
Datum: 19.12.2008
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-22 U 86/08
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2008:1219.I22U86.08.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 22.04.2008 verkündete Urteil des Landgerichts Wuppertal, Az. 11 O 2/08, abgeändert und unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird als im Urkundsprozess nicht statthaft abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits, einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

A.

Die Klägerin macht im Wege der Teilklage im Urkundsprozess Restwerklohnansprüche aus einem zwischen den Parteien geschlossenen VOB-Nachunternehmervertrag geltend.

Unter dem 21.09.2006 beauftragte die Beklagte, die ihrerseits von einer Fa. v. H. S. & K. GmbH & Co. KG (im Folgenden Bauherr) beauftragt war, die Klägerin als Nachunternehmerin mit der Erbringung von Abbruch- und Bauarbeiten zwecks Errichtung einer Halle auf dem Grundstück V. S. 109 in W. zum Pauschal festpreis von 450.000,00 Euro netto unter

1

2

3

4

Einbeziehung der Auftragsverhandlung vom 04.09.2006, des Leistungsverzeichnisses und der VOB/B und VOB/C. Der Formularvertrag nahm ferner durch eine handschriftliche Eintragung Bezug auf einen Terminplan vom 20.09.2006 und sah eine Vertragsstrafe "für jeden Werktag der Überschreitung" ohne gesonderten Nachweis eines Schadens vor, wobei die im Vertragsformular vorgesehene Eintragung der täglichen Strafhöhe nicht ausgefüllt wurde (Bl. 12 d. GA.). Die Vertragsstrafe sollte weiter "höchstens 5 % der Brutto-Auftragssumme" betragen und war davon abhängig, dass die Beklagte als Auftraggeberin sich die Geltendmachung der Vertragsstrafe bei Abnahme vorbehielt. In § 12 des Vertrags war eine Gewährleistungssicherheit in Höhe von 5 % der Brutto-Schlussrechnungssumme vereinbart, welche die Klägerin durch die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft sollte ablösen dürfen.

Die Klägerin wurde in der Folge von der Beklagten über den ursprünglichen Leistungsumfang hinaus mit der Erbringung weiterer Zusatzleistungen beauftragt. Diese waren u.a. Gegenstand der Rechnungen der Klägerin vom 14.02.2007 über 73.863,36 Euro (Bl. 62 f. d. GA.) und vom 24.04.2007 in Höhe von 51.862,66 Euro (Bl. 64 ff. d. GA.). Wegen in der zweiten Rechnung aufgeführter, tatsächlich aber nicht erbrachter Leistungen, erteilte die Klägerin der Beklagten am 08.06.2007 eine Gutschrift über 4.305,00 Euro. Darüber hinaus akzeptierte die Klägerin hinsichtlich dieser Rechnung eine von der Beklagten vorgenommene Kürzung um 1.523,40 Euro.

Nach Fertigstellung der Halle wurden die Leistungen der Klägerin am 03.05.2007 ausweislich des Abnahmeprotokolls (Bl. 57 ff. d. GA.) abgenommen, hierin behielt sich die Beklagte die Geltendmachung der Vertragsstrafe vor. Die Anlage zum Abnahmeprotokoll wies verschiedene von der Klägerin bis zum 11.05.2007 noch zu beseitigende Mängel auf, die in der Folge – von wem, ist zwischen den Parteien streitig - erledigt wurden. Der Bauherr bestätigte durch Unterschrift vom 24.09.2007 auf der Anlage zum Abnahmeprotokoll, dass die Mängel behoben seien.

Unter dem 14.06.2007 stellte die Klägerin gegenüber der Beklagten Schlussrechnung hinsichtlich der Ursprungsauftrags (Bl. 78 f. d. GA.), die unter Berücksichtigung von seitens der Beklagten erbrachten Abschlagszahlungen mit einer Restforderung in Höhe von 121.945,80 Euro endete und in der Folge von der Beklagten geprüft wurde. Aufgrund dieser Prüfung kam die Beklagte zu dem Ergebnis, dass die Klägerin um 126.015,29 Euro überzahlt sei.

Unter dem 24.09.2007 forderte die Klägerin die Beklagte unter Hinweis auf § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B auf, die Einzahlung des Sicherheitseinbehalts auf ein Sparbuch bis zum 02.10.2007 vorzunehmen und die Schlussrechnungen vom 14.02.2007, 24.04.2007 und 08.06.2007 binnen dieser Frist auszugleichen.

Die Klägerin hat behauptet,

sie selbst habe sämtliche im Abnahmeprotokoll vom 03.05.2007 aufgeführten Mängel beseitigt, insbesondere habe sie auch zwei erfolgreiche Plattendruckversuche durchgeführt.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zur Zahlung von 202.643,42 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.10.2007 zu verurteilen;

2. die Beklagte zur Zahlung von netto 2.534,20 Euro außergerichtlicher Kosten nebst gesetzlicher Zinsen seit Rechtshängigkeit zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Die Beklagte hat die erhobene Klage im Urkundsprozess für unstatthaft gehalten, insbesondere fehle es an einem ihrerseits abgegebenen deklaratorischen Schuldanerkenntnis. 16

Die Beklagte hat behauptet, die Mangelbeseitigung sei überwiegend von ihr mit eigenen Leuten durchgeführt worden, weil die Klägerin trotz Aufforderung die Mangelbeseitigung nicht vorgenommen habe. Insbesondere fehle der von der Klägerin geschuldete Nachweis von zwei Plattendruckversuchen, die eine Verdichtung von mindestens 120 NM/qm nachwiesen. Soweit die Beklagte einen solchen im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 12.02.2008 durch Vorlage eines entsprechenden Protokolls habe nachweisen wollen, fehle es bereits an dem urkundlichen Nachweis, dass das von der Klägerin erstellte Gewerk geprüft worden sei. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Klägerin mit RCL-Material gearbeitet habe, während der Druckversuch ausweislich des Protokolls auf Schotter vorgenommen worden sei. 17

Die von der Klägerin gefertigte Pflasterfläche habe aufgenommen und neu verlegt werden müssen, was Kosten in Höhe von 51.162,80 Euro verursacht habe. Darüber hinaus seien weitere, von der Beklagten im Einzelnen benannte (Bl. 119 und Bl. 145 d. GA.) Mängel am Bauvorhaben vorhanden gewesen. Da die Klägerin die Eindeckung der Halle nicht fristgerecht erstellt habe, habe eine Heizungsanlage eigens aufgestellt werden müssen, um die Presse, die der Bauherr nur bei bestimmten Temperaturen dort habe aufstellen wollen, montieren zu können. 18

Die Klägerin mache Nachträge in Höhe von 61.803,39 Euro geltend, obwohl diese nicht ausgeführt worden seien. Ebenso könne die Klägerin, wie die Beklagte meint, die Auszahlung des vertraglich vereinbarten Sicherheitseinbehalts nicht verlangen. 19

Das Landgericht hat nach mündlicher Verhandlung einen Verkündungstermin auf den 18.03.2008 bestimmt. Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 14.03.2008 wurde dieser auf den 22.04.2008 verlegt (Bl. 172 d. GA.). Gleichzeitig wurden die Parteien mit Schreiben vom 18.03.2008 (vgl. Vermerk Bl. 172 Rs. d. GA.) im Einzelnen auf die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch die Kammer, insbesondere zur Frage der Statthaftigkeit der Klage im Urkundsprozess hingewiesen (Bl. 173 ff. d. GA.) und es wurde angefragt, ob die Klägerin vom Urkundsprozess Abstand nehmen wolle. Zu diesem Hinweis nahmen die Prozessbevollmächtigten ergänzend Stellung eine Abstandnahme vom Urkundsprozess erfolgte nicht. Mit sodann am 22.04.2008 verkündetem Vorbehaltsurteil und Urteil wurde die Beklagte zur Zahlung in Höhe von 140.840,03 Euro nebst Zinsen und außergerichtlicher Kosten in Höhe von 2.080,05 Euro verurteilt und die Klage im Übrigen als in der gewählten Prozessart unstatthaft abgewiesen. 20

Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, dass von einem seitens der Beklagten abgegebenen deklaratorischen Schuldanerkenntnis nicht ausgegangen werden könne, denn die Beklagte habe im Rahmen der Rechnungsprüfung die von der Klägerin in ihrer Schlussrechnung geltend gemachte Restzahlung durchgestrichen und vermerkt, dass eine Überzahlung in Höhe von 126.015,29 Euro vorliege. Dieses Verhalten könne nicht als 21

Erklärung der Beklagten gewertet werden, dass die Höhe der noch ausstehenden Forderung dem Streit der Parteien entzogen sein solle. Dies umso mehr, als die Beklagte die von der Klägerin errechnete Gesamtwerklohnforderung nur als "Zwischensumme" bezeichnet und als solche ihren Berechnungen zugrunde gelegt habe.

Die Statthaftigkeit der Klage im Urkundsprozess hänge hiervon indes nicht allein ab, vielmehr müssten auch im Bauprozess lediglich die anspruchsbegründenden Tatsachen – nach Grund und Höhe – mit Urkunden belegt werden. Im vorliegenden Fall seien Vertragsschluss, Abnahme und Ablauf der Prüffrist für die Schlussrechnung unstreitig und im Übrigen durch Urkunden belegt. Da die Mangelfreiheit keine Fälligkeitsvoraussetzung sei, komme es im Hinblick auf die Statthaftigkeit der Klage hierauf nicht an. Da die Klägerin die seitens der Beklagten bestrittene Leistungserbringung nicht durch Urkunden nachweisen könne, sei die Klage im Urkundsprozess in Höhe des Teils der Forderung, hinsichtlich dessen die Beklagte die Leistungserbringung bestreite, nicht statthaft. Da im Zuge des Urkundsprozesses nur die streitigen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden müssten, sei die fehlende Statthaftigkeit auch auf den streitigen Teil der Restwerklohnforderung beschränkt. 22

In dieser Höhe sei die Klage auch begründet, weil die Beklagte den Beweis für die von ihr erhobenen Gegenrechte nicht durch Urkunden geführt habe. Soweit die Beklagte wegen von ihr behaupteter Mängel einen Sicherungseinbehalt von 119.925,60 Euro geltend mache, habe sie im Urkundsprozess zulässige Beweismittel nicht angeboten. 23

Ein Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Sicherungseinbehalt, auf den sich die Beklagte berufe, bestehe nicht, nachdem sie die seitens der Klägerin gem. § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B gesetzte Frist habe verstreichen lassen und die Klägerin daher einen Anspruch auf Auszahlung der Sicherheit habe. § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B sei insbesondere nicht im Sinne einer Fälligkeitsbestimmung zu verstehen, sondern begründe einen Auszahlungsanspruch des Unternehmers. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass es sich für den Besteller um Fremdgeld handle und überdies § 17 Nr. 6 VOB/B eine Bestimmung mit Strafcharakter darstelle, was sich daran zeige, dass der Unternehmer keine andere Sicherheit leisten müsse. 24

Die im Abnahmeprotokoll noch aufgeführten Mängel seien unstreitig behoben, so dass die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht insoweit nicht geltend machen könne. Die Protokolle über zwei Plattendruckversuche mit ausreichend hohen Werten seien zwischenzeitlich vorgelegt worden, mehr sei zwischen den Parteien vertraglich nicht vereinbart. 25

Das landgerichtliche Urteil, welches den Prozessbevollmächtigten der Parteien jeweils am 30.04.2008 zugestellt wurde, wird von der Klägerin mit ihrer am 28.05.2008 beim Oberlandesgericht eingegangenen und am 30.06.2008 begründeten Berufung angegriffen. Die Beklagte hat gegen das Urteil mit am 16.05.2008 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese innerhalb der mit Verfügung vom 01.07.2008 verlängerten Frist am 08.07.2008 begründet. 26

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung ihr ursprüngliches Klageziel weiter. Sie ist der Ansicht, dass das Landgericht die Klage hinsichtlich der streitigen Leistungserbringung nicht als unstatthaft habe abweisen dürfen. Denn im Rahmen eines Pauschalvertrags müsse der Besteller darlegen und beweisen, dass die vertraglich vereinbarten Leistungen ganz oder teilweise nicht erbracht worden seien. Da die Beklagte im Rahmen der Schlussrechnung die Addition der drei von ihr – der Klägerin – gestellten Rechnungen akzeptiert habe und ihre Einwendungen erst daran anschlössen, sei die Beklagte im Urkundsprozess antragsgemäß zu verurteilen. Dies umso mehr, als die Parteien eine Pauschalierung vereinbart hätten und 27

daher die Beklagte für eine Unterschreitung der von der Pauschalierung erfassten Massen keinerlei Vortrag gehalten, geschweige denn hierfür im Urkundsprozess zulässigen Beweis angetreten hätte.

Die Klägerin beantragt,	28
das Urteil des Landgerichts Wuppertal, Az. 11 O 2/08, vom 22.04.2008 abzuändern und die Beklagte unter Vorbehalt ihrer Rechte im Nachverfahren insgesamt zur Zahlung von 202.643,42 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz seit dem 03.10.2007 an die Klägerin zu verurteilen sowie die Beklagte insgesamt zur Erstattung außergerichtlicher Kosten in Höhe von netto 2.534,20 Euro nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 26.11.2007 an die Klägerin zu verurteilen.	29
Die Beklagte beantragt,	30
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen sowie	31
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Wuppertal vom 22. April 2008 die Klage der Klägerin insgesamt abzuweisen.	32
Die Klägerin beantragt,	34
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	35
Die Beklagte hält an ihrer erstinstanzlichen Auffassung fest, dass die Klage insgesamt als im Urkundsprozess nicht statthaft abzuweisen sei, weil die Klägerin nicht zu beweisen vermöge, dass sie die geschuldeten Leistungen erbracht habe.	36
Zu Unrecht habe das Landgericht den vertraglichen Sicherheitseinbehalt nicht von der Klagesumme abgezogen, obwohl dessen Vereinbarung durch Urkunde belegt sei. Dabei könne letztlich dahinstehen, ob dem Landgericht in der streitigen Frage der Rechtsfolgen des § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B zu folgen sei, denn jedenfalls schließe die vertragliche Konstruktion der Parteien eine Anwendung des § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B trotz der entsprechenden Bezugnahme in § 1 Buchst. b) des Vertrags aus, weil die Parteien durch umfangreiche abweichende Bestimmungen zu Abschlagszahlungen und Nachforderungen die Geltung der VOB/B als Ganzes nicht vereinbart hätten.	37
Zu Unrecht sei das Landgericht auch davon ausgegangen, dass die Klägerin die geschuldeten Protokolle über Plattendruckmessversuche vorgelegt habe, denn die Protokolle vom 24.05.2007 (Bl. 149 f. GA) wiesen für die Messstellen 1 und 2 zu geringe Werte aus und die Protokolle vom 24.05.2007 an den – ihr nicht bekannten – Messstellen 5 und 6 ließen nicht erkennen, ob sie sich auf das Gewerk der Klägerin bezögen. Deswegen müsse die Klägerin sich auch den für die Pflasterarbeiten vorgenommenen Abzug in Höhe von 51.162,80 Euro gefallen lassen.	38
Das Urteil des Landgerichts sei auch hinsichtlich des Nachweises der Mangelfreiheit rechtsfehlerhaft, weil der Klägerin der Beweis oblegen habe, dass die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel von ihr beseitigt worden seien. Die Abnahmebescheinigung des Bauherrn sei in diesem Zusammenhang ohne Belang, weil dieser nicht am Vertragsverhältnis der Parteien beteiligt gewesen sei.	39

Die in der Rechnungsprüfung als Urkunde aufgeführten Mängel und den dort bezifferten Mehraufwand müsse die Klägerin sich entgegen halten lassen.

B.

41

Auf die Berufung der Beklagten ist das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage als im Urkundsprozess unstatthaft abzuweisen, die Berufung der Klägerin bleibt demgegenüber ohne Erfolg.

42

I.

43

Die Berufungen beider Parteien sind zulässig, insbesondere sind sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

44

Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob das landgerichtliche Urteil unter Verstoß gegen § 310 Abs. 1 S. 1 ZPO verkündet worden ist. Daran bestehen insbesondere deswegen Zweifel, weil das Gericht in der Sitzung vom 12.02.2008 zunächst einen Verkündungstermin für den 18.03.2008 bestimmt hatte, in diesem Termin aber keinerlei Entscheidung verkündet wurde. Stattdessen wurde den Parteien ein Schreiben vom 18.03.2008 zugeleitet, in dem umfangreich Hinweise erteilt und der Klägerin eine Stellungnahmefrist gesetzt wurde, damit diese mitteile, ob sie vom Urkundsprozess Abstand nehme. Gleichzeitig erfolgte eine Verlegung des Verkündungstermins auf den 22.04.2008 (Bl. 173 ff. d. GA.). Der Sache nach stellt diese Vorgehensweise einen Übergang ins schriftliche Verfahren gem. § 128 Abs. 2 ZPO dar, ohne dass dessen Voraussetzungen eingehalten wurden. Bei dem Verstoß gegen § 310 Abs. 1 S. 1 ZPO handelt es sich um einen wesentlichen Mangel i.S.d. § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 310, Rn. 9 m.w.N.); der für eine Aufhebung und Zurückverweisung erforderliche Antrag fehlt indes. Der Senat ist jedoch trotz des Verstoßes gegen § 310 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht gehindert, in der Sache zu entscheiden (Zöller/Gummer/ Heßler, a.a.O., § 538, Rn. 29 a.E. m.w.N.).

45

II.

46

Die vom Kläger erhobene Klage ist im Urkundsprozess nicht gem. § 592 S. 1 ZPO statthaft. Die Klage ist auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet, so dass es für die Statthaftigkeit des Urkundsprozesses allein darauf ankommt, ob die Klägerin i.S.d. § 592 S. 1 2. Halbs. ZPO "sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden" beweisen kann. Zur Statthaftigkeit der Werklohnklage im Urkundsprozess müssen durch Urkunden grundsätzlich der Abschluss des Werkvertrags sowie die Fälligkeit und Höhe des Vergütungsanspruchs durch Urkunden bewiesen werden können (OLGR Celle 2007, 279 ff. – zitiert nach Juris, dort Rn. 14; OLG Köln, BauR 2008; 129 ff. – zitiert nach Juris dort Rn. 27; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 20. Teil, Rn. 67 – zitiert nach Beck-online).

47

§ 592 S. 1 ZPO ist nach h.M. allerdings dahingehend einschränkend auszulegen, dass der Kläger im Urkundsverfahren nicht hinsichtlich aller anspruchsbegründenden Tatsachen den Urkundsbeweis führen muss, sondern nur hinsichtlich der beweisbedürftigen Tatsachen. Da ein Beweis offenkundiger oder unstreitiger Tatsachen vom Kläger nicht geführt werden muss, ist es hinsichtlich dieser Tatsachen für die Statthaftigkeit des Urkundsprozesses auch nicht erforderlich, dass der Kläger Beweis durch Urkunden führen kann. Insoweit führt allerdings das bloße Nichtbestreiten des Anspruchs nicht zur Statthaftigkeit einer Klage im Urkundsprozess, auch dann, wenn keine Urkunde vorgelegt wird. Vielmehr eröffnet die h.M. dem Kläger lediglich die Möglichkeit, Lücken im Urkundsbeweis durch unstreitige,

48

zugestandene oder offenkundige Tatsachen zu füllen (BGH NJW 1974, 1199, 1200 f.; WM 1985, 738 f.; OLGR München 2007, 361 f.; OLG Köln, BauR 2008, 129 ff.; OLG Frankfurt, Urt. vom 31.05.1990, Az. 3 U 13/90; Urt. vom 24.01.2007; Az. 13 U 168/05 – sämtlich zitiert nach Juris; Musielak/Voit, ZPO, Kommentar, 6. Aufl. 2008, § 592, Rn. 11 – zitiert nach Beck-online; Zöller/Greger, ZPO, Kommentar, 26. Aufl. 2008, § 592, Rn. 10 f. m.w.N.;). Für das vorliegende Verfahren gilt unter Anwendung dieser Grundsätze Folgendes:

1. 49

Die Klägerin kann den Abschluss des Werkvertrags durch Urkunden beweisen. Zwar hat sie lediglich den Nachunternehmervertrag vom 21.09.2006 vorgelegt, nicht indes die Nachträge, deren Vergütung sie ebenfalls mit der vorliegenden Klage geltend macht. Einer urkundlichen Belegung der Beauftragung mit den Nachträgen bedarf es allerdings nach den oben dargelegten Grundsätzen deswegen nicht, weil die Beklagte diese nicht bestritten hat. 50

2. 51

Auch die Fälligkeit der Werklohnforderung hat die Klägerin mit im Urkundsprozess statthaften Beweismitteln nachgewiesen. Die Fälligkeit setzt beim VOB-Vertrag die Abnahme und die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung voraus. Beides hat die Klägerin durch die Vorlage des Abnahmeprotokolls und die Vorlage der Schlussrechnung nebst Prüfvermerk der Beklagten urkundlich belegt, so dass die Klage im Urkundsprozess auch insoweit statthaft ist. In diesem Zusammenhang ist es noch unbeachtlich, dass die Abnahme unter Mängelrügen erfolgte (vgl. hierzu unten 4.). Denn die erteilte Abnahme trotz Mängeln führt nicht dazu, dass die Werklohnforderung als solche nicht fällig wird, sondern hat ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe der dreifachen Mängelbeseitigungskosten zur Folge, § 641 Abs. 3 BGB. Die Fälligkeit des Werklohnsanspruchs als solche wird durch die Abnahme unter Mängelvorbehalt demgegenüber nicht gehindert. 52

3. 53

Demgegenüber vermag die Klägerin indes die Höhe ihres Anspruchs nicht mit im Urkundsprozess statthaften Beweismitteln zu beweisen. Die Beklagte hat die Höhe der klägerischen Forderung bestritten, so dass die Klägerin gehalten ist, einen urkundlichen Beleg beizubringen. 54

a) Die Schlussrechnung als solche stellt eine bloß einseitige Erklärung der Klägerin dar, die nicht geeignet ist, den Beweis zu erbringen, dass die dort aufgeführten Leistungen auch tatsächlich ausgeführt wurden. Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang darüber hinaus vorgelegte Prüfung der Schlussrechnung durch die Beklagte ist im Ergebnis ebenfalls nicht geeignet, die Höhe der Forderung zu beweisen. Denn auch aus ihr ergibt sich nicht, dass die Klägerin die in Rechnung gestellten Arbeiten tatsächlich ausgeführt hat. 55

b) Die Rechnungsprüfung stellt kein seitens der Beklagten abgegebenes deklaratorisches Schuldanerkenntnis für eine Leistungserbringung seitens der Klägerin dar. Zwar kann die Rechnungsprüfung durch den Auftraggeber im Einzelfall als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu verstehen sein (vgl. nur OLG Karlsruhe BauR 1998, 403; OLG Oldenburg BauR 2001, 831 ff. – beide zitiert nach Juris). Der für ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis erforderliche Wille der Beklagten, den Umfang der von der Klägerin erbrachten Leistungen im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung dem Streit der Parteien zu entziehen, lässt sich der Rechnungsprüfung durch die Beklagte hier aber gerade nicht entnehmen. Denn die Beklagte hat zwar zu Beginn der Rechnungsprüfung die verschiedenen 56

seitens der Klägerin gestellten Rechnungen und die Gutschrift zu einer "Zwischensumme" aufaddiert. Dies diene jedoch ersichtlich nicht dem Zweck, die berechtigten Ansprüche der Klägerin festzuschreiben, sondern sollte allein der Ermittlung der Höhe der geltend gemachten Ansprüche dienen. Dies ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Rechnungsprüfung, in deren Rahmen unmittelbar nach der Addition der geltend gemachten Forderungen die nicht erbrachten Leistungen abgezogen werden. Insoweit kann die von der Beklagten gewählte methodische Vorgehensweise, zunächst die Rechnungssummen aufzuaddieren, um hiervon die nicht erbrachten Leistungen abzuziehen, rechtlich keine anderen Folgen zeitigen, als wenn die Beklagte zunächst die einzelnen Rechnungen um die nicht erbrachten Leistungen gekürzt und sie sodann addiert hätte. Denn die grundsätzliche rechtliche Wirkung, dass nicht erbrachte Leistungen nicht zu vergüten sind, tritt unabhängig davon ein, welche Prüfungsreihenfolge der Besteller im Rahmen der Rechnungsprüfung wählt. Wenn der Besteller aber im Rahmen der Rechnungsprüfung deutlich macht, dass er von nicht erbrachten Leistungen ausgeht und deswegen die Zahlung der Vergütung (teilweise) verweigert, ist die von ihm gewählte Rechenmethode für die Rechtsfolgen grundsätzlich ohne Bedeutung.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen ursprünglichen Vertrag um einen Pauschalpreisvertrag handelte (vgl. zu diesen Fällen auch Kniffka/Koeble a.a.O., 20. Teil, Rn. 68), und die von der Beklagten vorgenommene Vergütungskürzung infolge nicht erbrachter Leistungen sich ausweislich der Anlage zur Rechnungsprüfung (Bl. 81 – 85 d. GA.) allein auf Positionen erstreckte, die von der Pauschalierung erfasst sind. Zwar schließt eine Pauschalierung eine nachträgliche Neuberechnung des Anspruchs aus, so dass sich der Besteller auf Minderleistungen nur berufen kann, wenn bestimmte Grenzen unterschritten wurden. Wegen der deswegen dem Besteller obliegenden Darlegungs- und Beweislast für die Überschreitung der Grenzen ließe sich argumentieren, dass die Vertragsurkunde zum Beweis der Anspruchshöhe ausreicht. Dies kann aber jedenfalls im vorliegenden Fall dahinstehen. Denn die Parteien haben in § 2 vorletzter Absatz des Vertrags (Bl. 10 d. GA.) eine Mehr- und Mindervergütung bereits für Abweichungen vom Leistungsverzeichnis in Höhe von 5 % vorgesehen, so dass die Pauschalierung die Kürzung der Vergütung gerade nicht ausschließen sollte. Ein Großteil der Kürzungen seitens der Beklagten beruht aber ersichtlich nicht lediglich auf Minderungen, sondern darauf, dass diese Positionen nach der Rechnungsprüfung gar nicht ausgeführt worden sein sollen. 57

Darüber hinaus macht die Beklagte nicht allein Ansprüche aus einem Pauschalpreisvertrag geltend, sondern auch aus Nachtragsaufträgen, die offensichtlich nach Einheitspreisen abgerechnet werden sollten und überdies – das ergibt sich aus der Rechnungsprüfung der Beklagten, vgl. z.B. Pos. 7.6, 16.7 – zumindest zum Teil zum Wegfall von Positionen des Ursprungsauftrags geführt haben. Diese Einheitspreisverträge sind indes der Höhe nach urkundlich nicht belegt, so dass die Klage schon wegen des mangelnden urkundlichen Nachweises der Höhe des Anspruchs nicht statthaft ist. 58

c) Der Urkundsprozess ist auch entgegen der dem landgerichtlichen Urteil augenscheinlich zugrunde liegenden Auffassung nicht zumindest in dem Umfang statthaft, in dem die Beklagte einen Abzug für nicht erbrachte Leistungen nicht vorgenommen hat. Insoweit kann für die Statthaftigkeit des Urkundsprozesses im vorliegenden Fall insbesondere nicht angeführt werden, dass nur beweisbedürftige Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden müssen, und daher die – in Höhe von 140.840,03 Euro dem Entstehensgrund nach unstreitige – Klageforderung nicht des Beweises durch Urkunden bedürfte. Diese Argumentation widerspräche insbesondere der Konzeption der VOB/B. Denn der 59

Unternehmer hat im Rahmen des VOB/B-Vertrags nur Anspruch auf den Saldo aus einer Schlussrechnung (Kniffka/Koeble, a.a.O., 5. Teil, Rn. 147 m.w.N.). Gem. § 16 Nr. 3 Abs. 1 S. 4 VOB/B ist das unstreitige Guthaben aus einer Schlussrechnung sofort auszuführen. Ein derartiges unstreitiges Guthaben existiert indes im vorliegenden Fall nicht, weil die Beklagte hier rechnerisch zu einer Überzahlung der Klägerin gelangt ist und eben keinen Saldo zu Gunsten der Klägerin ermittelt hat. Schon wegen der "Querverrechnung" von Pauschalpreisvertrag und Nachträgen lässt sich hier ein unstreitiger Saldo der Schlussrechnung und ihrer Prüfung nicht entnehmen.

4.

60

Die Klage ist darüber hinaus im Urkundsprozess auch deswegen nicht statthaft, weil die Klägerin nicht bewiesen hat, dass sie die im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel selbst beseitigt hat, so dass sich die Beklagte erfolgreich auf ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 641 Abs. 3 BGB berufen kann. Zwar hat ein auf § 641 Abs. 3 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht im Regelfall keinen Einfluss auf die Statthaftigkeit der Klage im Urkundsprozess, weil im Urkundsprozess vom Kläger gem. § 592 S. 1 ZPO nur die anspruchsbegründenden Tatsachen urkundlich belegt werden müssen. Demgegenüber müssen die rechtshindernden Einwendungen – jedenfalls soweit es um die Statthaftigkeit der Klage im Urkundsprozess geht – nicht urkundlich widerlegt werden (Musielak/Voit, a.a.O., § 592, Rn. 10). Um eine derartige rechtshindernde Einrede handelt es sich beim Zurückbehaltungsrecht gem. § 641 Abs. 3 BGB.

61

Im Rahmen eines Werkvertrags besteht bei einer Abnahme unter Vorbehalt allerdings die Besonderheit, dass die Beweislast für die Mangelfreiheit der Werks hinsichtlich der bei Abnahme unstreitig vorhandenen und vorbehaltenen Mängel beim Werkunternehmer verbleibt (BGH BauR 2005, 1010 – zitiert nach Juris, dort Rn. 16; Kniffka/ Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 4. Teil, Rn. 14 – zitiert nach Beck-online). Da die Klägerin alle Tatsachen, hinsichtlich derer sie die Beweislast trägt, im Rahmen des Urkundsprozesses urkundlich belegen muss (Musielak/Voit, a.a.O., § 592, Rn. 9 – zitiert nach Beck-online; vgl. auch Zöller/Greger, § 592, Rn. 8), muss sie auch beweisen, dass sie die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel beseitigt hat. Diesen Beweis hat die Klägerin im vorliegenden Fall indes nicht mit den im Urkundsprozess zulässigen Beweismitteln geführt. Zwar ist die Mängelbeseitigung als solche zwischen den Parteien weitgehend unstreitig. Streitig ist jedoch, welche Partei die Mängelbeseitigung durchgeführt hat. Die Bestätigung des Hauptauftraggebers, dass alle Mängel beseitigt seien, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da sie über die Person dessen, der die Mängelbeseitigung ausgeführt hat, keine Aussage macht. Da die Parteien im Rahmen der Abnahme einen Termin zur Mängelbeseitigung festgelegt haben, bedurfte es einer Fristsetzung seitens der Beklagten zur Nachbesserung im vorliegenden Fall nicht mehr, sondern sie durfte nach Ablauf dieser Frist den Mangel selbst beseitigen und die Erstattung der hierfür erforderlichen Kosten der Klägerin – wie im Rahmen der Rechnungsprüfung (Bl. 88 d. GA.) geschehen – entgegen halten.

62

Soweit sich die Beklagte darüber hinaus auf das Fehlen der Pressprotokolle zum Nachweis der hinreichenden Tragfähigkeit des Bodens berufen hat, lagen der Beklagten Pressprotokolle, die den vertraglich vereinbarten Wert von 120 MN/qm nachwiesen, jedenfalls bis zur Klageerhebung unstreitig nicht vor. Die Klägerin hat auch nicht durch die Vorlage der Protokolle im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 12.02.2008 (vgl. Bl. 135 und Bl. 1138 – 140 d. GA.) die Beseitigung dieses Mangels nachgewiesen. Denn aus den Protokollen ergibt sich entsprechend der Auffassung der Beklagten nicht, ob die Pressungen

63

auf der von der Klägerin bearbeiteten Fläche erfolgten. Dies erscheint insbesondere wegen des unterschiedlichen Untergrunds, der in den Messprotokollen ausgewiesen ist, fraglich. Zwar bietet die Klägerin in zweiter Instanz insoweit eine nachvollziehbare Erklärung, indem sie darauf hinweist, dass das ursprünglich verbaute RCL-Material im Zuge der Mangelbeseitigung durch Schotter ausgetauscht worden sei (Bl. 269 d. GA.). Ob diese Behauptung zutrifft, ist zwischen den Parteien aber streitig und von der Klägerin mit Urkunden nicht zu beweisen.

III. 64

Für den Fall, dass die Klägerin ihren Anspruch im Rahmen einer neu zu erhebenden Werklohnklage weiter verfolgt, weist der Senat – ohne sich insoweit für ein etwaiges späteres Verfahren zu binden - vorsorglich bereits jetzt auf folgende Gesichtspunkte hin: 65

1. Es fehlt nach Auffassung des Senats bereits an jeglichem substantiierten Vortrag der Klägerin zur Beauftragung der Nachträge. Denn die Klägerin nimmt allein auf die von ihr hierzu gestellten Rechnungen Bezug. Da jedoch die Beklagte im Rahmen der Rechnungsprüfung ganz offensichtlich nicht erbrachte Leistungen abgezogen hat, wäre es an der Klägerin, zur Beauftragung und Erbringung der Leistungen im Einzelnen vorzutragen. 66

2. Die Vereinbarung und Verwirkung einer Vertragsstrafe, auf die die Beklagte sich beruft, ist von der Klägerin zwar nicht ausdrücklich bestritten worden, allerdings ergibt sich aus dem vorgelegten Vertragsexemplar die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nicht schlüssig. Denn die entsprechende Bestimmung des § 9 des Vertrags (Bl. 11 f. d. GA.) ist nicht vollständig ausgefüllt, insbesondere fehlt es an einer Festlegung, welche Vertragsstrafe bei welcher Überschreitung vereinbart sein soll. 67

3. Der Senat teilt die von einem Teil der Rechtsprechung und Literatur (OLG Dresden NJW-RR 2001, 1598 f.; KG BauR 2003, 131 OLG Karlsruhe BauR 2008, 114 – sämtlich zitiert nach Juris; Ingenstau/Korbion, VOB, Kommentar, § 17 Nr. 6 VOB/B, Rn. 25) vertretene Auffassung, dass sich der Besteller gegenüber einem aus § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B resultierenden Auszahlungsanspruch auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen am Bauvorhaben noch vorhandener Mängel berufen kann. Dies folgt bereits aus der Überlegung, dass § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B dem Unternehmer nur die Zurückhaltung eines Werklohnteils verwehrt, wenn noch gar keine Mängel gerügt seien, die Möglichkeit der Einbehaltung eines Werklohnteils bei festgestellten Mängeln demgegenüber nicht ausgeschlossen sein soll. Diese allgemeinen Regeln sind auch nicht mit einem Verweis auf den Sanktionscharakter des § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B (vgl. etwa OLG Celle BauR 2003, 906; Kapellmann/Messerschmidt/Thierau, VOB, Kommentar, § 17 VOB/B, Rn. 213) außer Kraft zu setzen. Denn bei dem Sicherheitseinbehalt handelt es sich der Sache nach um einen Teil des dem Unternehmer zustehenden Werklohns. Es ist aber unstrittig, dass der Besteller sich wegen am Bauwerk eingetretener Mängel gegenüber dem Werklohnanspruch auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen kann. § 17 Nr. 6 Nr. 3 VOB/B regelt daher lediglich die Ansprüche zwischen den Parteien des Bauvertrags, wenn ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln nicht ausgeübt wird. Es besteht kein Grund den Besteller, der gegen § 17 Nrn. 5 und 6 VOB/B verstößt und Mängel am Gewerk feststellt, schlechter zu stellen als den Besteller, der keinen Sicherheitseinbehalt vereinbart hat und einen Werklohnanteil unter Berufung auf Mängel des Werks zurückhält. Dies lässt sich auch nicht mit dem vom Landgericht angeführten Argument begründen, es handle sich bei dem Sicherheitseinbehalt um "Fremdgeld" hinsichtlich dessen eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht des Bestellers bestünde. Denn dies ist nur solange zutreffend, wie der zugrunde liegende Werklohnanspruch – abgesehen von der Sicherheitseinhaltsvereinbarung – einredefrei 68

besteht. Es leuchtet auch nicht ein, das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen, die Aufrechnung demgegenüber zuzulassen.

IV.	69
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.	70
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	71
Streitwert für das Berufungsverfahren: 202.643,42 Euro	72
Eine Zulassung des Rechtsstreits zur Revision kommt nicht in Betracht, da die hierfür gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 ZPO erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Entgegen der im klägerischen Schriftsatz vom 05.12.2008 geäußerten Auffassung hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist die Zulassung der Revision zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung eines einheitlichen Rechts erforderlich. Denn die Auslegung des Erklärungsgehalts einer Schlussrechnungsprüfung ist ebenso eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidung wie die Frage, welche Wirkungen die Pauschalierung in Verbindung mit der Mehr- und Mindervergütungsklausel hat. Gleiches gilt hinsichtlich der Wirkungen der Abnahme unter Mängelvorbehalt.	73
R. S.-L. M.	74