19 O 165/01) insoweit abzuändern, als die Beklagten darüber hinausgehend verurteilt werden, an ihn einen weiteren Betrag in Höhe von 15.913,58 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG seit dem 29.04.2002 zu zahlen. 14

Der Kläger verteidigt die landgerichtliche Entscheidung zur Sache. Die Berufungsangriffe seien unzutreffend. 15

Zur Anschlussberufung trägt er vor, das Landgericht habe bei der Prüfung, ob die Rechnung vom 25.08.2001 verjährt sei, übersehen, dass die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart hätten; die Fälligkeit der Forderung in Höhe von 15.913,58 € sei daher erst mit Erteilung der Rechnung im Jahre 2001 eingetreten. 16

Die Beklagten beantragen ferner sinngemäß, 17

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gegenseitigen Schriftsätze sowie die zur Akte gereichten Ablichtungen Bezug genommen. II. 19

Weder Berufung noch Anschlussberufung haben Erfolg. 20

1. 21

Die Rechtsmittel sind auch unter Berücksichtigung der Berichtigung der landgerichtlichen Entscheidung durch den Senatsbeschluss vom 16.10.2007 zulässig. 22

Zwar wirkt eine Berichtigung nach § 319 ZPO auf den Zeitpunkt des Erlasses der berichtigten Entscheidung zurück, so dass diese grundsätzlich so zu behandeln ist, als habe sie von vornherein in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses bestanden. Dies kann dazu führen, dass ein zunächst vermeintlich wirksam eingelegtes Rechtsmittel sich später als unzulässig erweist (vgl. BGH NJW 1992, 2832, 2834). 23

Vorliegend ist jedoch davon auszugehen, dass trotz Berichtigung die richtigen Prozessparteien beteiligt sind. Die anfängliche Bezeichnung der F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG als Berufungsbeklagte bzw. als Anschlussberufungsklägerin steht diesem Verständnis nicht entgegen. Es handelte sich - wie dies ausführlich im Rahmen des Senatstermins erörtert wurde – lediglich um eine durch die ursprüngliche landgerichtliche Entscheidung ausgelöste Falschbezeichnung der Parteien. Zu keinem Zeitpunkt wurde die 24

F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG selbst in das Berufungsverfahren als Partei tatsächlich hineingezogen. Der Prozessbevollmächtigte auf Klägerseite wurde für das Berufungsverfahren ausschließlich vom Kläger und nicht von der F... B... Baugesellschaft mbH & Co. KG beauftragt. Auch auf Beklagtenseite bestand zu keiner Zeit die Auffassung, dass es sich insofern um verschiedene Parteien handeln würde. Es ist daher von einer letztendlich unschädlichen Falschbezeichnung auszugehen, mit der die Parteien die richtige "Partei" bezeichnet haben.

<u>2.</u>	25
Die Berufung der Beklagten ist unbegründet.	26
a) Die beklagte Gesellschaft bürgerlichen Rechts haftet dem Kläger gemäß § 631 BGB, § 2 Nr. 5, Nr. 7 VOB/B auf Zahlung weiterer 43.629,16 €. Die Beklagten zu 2. bis 5. haften dem Kläger akzessorisch analog den §§ 128 ff. HGB neben der Beklagten zu 1) wie Gesamtschuldner – untereinander als Gesamtschuldner (vgl. BGH NJW 2001, 1056, 1061).	27
b) Der Berufungsvortrag der Beklagten rechtfertigt keine abweichende Entscheidung.	28
Im Einzelnen gilt zu den angegriffenen Positionen:	29
(1.)	30
<u>Profilstahlstützen gemäß Ziffer 6 des Urteils in Höhe von 12.096,94 DM (netto).</u>	31
Dem Kläger steht diesbezüglich ein Anspruch gemäß § 2 Nr. 5, Nr. 7 VOB/B auf Vergütung der von der Gemeinschuldnerin eingebauten Profilstahlstützen zur Abstützung der über dem Erdgeschoss liegenden Decke am Bauvorhaben F...straße in V... zu.	32
Grundsätzlich trägt gemäß § 2 Nr. 7 VOB/B bei einem Pauschalpreis der Auftragnehmer das Risiko des Mehraufwandes, hier also die Gemeinschuldnerin.	33
Gemäß § 2 Nr. 7 Satz 4 VOB/B findet aber auch beim Pauschalhonorar § 2 Nr. 5 VOB/B Anwendung. Wird deshalb durch eine Änderung des Bauentwurfs oder auf Anordnung des Auftraggebers die Grundlage des Pauschalpreises für die im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, ändert sich also das geschuldete und mit dem Pauschalpreis abgegoltene Bausoll durch Einwirkung des Auftraggebers, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf Vergütungsanpassung entsprechend § 2 Nr. 5 VOB/B (vgl. dazu Ingenstau/Korbion/Keldungs, VOB, 16.A, § 2 Nr. 7 VOB/B Rdnr. 21).	34
Zwischen den Parteien ist streitig, ob es sich um eine nachträgliche Änderung des Bausolls handelt, oder ob die Profilstahlstützen zum ursprünglichen Vertragsinhalt gehörten. Grundsätzlich hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH BauR 1988, 501, 502) bei unklaren Pauschalverträgen den Bauunternehmer als Beweis belastet dafür angesehen, dass eine streitige Leistung nicht vom Pauschalpreis erfasst wird. Für den Fall, dass die Pläne und das Leistungsverzeichnis, das dem Angebot zugrunde zu legen war, von Auftraggeberseite gestellt werden, wird in der Literatur allerdings eine andere Beweislastverteilung vorgeschlagen (vgl. etwa Ingenstau/Korbion/Keldungs, VOB, 16 A, § 2 Nr. 7 VOB/B Rdnr. 12).	35
Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass der Einbau der Profilstahlstützen nicht vom ursprünglichen Bausoll umfasst ist; die zusätzliche Stützung als Mehraufwand hat sich vielmehr infolge einer von Auftraggeberseite veranlassten Planänderung ergeben. Die der	36

Gemeinschuldnerin zur Abgabe ihres Angebotes zur Verfügung gestellten Planunterlagen, die den Umfang der vertraglichen Leistung bestimmen, sehen keinen Einbau von Profilstahlstützen vor. Erstmals im Schaltplan Erdgeschoss Nr. 5d sind diese eingezeichnet. Der Plan 5d stellt zwar eine Fortschreibung des Planes 5 dar, der der Gemeinschuldnerin bei der Angebotserteilung vorgelegen hat. Plan 5d beruht allerdings auf einer Änderung, die sich ausweislich der Eintragung des Statikers (vgl. Plan Hülle Bl. 220, Anlage B 12 zum Schriftsatz vom 21.05.2002) Küppers erst am 29.10.1997 ergeben hat. Dieser Plan kann daher begriffsnotwendig dem Angebot vom 20.05.1997 nicht zugrunde gelegen haben. Auch aus dem Leistungsverzeichnis, das der Gemeinschuldnerin zur Verfügung gestellt wurde, lässt sich nichts für die Verwendung von Profilstahlstützen entnehmen.

Soweit sich die Beklagten darauf berufen, es habe bereits vor Vertragsschluss Gespräche mit den Verantwortlichen der Gemeinschuldnerin gegeben, so dass diese gewusst habe, dass zusätzliche Profilstahlstützen einzubauen seien, lässt dies den Anspruch nicht entfallen. 37

Der Vortrag der Beklagten zu diesen Gesprächen ist schon unsubstantiiert, weil sie nicht angeben, wann die entsprechenden Gespräche stattgefunden haben sollen, weshalb von Klägerseite darauf auch nicht ordnungsgemäß erwidert werden kann. 38

Soweit der Vortrag so verstanden werden sollte, dass die Gespräche über die Profilstahlstützen jedenfalls vor dem 19.12.1997 stattgefunden haben, dem Tag, an dem von Beklagtenseite der von ihnen vorgelegte schriftliche Vertrag unterzeichnet wurde, lässt auch dies den Anspruch gemäß § 2 Nr. 5, Nr. 7 VOB/B nicht entfallen. Der Anspruch war zu diesem Zeitpunkt nämlich bereits entstanden, weil die Parteien schon in einem Vertragsverhältnis standen, das ein geringeres ursprüngliches Bausoll vorsah. 39

Bei einvernehmlicher Durchführung eines Vertrages gilt dieser nämlich mit der Aufnahme der Arbeiten als abgeschlossen und eine eventuelle frühere Vereinbarung, dass es für die Gültigkeit des Vertrages noch dessen schriftlicher Ausführung bedürfe, wird hinfällig (vgl. BGH NJW 2000, 354, 356, 357). Insofern ist es unerheblich, dass etwa in den Vorbemerkungen des Architekten zur Ausschreibung vom 17.04.1997 unter Ziff. 6 vermerkt ist, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien würde erst durch eine schriftliche Bestätigung des Bauleistungsauftrages zustande kommen. 40

Unabhängig davon, ob der Auftrag an die Gemeinschuldnerin daher schon in einem Gespräch zwischen Herrn B... und dem Beklagten zu 2 mündlich am 01.07.1997 erteilt wurde, kam das Vertragsverhältnis mit dem abgestimmten Beginn der Arbeiten auf der Baustelle zustande. Dies war nach dem unbestrittenen Vortrag der Klageschrift der 04.08.1997. Zu diesem Zeitpunkt lagen geänderte Pläne über die zusätzliche Ausführung von Profilstahlstützen noch nicht vor. 41

Zwar sieht § 2 Nr. 5 VOB/B vor, dass die Preisvereinbarung möglichst vor der Ausführung der geänderten Leistung getroffen werden soll; dies ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für das Entstehen und die Durchsetzung dieses Vergütungsanspruchs (vgl. BGH NJW 1968, 1234). 42

Die Gemeinschuldnerin hat ihren Anspruch auf zusätzliche Vergütung für die Profilstahlstützen schließlich nicht durch die am 13.01.1998 erfolgte Unterzeichnung des erst nachträglich fixierten schriftlichen Vertrages – von den Beklagten am 19.12.1997 verloren. Denn sie hat zu diesem Zeitpunkt durch Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 07.01.1998 klar gegenüber dem Beklagten zu 2 als dem Verhandlungsführer der Beklagten zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Bezahlung der von ihr zwischenzeitlich errichteten Profilstahlstützen 43

verlange. Auch in den nachfolgenden Gesprächen hat die Gemeinschuldnerin insoweit keinen Verzicht erklärt.

(2.) 44

Dachrandabschluss (Ziffer 7 des Urteils) in Höhe von 9.666,75 DM (netto). 45

Auch für den von der Gemeinschuldnerin errichteten Dachrandabschluss in einer Höhe von insgesamt 23 cm kann der Kläger einen Anspruch gemäß § 2 Nr. 5, Nr. 7 VOB/B geltend machen. Die Mehrkosten des nachträglich zu errichtenden Dachrandabschlusses sind nicht in dem ursprünglich vereinbarten Pauschalpreis enthalten. 46

Aus den der Gemeinschuldnerin überlassenen Pläne und dem Leistungsverzeichnis ist nicht erkennbar, dass ein Dachrandabschluss von mehr als 5 cm geschuldet war. Dies ergibt sich aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen Dr. Ing. W... in seinem Gutachten vom 10.12.2003. Der Plan vom 21.03.1997, der Schnitt AA, der der Kalkulation zugrunde lag, enthält keinen Hinweis auf eine entsprechende Höhe des Dachrandabschlusses (vgl. Anlage K 93). Der von Beklagtenseite vorgelegte Plan B 7 enthält zwar einen Hinweis auf ein Maß von 23,4 cm. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass damit der Dachrand und nicht der Hochpunkt des Gefälleestrichs gemeint ist, der in den übrigen Plänen damit gekennzeichnet ist. Ferner lässt sich auch nicht feststellen, dass der Gemeinschuldnerin der Plan B 7 vor Vertragsschluss vorgelegen hat. 47

Soweit die Beklagten in der Berufungsschrift geltend machen, im Rahmen vorvertraglicher Gespräche sei auch dieser Aspekt erörtert worden, ist der Vortrag unsubstantiiert, weil nicht ersichtlich ist, wann diese Gespräche stattgefunden haben sollen. Abgesehen davon wurde in erster Instanz nur auf Pläne Bezug genommen, aus denen sich die Kenntnis der Gemeinschuldnerin zur Höhe des Dachrandabschlusses ergeben würde. Vorvertragliche Gespräche über einen Dachrandabschluss in Höhe von 23 cm wurde in erster Instanz nicht behauptet, so dass dieser Berufungsvortrag – Substantiiertheit unterstellt – gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen wäre. 48

(3.) 49

Zusätzlich verbrauchte Stahlmengen (Ziff. 8 des Urteils) in Höhe von 11.880 DM (netto). 50

Die zusätzlich verbrauchten Stahlmengen sind der Klägerin gemäß § 631 BGB in Verbindung mit Ziff. 8.11 des Vertrages zu vergüten. Ob es darüber hinaus eine Einigung im Jahre 1999 zwischen den Vertragsparteien dahingehend gegeben hat, dass der Gemeinschuldnerin zumindest 8 t zusätzlich vergütet werden sollten, kann dahinstehen, da diese Menge unterhalb der Menge liegt, die ihr nach der vorausgegangenen vertraglichen Absprache zu erstatten wäre. 51

Nach der Bestimmung Ziff. 8.11 des schriftlich fixierten Vertrages, waren sich die Parteien nachträglich darüber einig, dass der Bewehrungsstahl von dem vereinbarten Festpreis nicht erfasst worden sei. Vielmehr sollte die Bewehrung für die Stahlbetonarbeiten auf der Basis der Schnittlisten des Statikers und dem Einheitspreis des Angebots abgerechnet werden. Ausdrücklich ist in dem schriftlichen Vertrag der Parteien festgehalten, dass diese Kosten nicht Bestandteil des Festpreises seien. Während Ziff. 8.11 den Eindruck vermittelt, sämtlicher Bewehrungsstahl sei nicht vom Festpreis erfasst, ergibt sich aus Ziff. 8.16 des Vertrags, dass im Festpreis sehr wohl bereits die Stahlmenge von 100 t für die Bewehrung enthalten sein sollte. Davon gehen auch die Parteien im Rechtsstreit aus. Demnach erfasst die 52

Klausel Ziff. 8.11 nur Mehrmengen, die über 100 t hinausgehen.

Der Kläger hat den Nachweis erbracht, dass die Gemeinschuldnerin mindestens 8 t Bewehrungsstahl (also insgesamt 108 t) eingebaut hat, der gemäß Ziff. 8. 11 zu vergüten ist. 53

Vorgelegt wurde als Nachweis die Anlage K 67, eine Zusammenstellung der erbrachten Stahlmengen. Ferner wurden die Betonstahllisten des Statikers beigebracht (Anlage K 78). Die Anlage K 67 folgt der Anlage K 78. Damit kann die Beklagte mit ihrem Einwand, es habe nach den Schnittlisten des Statikers abgerechnet werden sollen, was die Gemeinschuldnerin nicht getan habe, nicht durchdringen, da genau nach diesen Listen abgerechnet wurde. 54

Die Aufstellung K 67 ist auch nicht falsch und unzureichend. Soweit die Beklagte hier zur Begründung vorträgt, die Stahlmengen für sämtliche Decken müssten nämlich ähnlich ausfallen, widerspricht dieses nicht der Aufstellung K 67. Die Auflistung folgt den Schnittlisten, die keine etagenweise Zusammenstellung enthalten, so dass nicht beliebige Mengen herausgegriffen und verglichen werden können. 55

Von dem zusätzlich verbauten und zu vergütenden Stahl sind keine 11.351 kg Stahl für Filigranzulagen abzuziehen. Diese Filigranzulagen beziehen sich nicht auf die Filigrandecken. Diese Zulagen sind aus statischen Gründen erforderlich geworden und haben nichts mit der nach Vertrag zwar zulässigen Umwandlung von Stahlbetondecken in Filigrandecken zu tun, deren Mehrkosten nach den vertraglichen Vereinbarungen zu Lasten der Gemeinschuldnerin gehen sollten (Ziff. 8.7 des schriftlichen Vertrages). Die Nichtvergleichbarkeit der filigranen Zulage mit der filigranen Decke ergibt sich aus den Ausführungen des Sachverständigen Dr.-Ing. W... . 56

Ebenso wenig ist ein Abzug des Entgeltes für 2.920,83 kg Stahl für die Errichtung von Stahlbetonwänden abzuziehen. Zwar heißt es unter Ziff. 8.11 Satz 3 des schriftlichen Vertrages, dass für den Fall, dass der Auftragnehmer anstelle der Mauerwerkswände Betonwände errichtet, dies zu keiner Vergütung der Bewehrung führen würde. Der Sachverständige Dr.-Ing. W... hat aber nachvollziehbar festgestellt, dass die angeführten 2.920,83 kg Stahlbeton im Rahmen der Errichtung der Wände der Tiefgarage angefallen sind. In der Tiefgarage sollten nach den vorhandenen Plänen aber von Anfang an Stahlbetonwände errichtet werden. Folglich liegt keine Umwandlung einer Mauerwerkswand in eine Betonwand vor, deren Mehrkosten die Gemeinschuldnerin zu tragen hätte. 57

Schließlich steht der Geltendmachung der Mehrkosten für Stahlmengen nicht entgegen, dass die Rechnung mangels beigefügtem Aufmaß gegen § 14 Nr. 1 VOB/B verstoßen haben soll. Grundsätzlich sind einer prüfbaren Abrechnung im Sinne dieser Vorschrift allerdings Nachweise von Art und Umfang der Leistung beizufügen, insbesondere also auch Mengenerrechnungen. Es ist aber nichts dafür ersichtlich, dass die Rüge der Prüfbarkeit infolge Nichtvorlage des Aufmasses binnen zwei Monaten erfolgt ist. Der Architekt der Beklagten hat im Gegenteil die Rechnung geprüft. Dementsprechend steht dieser Einwand der Fälligkeit der Rechnung dieser Position nicht entgegen. Im vorliegenden Prozess ist die Forderung des Klägers auch schlüssig vorgetragen worden. 58

(4.) 59

Kosten Baukran (Ziffer 11a des Urteils) in Höhe von 5.920,00 DM (netto). 60

Auch diese Kosten kann der Kläger gemäß § 2 Nr. 5, Nr. 7 VOB/B ersetzt verlangen. 61

62

In den Baustelleneinrichtungskosten, die bei Ermittlung des Festpreises berücksichtigt wurden, war nur die Aufstellung eines kleinen Krans an der Baustelle vorgesehen. Der Baukörper musste aber aufgrund eines Nachbarwiderspruchs unstrittig vergrößert werden. Infolgedessen war es erforderlich, einen größeren Kran mit einem längeren Ausleger zu verwenden, der wiederum An- und Abbaukosten verursachte. Entgegen der ursprünglichen Planung sind die An- und Abbaukosten also doppelt angefallen, so dass die zusätzlichen Kosten den Beklagten anzulasten sind.

Aus der von den Beklagten in Bezug genommenen Anlage K 25 (Schreiben vom 03.07.1998, dort Position 13) ergibt sich nicht, dass der neue Kran dieselbe Auslegerlänge von 33 m wie der zunächst aufgestellte Kran besaß. Vielmehr ist in diesem Schreiben das mathematische Zeichen größer (">") verwendet worden, um darzustellen, dass ein Kran mit einer Auslegerlänge von mehr als 33 m verwendet wurde. Die Benutzung dieses mathematischen Zeichens ist eindeutig. Darauf hatte schon das Landgericht hingewiesen. Außerdem bietet die Firma W..., von der die Gemeinschuldnerin die Baukräne seinerzeit gemietet hatte, auch nach wie vor auf ihrer Homepage den entsprechenden größeren Kran Typ 63 K mit einer Auslegerlänge von 43 m an, während der kleinere Typ 35 K in zwei Modellvarianten angeboten wird, nämlich in Auslegerlängen von 33 bis 36 m. Aus dem seinerzeitigen Angebot der Firma W... an die Gemeinschuldnerin ergibt sich aber (Anlage K 40), dass ihr nur ein Modell Typ 35 K mit Auslegerlänge von 33 m zunächst Verfügung gestellt wurde.

(5.) 64

Tagelohnarbeiten und Materialien gem. Ziff. 12 des Urteils, insgesamt 3.198,44 DM (netto). 65

Auch diesen Betrag kann der Kläger gemäß § 2 Nr. 5, Nr. 7 VOB/B verlangen. Die Gemeinschuldnerin hat schon in erster Instanz dargelegt, dass sämtliche Tagelohnarbeiten durch Planänderungen entstanden sind. Sie hat dazu insgesamt vier Stundenlohnzettel in Ablichtung vorgelegt (Anlage K 74) und ausgeführt, um welche entsprechenden Arbeiten es sich gehandelt hat. Dagegen können die Beklagten nicht nur vorbringen, die Auflistung sei "nichtssagend". 66

c) 67

Anhaltspunkte für weitere Kürzungen der Schlussrechnung, die über den Umfang, den das Landgericht vorgenommen hat, hinausging, ergeben sich aus der Berufungsbegründung nicht, so dass es bei in der entsprechenden Verurteilung zur Zahlung von 43.629,16 € zu verbleiben hat. 68

3. 69

Auch die Anschlussberufung ist unbegründet. 70

Die Forderung gemäß Rechnung vom 22.08.2001 über 31.124,25 DM (vgl. Anlage K 41), mit der diejenigen Kosten zusammengefasst sein sollen, die in neun Monaten durch eine höhere Miete und höhere Reparaturkostenpauschale für einen größeren Kran entstanden und nach dem Vortrag des Klägers nicht in dem Preis für die Baustelleneinrichtung enthalten gewesen sein sollen, ist jedenfalls verjährt. Dementsprechend hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend die Forderung des Klägers insoweit abgewiesen. 71

Zwar hat das Landgericht den Aspekt des § 16 Nr. 3 VOB/B nicht berücksichtigt. Da die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart hatten, konnte die Fälligkeit erst durch Vorlage 72

einer Rechnung und der Ablauf der Prüffrist, d.h. spätestens 2 Monate nach Zugang der Rechnung eintreten. Danach könnte ab dem 24.10.2001 von der Fälligkeit der Rechnung ausgegangen werden, so dass nach den §§ 201, 196 BGB a.F., Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB Verjährung erst am 31.12.2003 eingetreten wäre, mithin nach der Rechtshängigkeit der Forderung in der mündlichen Verhandlung vom 29.04.2002.

Allerdings besteht vorliegend die Besonderheit, dass die höheren Vorhaltekosten für den größeren Baukran, die mit der Rechnung vom 22.08.2001 geltend gemacht wurden, keinen separaten Auftrag betreffen, sondern ebenso wie die zusätzlichen Kosten für den Auf- und Abbau des kleineren Krans schon zusammen mit der Schlussrechnung aus dem Jahre 1998 hätten geltend gemacht werden können. Diese Miet- und Reparaturmehrkosten für den größeren Kran gehörten eindeutig zu demselben Projekt.

73

Wäre es aber möglich gewesen, die entsprechenden Positionen zusammen mit der Schlussrechnung geltend zu machen, so kann die Verjährung für diese Position nicht dadurch hinausgeschoben werden, dass die Kosten nicht als Teil der Schlussrechnung behandelt sondern selbständig fakturiert werden. Vielmehr verjähren solche nachträglich geltend gemachten Forderungen in derselben Zeit wie diejenigen, die mit der Schlussrechnung geltend gemacht wurden (vgl. dazu BGH BauR 1982, 377, 379; BGH BauR 1970, 113, 115; OLG Celle, OLG Report 1996, 267, 268; Ingenstau/Korbion/U. Locher VOB, 16. A., § 16 VOB/B Rdnr. 25; Werner/Pastor, Rdnr. 2368; Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB, S. 207).

74

Der Sinn dieser Regelung, dass beide Parteien sich darauf einstellen können, dass für alle Forderungen, die der Auftragnehmer für ausgeführte Arbeiten stellen kann, die Verjährungsfrist am Ende des Jahres zu laufen beginnt, in der die Schlussrechnung erteilt wurde, würde unterlaufen, wenn es ausreichend wäre, dass die Forderung, deren Geltendmachung mit der Schlussrechnung zunächst versäumt wurde, noch vor Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist nachgeschoben und damit eine neue Verjährungsfrist ausgelöst würde. Geschützt ist der Auftraggeber also nicht nur davor, dass nach Ablauf der Verjährungsfrist übersehene Teilbeträge noch im Wege der Rechnungslegung geltend gemacht werden.

75

Eine abweichende Entscheidung ist nicht aufgrund der Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 30.10.2007 veranlasst. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle wurde vom Senat bereits berücksichtigt. Dieses Oberlandesgericht vertritt ebenfalls die Auffassung, dass die Fälligkeit der Schlussrechnung auch für Zusatzaufträge gilt und eine Ausnahme nur für den Fall des ausdrücklichen auf die Leistung bezogenen Hinweises denkbar ist. Einen solchen Vorbehalt hat die Gemeinschuldnerin aber bei Erteilung der Schlussrechnung nicht angebracht. Während ihrer Verhandlungen mit dem Beklagten zu 1 über die Schlussrechnung im Jahre 1999 wurden die zusätzlichen Krankkosten auch lediglich als weitere "Verhandlungsmasse" eingebracht. Nichts anderes ergibt sich insoweit aus dem von dem Kläger in Bezug genommenen Schreiben vom 12.05.1999 (K 15) als Reaktion auf die Kürzungen der Schlussrechnung. Zwar werden dort nicht geltend gemachte Mehrkosten im Zusammenhang mit der gestrichenen Position "kleiner Kran" erwähnt. Eine zeitnahe beabsichtigte Inrechnungstellung ist dort aber weder erwähnt noch erfolgt, so dass es dahinstehen kann, ob ein Vorbehalt zu diesem Zeitpunkt noch ausreichend gewesen wäre, um den Beginn der Fälligkeit für die Position "Mehrkosten großer Kran" von der Schlussrechnung abzukoppeln..

76

Etwas anderes ergibt sich hier schließlich nicht aus dem Umstand, dass die Rechnung vom 11.12.1998 nicht ausdrücklich mit der Bezeichnung Schlussrechnung versehen wurde. Immerhin ist Eingang der Rechnung vermerkt: "*Unsere Lieferungen und Leistungen an*

77

obigem Bauvorhaben schließen ab mit der Summe:...", was hinreichend zum Ausdruck bringt, dass es sich um "Schlussabrechnung" handeln sollte. Die Gemeinschuldnerin selbst hat ihre Rechnung vom 11.12.1998 im Übrigen in der Klageschrift als Schlussrechnung bezeichnet.

Die Verjährungsfrist betrug auch nicht ausnahmsweise 4 Jahre gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB a.F. Es lässt sich nicht feststellen dass die Leistungen der Gemeinschuldnerin für den Gewerbebetrieb der Auftraggeberin erfolgt sind. Allein der Umstand, dass auf dem Gelände der Beklagten Gebäude errichtet wurden, in dem u.a. ein Edeka-Markt und eine Waschstraße betrieben werden, reicht nicht aus, um anzunehmen, es würde sich um eine gewerbliche Tätigkeit der Beklagten handeln, weil die Gesellschaft bürgerlichen Rechtes diese Betriebe nicht selbst betreibt, sondern offensichtlich nur die Räume verpachtet. Die Anlegung und Verwaltung des eigenen Kapitals oder die Errichtung von Häusern und Wohnungen, um diese zu vermieten/zu verpachten, fällt aber grundsätzlich nicht unter die gewerbliche Nutzung (vgl. dazu BGH NJW 1968, 1962; OLG Saarbrücken NJW 1988, 1297; OLG München NJW-RR 2000, 1688). Zwar wird ausnahmsweise eine solche Vermögensverwaltung als gewerbliche Tätigkeit angesehen, wenn sie von ihrem gesamten Zuschnitt so ausgerichtet ist, dass sie nur durch eine entsprechende Tätigkeit ausgeführt werden kann. Dazu ist vorliegend aber nichts vorgetragen.

III. 79

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht gemäß den §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO. 80

Gründe, die Revision gemäß § 543 ZPO zuzulassen, liegen nicht vor. 81

Streitwert: 59.542,27 € (Berufung: 43.629,16 €, Anschlussberufung 15.913,58 €). 82

St... B...-St... Richterin am Landgericht 83

A... ist nach Beendigung 84

ihrer Abordnung an das Ober- 85

landesgericht im Übrigen an der Unterschriftsleistung ge~~86~~ndert.

St... 87