

---

**Datum:** 08.03.2007  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-5 U 125/03  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2007:0308.I5U125.03.00

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 18.07.2003 verkündete Urteil des Einzelrichters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf

- Az: 3 O 191/02 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Klägerin sowie des Rechtsmittels der Beklagten teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 65.689,65 € (= 128.477,79 DM) nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten

über dem jeweiligen Basiszinssatz

aus 61.116,86 € (= 119.534,19 DM) seit dem 08.05.2002,

aus 1.405,64 € (= 2.749,19 DM) seit dem 21.12.2001,

aus 1.779,30 € (= 3.480 DM) seit dem 11.01.2002 und

aus weiteren 1.387,85 € (= 2.714,40 DM) seit dem 19.01.2002

zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden der Klägerin zu 13% und der Beklagten zu 87%, die Kosten des Berufungsverfahrens der Klägerin zu 94% und der Beklagten zu

6% auferlegt. Die Kosten der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch die Klägerin abwenden, so-fern sie Sicherheit in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages leistet, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in gleicher Höhe des vollstreckbaren Betrages geleistet hat.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

Die Klägerin beansprucht von der Beklagten Zahlung restlichen Werklohns aus mehreren Aufträgen bezüglich desselben Bauvorhabens.	1
Im August 2001 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Lieferung und Montage einer freitragenden Lkw-Entladehalle für ein Bauvorhaben in L... zu einem Pauschalpreis von 185.000 DM (K1 Auftrags-Nr. B 100358). In nachfolgenden Verhandlungen einigten sich die Parteien darauf, dass das Auftragsvolumen reduziert und der Pauschalpreis auf 182.934 DM vermindert wird. Nachdem erhebliche Teile der Leistung erbracht worden waren, teilte die Klägerin mit Schreiben vom 18.12.2001 vor dem Hintergrund eines Streits zwischen Parteien über einzuhaltende Fristen und geschuldete Abschlagszahlungen der Beklagten mit, sie werde ihre Arbeit einstellen, wenn die Beklagte nicht umgehend alle ihre offenen Rechnungen begleiche (Anlage B10). Mit Schreiben vom 19.12.2001 (Anlage B11) erklärte die Beklagte die endgültige Ablehnung der Ausführung der Gewerke durch die Klägerin und kündigte an, Drittunternehmen mit der Durchführung der Restarbeiten zu beauftragen.	2
In der Folgezeit ließ die Beklagte wegen – von der Klägerin bestrittener - Mängel an der Stahlkonstruktion diese demontieren und durch Drittunternehmer neu errichten.	3
Unter dem 28.03.2002 erstellte die Klägerin ihre Schlussrechnung für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen. Eine korrigierte Fassung der Schlussrechnung legte die Klägerin unter dem 27.01.2003 vor (GA 115). Hiernach errechnet sich die Klägerin einen	4
Gesamtvergütungsanspruch von 180.921,28 DM (92.503,58 €),	5
zieht hiervon geleistete Abschlagszahlungen	6
in Höhe von 42.440,59 DM (21.599,58 €)	7
ab und gelangt zu einer Restvergütung von 138.380,59 DM (70.804,00 €).	8
Ebenfalls im August 2001 bestellte die Beklagte bei der Klägerin nach deren Behauptung die Lieferung und Montage eines Schleppvordachs. Im Nachgang hierzu bestellte sie - ebenfalls nach der Behauptung der Klägerin - u.a. eine Stützenverstärkung und den Einbau von Kehlblechen.	9

Mit Rechnung vom 20.11.2001 (K 37) verlangte die Klägerin bezüglich einer gelieferten Stützenverstärkung Zahlung von 2.749,20 DM. Unter dem 18.12.2001 (K38) berechnete sie für die Lieferung und Montage von Kehlblechen 2.714,40 DM und letztlich berechnete sie für vier Trapezbleche mit Schreiben vom 10.12.2001 (K 41) 3.480 DM.

Die Klägerin hat behauptet, die Stahltragkonstruktion entspreche den statisch geprüften Unterlagen und sei vertragsgerecht und mangelfrei hergestellt worden. 11

Sie hat beantragt, 12  
die Beklagte zur Zahlung von **147.398,80** DM (= 75.363,81 €) nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte bestreitet die Berechtigung des Klageanspruchs unter Hinweis darauf, dass die Abrechnung unschlüssig und die von der Klägerin erbrachten Leistungen unbrauchbar seien. Sie trägt vor, sie habe für die Beseitigung von Mängeln an der Lkw-Entladehalle Leistungen in Eigenleistung durchführen müssen, wodurch Kosten in Höhe von 21.528,24 € entstanden seien. Für Fremdnachbesserungsarbeiten seien weitere Kosten in Höhe von 34.907,92 € aufgewandt worden. Wegen der Einzelheiten der Positionen, aus denen sich die genannten Beträge zusammensetzen, wird auf die Klageerwiderung Seite 8 bis 11 (GA 47 bis 50) Bezug genommen. Hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung mit entsprechenden Erstattungskosten zu den genannten Summen gegen die Klageforderung erklärt. 14

Bezüglich des für das Schleppvordach verlangten Werklohnes hat die Beklagte dargelegt, die Stützenverstärkung sei Gegenstand des ersten Nachtrages gewesen und mit diesem abgerechnet worden. Das Kehlblech sei Bestandteil des Auftrages über die Lkw-Entladehalle gewesen. Im Hinblick auf den Anspruch auf Vergütung des Einbaus von vier Trapezblechen hat die Beklagte mit einem vorgeblichen Anspruch auf Erstattung der Kosten für Arbeiten einer Firma R... Bedachungen GmbH aus deren Rechnung vom 10.05.2002 aufgerechnet in Höhe von 3.976,54 € wegen Undichtigkeiten des Vordachs. 15

Das Landgericht – Einzelrichter – hat die Beklagte zur Zahlung von 4.572,79 € (= 8.943,60 DM) nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Diese Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen mit folgenden Erwägungen begründet: 16

Bezüglich des geltend gemachten Werklohns für das Hauptbauvorhaben Lkw-Entladehalle habe die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung von Werklohn, da ein Anspruch auf restliche Vergütung gemäß § 631 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über die Abrechnung gekündigter Werkverträge aus wichtigem Grund nicht schlüssig dargelegt sei. Die Beklagte sei zur Kündigung berechtigt gewesen, da ihr nicht zugemutet werden können, das Vertragsverhältnis bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Die Beklagte sei zum Ausspruch der Kündigung am 19.12.2001 berechtigt gewesen, weil die Klägerin mitgeteilt habe, sie mache die Fortsetzung der Arbeiten abhängig von der Begleichung sämtlicher fälliger und nicht fälliger Rechnungen. Da sie hierauf keinen Anspruch gehabt habe, habe die Klägerin insoweit einen unzulässigen Druck auf die Beklagte ausüben wollen, worin ein schwerwiegender Vertragsbruch zu sehen sei. Auf diesen Kündigungsgrund habe sich die Beklagte im Verlaufe des Rechtsstreits berufen, was als ausreichend anzusehen sei. 17

Die vorgelegte Abrechnung habe jedoch nicht den Grundsätzen über die Abrechnung gekündigter Pauschalpreisverträge genügt, worauf die Kammer mit Beschluss vom 24.04.2003 hingewiesen habe, ohne dass die Klägerin ihren Sachvortrag in ausreichender Weise ergänzt habe. 18

Im Übrigen sei vor dem Hintergrund der von der Beklagten erhobenen Mängelrüge nicht nachvollziehbar dargetan, dass sämtliche Leistungen mängelfrei erbracht worden seien.	19
Im Hinblick auf das Schleppvordach sei eine Forderung der Klägerin gegen die Beklagte in Höhe von 8.943,60 DM (= 4.572,79 €) gerechtfertigt. Für die eingebaute Stützenverstärkung könne die Klägerin Zahlung von 2.749,20 DM verlangen. Diese Leistung sei auch nicht im Nachtragsangebot vom 24.09.2001 enthalten, die Stützenverstärkung sei der Beklagten zu den in Rechnung gestellten Mehrkosten am 30.10.2001 angeboten worden; die Klägerin habe dieses Angebot mit Telefaxschreiben vom selben Tag (K36) angenommen.	20
Im Hinblick auf den Einsatz von Kehlblechen könne die Klägerin 2.714,40 DM verlangen. Die Beklagte sei dem Vorbringen der Klägerin, diese Leistung sei in Abweichung vom ursprünglichen Leistungsumfang mündlich als Nachtrag vereinbart worden, nicht mehr entgegengetreten.	21
Im Hinblick auf den nachträglichen Einbau der vier Trapezbleche, die als solche unstrittig sind, könne die Klägerin Zahlung von 3.480 DM beanspruchen. Diese seien auch nicht durch Aufrechnung erloschen. Eine aufrechenbare Gegenforderung habe die Beklagte nicht vorgetragen. Sie habe nicht dargelegt, um welche Arbeiten es sich bei den von der Firma R... angeblich erbrachten Leistungen gehandelt habe.	22
Gegen diese Entscheidung wenden sich beide Parteien mit selbstständigen Berufungen.	23
Die Klägerin bemängelt zum einen, das Landgericht habe die Klage lediglich als zur Zeit unbegründet abweisen dürfen. Der Werklohnanspruch sei auch nach den Grundsätzen gekündigter Pauschalverträge nachvollziehbar abgerechnet worden. Der Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistungen werde nicht weiterverfolgt.	24
Sie habe zunächst bei ihrer Schlussrechnung in der korrigierten Form außer acht gelassen, dass weitere Eigenleistungen zu einem Umfang von 2,5 Stunden	25
(= 197 DM netto) nicht erbracht worden seien. Im Verhältnis zu der zu erbringenden Gesamtleistung ergebe sich lediglich eine Abweichung von 0,13 %, welche keine Änderung der maßgeblichen Kalkulation der Klägerin darstelle. Die Klägerin legt eine neue Kalkulation bzw. Abrechnung in der folgenden Form vor:	26
I.	27
Erbrachte Leistungen auf der Basis der Rechnungen	28
für Fremdleistungen und der eigenen Leistungen	29
insgesamt netto 114.986,79 DM = 58.791,74 €	30
zuzüglich Mehrwertsteuer 18.397,86 DM = 9.406,68 €	31
insgesamt: 133.384,65 DM = 68.198,42 €	32
II.	33
Nichterbrachte Leistungen Kosten Firma	34
Hüsch 20.410,58 DM	35
	36

Eigenleistungen 197,00 DM	
Gesamtbetrag netto: 20.607,58 DM	37
zuzüglich Mehrwertsteuer 3.297,21 DM	38
Gesamtbetrag: 23.904,79 DM	39
Verhältnis der tatsächlich erbrachten	40
Leistungen netto zu der vereinbarten	41
Gesamtleistung 84,80 %	42
Vereinbarte Vergütung netto 184.934,00 DM	43
Wert der erbrachten Leistung 84,80% von der	44
vereinbarten Vergütung netto 153.664,56 DM	45
zuzüglich Mehrwertsteuer 24.586,33 DM	46
Gesamtbetrag netto: 178.250,00 DM	47
abzüglich bereits geleisteter Abschlags-	48
zahlungen 42.440,69 DM	49
<b>Restvergütung: 135.810,20 DM.</b>	50
Im Hinblick auf den Ansatz des Landgerichts, die Klägerin habe nicht nachvollziehbar	51
dargetan, dass sie sämtliche Leistungen mangelfrei erbracht habe, verweist die Klägerin auf	
ihren erstinstanzlichen Vortrag. Die Klägerin verweist weiter darauf, dass die Beklagte sie	
– die Klägerin – nicht aufgefordert habe, nachzubessern. Bezüglich der einzelnen Mängel	
trägt sie vor, dass die Stahlkonstruktion entsprechend den statisch geprüften Unterlagen und	
damit auch vertrags- und mangelfrei erstellt worden sei, wobei sie diesbezüglich auf den	
Kontrollbericht des Statikers B... verweist. Soweit die Beklagte beanstandet, die Verankerung	
sei mit den Torstützen nicht verbunden, behauptet die Klägerin, dies sei infolge der	
Kündigung des Vertrages unterblieben. Im übrigen sei das fehlende Verschweißen nicht	
Ursache für den angeblichen Schiefstand der Halle und die Nichteinhaltung der Vorschriften	
der DIN 18202 und DIN 18335.	
Die Klägerin beantragt,	52
die Beklagte zu verurteilen an sie, weitere 135.810,20 DM	53
(= 69.438,65 €) nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	54
Die Beklagte beantragt,	55
die Zurückweisung die Berufung der Klägerin	56
und im Wege der selbstständigen Berufung beantragt sie,	57
unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.	58

- Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens gegen die Berufung der Klägerin und führt ergänzend an: Die Klägerin habe weiterhin die von ihr erbrachten Arbeiten nicht nach den Grundsätzen des aus wichtigem Grunde gekündigten Vertrag ordnungsgemäß abgerechnet. Sie bestreitet die einzelnen Positionen der Schlussrechnung unter Hinweis darauf, dass diese von Fremdfirmen stammten. Die nunmehr vorgelegte Schlussrechnung sei weiterhin nicht prüfbar; sie sei außerdem verspätet vorgelegt. Die Klägerin habe weiterhin zugestanden, dass sie bei Fortsetzung der Arbeiten neben der Verkleidung der Halle mit Trapezblechen weitere Arbeiten habe vornehmen müssen. Zum einen sei die Stahlkonstruktion nicht vollständig aufgebaut gewesen, die Halle habe noch ausgerichtet werden müssen und die Ankerschrauben seien noch nicht verschweißt, sowie letztlich die Torstützen nicht verankert gewesen. Diese Umstände würden sich in der Rechnung der Klägerin nicht niederschlagen. Es sei nicht dargelegt, wie groß der Aufwand der bisher ersparten Aufwendungen gewesen sei und diese seien nicht in Bezug gesetzt worden zu dem gesamten Investitionsvolumen. 59
- Die Beklagte wiederholt ihren Vortrag zu den vorgeblichen Mängeln an der von der Klägerin errichteten Werkleistung. Die Statik der Halle sei unbrauchbar, da sie nicht lotgerecht sei. Die gesamte Konstruktion sei in sich wie ein Parallelogramm verschoben, die Standsicherheit so nicht gewährleistet. 60
- Sie habe die Klägerin mehrfach aufgefordert, die Mängel zu beseitigen und der Klägerin Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben habe. Der Zeuge M... habe als bauüberwachender Ingenieur den Geschäftsführer der Klägerin angesprochen und über die Mängel in Kenntnis gesetzt. Der Geschäftsführer der Klägerin habe aber die Beseitigung unter Hinweis auf den gekündigten Vertrag verweigert. 61
- Im Übrigen sei wegen der grob vertragswidrigen und sicherheitsgefährdenden Art der Klägerin, die vorhandenen Mängel durch Einsatz roher Gewalt zu vertuschen, ihr 62
- der Beklagten – nicht zuzumuten gewesen, die Klägerin noch einmal zur Nachbesserung aufzufordern. Die Klägerin habe versucht, die Halle fertigzustellen, obwohl ihr beim Einsetzen der Bleche bekannt gewesen sei, dass die gesamte Halle verzogen gewesen sei. Die Klägerin habe mit Gewalt Schrauben einzusetzen versucht, obwohl erkennbar gewesen sei, dass offensichtlich nicht lotgerecht gearbeitet worden sei. Hierdurch ihr Vertrauen in die Klägerin erschüttert worden. 63
- Im Hinblick auf den vom Landgericht der Klägerin zugesprochenen Anspruch auf Zahlung von 2.749,20 DM für den Einbau der Stützenverstärkung führt die Beklagte an, für die Leistung bestehe kein vergütungspflichtiger Auftrag. Nach dem Nachtragsangebot vom 24.09.2002 (B 1371) sei der Auftrag einschließlich Statik, Konstruktion und Montage vergeben worden. In der Konstruktionszeichnung sei die Stützenverstärkung eingetragen. Sie sei geschuldet gewesen sei, da sie notwendig gewesen sei, um den statischen und sicherheitstechnischen Anforderungen zu genügen. Das Telefaxschreiben der Beklagten, auf dass das Landgericht Bezug genommen habe, enthalte lediglich eine Zeichnungs- und Fertigungsfreigabe und kein Anerkenntnis, zumal der erste Nachtrag bereits sämtliche Mehrkosten aufgrund der statischen Auslegungen beinhalte. 64
- Im Hinblick auf den Einsatz von Kehlblechen, für den nach dem landgerichtlichen Urteil die Klägerin 2.714,40 DM beanspruchen könne, wendet die Beklagte ein, diese Kehlbleche seien Bestandteil der Kehlrinne (C-Profilform) zur Einbindung in die Dachentwässerung von der vorhandenen Lagerhalle bis seitlich rechts ab dem Silogebäude gewesen. Die von dem Subunternehmer gelieferten und eingebauten Kehlbleche seien falsch gewesen und hätten 65

nicht der vereinbarten Ausführung der Handskizze vom 16.10.2001 des Architekten M... entsprochen, das Werk sei daher insgesamt unbrauchbar gewesen. Die Klägerin habe die Beklagte mehrfach darauf hingewiesen und aufgefordert, die Kehlrinne und deren Einbindung mit der Firma R... abzustimmen. Diese Anweisungen seien von der Klägerin jedoch nicht beachtet worden. Nachbesserungsverlangen der Beklagten seien fruchtlos gewesen.

Wegen des nachträglichen Einbaus der vier Trapezbleche, für die das Landgericht der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von 3.480 DM zugesprochen hat, führt die Beklagte an, wegen der Mangelhaftigkeit des Einbaus der Trapezbleche bestünde keine Zahlungspflicht. Die Trapezbleche und die Anschlüsse an die vorhandene Hallenwand seien nicht nach den anerkannten Regeln der Technik verlegt worden. Die Stoßstellen und Überlappungen im Bereich der Dachs seien unkontrolliert gebohrt und nicht abgedichtet bzw. verschlossen worden; die Abdichtung der Dachentwässerungsrinne im Bereich der vorhandenen Hallenwand sei undicht gewesen. Hierauf habe die Beklagte die Klägerin wiederholt hingewiesen und sie aufgefordert, die Mängel zu beseitigen; die Klägerin habe dies jedoch verweigert. Die Beklagte habe daraufhin die Firma R... mit der Beseitigung der Mängel beauftragt. Kosten seien hierfür in Höhe von 3.976,54 € entstanden, die bereits in der Klageerwiderung vom 11.06.2003 zur Aufrechnung gestellt worden seien. 66

Die von dem Landgericht der Klägerin zugesprochenen Zahlungsansprüche bestünden auch deshalb nicht, weil sie – die Beklagte – hilfsweise mit Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 76.398,95 DM aufgerechnet habe. Hiermit habe sich das Landgericht nicht befasst. Sie habe ausdrücklich nicht nur gegen den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 3.480 DM für die vier Trapezbleche, sondern hilfsweise Aufrechnung gegen sämtliche klägerischen Zahlungsansprüche erhoben. 67

Die Klägerin will die Berufung der Beklagten zurückgewiesen wissen und begründet dies im Wesentlichen wie folgt: 68

Bei der Bestellung des Vordachs sei die nachträgliche Montage von Stützenverstärkungen nicht mit beinhaltet gewesen. 69

Die anlässlich des Auftrages von dem Zeugen M... erstellte Zeichnung Nr. A 100177-S01 vom 02.10.2001 habe keine Stützenverstärkung vorgesehen. Diese Zeichnung habe der Zeuge M... später abgeändert und die Verstärkungen eingefügt. Die Klägerin habe mit Schreiben vom 25.10.2001 bei der Beklagten Mehrkosten für die zusätzlich erforderliche Verstärkung angefordert. Die Beklagte habe dies mit Schreiben vom 26.10.2001 bestätigt. Die Beklagte habe am 30.10.2001 sowohl die Ausführung als auch die Kosten freigegeben. 70

Im Hinblick auf den Einsatz von Kehlblechen und die hierfür ihr zugesprochenen 2.714,40 DM trägt die Klägerin vor, ursprünglich sei eine Bretterschalung in Auftrag gegeben worden. Die Beklagte habe den Auftrag abgeändert und den Einsatz von Kehlblechen beauftragt die von ihr – der Klägerin – gesondert angefertigt worden seien. Diese Kehlbleche seien mängelfrei und vertragsgerecht erstellt worden. Mängelrügen seien nicht erhoben worden, ebenso wenig sei sie zur Nachbesserung aufgefordert worden. 71

Im Hinblick auf den nachträglichen Einbau der vier Trapezbleche seien am 10.12.2001 die Arbeiten am Vordach vollständig vertragsgerecht und mängelfrei beendet worden. An diesem Tage sei die Abnahme ohne Rüge eines Mangels erfolgt. 72

Auf der Grundlage des Beweisbeschlusses vom 03.03.2005 hat der Senat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. S... vom 07.07.2005 nebst 73

Ergänzungsgutachten vom 21.02.2005 sowie durch Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 01.02.2007. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme verweist der Senat auf das bei den Akten befindlichen Gutachten und Ergänzungsgutachten sowie auf das Protokoll der Sitzung vom 01.02.2007. Im Übrigen nimmt der Senat wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils sowie auf den Inhalt der im Berufungsverfahren zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze.

B) 74

Die Berufung der Klägerin hat zu einem erheblichen Teil Erfolg, weil die von dem Senat seiner Entscheidung zu Grunde zu legenden Tatsachen (§ 529 Abs. 1 ZPO) eine vom landgerichtlichen Urteil abweichende Beurteilung im Sinne einer Verurteilung der Beklagten im aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang rechtfertigen (§ 513 ZPO). Die Berufung der Beklagten hingegen ist unbegründet, da hinsichtlich dieses Rechtsmittel die Voraussetzungen des § 513 ZPO nicht gegeben sind. 75

Die Klägerin strebt mit ihrem Rechtsmittel eine Verurteilung der Beklagten auch zur Zahlung des Werklohns an, der ihr – der Klägerin - im Hinblick auf die von ihr auf der Grundlage des Ausgangsvertrages vom August / Oktober 2001 erbrachten Leistungen und der im Berufungsverfahren vorgelegten neuen Rechnung zusteht. Einen solchen Vergütungsanspruch hat das Landgericht mit Blick auf die nach ihrer Auffassung nicht prüfbar bzw. nicht schlüssig dargetane Abrechnung, auf die sich die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren gestützt hat, verneint. Die Beklagte wiederum strebt mit ihrer Berufung Klageabweisung an, auch soweit sie durch das landgerichtliche Urteil zur Zahlung verurteilt wurde. Dementsprechend unterliegt die landgerichtliche Entscheidung über das Klagebegehren im vollem Umfang der rechtlichen Überprüfung durch den Senat. 76

Auf das vorliegende Vertragsverhältnis ist nach Art. 229 § 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB das alte Schuldrecht anwendbar. 77

I. 78

Der Klägerin steht ein Vergütungsanspruch in Höhe von insgesamt 65.689,65 € (= 128.477,79 DM) für die im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben LKW-Entladehalle in Langenfeld erbrachten Leistungen zu. 79

1. In Höhe von 119.534,19 DM kann die Klägerin Werklohn für die Arbeiten aus dem Hauptauftrag der Beklagten vom 15.08.2001 über die Lieferung und Montage einer LKW-Entladehalle, den die Klägerin mit Schreiben vom 21.08.2001 bestätigt hat (in Verbindung mit dem Schreiben der Beklagten vom 05.10.2001 und dem sich hierauf beziehenden Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 22.10.2001) verlangen. 80

Die Klägerin begehrt in der Berufungsinstanz nur noch die (Rest-) Vergütung gemäß § 631 BGB für die von ihr erbrachten Leistungen bei vorzeitig beendetem Werkvertrag. Soweit sie erstinstanzlich gemäß § 649 BGB auch Entgelt für die nicht erbrachten Leistungen beansprucht hat, verfolgt sie dieses Begehren in der Berufungsinstanz nicht weiter. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner weitergehenden Behandlung der Frage, ob die Beklagte – wie es das Landgericht gesehen hat – zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt gewesen ist. Die Klägerin greift die Wertung des Landgerichts, die Klägerin habe der Beklagten Anlass zur Kündigung aus wichtigem Grund gegeben, nicht an. Jedenfalls kann 81

auch der vertragsuntreue Auftragnehmer den Anteil seines Honorars verlangen, der seinen tatsächlich erbrachten Leistungen entspricht (BGH, Urteil vom 10.05.1990, VII ZR 45/89, NJW-RR 1990, 1109f = BauR 1990, 632; Urteil vom 05.06.1997, VII ZR 124/96, NJW 1997, 3017; Werner-Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl. Rdrn. 821).

Die von der Klägerin vorgelegte Abrechnung der von ihr erbrachten Leistung ist nicht zu beanstanden. 82

a) Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung eine ergänzte bzw. modifizierte Fassung ihrer bislang vorgebrachten Schlussrechnung vorgelegt. Sie stützt sich damit auf eine neue Schlussrechnung. Hieran ist die Klägerin nicht aus prozessualen Gründen unter dem Gesichtspunkt des neuen – gegebenenfalls verspäteten – Vorbringens nach § 531 Abs. 2 ZPO oder unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Klageänderung gehindert. Der Streitgegenstand ändert sich nicht dadurch, dass eine neue Schlussrechnung erstellt wird (vgl. BGH Urteil vom 09.10.2003, VII ZR 335/02, IBR 2003, 581 mit Anmerkung Schwenken; Urteil vom 04.07.2002, VII ZR 103/01, ZfBR 2002, 87). Ebenso wenig kann die Einführung der neuen Schlussrechnung als verspäteter Vortrag im Sinne der §§ 527 Abs. 1, 296 Abs. 1 ZPO a.F. bewertet werden. Insofern handelt es sich nicht um neue Angriff- und Verteidigungsmittel im prozessrechtlichen Sinne, wenn eine Partei im Laufe des Verfahrens die materiell-rechtlichen Voraussetzungen erst schafft und alsdann in den Prozess einführt (vgl. BGH Urteil vom 09.10.2003, VII ZR 335/02, IBR 2003, 581 mit Anmerkung Schwenke). Diese letztgenannte Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 09.10.2003 ist zwar nicht zum neuen § 531 ZPO, sondern zu den alten berufsrechtlichen Verspätungsregeln ergangen. Die dortigen Erwägungen können jedoch auf das neue, seit dem 01.01.2002 geltende Berufungsrecht übertragen werden. 83

b) Die Klägerin hat den Vergütungsanspruch für die erbrachten Leistungen schlüssig dargetan. 84

Bei einem vorzeitig beendeten Pauschalvertrag hat der Auftragnehmer seine erbrachten Leistungen vorzutragen, von dem nicht ausgeführten Teil der Arbeiten abzugrenzen und das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung sowie des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darzulegen. Die Abgrenzung der erbrachten von den nicht erbrachten Arbeiten und die diesbezügliche Bewertung müssen den Auftraggeber in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.1999, VII ZR 91/98, BauR 1999, 63; Urteil vom 02.05.2002, VII ZR 325/00 NJW-RR 2002, 1177 = BauR 2002, 1406f). Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, dass die nach diesen Grundsätzen erforderliche Abgrenzung der erbrachten von den noch ausstehenden Leistungen nicht mehr möglich gewesen sei, nachdem die Klägerin mitgeteilt habe, dass neben der Einkleidung der Halle mit Trapezblechen noch weitere Eigenleistungen bei Fortführung des Vertrages hätten abgeschlossen werden müssen. Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung den vom Landgericht vermissten Vortrag nachgeholt, und in die neu formulierte Schlussrechnung und der Wertbestimmung der nicht erbrachten Leistungen die Kosten der nach ihrem Vortrag noch ausstehenden Eigenleistungen eingebracht. 85

Damit erfüllt die Klägerin nunmehr die dargestellten Anforderungen an die schlüssige Darlegung des Vergütungsanspruchs bei einem vorzeitig beendeten Pauschalvertrag. Unter konkreter Darlegung der einzelnen Positionen und Teilgewerke berechnet die Klägerin den Wert der erbrachten Leistungen aus der Summe der Rechnungsbeträge der von den Subunternehmern für deren Arbeiten gestellten Rechnungen sowie des Wertes der in Eigenleistung erbrachten Leistungen und gelangt hierbei zu einem Betrag von 114.986,79 DM netto. Mit Bezugnahme auf die Kostenaufstellung der Firma H... zu den nicht erbrachten 86

Leistungen und der Angabe, dass wegen der noch ausstehenden von ihr – der Klägerin – zur Vollendung der Werkleistung noch zu erbringenden Arbeiten 2, 5 Arbeitsstunden angefallen wären und damit (bei einem Stundensatz von 78,8 DM) 197,-- DM in Ansatz zu bringen seien, ermittelt die Klägerin einen Betrag von 20.607,58 DM als den Wert der noch ausstehenden Leistungen. An Hand dieser Zahlen hat die Klägerin das Verhältnis der erbrachten Leistungen zu der Gesamtleistung zutreffend mit 84,80% ermittelt. Schließlich hat die Klägerin dieses prozentuale Wertverhältnis der erbrachten Leistungen auf die vereinbarte Pauschalvergütung angewandt und hat den Vergütungsanteil für die geleisteten Arbeiten hieraus mit 153.664,56 DM (netto) und damit bei Addition des 16%tigen Mehrwertsteueranteils von 24.586,33 DM einen Gesamtvergütungsanspruch von 178.250,89 DM errechnet. Nach Abzug der bereits geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 42.440,69 DM verbleibt hiernach ein Restvergütungsanspruch in Höhe von 135.810,20 DM .

Nach alledem hat die Klägerin unter Beachtung der von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien eine prüfbare Abrechnung des von ihr geltend gemachten Vergütungsanspruches vorgelegt. 87

c) Die Beklagte hat die Richtigkeit der Abrechnung der Klägerin beanstandet und hierzu vorgetragen, dass die Klägerin bei weiten nicht die Teilgewerke erbracht habe, die Gegenstand ihrer Schlussrechnung seien. Sie meint eine Fertigstellung der Halle zu 84,80 % wie sie von der Klägerin abgerechnet werde, sei utopisch. Tatsächlich sei nur ein Bruchteil der Halle fertig gestellt worden. 88

Da hiermit die inhaltliche Richtigkeit der Schlussrechnung sowohl im Hinblick auf die Frage, ob und welche Arbeiten die Klägerin tatsächlich erbracht hat und welchen Fertigungsgrad die von der Klägerin bis zur Kündigung durchgeführten Arbeiten im Verhältnis zu der nach dem vertraglichen Vereinbarungen aufweisen, streitig war, hat der Senat hierzu Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. S.... 89

aa) Gemäß dem Beweisbeschluss des Senats vom 03.03.2005 hatte der Sachverständige bei seinem Gutachten davon auszugehen, dass bestimmte in dem Beschluss näher aufgeführte Leistungsbestandteile der von der Klägerin geschuldeten Leistung nicht erbracht worden sind. 90

bb) Der Sachverständige ist in seinem Ursprungsgutachten vom 07.07.2005 zu dem Ergebnis gelangt, dass auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Pauschalvertrages unter Berücksichtigung der nachträglichen Änderungen des Leistungsvolumens die tatsächlichen von der Klägerin ausgeführten Bauleistungen einen Fertigungsgrad von 75,32% aufweisen. In seinem Ergänzungsgutachten vom 21.02.2006 hat der Sachverständige seine Einschätzung im Hinblick auf die von der Klägerin für die Stahlkonstruktion in Ansatz gebrachten Kosten nur unwesentlich modifiziert und zwar mit dem Ergebnis, dass er sich letztlich auf einen Fertigungsgrad von 76,33 % des geschuldeten Gesamtumfanges der der Klägerin übertragenen Arbeiten festgelegt hat. Diesen sachverständigen Feststellungen folgt der Senat nach eigener Würdigung. 91

Soweit die Beklagte gegen die sachverständigen Feststellungen Einwände erhoben hat, sind diese auch unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen der von der Beklagten beantragten Anhörung nicht durchgreifend. 92

Im einzelnen gilt hier folgendes: 93

(1) Pos. 4.3.4 Einbindung der Entwässerung vorhandenen Lagerhalle. 94

Unter dieser Position hat der Sachverständige für die Einbindung der vorhandenen Lagerhalle, die nicht ausgeführt wurde einen Betrag von 1.000,-- DM als nicht erbrachte Leistung in seine Kalkulation des Fertigstellungsgrades aufgeführt. In der Leistungsbeschreibung zu der Bestellung der Beklagten vom 15.08.2001 ist unter der Überschrift "Dachentwässerung" folgende Leistung enthalten: 95

Vorgehängte Dachrinne, NG 400, mit 2 Fallrohren ca. DN 100, Größe passend zur Rinne einschließlich Befestigung mit freiem Auslauf und Anschluss an Kanalentwässerungssystem. 96

**Einbindung der Dachentwässerung von vorhandener Lagerhalle – seitlich rechts ab Silogebäude (Dimensionierung für großen Wasseranfall mit Moos und Schmutzanteilen).** 97

In seinem Ergänzungsgutachten vom 21.01.2006 hat der Sachverständige zu dem Umfang der unter diesem Punkt der Leistungsbeschreibung zu fassenden Arbeiten ausgeführt, dass sich die Sachlage nach dem von ihm durchgeführten Ortstermin so dargestellt hat, dass die Fallrohre der neuen Lagerhalle an den Außenseiten liegen, während die Entwässerung der alten Halle an der Innenseite der neuen Halle realisiert worden sei, und zwar durch einen Einlaufkasten mit einem eigenen Fallrohr, das an die alte Entwässerungsleitung angeschlossen worden sei. Die Beklagte hat in ihrer Stellungnahme zu den gutachterlichen Ausführungen zu diesem Punkt die Auffassung vertreten, zu den Leistungen, die unter Einbindung der Dachentwässerung von vorhandener Lagerhalle, fielen, zählten auch die Arbeiten, die den Anschluss des Daches der alten Halle an die Wand der neuen Halle betrafen, wozu die Ausbildung einer Rinne zur Aufnahme des vom alten Hallendaches herablaufenden Wassers und zusätzlich Anschluss- und Abdichtungsarbeiten an die neue Wand im Zusammenhang mit der Ausbildung der Rinne gehörten. In seiner mündlichen Anhörung hat der Sachverständige hierzu noch einmal in Ergänzung zu seiner Darlegungen insbesondere im Ergänzungsgutachten vom 21.01.2006 erläutert, dass für eine geordnete Entwässerung des Daches der alten Lagerhalle - neben der Lieferung und Montage der Kehlbleche für den Anschluss der Dachfläche der alten Lagerhalle an das neu errichtete Gebäude – auch Dachdeckerarbeiten im Bereich des Anschlusses zwischen dem Dach der alten Lagerhalle und dem neuen Gebäude erforderlich gewesen seien. Überzeugend hat der Sachverständige klargestellt, dass die Einbindung in Bezug auf die Dachentwässerung, wie sie im ursprünglichen Leistungsverzeichnis aufgeführt war, ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht ohne weiteres die Dachdeckerarbeiten und das Anbringen der Dachkehle zum Zwecke der Herstellung eines technisch tauglichen Anschlusses zwischen dem Dach der alten Lagerhalle und dem neuern Gebäude umfasste. Dies erscheint dem Senat auch vor dem Hintergrund plausibel, dass die weiteren Arbeiten, die die Klägerin übernommen hatte, keine Dachdeckerarbeiten umfassten und für die Beklagte ersichtlich die in Rede stehenden Anschlussarbeiten aus einem gänzlich anderen Gewerk als die übrigen konkret in der Leistungsbeschreibung aufgezählten Stahlbauarbeiten der Klägerin stammten. Bei objektiver Auslegung der Leistungsbeschreibung aus der Sicht des Erklärungsempfängers wurde für die Klägerin aus der in Rede stehenden Formulierung nicht deutlich, dass auch die Arbeiten zur dachdeckermäßigen Anbindung der alten Lagerhalle an das neue von der Klägerin errichteten Gebäude zum Leistungsinhalt der Klägerin gehören sollten. Demnach bleiben diese Arbeiten bei der Ermittlung des wertmäßigen Umfanges des Leistungssolls außer Betracht, so dass bei diesem Punkt kein Anlass besteht von der Kalkulation des Sachverständigen abzuweichen. 98

(2) Position 4.7.4 Wand- und Attika 99

Im Rahmen seiner Kalkulation des Fertigstellungsgrades ist der Sachverständige im Hinblick auf die zum Leistungsumfang der Klägerin gehörenden jedoch zum Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten noch nicht ausgeführten Trapezblechverkleidung an der bauseitigen Halle von einem Mengensatz von 81,33 m<sup>2</sup> ausgegangen. Hierbei hat er zutreffend die Skizze 020123 zugrunde gelegt. Die Berechnungen, die der Sachverständigen zur Ermittlung der zu verkleidenden Flächen und damit der benötigten Materialien angestellt hat und insbesondere in dem Ergänzungsgutachten vom 21.02.2006 nachvollziehbar dargestellt hat, werden von der Beklagten nicht überzeugend angegriffen. Die Beklagte beanstandet, der Sachverständige habe nicht berücksichtigt, dass die Rechnung der Fa. H... S..., bei denen die Beklagte die Trapezbleche bezogen habe, die sie benötigt habe, um die von der Klägerin nicht erbrachte Arbeit der Trapezblechverkleidung durchzuführen, 117,08 m<sup>2</sup> Bleche ausweise; der für diese Position von dem Sachverständige ermittelte Mengensatz sei also zu niedrig. Dieses Vorbringen der Beklagten ist unerheblich. Es kommt, wie der Sachverständige noch einmal bei seiner Anhörung richtig herausgestellt hat, nicht auf die von der Fa. H... S... der Beklagten gelieferten Menge an Trapezblechen an, sondern auf die von dem Sachverständigen rechnerisch beanstandungsfrei und insofern von der Beklagten auch nicht substantiiert in Frage gestellten, an Hand der maßgeblichen Planzeichnungen berechneten Flächen und damit Materialmengen an. Ob und in welchem Umfang bei dem Materialansatz für die zu verkleidende Fläche anfallender Verschnitt zu berücksichtigen ist oder Überlappungen zu einem höheren Materialverbrauch führen können – wie der Sachverständige in seinem Gutachten in Erwägung gezogen hat – bedarf keiner näheren Behandlung, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Bestellmengen aus der Rechnung der Fa. H... S... anderen Orts als bei der Verkleidung der Hallenwand Verwendung fanden. Da die Beklagte die Feststellungen des Sachverständigen weder im Hinblick auf die rechnerischen Ansätze noch im Hinblick auf die tatsächlichen Grundlage in Frage gestellt hat, muss es bei diesen verbleiben.

(3) Position 4.5 Stahlkonstruktion Treppenaufgang 101

Nach Durchführung eines Ortstermins hat der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten vom 21.02.2002 unter der Position 4.5 für die Fertigung, Anlieferung und Montage des Treppenaufgangs mit Begehungsbühne auf der Grundlage der ihm von der Klägerin übergebenen – und mit einem Prüfvermerk der Beklagten versehenen - Konstruktionszeichnungen einen Kalkulationswert (entsprechend dem in der Auftragsbestätigung ausgewiesenen Wert) von 1.640,-- DM angesetzt. Er ist nachvollziehbar auf der Grundlage der von der Klägerin vorgelegten Lieferscheine davon ausgegangen, dass der Treppenaufgang in von der Klägerin vorgefertigtem Zustand auf der Baustelle angeliefert worden war, er also zum Zeitpunkt der Kündigung nur noch nicht bei der Verladerampe aufgestellt war. Damit war, wie der Sachverständige noch einmal in seiner Anhörung vor dem Senat bestätigte, der überwiegende Aufwand für die Herstellung der Treppe bereits erledigt, als die Treppe angeliefert wurde. Den noch verbliebenen Aufwand für die Aufstellung des Treppenaufgangs hat der Sachverständige in von der Beklagten nicht konkret monierter Form auf 2 Arbeitsstunden zu je 65,-- DM, also auf 130 DM geschätzt. Dies stellt damit den Wert der für diese Position nicht erbrachten Leistung dar. 102

d) Damit hat die Klägerin auf der Grundlage der nach den obigen Ausführungen zutreffenden Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen 76,33% der vertraglich geschuldeten Leistungen bis zur Kündigung des Werkvertragsverhältnisses durch die Beklagte erbracht. Folglich kann sie 76,33% des vereinbarten Pauschalpreises von 182.934,-- DM als Werklohn für die von ihr erbrachten Leistungen von der Beklagten verlangen, was einen Netto-Werklohn von 139.633,52 DM ergibt. Unter Berücksichtigung einer 16%tigen 103

Mehrwertsteuerbetrages hierauf in Höhe von 22.341,36 DM führt dies zu einem Bruttovergütungsanspruch in Höhe von 161.974,88 DM. Nach Abzug der von der Beklagten geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 42.440,69 DM verbleiben **119.534,19 DM**, die der Klägerin aus dem Hauptvertrag noch zustehen.

f) Dieser Anspruch ist trotz der fehlenden Abnahme gemäß § 641 BGB fällig. Zwar hat der BGH mit seinem Urteil vom 11.05.2006 - **VII ZR 146/04** - IBR 2006, 432 -, nunmehr ausdrücklich anerkannt, dass eine Abnahme auch im Falle eines vorzeitig beendeten Werkvertrages grundsätzlich für die Fälligkeit der Vergütung erforderlich ist. Es bleibt jedoch dabei, dass die Abnahme entbehrlich ist, wenn – wie hier - eine Erfüllung des Werkvertrages nicht mehr verlangt wird, wenn der Auftraggeber bereits statt Nachbesserung/Mängelbeseitigung bzw. statt eines Zurückbehaltungsrechts Gewährleistungsansprüche in Geld geltend gemacht hat (vgl. auch hierzu OLG Brandenburg, Urteil vom 09.08.2006 - **4 U 15/06**, zitiert nach IBR-online). 104

2. Dieser Vergütungsanspruch ist auch nicht teilweise durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten nach § 633 Abs. 3 BGB a.F., den die Beklagte mit insgesamt 76.398,95 DM beziffert hat, wegen von der Beklagte behaupteter Mängel an den von der Klägerin erbrachten Arbeiten erloschen (§ 389 BGB). Mit diesem Aufrechnungseinwand dringt die Beklagte nicht durch. 105

a) Es bestehen bereits Bedenken, ob die Darstellung der Mängel durch die Beklagte zu der angeblich nicht lotgerechten Montage der Stützen der Stahltragkonstruktion in den Wandachsen 1 sowie der Tür-, Tor-, und Wandregaleinbauten, der fehlenden Verschweißung der Vierkant-Unterlegplatten zu den Ankerscheiben mit den Fußplatten der Tragstützen sowie der fehlenden Verankerung der Torstützen angesichts der substantiierten Darlegungen der Klägerin zu den jeweiligen Mängelpunkten noch hinreichend substantiiert gewesen ist. Ob wegen dieser Bedenken ein Anspruch auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten bereits ausscheidet, braucht der Senat nicht endgültig entscheiden, da die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. nicht schlüssig dargetan wurden und insbesondere nicht in nachvollziehbarer Form die angefallenen Mängelbeseitigungskosten vorgetragen wurden. 106

b) Grundsätzlich steht dem Auftragnehmer bezüglich der Mängel an den bis zur Kündigung von ihm erbrachten Bauleistungen ein Nachbesserungsrecht zu, außer ihm ist gerade wegen dieser Mängel der Auftrag entzogen worden. Dies gilt sowohl für den VOB/B-Bauvertrag als auch für den BGB-Werkvertrag (Vygen, a.a.O. Rdnr. 1007). Dies bedeutet, dass der Auftraggeber dem Werkunternehmer, dem ein Nachbesserungsrecht zusteht, trotz erfolgter Kündigung aus wichtigem Grunde auch Gelegenheit zur Nachbesserung geben muss. Er muss ihm also entweder gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B oder § 633 Abs. 3 BGB a.F. eine Frist zur Behebung der konkret zu bezeichnenden Mängel setzen; erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist kann er dann auch zur Ersatzvornahme übergehen und einen anderen Unternehmer mit der Beseitigung der Mängel beauftragen (Vygen, a.a.O.). 107

Unstreitig hat die Beklagte die Halle demontieren und neu errichten lassen, und damit die von ihr behaupteten Mängel beseitigen lassen. Eine eventuelle Mangelhaftigkeit der Leistungen, für die die Klägerin den Vergütungsanspruch geltend macht, kann der Werklohnforderung nur dann entgegenstehen, wenn die Beklagte zur Ersatzvornahme geschritten ist, nachdem sie die oben erwähnte Aufforderung zur Mängelbeseitigung an die Klägerin gerichtet hat. 108

Der Senat hat die Beklagte in der Sitzung vom 17.06.2004 auf Bedenken hinsichtlich des Vorliegens einer Mängelbeseitigungsaufforderung hingewiesen (vgl. GA 312). Diese 109

Bedenken hat die Beklagte auch durch ihren ergänzenden Vortrag GA 336 nicht ausgeräumt. In dem Schreiben der Beklagten vom 11.12.2001 (Anlage B 6) liegt keine ausreichend konkrete Aufforderung, näher dargelegte Mängel innerhalb einer bestimmten Frist zu beseitigen. Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung wurde nicht durch eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Klägerin, von der Beklagten gerügte Mängel zu beheben, entbehrlich. Dies gilt jedenfalls soweit die Beklagte auf das Schreiben der Klägerin vom 19.12.2001 (GA 377) abstellt. Dieses Schreiben verhält sich nicht über bestimmte, von der Beklagten gerügte Mängel, deren Bestehen die Klägerin abstreitet bzw. deren Beseitigung die Klägerin verweigert. Soweit die Klägerin in dem Schreiben vom 19.12.2001 den Arbeitsstopp wegen fehlender Zahlung durch die Beklagte ankündigt, bezieht sich dies nicht auf von der Beklagten geforderte Mängelbeseitigungsarbeiten, sondern auf die zu diesem Zeitpunkt noch ausstehenden Restarbeiten zur Beendigung der Werkleistung.

Die Beklagte trägt im Schriftsatz vom 21.07.2004 (Ga 337) – wie bereits erstinstanzlich GA 139 – vor, der Zeuge Merkel habe als bauleitender und –überwachender Ingenieur am 07.01.2002 auf der Baustelle ein Gespräch mit dem Geschäftsführer der Klägerin geführt, ihn auf die Mängel des teilweise fertig gestellten Gewerkes angesprochen und zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Der Geschäftsführer habe jedoch die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert, indem er erklärt habe: "Interessiert mich nicht, der Vertrag ist ohnehin gekündigt." 110

Die Klägerin hat die Behauptungen der Beklagten zu einer Aufforderung zur Mängelbeseitigung durch den Zeugen Dipl.-Ing. M... bestritten (GA 410; ebenso bereits GA 152). Sie führt insoweit an, dass die Behauptung der Beklagten, der benannte Zeuge habe am 07.01.2001 am Bauvorhaben (in L...) mit dem Geschäftsführer der Klägerin gesprochen, nicht mit dem Inhalt der von der Beklagten vorgelegten Rechnung des Zeugen M... vom 11.03.02 (B 25 = Ga 395) in Einklang gebracht werden könne. In dieser Rechnung berechnet der Zeuge M... gegenüber der Beklagten unter anderem ein Abstimmungsgespräch am 07.01.2002 über 6,5 Stunden und zwar "in ihrem Hause". Die Beklagte hat ihren Sitz in Meerbusch ca. 45 km von Langenfeld entfernt. Von einem Termin an der Baustelle in Langenfeld ist in der Rechnung nicht die Rede. Diesen Widerspruch hat die Beklagte nicht aufgeklärt. 111

Unabhängig davon steht die Behauptung der Beklagten auch in Widerspruch zu dem Schreiben der erstinstanzlichen Bevollmächtigten der Beklagten vom 11.01.2002 (Ga 156). Dort wird weder eine Mängelbeseitigungsaufforderung der Beklagten durch den Zeugen Merkel noch eine ernsthafte Weigerung durch die Klägerin bzw. ihren Geschäftsführer erwähnt. Vielmehr heißt es dort, dass die Auftragsvergabe an Drittunternehmen bereits erfolgt sei. Auf diesen Gesichtspunkt hat sowohl die Klägerin erstinstanzlich (Ga 152) als auch der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2004 hingewiesen, ohne dass die Beklagte diese Unstimmigkeiten aufgeklärt hat. Vor diesem Hintergrund war die Behauptung der Beklagten zu einer Verweigerung der Mängelbeseitigung als nicht schlüssig zu bewerten und damit unbeachtlich. 112

c) Letztlich ist das Vorbringen der Beklagten zu dem von ihr aufrechnungsweise geltend gemachten Anspruch auf Ersatzvornahmekosten mangels einer hinreichenden Darstellung dieser Kosten in Abgrenzung zu den reinen Kosten der Fertigstellung des Werkes unschlüssig. Dass insoweit Bedenken bestehen, hat der Senat ausweislich des Sitzungsprotokolls der mündlichen Verhandlung vom 17.06.2004 bereits dargelegt. 113

In ihrem Schriftsatz vom 21.07.2004 (GA 338f) trägt die Beklagte hierzu weiter vor und verweist insoweit auf zwei Aufstellungen, die sämtliche Kosten zum Inhalt hätten, die bei der 114

Beklagten ausschließlich zur Mängelbeseitigung gegenüber Fremdunternehmen aufgewandt worden seien und die sich auf von ihr zur Mängelbeseitigung selbst ausgeführte Arbeiten beziehen. Das Vorbringen der Beklagten ist nicht nachvollziehbar, jedenfalls prozessual nicht beachtlich. Anstatt im einzelnen die Arbeiten, die zur Beseitigung der konkret zu benennenden Mängel erforderlich waren, aufzuführen, und diese den jeweiligen Mängeln zu zuordnen, verweist die Beklagte lediglich auf die von ihr erstellte Auflistung (GA 278 und GA 379). Dieses Vorbringen ist unsubstantiiert, da es der Klägerin nicht ermöglicht, hierauf konkret zu erwidern. Dass die Beklagte selbst jetzt nicht in der Lage ist, die notwendige Differenzierung zwischen den Mängelbeseitigungskosten und den Fertigstellungskosten vorzunehmen, zeigt sich an der Formulierung auf Seite 12 des Schriftsatzes vom 21.07. 2004 (GA 229). Hiernach habe die Beklagte aufgrund der vertragswidrigen und mangelhaften Arbeiten der Klägerin zusätzlich eine Summe von 53.594,76 € zzgl. Mehrwertsteuer aufwenden müssen, um überhaupt nur das Gewerk fertig stellen zu können

II. 115

Der Klägerin steht auch ein Anspruch auf Vergütung ihrer außerhalb des eigentlichen Hauptvertrages geleisteten Arbeiten entsprechend ihrer Rechnungen vom 20.11.2001 über 2.749,20 DM, vom 18.12.2001 über 2.714,40 DM und vom 10.12.2001 über 3.480 DM zu. Das Landgericht hat die Beklagte insoweit zu Recht zur Zahlung verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. 116

Im Einzelnen gilt folgendes: 117

1. Das Landgericht hat einen Zahlungsanspruch wegen der eingebauten Stützenverstärkung in Höhe von 2.749,20 DM entsprechend der klägerischen Rechnung vom 20.11.2001 bejaht und zwar mit der Begründung, diese Leistung sei nicht im Nachtragsangebot vom 24.09.2001 enthalten gewesen; vielmehr habe die Klägerin die Stützenverstärkung zu den in Rechnung gestellten Mehrkosten am 30.10.2001 angeboten und dieses Angebot habe die Beklagte mit Telefaxschreiben vom selben Tag (K 36) angenommen. 118

Hiergegen wendet die Beklagte ein, nach dem Nachtragsangebot vom 24.09.2001 (B 100371) sei der Auftrag einschließlich Statik, Konstruktion und Montage vergeben worden (GA 259). Die Stützenverstärkung sei geschuldet gewesen, da sie notwendig sei um den statischen und sicherheitstechnischen Anforderungen zu genügen. Das Telefaxschreiben vom 30.10.2001 habe lediglich eine Zeichnungs- und Fertigungsfreigabe und kein Anerkenntnis enthalten. 119

Angesichts des substantiierten, ergänzenden Vorbringens der Klägerin hierzu (GA 297f) ist der Einwand der Beklagten nicht geeignet, eine vom Landgericht abweichende Entscheidung zu rechtfertigen. Nach dem klägerischen Sachvortrag sah die von dem Zeugen Merkel in Bezug auf das Schleppvordach erstellte Zeichnung vom 02.10.2001 keine Stützenverstärkung vor (GA 298). Diese Zeichnung habe der Zeuge Merkel abgeändert und die Verstärkungen eingefügt. Mit Schreiben vom 25.10.2001 (GA 305) habe die Klägerin Mehrkosten für die zusätzlich erforderliche Verstärkung angemeldet. Diese Mehrkosten habe die Beklagte mit Schreiben vom 26.10.2001 (GA 88) bestätigt. In diesem Schreiben ist unter Bezug auf das Schreiben der Klägerin vom 25.10.2001 unter anderem angeführt: 120

1.) *Freigabe zur Fertigung - Trägerverstärkung zum Vordach (evtl Mehrkosten)* 121

Diese Formulierung beinhaltet aus der Sicht der Erklärungsempfängerin, also der Klägerin, die Annahme des im Schreiben vom 25.10.2001 enthaltenen Angebots, die zusätzliche 122

Leistung der Stützenverstärkung gegen die angeführten Mehrkosten zu erbringen. Dem Vorbringen der Klägerin ist die Beklagte nicht entgegengetreten.

2. Die Berufung der Beklagten richtet sich ohne Erfolg gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 2.714,40 DM Werklohn für den Einsatz von Kehlblechen gemäß der Rechnung der Klägerin vom 18.12.2001. Das Landgericht hat hierzu ausgeführt, dass die Beklagte dem Vorbringen der Klägerin, diese Leistung sei in Abweichung vom ursprünglichen Leistungsumfang mündlich als Nachtrag vereinbart worden, nicht mehr entgegen getreten. 123

Die Beklagte wendet in der Berufung folgendes ein: Die Kehlbleche seien Bestandteil der Kehlrinne (C-Profilform) zur Einbindung in die Dachentwässerung von der vorhandenen Lagerhalle bis seitlich rechts ab dem Silogebäude gewesen. Die von einem Subunternehmer gelieferten und eingebauten Kehlbleche seien falsch gewesen und hätten nicht der vereinbarten Ausführung entsprochen (GA 261). Dies und der weitere Vortrag der Beklagten, dass sie mehrfach die Klägerin aufgefordert habe, die Kehlrinne und deren Einbindung mit der Firma R... abzustimmen, worauf die Klägerin nicht eingegangen sei, stellt neues Verteidigungsvorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO dar, da es erstinstanzlich noch nicht vorgetragen worden war. Solch neues Verteidigungsvorbringen ist nur dann zu berücksichtigen und damit von dem Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, wenn ein Zulassungstatbestand im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO eröffnet ist. Die Beklagte hat entgegen § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO keine Umstände in der Berufungsbegründung dargelegt, die eine Zulassung des neuen Sachvortrages rechtfertigen könnten. 124

Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner weiteren Erörterung der Frage, inwieweit der von der Beklagten angeführte Mangel hinreichend substantiiert dargelegt ist, da lediglich davon die Rede ist, dass die Kehlbleche falsch waren und nicht der vereinbarten Ausführung und der Handskizze des Architekten entsprachen. Worin genau der Fehler bzw. Mangel bzw. Abweichung von den Vorgaben konkret bestand, wird nicht dargelegt. Ebenso ist die – von der Klägerin – bestrittene Mängelbeseitigungsaufforderung nicht hinreichend substantiiert dargetan. Von welchem Mitarbeiter der Beklagten diese Mängelbeseitigungsaufforderung gegenüber welchem Mitarbeiter der Klägerin im Hinblick auf welchen konkreten Mangel ausgesprochen worden ist, kann dem Beklagtenvorbringen nicht entnommen werden. 125

3. Schließlich richtet sich die Berufung der Beklagten auch gegen die Zahlungsverpflichtung wegen des Einbaus von vier Trapezblechen in Höhe von 3.480,00 DM gemäß der Rechnung der Klägerin vom 10.12.2001. Dieser dem Grunde nach unstreitige Anspruch ist nach Auffassung der Kammer auch nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Erstattungsanspruch gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. wegen der sich aus der Rechnung der Fa. R... abzuleitenden Mängelbeseitigungsaufwendungen erloschen (§ 389 BGB). Die Beklagte habe nicht dargelegt, um welche Arbeiten es sich bei den von der Fa. R... angeblich erbrachten Leistungen. 126

Es erscheint bereits bedenkenswert, ob das sich hierauf beziehende Berufungsvorbringen der Beklagten (GA 261) als neues Verteidigungsvorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu bewerten ist, da es nicht mit dem erstinstanzlichen Sachvortrag der Beklagten übereinstimmt. Da die Beklagte Zulassungstatbestände nicht dargetan hat, dürfte das diesbezügliche Berufungsvorbringen vom Senat nicht seiner Entscheidung zu Grunde legen. 127

Letztlich kann diese Frage jedoch offen bleiben, da die Beklagte die für den Erstattungsanspruch nach § 633 Abs. 3 BGB a.F. erforderliche Mängelbeseitigungsaufforderung nicht substantiiert dargetan hat. Das bereits erwähnte 128

Schreiben vom 12.12.2001 stellt eine solche mit einer Fristsetzung verbundene Aufforderung des Auftraggebers an den Auftragnehmer, konkret benannte Mängel zu beseitigen jedenfalls nicht dar.

4. In ihrer Berufung beanstandet die Beklagte schließlich, dass das Landgericht die erstinstanzlich erklärte Aufrechnung nicht auch auf die der Klägerin zugesprochenen Forderungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Schleppvordachs erstreckt hatte. Dieser Berufungsangriff bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Das Landgericht hat insoweit richtig entschieden, denn dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten ließ sich nicht entnehmen, dass die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Erstattung von mängelbedingten Aufwendungen sich nicht nur auf die von der Klägerin beanspruchte Vergütung für die Lkw-Entladehalle, sondern auch auf die Ansprüche bezüglich des Schleppvordachs erstreckte. 129

Auf dieses Berufungsvorbringen braucht der Senat indessen nicht weiter einzugehen, da nach den obigen Ausführungen unter I. 2. die Beklagte weder einen Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten noch von kündigungsbedingten Mehrkosten schlüssig dargetan hat. 130

III) 131

Der Zinsanspruch hinsichtlich des Anspruchs auf Vergütung der für die LKW-Entladehalle bis zur Kündigung des Pauschalpreisvertrages erbrachten Leistungen resultiert aus den §§ 288 Abs. 2, 291 BGB. Die Klägerin verlangt Rechtshängigkeitszinsen. Sie kann als Verzugszinsen gemäß § 288 Abs. 1 BGB lediglich Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz und nicht gemäß § 288 Abs. 2 BGB n.F. in Höhe von 8-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen. Der höhere Zinssatz des § 288 Abs. 2 BGB n.F. gilt nach Art 229 § 5 Abs. 1 EGBGB nur für Geldforderungen aus Schuldverhältnissen, die nach dem 31.12.2001 entstanden sind. Das dem Werklohnanspruch der Klägerin zugrunde liegende werkvertragliche Schuldverhältnis basiert auf einem vor dem genannten Stichtag geschlossenen Vertrag. 132

Was die Verzugszinsen hinsichtlich der weiteren Forderungen aus den Rechnungen vom 20.11.2001, 18.12.2001 und 10.12.2001 betrifft, bestimmt sich der Verzugszeitpunkt gemäß § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB. 133

C) 134

Die Kostenentscheidung beruht im Hinblick auf die Verteilung der Kosten für das erstinstanzliche Verfahren auf der Anwendung des § 92 Abs. 1 ZPO. Im Hinblick auf die Kosten des Berufungsverfahrens ist es in Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO gerechtfertigt, der Klägerin die Kosten aufzuerlegen, soweit sie mit der Berufung den Vergütungsanspruch für die erbrachten Leistungen aus dem Hauptvertrag über die Lieferung und Montage der LKW-Entladehalle geltend gemacht hat. Grundlage für das insoweit im wesentlichen erfolgreiche Rechtsmittel der Klägerin ist die erst mit der Berufung hinreichend schlüssig erfolgte – gegenüber ihrem erstinstanzlichen Vorbringen modifizierte – Abrechnung ihrer Werklohnforderung. Damit obsiegt die Klägerin auf Grund neuen Vorbringens, das sie im erstinstanzlichen Verfahren geltend zu machen imstande gewesen wäre. Dies gilt jedoch nicht für die Kosten der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz. Diese ist lediglich durch das letztlich erfolglose Bestreiten der Beklagten erforderlich geworden. Damit ist es gerechtfertigt, die Kosten der Beweisaufnahme – ausnahmsweise abweichend vom Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung – der Beklagten aufzuerlegen. 135

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus der Anwendung der §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 1, 711, 713 ZPO. 136

Anlass, aus den Gründen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. 137

Streitwert für das Berufungsverfahren: € 74.011,44 138

Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren: € 75.363,81 139

Hinsichtlich der Bestimmung des Streitwertes ist zu ergänzen, dass die von der Beklagten hilfsweise mit Ansprüchen auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten erklärten Aufrechnungen nicht nach § 19 Abs. 3 GKG a.F. (§ 45 Abs. 3 GKG n.F.) streitwerterhöhend wirkten, da die zur Aufrechnung gestellte Mängelansprüche wertmäßig bereits in der Werklohnforderung enthalten sind. Der Senat schließt sich insoweit der Entscheidung des OLG Hamm vom 30.11.2005 - 17 W 42/05, IBR 2006, 426 an. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Streitwertregelung wirkt sich eine Hilfsaufrechnung nur dann streitwerterhöhend aus, wenn sie einen von der Klageforderung unabhängigen Wert enthält. Die geltend gemachten Mängel wirken im Rahmen der Werklohnforderung wertmäßig bei wirtschaftlicher Betrachtung als Abzugspositionen und können sich daher nicht über den Betrag der Forderung streitwerterhöhend auswirken. Diese Überlegung gilt unabhängig davon, dass sich der BGH mit der Entscheidung vom 23.6.05 -VII ZR 197/03 – (BauR 2005, 1477; MDR 2005, 1344; NJW 2005, 2771; NZBau 2005, 582; WM 2005, 1675) gegen die früher vertretene Lehre der Verrechnung statt der Aufrechnung entschieden hat. Vor diesem Hintergrund hat auch die von der Prozessbevollmächtigten der Beklagten mit Schriftsatz vom 27.08.2003 beantragte Streitwertänderung keinen Erfolg. 140

Die Parteien sind durch das Berufungsurteil wie folgt beschwert: 141

Beschwer des Beklagten: € 65.689,65 142

Beschwer der Klägerin: bis € 20.000,-- 143

L...	B...	Dr. C...	144
------	------	----------	-----