
Datum: 30.05.2008
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-22 U 16/08
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2008:0530:I22U16.08.00

Rechtskraft: ja

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten zu 1) wird das am 27.11.2007 verkündete

Urteil des Landgerichts Wuppertal unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin 73.036,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.05.2007 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreit in erster Instanz haben die Klägerin zu 29 % und die Beklagte zu 1) zu 71 % zu tragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 21 % und die Beklagte zu 1) zu 79 % zu tragen.

Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten des Beklagten zu 2) findet nicht statt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte zu 1) darf eine Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand:	1
Die Beklagte zu 1) ist Eigentümerin des Grundstücks auf dem M. in S., auf welchem ein Einfamilienhaus mit zwei Wohneinheiten und zwei Garagen errichtet werden sollte. Hierzu sollte auf einem in konventioneller Bauweise errichtetem Keller ein Fertighaus der Marke "Fullwood" errichtet werden.	2
Zur Erstellung eines Angebots für den Keller erhielt die Klägerin eine Stahlliste und Bauzeichnungen mit den Nummern ... – ... und ... – ... der Firma ... – F. GmbH in L., welche die Fertighäuser der Marke "F." vertreibt. Die Klägerin erhielt außerdem eine statische Berechnung (1. Nachtrag) der Firma ... – F. GmbH betreffend das Kellergeschoss des zu errichtenden Hauses (Bl. 219 – 312 GA).	3
Am 03.03.2006 unterbreitete die Klägerin der Beklagten zu 1) unter Bezugnahme auf die vorgenannten Unterlagen ein nach Einheitspreisen aufgegliedertes Angebot zur Errichtung des Kellers, welches mit einem Gesamtpreis von 73.036,33 € endete. In dem Angebot heißt es: "Grundlage des Angebots ist die VOB Teil B und C." Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Angebot (Bl. 116 – 119 GA) Bezug genommen.	4
Dieses Angebot nahm die Beklagte zu 1), vertreten durch den Beklagten zu 2), den Ehemann der Beklagten zu 1), am 27.03.2006 an. Ein Exemplar der VOB wurde weder der Beklagten zu 1) noch dem Beklagten zu 2) ausgehändigt.	5
Am 11.04.2006 begann die Klägerin mit den Arbeiten. Während der Ausführung der Arbeiten erhöhte sich der Umfang der zu erbringenden Leistungen und die Menge des einzubauenden Stahls.	6
Mit einer ersten Abschlagsrechnung vom 11.05.2006 stellte die Klägerin der Beklagten zu 1) für die "Fertigstellung der Bodenplatte und der Grundleitung" einen Betrag von 32.231,61 € in Rechnung. Der Rechnung war ein Aufmaß beigelegt. Mit einer zweiten Abschlagsrechnung vom 19.05.2006 stellte die Klägerin der Beklagten zu 1) für die "Fertigstellung der Kelleraußenwände sowie Baustahl der Bodenplatte" einen Betrag von weiteren 32.423,16 € in Rechnung. Der Rechnung war ein Aufmaß beigelegt. Mit einer dritten Abschlagsrechnung vom 29.05.2006 stellte die Klägerin der Beklagten zu 1) 8.381,56 € in Rechnung. Diese Rechnung enthielt keine Beschreibung der Leistungen, für welche der Abschlag gezahlt werden sollte. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf diese Rechnungen (Bl. 21 – 23 GA) Bezug genommen.	7
Am 31.05.2006 stellte die Klägerin ihre Arbeiten ein. Ein Grund hierfür lag darin, dass die Klägerin keine Zahlungen auf die Abschlagsrechnungen erhalten hatte.	8
Der Beklagte zu 2) legte der Klägerin ein an ihn gerichtetes Schreiben der Liechtensteinischen Landesbank AG vom 06.06.2006 vor, nach dessen Inhalt er über ein Vermögen von 64.724.813,52 USB bei dieser Bank verfüge (Bl. 68 GA).	9
Mit Schreiben vom 22.06.2006 (Bl. 25 GA) forderte die Klägerin die Beklagte zu 1) auf, den Betrag in Höhe von 73.036,33 € aus den ersten drei Abschlagsrechnungen bis zum 25.06.2006 an sie, die Klägerin, zu zahlen.	10

Mit Schreiben vom 27.06.2006 (Bl. 64, 65 GA) nahm die Klägerin Bezug auf ein Schreiben der Beklagten zu 1) vom 25.06.2006 und wiederholte ihre Aufforderung zur Zahlung des Betrages in Höhe von 73.036,33 €, wozu sie eine neue Frist bis zum 03.07.2006 setzte. Wenn der Betrag von 73.036,33 € eingegangen sei, werde mit den Arbeiten fortgefahren.

In einem an die Klägerin gerichteten und auf den 17.07.2006 datierten Schreiben heißt es, 12
dass "der Betrag i.H. von 92.713,72 € [...] vom Konto des Herrn Dr. F. bei der D. L. in Düsseldorf bis zum 21.07.2006 überwiesen" werde. Für den Fall, dass die Überweisung der D. L. nicht bis zum 21.07.2006 auf das Konto der Firma L. & W. Bauunternehmen GmbH eingegangen sei, würden die Rechtsanwälte K. und B. in S. angewiesen, diesen Betrag vom Unterkonto bis spätestens zum 04.08.2006 an die Klägerin zu überweisen. Das Schreiben haben beide Beklagten unterschrieben, wobei beide Beklagte bei ihre Unterschriften handschriftliche Zusätze gemacht haben. Über der Unterschrift der Beklagten zu 1) heißt es, "zur Kenntnisnahme". Darunter folgen handschriftlich das Datum 01.02.2007 und deren Unterschrift. Darunter befindet sich handschriftlich der weitere Text: "wenn Zahlung bis 28.02.2007 nicht erfolgt zum Verkauf wird angeboten / Versteigerung". Über der Unterschrift des Beklagten zu 2) befindet sich der Text: "der Betrag von 92.713,72 als Gesamtbaukosten + Zins Keller akzeptiert". Streitig ist in zweiter Instanz, ob das Original des Schreibens über diesem Zusatz einen weiteren Text enthält. Wegen der Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung des Schreibens (Bl. 18 GA) Bezug genommen.

In der Folge stellte die Klägerin der Beklagten zu 1) mit einer vierten Abschlagsrechnung vom 30.08.2006 weitere 19.677,39 € in Rechnung. Im Betreff dieser Rechnung wird auf eine Vereinbarung vom 17.07.2006 Bezug genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf diese Rechnung (Bl. 24 GA) Bezug genommen. 13

Am 11.06.2007 beauftragte die Beklagte zu 1) den Sachverständigen J. D. mit der Erstellung eines Gutachtens. Der Sachverständige erstellte das schriftliche Gutachten vom 25.06.2007. Wegen des Inhalts wird auf das vorgelegte Gutachten (gesondert abgelegte Anlage Ki 1) Bezug genommen. Die Beklagte wandte für dieses Gutachten Kosten in Höhe von 1.291,27 € auf (Bl. 128 GA). In der Folgezeit beauftragte die Beklagte den Sachverständigen mit einer ergänzenden Begutachtung, woraufhin der Sachverständige das Ergänzungsgutachten vom 24.09.2007 erstellte. Wegen dessen Inhalt wird auf das Ergänzungsgutachten (Bl. 125 – 127 GA) Bezug genommen. 14

Der Vertrag der Beklagten zu 1) mit der Firma ... – F... GmbH wurde beendet und im Juli 2007 beauftragte die Beklagte zu 1) die Firma F. GmbH mit der Herstellung des Fertighauses. Mit E-mail vom 18.07.2007 (Bl. 66 GA) bat die Beklagte zu 1) die Firma F. um einen Terminaufschub für die 1. Abschlagszahlung. 15

Eine Abnahme des Werkes erfolgte nicht. Die Klägerin erstellte auch noch keine Schlussrechnung. Zahlungen der Beklagte 1) oder des Beklagten zu 2) hat die Klägerin bislang ebenfalls nicht erhalten. 16

Die Klägerin nimmt ständig Bankkredit in einer Höhe in Anspruch, welche die Klageforderung übersteigt. 17

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie könne Abschlagszahlungen verlangen. Die Geltung der VOB/B sei vereinbart. Wenn die VOB/B nicht gelte, könne die Klägerin auch nach dem BGB Abschlagszahlungen verlangen, weil es sich bei der Fertigstellung der Bodenplatte und der Grundleitung um in sich abgeschlossene Bauteile handele. Außerdem beziehe sich das Klagebegehren auch auf das Schreiben vom 17.07.2006. Die Klägerin hat 18

behauptet, sie habe ihre Arbeiten auch deshalb eingestellt, weil die Statik der Firma L. – F. GmbH – welches unstreitig ist - mangelhaft war. Bei Zahlung der bisher geleisteten Teilarbeiten werde sie ihre Arbeiten weiterführen. Die Beklagten hätten von Anfang an gar nicht die Absicht gehabt, die von ihr, der Klägerin, ausgeführten Arbeiten zu bezahlen.

Sie habe ihre bisherigen Arbeiten mangelfrei ausgeführt. Die von den Beklagten gerügten "Schäden" seien allesamt auf die Stilllegung des Bauvorhabens zurückzuführen. Es sei zwar richtig, dass ein Bauunternehmer das Gewerk zu schützen habe, aber nicht über so einen langen Zeitraum und nicht, wenn Teilzahlungen durch den Besteller verweigert würden. Auch bei Fertigstellung ihrer Arbeiten wäre unvermeidbar Feuchtigkeit in den Keller eingedrungen, weil die Firma F. H. T. mit der Fertigstellung des Hauses erst im Juli 2007 beauftragt worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten des diesbezüglichen Vorbringens wird auf die Darstellung auf den Seiten 3 bis 7 im Schriftsatz vom 01.08.2007 (Bl. 57 – 61 GA) Bezug genommen. 19

Sie, die Klägerin, zahle für ihren Bankkredit Zinsen in Höhe von 10,75 % p.a.. 20

Nachdem die Beklagte zu 1) im November 2007 Widerspruch gegen einen von der Klägerin gegen sie erwirkten Mahnbescheid eingelegt hatte, hat die Klägerin ihren Anspruch unter Erweiterung der Klage gegen den Beklagten zu 2) mit am 08.05.2007 eingegangener Schrift begründet, welche der Beklagten zu 1) am 18.05.2007 zugestellt worden ist. Die Klägerin hat beantragt, 21

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 92.713,72 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 03.07.2006 zu zahlen. 22

Nachdem die Klage gegen den Beklagten zu 2) nicht zugestellt werden konnte, hat sie die Klage gegen diesen zurückgenommen und nur noch ihren Klageantrag gegen die Beklagte zu 1) weiterverfolgt. 23

Die Beklagte zu 1) hat beantragt, 24

die Klage abzuweisen. 25

Die Beklagte zu 1) hat die Auffassung vertreten, die Klägerin könne keine Abschlagszahlungen verlangen. Die Geltung der VOB/B sei nicht wirksam vereinbart und es fehle eine prüfbare Aufstellung hinsichtlich der erbrachten Leistungen. Die Beklagte zu 1) hat die Richtigkeit der in den ihr überlassenen Aufstellungen (Bl. 95 – 108 GA) aufgeführten Massen mit Ausnahme der gegengezeichneten Stunden (Bl. 107 – 108 GA) bestritten. Sie hat behauptet, dass diverse Positionen in den Aufstellungen nicht erbracht worden seien und in den Aufstellungen zum Teil wiederholt, aber mit unterschiedlichem Ergebnis aufgeführt seien. Außerdem hat sie die Ansicht vertreten, der Inhalt der Aufstellungen entspreche teilweise nicht dem Angebot. Auch sonst seien Abschlagszahlungen nicht vereinbart und die Voraussetzungen nach § 632 a BGB nicht gegeben. Sie hat behauptet, der Betrag von 92.713,72 € sei nur unter der Voraussetzung einer kompletten, pünktlichen und mangelfreien Fertigstellung des kompletten übertragenen Werks akzeptiert worden, woran es fehle. 26

Weiter hat die Beklagte zu 1) unter Bezugnahme auf die Gutachten des Sachverständigen D. behauptet, die Arbeiten der Klägerin wiesen Baumängel auf. Wegen der Einzelheiten wird auf die Darstellungen auf den Seiten 2 bis 4 im Schriftsatz vom 28.06.2007 (Bl. 38 - 40 GA) und auf den Seiten 3 bis 6 im Schriftsatz vom 31.08.2007 (Bl. 91 - 94) Bezug genommen. Sie hat die Auffassung vertreten, dass die Klägerin für die Mängel auch einzustehen habe, soweit 27

diese darauf zurückzuführen seien, dass die Bauteile den Witterungseinflüssen ausgesetzt gewesen seien. Es sei ihre Aufgabe gewesen, ihr Werk ausreichend vor Witterungseinflüssen zu schützen.

Hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung mit den Gutachterkosten in Höhe von 1.291,27 € erklärt. 28

Mit nachgelassener Schrift vom 12.11.2007 hat die Beklagte zu 1) behauptet, ihre Erklärung vom 02.01.2007 vorsorglich mit Schreiben vom 07.11.2007 (Bl. 137 GA) wegen Irrtums angefochten zu haben. Der Beklagten zu 2) habe der Klägerin hinsichtlich des Schreibens vom 17.07.2006 mündlich erklärt, dass er den auf ca. 93.000,00 € erhöhten Preis für den Fall der mängelfreien Fertigstellung bis spätestens zum 31.08.2006 akzeptiere. Dies habe er auch auf dem Schreiben handschriftlich vermerkt. Der Wortlaut dieser Erklärung sei jedoch nur teilweise erkennbar. Sie, die Beklagte zu 1) habe das Schreiben am 01.02.2007 und nur zur Kenntnisnahme unterzeichnet. Sie habe nichts anerkennen wollen und nicht auf ihre Gewährleistungsrechte verzichten wollen, zumal ihr zum Zeitpunkt ihrer Unterschriftsleistung die Mängel noch gar nicht bekannt gewesen seien. Hintergrund ihrer Unterschrift sei ein überraschender Besuch der Herren L. und C. der Klägerin gewesen. Diese hätten eine Unterschrift der Beklagten zu 1) auf dem vom Beklagte zu 2) unterzeichneten Papier gewünscht, weil sie über keinen schriftlichen Auftrag verfügten. Nachdem die Beklagte zu 1) mit dem erkennbaren Zusatz unterschrieben habe, hätten die Herrn L. und C. die Streichung des Zusatzes "zur Kenntnisnahme" gewünscht. Die Beklagte habe dies jedoch verweigert. Sie hat die Ansicht vertreten, ein Schuldanerkenntnis liege hiernach nicht vor. Zudem behandle der Inhalt des Schreibens Überweisungen des Beklagten zu 2) und damit allenfalls ein Versprechen desselben. 29

Mit am 27.11.2007 verkündetem Urteil hat das Landgericht Wuppertal die Beklagte zu 1) verurteilt, an die Klägerin 92.713,72 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.07.2006 zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. 30

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Klägerin zwar weder einen Anspruch aus § 16 VOB/B habe, weil die VOB nicht wirksam vereinbart worden sei, noch aus § 631 BGB, weil das Werk noch nicht abgenommen und die Forderung damit auch nicht fällig geworden sei. Ebenso könne dahinstehen, ob ein Anspruch aus § 632 a BGB bestehe, welcher allenfalls hinsichtlich der mit der ersten und zweiten Akontorechnung abgerechneten Leistungen denkbar sei. Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 92.713,72 € folge aus dem Schreiben vom 17.07.2006, welches als Schuldanerkenntnis i.S. der §§ 780, 781 BGB zu werten sei. Für das Vorliegen eines abstrakten Schuldanerkenntnisses spreche, dass allgemein von dem "Betrag" die Rede sei, ohne dass auf die Werklohnforderung Bezug genommen werde. Außerdem entspreche dies auch dem gewollten Zweck und der beiderseitigen Interessenlage. Die Beklagte habe der Klägerin ersichtlich die Rechtsverfolgung erleichtern wollen und die Beklagte habe gewusst, dass die Klägerin ihre Arbeiten u.a. deswegen eingestellt habe, weil bis dahin keinerlei Zahlungen erfolgt gewesen seien. Es habe in ihrem Interesse gelegen, den Zahlungsanspruch der Klägerin bedingungslos anzuerkennen, um so baldmöglichst eine Fertigstellung der Arbeiten seitens der Klägerin zu erreichen. Nicht gefolgt werden könne der Behauptung der Beklagten zu 1), dass sie den Text lediglich zur Kenntnis genommen habe, ohne damit etwas anerkennen zu wollen. Dies stehe im Widerspruch zu ihrer früheren Behauptung, dass sie den geforderten Betrag akzeptiert habe. Zum anderen beziehe sich der Passus "zur Kenntnisnahme" vom Sinnzusammenhang auch eher auf die nachfolgenden Ausführungen, das Haus verkaufen bzw. versteigern zu lassen, wenn die Zahlung bis zum 28.02.2007 nicht erfolgt sei. Ein 31

dahingehender Vorbehalt, dass sie den Betrag nur für den Fall der kompletten, pünktlichen und mangelfreien Fertigstellung des komplett übertragenen Gewerkes akzeptiert habe, lasse sich dem Schreiben und dem handschriftlichen Zusatz des Beklagten zu 2) nicht entnehmen. Zu dem Zeitpunkt, als der Beklagte zu 2) das Schreiben ergänzend unterschrieben habe, seien die Arbeiten bereits eingestellt gewesen. Mit dem Zusatz "als Gesamtbaukosten Keller akzeptiert" habe dieser lediglich zu erkennen gegeben, dass die Klägerin keinen weiteren, über den Betrag von 92.713,72 € hinausgehenden, Werklohn verlangen könne. Die Beklagte könne dem selbständigen Schuldanerkenntnis nicht die geltend gemachten Einwendungen wegen Gewährleistungsrechten entgegenhalten und auch nicht mit Gutachterkosten i.H.v. 1.291,27 € aufrechnen. Sie habe das Schuldanerkenntnis in Kenntnis der Einrede abgegeben und die Schuld damit ohne Rücksicht darauf, ob sie bestehe oder nicht, anerkannt. Zum Zeitpunkt der Unterschrift seien die Arbeiten bereits seit acht Monaten eingestellt gewesen und der Keller sei bereits über einen Winter ungeschützter Witterung ausgesetzt gewesen. Der Beklagten zu 1) müssten daher die Mängel, die sie nunmehr auf der Grundlage des von ihr im Sommer 2007 eingeholten Sachverständigengutachtens gerügt habe, und die größtenteils auf die Stilllegung des Baues zurückzuführen seien, bekannt gewesen sein. Sie habe sich ihre Gewährleistungsrechte nicht vorbehalten.

Gegen dieses den erstinstanzlichen Beklagtenvertretern am 05.12.2007 zugestellte Urteil hat die Beklagte zu 1) mit am 13.12.2007 eingegangener Schrift vom 12.12.2007 Berufung eingelegt, welche sie nach Verlängerung der Frist zur Begründung der Berufung bis zum 05.03.2008 mit einer an diesem Tag eingegangenen Schrift gleichen Datums begründet hat. 32

Im Berufungsverfahren ist unstreitig geworden, dass die Beklagte zu 1) an ihrer Arbeitsstelle überraschend von den Mitarbeitern L. und C. der Klägerin aufgesucht wurde und diese eine Unterschrift der Beklagten zu 1) auf dem Schreiben vom 17.07.2007 verlangten. Nach der Unterschrift mit dem Zusatz "zur Kenntnisnahme" forderten die Mitarbeiter der Klägerin die Streichung des Zusatzes, welches sie mit dem Fehlen eines schriftlichen Auftrags begründeten. Dies lehnte die Beklagte ab. Erst aufgrund weiteren Drängens der Mitarbeiter und wiederholten Drohens mit der Erstattung einer Strafanzeige wegen Betruges fügte die Beklagte zu 1) den weiteren Zusatz betreffend den Verkauf bzw. die Versteigerung des Grundstücks hinzu. Die Beklagte konnte über das Konto ihres Ehemannes, des Beklagten zu 2) nicht verfügen und zwischen ihnen war Gütertrennung vereinbart. Mit Schreiben vom 07.11.2007 hat die Beklagte zu 1) die Anfechtung der Erklärung vom 01.02.2007 wegen Irrtums erklärt. Ebenso ist unstreitig, dass die Beklagte zu 1) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Wuppertal am 30.10.2007 erklärt hat, auch eine reduzierte Forderung der Firma O., der dortigen Klägerin, nicht zahlen zu können. 33

Die Beklagte zu 1) nimmt Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie ist der Ansicht, das Landgericht sei zu Recht zu dem Ergebnis gekommen, dass keine Ansprüche aus § 16 VOB/B und § 631 BGB bestünden. Darüber hinaus bestehe auch kein Anspruch aus § 632 a) BGB, weil die in den ersten beiden Akontorechnungen abgerechnete "Fertigstellung der Bodenplatte und der Grundleitung" sowie "Fertigstellung der Kelleraußenwände sowie Baustahl der Bodenplatte" keine in sich abgeschlossenen Teile des Gesamtwerkes Kellerbau betreffen. Außerdem lägen keine vertragsmäßigen Leistungen vor, weil gravierende Mängel gegeben seien, die sich aus dem Gutachten des Sachverständigen D. ergäben. Der Keller sei nicht fertig und nicht abnahmefähig, weshalb der Beklagten zu 1) gegenüber einem etwaigen Werklohnanspruch der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht in die Klageforderung übersteigender Höhe zustehe. Darüber hinaus ist die Beklagte zu 1) der Auffassung, dass in dem Schreiben vom 17.07.2006 kein abstraktes Schuldanerkenntnis zu sehen sei. Maßgeblich sei nicht nur die Textvorgabe der Klägerin, welche lediglich den "Betrag" i.H.v. 34

92.713,72 € angebe, sondern auch dasjenige, was die Beklagte zu 1) hierzu erklärt habe. Es fehle bereits an einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung der Beklagten zu 1), weil sie den Text lediglich "zur Kenntnisnahme" unterzeichnet habe. Sie habe lediglich zur Kenntnis genommen, dass der besagte Betrag vom Konto ihres Ehemannes überwiesen werden solle und auch nicht gewusst, dass sie Abschläge nach dem Vertrag nicht geschuldet habe. Eine Verpflichtung sei für sie auch nicht durch den Zusatz unter ihrer Unterschrift begründet worden. Dieser zeige lediglich, dass sie, die Beklagte zu 1) für den Fall des Fehlschlagens der Auslandsüberweisungen über Maßnahmen nachgedacht habe, die erforderlichen finanziellen Mittel gegebenenfalls durch Verkauf des Grundstücks zu beschaffen. Daran ändere auch nichts der am 17.07.2006 vom Ehemann der Beklagten zu 1) auf dem Schreiben angebrachte Vermerk. Sie behauptet, dass dieser Vermerk gelautet habe: "Wenn der Keller bis 31.08.2006 fertiggestellt wird ohne Mängel, wird der Betrag von 92.713,72 € als Gesamtbaukosten und Zins Keller akzeptiert". Der Einleitungssatz fehle auf dem vorgelegten Dokument und sei offenbar nachträglich herauskopiert worden. Der Ehemann der Beklagten habe zu keinem Zeitpunkt vorgehabt, eine eigene Zahlungsverpflichtung einzugehen. Er habe lediglich seiner Ehefrau das Geld für den Keller zur Verfügung stellen wollen, allerdings nur unter der Bedingung, dass der Keller bis zum 31.08.2006 ohne Mängel fertiggestellt werde. Auch der unvollständig aus der Ablichtung zu entnehmende Text des Ehemannes der Beklagten zu 1) lasse erkennen, dass es ihm bei dem Betrag als Werklohn für den Keller insgesamt, nicht nur für einen Torso desselben gegangen sei. Darüber hinaus fehle die erforderliche Abstraktion, weil der Ehemann der Beklagten den vermeintlichen Schuldgrund ausdrücklich angesprochen habe. Dieser habe auch keine Vollmacht zur Abgabe eines Schuldanerkenntnis gehabt. Das Landgericht bringe durcheinander, was die Beklagte zu 1) und was deren Ehemann erklärt habe. Es habe auch die Anfechtung der Beklagten zu 1) mit keinem Wort gewürdigt.

Darüber hinaus ergebe sich aus dem Schreiben vom 25.06.2002 (Bl. 313 GA), welches als Anhang zur anwaltlichen Korrespondenz in der Vorinstanz jetzt aufgefunden worden sei, dass die Beklagte zu 1) der Klägerin bezüglich der zugesagten Zahlung ganz eindeutig klar gemacht habe, dass sie zwar bereit sei, den vollen Werklohn zu bezahlen, jedoch nur dann, wenn der Keller entsprechend den Ausführungszeichnungen fertiggestellt sei. Da seinerzeit nur 65 % fertiggestellt gewesen seien und Baumängel vorgelegen hätten, habe die Beklagte angekündigt, nur einen dementsprechend verminderten Betrag zu zahlen. Auch danach habe die Klägerin das nicht einmal von ihr am 07.07.2006 unterzeichnete Schreiben nicht als abstraktes Schuldanerkenntnis verstehen können. 35

Die Beklagte zu 1) beantragt, 36

die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Wuppertal vom 27.11.2007, Az. 137 O 63/07, abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

Die Klägerin nimmt Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist der Auffassung, dass das Landgericht zu Recht vom Vorliegen eines abstrakten Schuldanerkenntnisses ausgegangen sei. Es dränge sich der Eindruck auf, dass die Beklagte offensichtlich im kollusiven Zusammenwirken mit ihrem Ehemann versuche, Handwerkerleistungen für sich in Anspruch zu nehmen, in der Absicht, diese von vornherein nicht bezahlen zu können, bzw. bezahlen zu wollen. Ein ähnliches Verhalten wie gegenüber der Klägerin sei von der Beklagten und deren Ehemann auch gegenüber der Firma Gebr. O. GmbH erfolgt. Die 40

Klägerin bestreitet, dass die Beklagte zu 1) überhaupt die Absicht gehabt habe, Rechnungen der Klägerin zu begleichen, ein Betrag von 73.000,00 € vom Konto des Ehemannes der Beklagte zu 1) bei der L. Landesbank an die Beklagte zu 1) habe überwiesen werden sollen und dies aufgrund einer Intervention der Staatsanwaltschaft Wuppertal unterbunden worden sei. Die Beklagte zu 1) behauptet erstmalig, dass nach Scheitern der Überweisung vom Konto des Ehemannes der Beklagten zu 1) bei der Liechtensteiner Landesbank die vorzunehmende Überweisung von der D. L. Bank in Düsseldorf habe kreditiert werden sollen. Der Ehemann der Beklagten habe offensichtlich, wie auch gegenüber der Firma O., als Vertreter der Beklagten gehandelt. Ein Zusatz, wie ihn die Beklagte zu 1) behauptete, habe auf dem Schreiben vom 17.07.2006 nicht existiert. Die Richtigkeit des Gutachtens des Sachverständigen D. werde bestritten. Die vermeintlichen Mängel seien nicht auf eine Schlechtleistung der Klägerin, sondern allenfalls auf den Umstand zurückzuführen, dass mangels Zahlung der Beklagten die Baustelle stillgestanden habe.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist nur teilweise begründet.

I. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) zwar keinen Anspruch auf Zahlung von 92.713,72 €, aber einen Anspruch auf Leistung einer Abschlagszahlung in Höhe von 73.036,33 €.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) keinen Anspruch auf Zahlung von 92.713,72 € aufgrund eines Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechens gemäß §§ 780, 781 BGB.

Ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen ist zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) aufgrund der Erklärungen der Beklagten zu 1) vom 01.02.2007 oder des Beklagten zu 2) vom 17.07.2006 nicht vereinbart worden.

Ob ein Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen gemäß §§ 780, 781 BGB vereinbart wird, richtet sich nach dem Willen der Parteien, welcher durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Zur Auslegung sind der Wortlaut der Erklärung, die Begleitumstände, die Interessenlage, der verfolgte Zweck und gegebenenfalls die allgemeine Verkehrsauffassung über die Bedeutung der Erklärung heranzuziehen. Hiernach richtet sich auch, welche Art eines Anerkenntnisses oder Schuldversprechens die Parteien vereinbaren wollten (vgl. Palandt-Sprau, § 780, R. 1 a und 4, § 781, R. 1).

Ein konstitutives Schuldanerkenntnis bzw. -versprechen liegt vor, wenn unabhängig von dem bestehenden Schuldgrund eine neue selbstständige Verbindlichkeit geschaffen werden soll. Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis bzw. -versprechen ist gegeben, wenn eine bereits bestehende Schuld bestätigt, keine neue begründet werden soll. Es setzt voraus, dass zwischen den Parteien Streit oder subjektive Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder rechtserhebliche Punkte besteht und die Parteien durch das Anerkenntnis oder Versprechen dieses zwischen ihnen bestehende Schuldverhältnis insgesamt oder in einzelnen Beziehungen dem Streit oder der Ungewissheit entziehen wollen. Eine unbestritten bestehende Forderung ist nicht Voraussetzung. Das deklaratorische Anerkenntnis kann ein nur möglicherweise bestehendes Schuldverhältnis als tatsächlich bestehend bestätigen und damit Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten der Parteien über den Anspruchsgrund und seine Rechtsgrundlage beenden. In diesem Maß hat es eine potentiell konsitutive Wirkung. Ein Auslegungskriterium zur Abgrenzung zwischen einem abstrakten oder deklaratorischen Schuldanerkenntnis – bzw. versprechen liegt in der Bezeichnung des Schuldgrundes. Je genauer und bestimmter er bezeichnet ist, desto weniger liegt ein abstraktes

Schuldanerkenntnis bzw. – versprechen nahe und umgekehrt. Daneben kann ein Schuldanerkenntnis – bzw. versprechen auch lediglich der Beweiserleichterung dienen. Es enthält dann keinen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners, sondern ist eine einseitige tatsächliche Erklärung des Schuldners, die nur den Zweck hat, dem Gläubiger Erfüllungsbereitschaft anzuzeigen, um diesen dadurch von Maßnahmen abzuhalten und/oder ihm den Beweis zu erleichtern. (vgl. zum Ganzen: Palandt-Sprau, § 780, R. 1, 1 a und 4, § 781, R. 2, 3 und 6; BGH, NJW 2008, 1589 ff.)

Nach diesen Grundsätzen konnte die Klägerin die Erklärung des Beklagten zu 2) und die Unterschrift der Beklagten zu 1) auf dem vorgenannten Schreiben nicht in der Weise verstehen, dass ein abstraktes Schuldanerkenntnis bzw. –versprechen vereinbart werden sollte. Es handelt sich bei der auf ein Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen gerichteten Erklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Hiernach kommt es für die Auslegung der Erklärung auf den sogenannte objektiven Empfängerhorizont an, also darauf, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte aufgrund der ihm erkennbaren Umstände bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt verstehen mußte (Palandt-Heinrichs, § 133, R. 9). Zunächst lässt sich dem oberen Teil der Erklärung ein dahingehender Inhalt, dass die Beklagte zu 1) selbst oder vertreten durch den Beklagten zu 2) das Bestehen einer Schuld in dieser Höhe anerkennt oder sich zur Zahlung des Betrages verpflichtet, nicht entnehmen. Dieser Teil der Erklärung enthält lediglich die Ankündigung von Überweisungshandlungen des Beklagten zu 2), ohne dass ihm ein Erklärungsgehalt zu entnehmen ist, dass das Bestehen einer Zahlungsverpflichtung der Beklagten zu 1) gesondert zum Ausdruck gebracht würde. Zum Zeitpunkt der Unterschrift der Beklagten zu 1) am 01.02.2007 waren die in diesem Teil des Schreibens genannten Termine und Fristen zudem bereits verstrichen. Für einen anerkennenden oder verpflichtenden Inhalt des Schreibens könnte lediglich der unten auf dem Schreiben befindliche handschriftliche Zusatz des Beklagten zu 2) sprechen, dass der Betrag von 92.713,72 € als Gesamtkosten plus Zinsen für den Keller akzeptiert werde. Abgesehen davon, dass der genaue Inhalt der handschriftlichen Erklärung des Beklagten zu 2) streitig ist, spricht gegen ein Verständnis als abstraktes Schuldanerkenntnis der Beklagten zu 1), vertreten durch den Beklagten zu 2), jedoch, dass jedenfalls der Schuldgrund in dieser Erklärung des Beklagten zu 2) bezeichnet wird. Aus der Textpassage "Gesamtbaukosten + Zinsen Keller" geht deutlich eine Bezugnahme auf den bestehenden Bauvertrag hervor. Zudem spricht gegen die Begründung einer selbständigen Verpflichtung zur Zahlung dieses Betrages, dass diese Textpassage auf die "Gesamtbaukosten" abstellt. Es war klar, dass das Gewerk der Klägerin noch nicht vollständig errichtet war. Dies spricht dafür, dass insoweit lediglich zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass das Einverständnis mit dem gegenüber der Schlusssumme des Angebots höheren Gesamtpreis besteht. Ein weitergehender Erklärungsinhalt, dass dieser Betrag unabhängig von der Fertigstellung des Gewerks und selbständig anerkannt werden sollte, ist nicht zu erkennen. Gegen einen solchen Inhalt der Erklärung des Beklagten zu 2) und ein dahingehendes Verständnis der Klägerin spricht letztlich auch, dass die Klägerin sich ursprünglich bis zur Erörterung der dahingehenden Rechtsauffassung des Landgerichts im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 30.10.2007 nicht auf ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder –versprechen berufen hat. Darüber hinaus spricht gegen ein Verständnis der späteren Unterschrift der Beklagten zu 1) als selbständiges Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen, dass die Beklagte zu 1) vor ihre Unterschrift den Zusatz "zur Kenntnisnahme" gesetzt hat. Dies lässt darauf schließen, dass die die Beklagte zu 1) insoweit lediglich zum Ausdruck bringen wollte, dass sie von dem Inhalt dieses Schreibens und der diesbezüglichen Erklärung ihres Ehemannes Kenntnis genommen hat. Für ein dahingehendes Verständnis durch die Mitarbeiter der Klägerin spricht auch, dass diese die Beklagte zu 1) im unmittelbaren Anschluß an die Unterschrift

aufgefordert haben, den Zusatz "zur Kenntnisnahme" zu streichen. Diese Behauptung der Beklagten zu 1), welche erstmals mit nachgelassener Schrift erfolgt ist, ist von der Klägerin (auch) im Rahmen der Berufung nicht bestritten worden. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die Erklärung der Beklagten zu 1) aus dem Grund anders verstehen konnte, weil die Beklagte zu 1) unter ihrer Unterschrift aufgenommen hat, dass in dem Falle, dass eine Zahlung bis zum 28.02.2007 nicht erfolge, [das Grundstück] zum Verkauf angeboten oder versteigert werde. Zum einen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin den Zusatz "zur Kenntnisnahme" dahingehend verstehen konnte, dass sich dieser auf den nachfolgenden Passus unter der Unterschrift bezieht. Es ist im Rahmen der Berufung ebenfalls unstreitig geworden, dass die Beklagte zu 1) die weitere Passage unter ihre Unterschrift gesetzt hat, nachdem die Mitarbeiter der Klägerin sie zur Streichung des Zusatzes "zur Kenntnisnahme" aufgefordert hatten. Danach bestand zwischen den beiden Zusätzen für die Klägerin erkennbar kein derartiger Zusammenhang, dass sich der Zusatz "zur Kenntnisnahme" auf die Passage unter der Unterschrift bezieht, ihr also der unter der Unterschrift aufgeführte weitere Text zur Kenntnis gebracht werden sollte. Hiergegen spräche auch, dass die Unterschrift sich zwischen beiden Textpassagen befindet. Bei einem dahingehenden Erklärungswillen hätte es nahe gelegen, die beiden handschriftlichen Textpassagen zusammenzufassen, und darunter zu unterschreiben.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) weiter keinen fälligen Vergütungsanspruch in Höhe von 92.713,72 € gemäß § 631 Abs. 1 BGB. 49

Es ist weder die gemäß § 641 Abs. 1 BGB erforderliche Abnahme erfolgt noch ist das Gewerk der Klägerin abnahmereif. Die Klägerin hat den Keller auch nach ihrem eigenen Vorbringen nicht vollständig errichtet und eine Teilabnahme ist nicht vereinbart. 50

Darüber hinaus wäre ein Vergütungsanspruch nicht in der geltend gemachten Höhe gegeben, weil die Klägerin auch nach eigenem Vorbringen keine Leistungen in entsprechendem Umfang erbracht hat. Sie hat ihre Arbeiten nach dem von ihr mit 73.036,33 € bezifferten Leistungsstand eingestellt. 51

3. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) ebenfalls keinen Anspruch auf Zahlung von 92.713,72 € gemäß § 321 BGB. 52

Nach § 321 BGB kann ein Unternehmer auch ohne Rücktritt die Vergütung für eine von ihm vor Eintritt oder Bekanntwerden der Vermögensverschlechterung erbrachte, teilabnahmefähige und mängelfreie Teilleistung verlangen, die der Besteller tatsächlich ungehindert nutzt (vgl. Kniffka, Ibr-online-Kommentar, § 648 a, R. 150; BGH, NJW 1985, S. 2696 f.). Diese Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor, weil zumindest keine teilabnahmefähige Leistung gegeben ist. 53

Unabhängig von der Abnahmefähigkeit im Übrigen setzt eine teilabnahmefähige Leistung voraus, dass eine abgeschlossene Teilleistung vorliegt. Zur Auslegung des Begriffs der abgeschlossenen Teilleistung werden je nachdem, welche Anspruchsgrundlage zugrunde liegt, unterschiedliche Maßstäbe angelegt, wobei jeweils auch im einzelnen streitig ist, welche Anforderungen an eine abgeschlossene Teilleistung zu stellen sind. Für Ansprüche nach § 12 Nr. 2 VOB/B wird ein strengerer Maßstab angelegt. Danach liegt eine abgeschlossene Teilleistung vor, wenn die Teilleistung nach der Verkehrsanschauung als selbständig und von den übrigen Teilleistungen aus dem Bauvertrag unabhängig anzusehen ist, diese Leistungen sich überdies in ihrer Gebrauchsfähigkeit abschließend beurteilen lassen. Maßgeblich soll darauf abzustellen sein, ob die Leistung nach der Vertragsgestaltung selbständig bewertbar ist, welches in der Regel nur dann der Fall ist, wenn die Leistung funktionell eigenständig 54

bewertbar ist (vgl. Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 17.03.2008, § 640, R. 110). Für Ansprüche nach § 632 a BGB wird hingegen ein großzügiger Maßstab angelegt (vgl. Werner/Pastor – Werner, R. 1218 a; Staudinger – Peters: Kommentar zum BGB, § 632 a, Auflage 2003, R. 6; Kniffka, aaO). Weitgehende Einigkeit besteht insoweit, dass die errichteten Teile nach dem Inhalt des Vertrages bewertbar und damit abrechnungsfähig sowie entweder eigenständig oder zumindest in der Weise nutzbar sein müssen, dass hierauf andere Gewerke aufbauen können (vgl. Werner/Pastor – Werner, R. 1218 a; Staudinger – Peters: Kommentar zum BGB, § 632 a, Auflage 2003, R. 6; Palandt – Sprau, § 632 a, R. 5). Es kann dahinstehen, welcher Maßstab für einen Anspruch nach § 321 BGB anzulegen ist. Denn auch bei Anwendung eines großzügigeren Maßstabes ist eine abgeschlossene Teilleistung nach den oben angeführten Kriterien bei dem vorliegenden teilweise errichteten Kellerrohbau nicht erfüllt, auch nicht hinsichtlich der Bodenplatte und der Grundleitung sowie der Kelleraußenwände. Es fehlt zumindest eine Nutzbarkeit der Teilgewerke im einzelnen wie auch in der Gesamtheit in der Weise, dass hierauf andere Gewerke aufbauen können. Die Nutzbarkeit des Kellerrohbaus wird erst erreicht, wenn dieser vollständig errichtet ist.

Des weiteren wäre ein Vergütungsanspruch nach § 321 BGB nicht in der geltend gemachten Höhe gegeben, weil die Klägerin keine Leistungen in entsprechendem Umfang erbracht hat. 55

4. Ferner ist ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) auf Zahlung von 92.713,72 € gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB nicht feststellbar. 56

Zwar bestehen Indizien für einen Eingehungsbetrug. Die Beklagte zu 1) hat der Klägerin wiederholt Zahlungen auf die Abschlagsrechnungen in Aussicht gestellt. Sie hat die Nichtbezahlung derselben gegenüber der Klägerin damit begründet, dass die Zahlung mit Mitteln des Beklagten zu 2) erfolgen solle, welcher über erhebliche Vermögenswerte im Ausland verfüge. Überweisungen aus den USA seien durch die dortigen Behörden zu Unrecht gestoppt worden. In diesem Zusammenhang wurde der Klägerin vom Beklagten zu 2) auch ein angebliches Schreiben der L. Landesbank zugeleitet, wonach ein Betrag in Millionenhöhe inzwischen auf einem dortigen Konto des Beklagten zu 2) eingegangen sei. Mit Schreiben vom 25.06.2006 hat die Beklagte zu 1) der Klägerin wiederum mitgeteilt, dass eine Überweisung aufgrund von Problemen mit der Justiz nicht ausgeführt worden sei. Zugleich hat die Beklagte zu 1) wiederum eine Zahlung zu einem konkreten Termin in bar angekündigt. Sie behauptet hierzu, dass die Überweisung von dem Konto der L. Landesbank AG aufgrund einer Intervention der Staatsanwaltschaft Wuppertal nicht ausgeführt worden sei. Später kündigte der Beklagte zu 2) gegenüber der Klägerin Überweisungen von einem Konto bei der D. L. in D. bzw. von einem Unterkonto der Rechtsanwälte K. & B. zu konkreten Terminen an. Zahlungen erfolgten nicht. Aus einer E-Mail der Beklagten zu 1) vom 18.07.2007 an die Firma F., welche das Fertighaus anstelle der ursprünglichen Firma L. – Fertigbau erstellen sollte, geht ebenfalls hervor, dass sie zur Zahlung einer ersten Abschlagsrechnung zum Zeitpunkt dieser E-Mail nicht in der Lage war und sich auf Schwierigkeiten mit US-Behörden berief, welche aber in Kürze behoben seien. Unstreitig ist die Beklagte zu 1) bislang nicht dazu in der Lage, Zahlungen in Höhe der Abschlagsrechnungen aus eigenen Mitteln zu leisten oder sich diese Mittel über ihren Ehemann zu verschaffen. Sie kann auch zumindest zwei weitere Handwerkerforderungen nicht begleichen. Diese Gesamtumstände deuten darauf hin, dass die Beklagte zu 1) von vornherein nicht über die erforderlichen Geldmittel verfügte bzw. sich diese nicht verschaffen konnte und die Leistungen der Klägerin in diesem Wissen oder dies in Kauf nehmend dennoch bestellte. Das spätere Verhalten ab Juni 2006 deutet darauf hin, dass die Beklagte zu 1) der Klägerin im Zusammenwirken mit ihrem Ehemann unrichtige Vermögensverhältnisse vorgespiegelt hat, um die Klägerin ruhig zu stellen, möglicherweise 57

auch zur Fortsetzung ihrer Arbeiten zu veranlassen.

Andererseits reichen diese Indizien zur Feststellung eines betrügerischen Handelns der Beklagten zu 1) nicht aus. Die Darlegungs- und Beweislast für solche Umstände, aus denen auf ein betrügerisches Handeln der Beklagten zu 1) geschlossen werden könnte, liegt bei der Klägerin. Insbesondere hat die Klägerin weder konkret dargetan noch Beweis dafür angetreten, dass die Behauptungen der Beklagten zu 1), die für die Zahlung erforderlichen Mittel hätten durch ihren Ehemann bereit gestellt werden sollen, sie habe eine Reihe von Handwerkerrechnungen in Höhe von rund 570.000,00 € bezahlt und es seien Gelder ihres Ehemannes beschlagnahmt worden, unrichtig sind. Die Beklagte zu 1) nennt zudem Aktenzeichen von Verfahren beim Landesjustizministerium, der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf und der Staatsanwaltschaft Düsseldorf, welche Beschwerden und Strafanzeigen bezüglich der behördlichen Unterbindung von Überweisungen des Ehemannes aus dem Ausland betreffen sollen. Der Klägerin dürfte zumindest möglich gewesen sein, sich Informationen bei den beteiligten Behörden über die Richtigkeit einer Beschlagnahme von Geldern zu verschaffen und alsdann hierzu vorzutragen. 58

5. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) jedoch einen Anspruch auf Abschlagszahlungen in Höhe von 73.036,33 €. 59

a. Ein Anspruch auf Abschlagszahlungen folgt zwar nicht aus § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B. 60

Die VOB/B ist in den Vertrag nicht wirksam einbezogen worden. Die Einbeziehung der VOB/B richtet sich in dem Fall, dass sie von einer Vertragspartei verlangt wird und die andere Vertragspartei kein Unternehmer ist, nach § 305 Abs. 2 BGB. Im Fall eines Verbrauchervertrages gilt die VOB/B zudem gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurde. Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Klägerin hat die Einbeziehung der VOB/B mit ihrem Angebotsschreiben vom 03.03.2006 verlangt und die Beklagte zu 1) ist keine Unternehmerin. Vielmehr ist die Klägerin Unternehmer und die Beklagte zu 1) Verbraucherin. Auch der für die Beklagte zu 1) als Vertreter aufgetretene Beklagte zu 2) ist nicht erkennbar mit der VOB/B vertraut, so dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, die Beklagte zu 1) hätte sich die notwendigen Kenntnisse ohne weiteres verschaffen können (vgl. Palandt - Heinrichs: Kommentar zum BGB, 66. Auflage, § 305, R. 34). 61

Die Voraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB liegen nicht vor, weil die Klägerin der Beklagten zu 1) nicht die Möglichkeit verschafft hat, in zumutbarer Weise vom Inhalt der VOB/B Kenntnis zu nehmen (Nr. 2). Die Klägerin hat weder der Beklagten zu 1) noch dem Beklagten zu 2) als deren Vertreter eine Ausfertigung des Textes der VOB/B überlassen. Auch sonst hat die Klägerin nicht dargetan, dass sie der Beklagten zu 1) bzw. deren Ehemann als Vertreter die Möglichkeit zur Kenntnisnahme verschafft hätte. Der bloße Hinweis auf die Geltung der VOB/B genügt regelmäßig nicht (vgl. Werner/Pastor – Werner: Der Bauprozess, 11. Auflage, R. 1009). 62

b. Ein Anspruch auf eine Abschlagszahlung in Höhe von 73.036,33 € besteht jedoch gemäß §§ 631 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB. 63

In der Erklärung der Beklagten zu 1) vom 01.02.2007 liegt ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis mit partiell konstitutiver Wirkung des Inhalts, dass die Klägerin eine Abschlagszahlung in dieser Höhe erhält und diesem Anspruch nicht die Einwände mangelnder Fertigstellung oder mangelhafter Leistung entgegen stehen. 64

Dies folgt bei Anwendung der oben dargestellten Grundsätze aus den bei Abgabe der Erklärung vom 01.02.2007 gegebenen Gesamtumständen, insbesondere der gegebenen Interessenlage der Parteien.

Die Klägerin hatte einen Teil ihrer nach dem Einheitspreisvertrag geschuldeten Leistungen erbracht und der Beklagten zu 1) über die erbrachten Leistungen drei Abschlagsrechnungen erteilt, welche sich auf insgesamt 73.036,33 € beliefen. Dabei waren zur Herstellung des Kellers Mehrleistungen der Klägerin gegenüber dem ursprünglichen Angebot erforderlich geworden. Die Klägerin ging davon aus, dass die Beklagte zu 1) hinsichtlich der erbrachten Leistungen Abschlagszahlungen schulde und die Beklagte zu 1) oder deren Ehemann, welcher den Vertrag als Vertreter für die Beklagte zu 1) geschlossen hatte, hatten Zahlungen zu verschiedenen Terminen angekündigt. Tatsächlich hatte die Beklagte zu 1) jedoch keine Abschlagszahlungen geleistet, waren insbesondere Zahlungen zu den angekündigten Terminen nicht erfolgt. Dabei hatten sich die Beklagte zu 1) und/oder ihr Ehemann auf hohe Vermögenswerte im Ausland (Schreiben der Beklagten zu 1) vom 25.06.2006, Bl. 313 GA, und der L. Landesbank vom 06.06.2006, Bl. 68 GA), aber auch inländisches Vermögen (Schreiben des Beklagten zu 2) vom 17.07.08, Bl. 18 GA) bezogen und die Zahlungsschwierigkeiten damit begründet, dass Überweisungen zu Unrecht von Behörden unterbunden worden seien. Aber auch eine zwischenzeitlich von der Beklagten zu 2) mit Schreiben vom 25.06.2006 angekündigte Barzahlung war nicht erfolgt. Zugleich verfügte die Klägerin über keine schriftliche Vertragserklärung der Beklagten zu 1), sondern nur deren Ehemannes, des Beklagten zu 2), welcher den Vertrag als Vertreter für die Beklagte zu 1) geschlossen hatte. Ebenfalls hatte die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 25.06.2006 in Abrede gestellt, dass die Klägerin einen Anspruch in Höhe der bis dahin erteilten Abschlagsrechnungen von 73.036,33 € habe, weil nur ein Bautenstand von 65 % erreicht sei und die Arbeiten der Klägerin Mängel aufwiesen. Seit dem 31.05.2006 waren die Arbeiten an der Baustelle eingestellt und die letzten mit Schreiben des Beklagten zu 2) genannten Zahlungstermine zum 21.07. bzw. 04.08.2006 seit fast einem halben Jahr verstrichen.

66

In dieser Situation bestand nach den am 01.02.2007 gegebenen Umständen für die Klägerin eine erhebliche Ungewissheit, welche sowohl den Vertragsschluß mit der Beklagten zu 1) als auch deren Bereitschaft und Fähigkeit zur Vergütung der Klägerin, insbesondere der Bezahlung der gestellten Abschlagsrechnungen betraf. Die Klägerin mußte den Eindruck haben, dass sie von der Beklagten zu 1) und deren Ehemann lediglich hingehalten wurde, insbesondere die hohen Vermögenswerte im In- und Ausland nicht existierten. Es bestand zudem auch Streit über die Verpflichtung zur Zahlung von 73.036,33 € auf die für die erbrachten Arbeiten erstellten Abschlagsrechnungen. Die Beklagte zu 1) hatte die Verpflichtung zur Zahlung eines Abschlages in dieser Höhe mit Schreiben vom 25.06.2006 in Abrede gestellt.

67

An dem Termin des 01.02.2007 haben die Mitarbeiter der Klägerin der Beklagten zu 1) die bestehende Ungewissheit und den auf Seiten der Klägerin entstandenen Eindruck deutlich gemacht, indem sie der Beklagten zu 1) zum einen mitgeteilt haben, dass sie die Unterschrift verlangt, weil die Klägerin über keinen schriftlichen Auftrag der Beklagten zu 1) verfüge, und zum anderen der Beklagten zu 1) eine Strafanzeige wegen Betruges androhten.

68

Vor diesem Hintergrund und in Verbindung mit dem früheren Verhalten mußte die Klägerin die Unterschrift der Beklagten zu 1) und deren darunter gesetzten Zusatz, welcher von der Unterschrift gedeckt ist, auf dem Schreiben vom 17.07.2007 dahingehend verstehen, dass die Beklagte zu 1) zum Ausdruck bringen wollte, dass sie aus dem geschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet sei sowie hieran festhalte, insbesondere ihre Verpflichtung zur

69

Leistung von Abschlägen für die erbrachten Leistungen sehe und bestätige sowie die Zahlung bis zum 28.02.2008 vornehmen oder veranlassen wolle. Der vor die Unterschrift gesetzte Zusatz "zur Kenntnisnahme" war in dieser Hinsicht zwar indifferent, was auch die Mitarbeiter der Klägerin erkannt haben und weshalb sie die Beklagte zu 1) aufgefordert haben, diesen Zusatz zu streichen. Den hierauf erfolgten weiteren Zusatz konnten die Klägerin wie auch deren Mitarbeiter aber in vorbeschriebener Weise verstehen. Denn dieser brachte zum Ausdruck, dass eine Bezahlung der erbrachten Arbeiten der Klägerin erfolge, wobei sie, die Beklagte zu 1), jedoch Schwierigkeiten habe, die hierfür erforderlichen Mittel aufzubringen, nötigenfalls aber das Grundstück zur Beschaffung der zur Bezahlung der Klägerin erforderlichen Geldmittel veräußern wolle, wenn ihr die Beschaffung des Geldes nicht binnen 4 Wochen gelinge. Zugleich konnte die Klägerin die Erklärung mangels eines Vorbehalts oder einer Einschränkung, insbesondere hinsichtlich des Bautenstandes und von Mängeln dahingehend verstehen, dass solche Vorbehalte im Hinblick auf die Leistung der Abschlagszahlung nicht (mehr) gemacht werden. Dies galt gerade vor dem Hintergrund des Schreibens Beklagte zu 1) vom 25.06.2006, mit welchem diese sich gegenüber den Abschlagsforderungen der Klägerin auf einen Bautenstand von lediglich 65 % und das Vorliegen von Mängeln berufen hatte.

Die Klägerin konnte die Erklärung der Beklagten zu 1) vom 01.02.2007 jedoch nicht dahingehend verstehen, dass die Verpflichtung zur Zahlung eines über den für die tatsächlich erbrachten Leistungen in Rechnung gestellten Betrages von 73.036,33 € hinausgehenden Betrages von 92.713,72 € bestätigt werden sollte. Zwar hatte der Beklagte zu 2) eine Zahlung in dieser Höhe mit dem Schreiben vom 17.07.2006 angekündigt. Der Beklagte zu 2) hatte mit diesem Betrag nach dessen handschriftlichen Zusatz die Gesamtbaukosten beziffert und die Klägerin wusste, dass sie bis zum 01.02.2007 keine diesen Anspruch rechtfertigenden Leistungen erbracht hatte. Die Erklärung der Beklagten zu 1) enthielt keine Betragsangabe und konnte hiernach von der Klägerin nur dahingehend verstanden werden, dass die Beklagte zu 1) den Anspruch auf die Abschlagszahlung bestätigte, welche die Klägerin für die bereits erbrachten Leistungen verlangte. Dieser belief sich nach den ersten drei Abschlagsrechnungen auf 73.036,33 €. Der letzten Abschlagsrechnung lag hingegen keine Leistung der Klägerin zugrunde, sondern diese bezog sich auf die Erklärung des Beklagten zu 2). Einem anderen Verständnis der Klägerin stand auch der vor die Unterschrift der Beklagten zu 1) gesetzte Zusatz "zur Kenntnisnahme" entgegen.

70

Die Klägerin konnte die Erklärung der Beklagten zu 1) vom 01.02.2007 ebenfalls nicht dahingehend verstehen, dass Einwendungen wegen etwaiger Mängel der Leistungen auch zukünftig nach Fertigstellung und Erteilung der Schlussrechnung ausgeschlossen sein sollten. Einen dahingehenden Erklärungsgehalt hat die Erklärung der Beklagten zu 1) nicht. Die Erklärung konnte von der Klägerin nur als Bestätigung der Verpflichtung zur Leistung der Abschlagszahlung für die von dieser bereits erbrachten Leistungen verstanden werden. Demgemäß konnte die Klägerin auch die Vorbehaltlosigkeit dieser Erklärung lediglich in Bezug auf die Abschlagszahlung verstehen, d.h. dahingehend, dass diesem Anspruch keine Einwendungen entgegen gehalten werden sollten.

71

Die Klägerin hat die Schuldbestätigungserklärung der Beklagten zu 1) vom 01.02.2007 gemäß § 151 BGB angenommen, indem sie das von der Beklagten zu 1) unterzeichnete Schreiben an sich genommen hat. Nach der Verkehrssitte ist eine Annahmeerklärung nicht zu erwarten, wenn ein für den Empfänger lediglich vorteilhaftes Geschäft vorliegt. Dies ist bei einer Schuldbestätigung der Fall (vgl. Palandt-Heinrichs, § 151, R. 4).

72

73

Die Erklärung der Beklagte zu 1) vom 01.02.2007 ist nicht wegen Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Beklagte hat zwar die Erklärung mit Schreiben vom 07.11.2007 wegen Irrtums angefochten. Ein beachtlicher Irrtum ist jedoch nicht erkennbar.

Zunächst scheidet ein Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1, 1. Fall BGB aus, weil die Beklagte zu 1) den oben dargestellten Inhalt der Erklärung und das dahingehende Verständnis der Erklärung durch die Klägerin erkannt hat. Die Erklärung entsprach auch ihrer eigenen Interessenlage. Denn sie ging ebenfalls davon aus, dass sie zur Leistung von Abschlagszahlungen verpflichtet sei, und wollte auch, dass die Klägerin die Arbeiten fortführt und den Keller fertig stellt. Sie wusste, dass die Klägerin ihre Arbeiten nicht fortsetzt, solange nicht eine Zahlung erfolgt, und aufgrund der Erklärung der Mitarbeiter der Klägerin ebenfalls, dass die Klägerin eine Bestätigung des Vertrages wollte, weil der schriftliche Auftrag nicht vor ihr, der Beklagten zu 1), sondern ihrem Ehemann erteilt worden war. Zugleich war ihr aber auch klar, dass es der Klägerin im Ergebnis darum ging, eine Bezahlung für die geleisteten und mit den Abschlagsrechnung in Rechnung gestellten Arbeiten zu erhalten. Aufgrund der Androhung einer Strafanzeige war ihr ebenfalls bewusst, dass die wiederholten nicht eingehaltenen Zahlungsankündigungen bei der Klägerin den Eindruck hervorgerufen hatten, sie, die Beklagte zu 1), wolle die Klägerin betrügen und nicht zahlen. 74

Soweit die Beklagte zu 1) sich bei Abgabe der Erklärung darüber geirrt haben sollte, dass sie nach dem zugrunde liegenden Vertrag nicht zur Leistung von Abschlagszahlungen verpflichtet war, stellt dies einen unbeachtlichen Motivirrtum dar, welcher nicht zur Anfechtung berechtigt (vgl. Staudinger – Marburger: Kommentar zum BGB, § 781, Bearbeitung 2002, R. 19). 75

Eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 Abs. 1, 2. Fall BGB hat die Beklagte zu 1) nicht erklärt. Im Übrigen stellt aber die Drohung mit einer Strafanzeige kein widerrechtliches Mittel dar und es ist auch nicht erkennbar, dass eine Inadäquanz von Mittel und Zweck gegeben war. Nach Vorstellung beider Parteien hatte die Klägerin einen Anspruch auf Abschlagszahlungen und aus der Sicht der Klägerin lag eine Betrugshandlung der Beklagten zu 1) nahe, was auch der Beklagten zu 1) bekannt war. 76

Die Ausführungen im Schriftsatz der Beklagten zu 1) vom 27.05.2008 geben keinen Anlass zu einer abweichenden Würdigung oder zu einer Wiedereröffnung der Verhandlung gem. § 156 ZPO. 77

c. Danach kann dahinstehen, ob ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) auf Abschlagszahlungen auch gemäß § 632 a BGB gegeben ist. 78

II. Der Zinsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB. 79

Ein Zinsanspruch für die Zeit vom 21.07.2006 bis zum 17.05.2007 besteht nicht, weil der Anspruch gegen die Beklagte zu 1) nicht vor dem 01.02.2007 fällig geworden ist und sich die Beklagte zu 1) bis zum 17.05.2007 nicht erkennbar in Verzug befunden hat. Eine Mahnung ist in der Zeit vom 01.02.2007 bis zum 17.05.2007 nicht erkennbar erfolgt. Der Mahnbescheid wurde der Beklagten zu 1) im November 2006 vor Fälligkeit zugestellt. Hiernach besteht lediglich ein Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen seit dem 18.05.2007. 80

Ein höherer Zinssatz als derjenige von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz kann nicht zugesprochen werden, weil dies vom Landgericht abgelehnt worden ist und die Klägerin das Urteil nicht angefochten hat. 81

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Im Hinblick auf die Gerichtskosten in erster Instanz ist die nach dem Mahnverfahren erfolgte Klageerweiterung gegen den Beklagten zu 2) zu berücksichtigen. Im Übrigen war letztere hinsichtlich der Kostenverteilung nicht zu berücksichtigen, findet insbesondere eine Erstattung außergerichtlicher Kosten des Beklagten zu 2) nicht statt, weil das für einen formellen Kostenerstattungsanspruch erforderliche Prozessrechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) nicht entstanden ist. Die Klage gegen den Beklagten zu 2) wurde zurückgenommen, nachdem sie nicht zugestellt werden konnte. 83

Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 84

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 85

Streitwert des Berufungsverfahrens: 92.713,72 € 86

R. S.-L. J. 87