Oberlandesgericht Düsseldorf, I-5 U 53/14

Datum:	23.07.2015
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	5. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-5 U 53/14
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2015:0723.I5U53.14.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25.04.2014 verkündete Urteil der 18 b Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf – Einzelrichter – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 149.033,87 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 55.420,60 € seit dem 04.01.2011 und aus weiteren 93.613,27 € seit dem 16.09.2011 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz tragen die Klägerin zu 4 % und die Beklagte zu 96 %. Die Kosten der Berufungsinstanz tragen die Klägerin zu 2% und die Beklagte zu 98 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Das angefochtene Urteil ist, soweit die Berufung zurückgewiesen wurde, ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e 1

I. 2

Die Klägerin, eine Bauunternehmerin, verlangt von der Beklagten Vergütung aus einem gekündigten Werkvertrag. 3

Nach öffentlicher Ausschreibung beauftragte die Beklagte die Klägerin am 03.11.2009 mit den Rohbauarbeiten an einer Wagenhalle für das Zollkriminalamt K… . Innerhalb der unter Denkmalschutz stehenden Halle sollte ein Technikgebäude errichtet werden. Hierbei handelte es sich um eine sog. „Haus-in Haus-Konstruktion“. Die Auftragssumme belief sich auf 379.583,33 € brutto. In dem Kalkulationsblatt 221 (Anlage 7), das die Klägerin ihrem Angebot beigefügt hatte, hat sie einen Gesamtzuschlag von 15 % berechnet, der sich aus je 5 % für Baustellengemeinkosten, allgemeine Geschäftskosten und Kosten für Wagnis und Gewinn zusammensetzte. Darüber hinaus lag das ausgefüllte Formblatt 223 dem Angebot bei. In den besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten (Formblatt 214) war unter 1.1 geregelt, dass die Leistung innerhalb von 45 Werktagen nach der Frist für den Ausführungsbeginn vollendet („abnahmereif fertig“) sein sollte. 4

Bei einem ersten Besprechungstermin am 12.11.2009 vor Ort wurde festgestellt, dass weder Bestandsunterlagen über Strom, Wasser, Kanal, Telefon etc., existierten, noch Kenntnisse über eventuell im Baubereich vorhandene Ver- und Entsorgungsleitungen vorhanden waren. Alle elektrischen und technischen Einbauten sollten durch den Bauherrn bis zum vereinbarten Baubeginn der Klägerin am 23.11.2009 entfernt werden. Hinsichtlich des Terminplans und der Ausführungstermine wurde in einer Aktennotiz vom 12.11.2009 festgehalten, dass sich die vorgesehene Ausführungszeit aufgrund der Witterung und der arbeitsfreien Zeit der Klägerin vom 18.12.2009 bis 10.01.2010 verschiebe und verlängere. 5

Bei einem weiteren Besprechungstermin am 17.11.2009 wurden Schäden an der Wagenhalle festgestellt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob die Halle sogar einsturzgefährdet war. Die Beklagte gab ein Gutachten bei der P…gesellschaft t.. consult in Auftrag, um die statische Gesamtsituation der Halle feststellen zu lassen. 6

Mit E-mail vom 20.11.2009 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie sie am 19.11.2009 aufgefordert habe, mit den Rohbauarbeiten zu beginnen. Zu diesem Zweck habe sie, die Klägerin, alles vorbereitet und ihre Leute von der Baustelle in Goslar abgezogen, Hotel in Köln gebucht, Baustelleneinrichtung verladen etc. Hierdurch seien ihr Kosten entstanden. Diese Kosten stellte die Klägerin der Beklagten am 24.11.2009 in Rechnung. 7

Nach Vorlage des Gutachtens über erforderliche Verstärkungsmaßnahmen forderte die Beklagte die Klägerin mit E-mail vom 07.12.2009 auf, ein Nachtragsangebot über die notwendigen Maßnahmen zu erstellen. Die Klägerin erstellte daraufhin am 15.12.2009 ein „Nachtrags-Angebot Stützmaßnahme“ über eine Angebotssumme von 62.182,75 € netto, das jedoch nicht beauftragt wurde. 8

In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zu mehreren Telefonaten, deren Inhalt streitig ist. Mit Schreiben vom 02.06.2010 kündigte die Beklagte den Bauvertrag mit sofortiger Wirkung. Die Klägerin erteilte der Beklagten am 08.07.2010 eine Schlussrechnung nach Auftragskündigung über einen Betrag von 90.527,75 € brutto, in der die einzelnen Positionen und ersparten Aufwendungen aufgeführt waren und das Formular 223 der Ausschreibungsunterlagen beigefügt war. Lohnkosten enthielt diese Abrechnung nicht / bzw. nur in geringem Umfang. Am 23.08.2010 fand zwischen den Parteien ein Besprechungstermin über die Schussrechnung der Klägerin statt. 9

Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 27.09.2010 mit, dass sie veranlasst habe, einen Betrag von 35.107,15 € (brutto) als Schlusszahlung zu überweisen. Eine weitere 10

Zahlung lehnte sie mit der Begründung ab, die Ansprüche der Klägerin seien nicht ausreichend begründet. Gleichzeitig wies sie auf die Ausschlusswirkung der Schlusszahlung nach § 16 Nr. 3 VOB/B hin. Dem Schreiben war eine von der Beklagten vorgenommene Zusammenstellung der Kosten und Aufwendungen beigefügt. Mit Anwaltsschreiben vom 01.10.2010 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass der von dieser ermittelte Betrag von 35.107,15 € nicht ansatzweise nachvollzogen werden könne, machte gemäß § 16 Abs. 3 VOB/B einen Vorbehalt gegen die Schlusszahlung geltend und forderte sie auf, die Restforderung bis zum 08.10.2010 zu zahlen. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 08.10.2010 ab.

Mit Schriftsatz vom 15.07.2011 hat die Klägerin eine korrigierte Schlussrechnung vom 08.07.2010 über einen Betrag von 194.149,93 € vorgelegt, in der die kalkulierten Lohnkosten eingeflossen sind. Nachdem sie zunächst nur den Betrag aus der ursprünglichen Schlussrechnung abzüglich Zahlungen mit der Klage geltend gemacht hat, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 25.08.2011 ihre Klage erweitert und von der Beklagten unter Berücksichtigung erfolgter Zahlungen einen Betrag von 155.552,22 € verlangt. 11

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagten habe die Urkalkulation bei Angebotserstellung vorgelegen, da es sich bei der unstreitig überreichten Anlage K 8 um die Urkalkulation gehandelt habe. 12

Lohnkosten seien von ihr nicht erspart worden, da sämtliche Arbeiten von ihr mit acht festangestellten Mitarbeitern hätten ausgeführt werden sollen und das Personal während der gesamten siebenmonatigen Wartezeit vorgehalten worden sei. Die eingeplanten Mitarbeiter seien und blieben auch trotz der Kündigung des Vertrages bei ihr beschäftigt. Sie mache allerdings keine Lohnkosten für die Dauer von mehr als sieben Monaten geltend, sondern ausschließlich die kalkulierten Lohnkosten gemäß Formblatt 223. Entsprechend Ziffer 1.2 der Besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten habe sie ihr Personal für einen Zeitraum von 45 Werktagen, 7,5 Wochen, kalkuliert. Im Fall der Durchführung des Bauvorhabens hätte sie ihre Leistungen bis spätestens zum 16.01.2010 fertigzustellen gehabt. In dem Zeitraum vom 23.11.2009 – 31.12.2009 habe sie die Gehälter voll zahlen müssen, in den Monaten Januar und Februar 2010 habe sie ausweislich der Belege der Bundesagentur für Arbeit 50 % ihrer Lohnkosten erstattet bekommen. Es könne daher kein Zweifel bestehen, dass die ihr tatsächlich entstandenen Lohnkosten bereits Ende Februar, selbst unter Berücksichtigung des Kurzarbeitergeldes, die geltend gemachten kalkulierten Lohnkosten übersteigen hätten, da die Kündigung schließlich erst Anfang Juni erfolgt sei. 13

An Materialkosten lasse sie sich das nicht verbrauchte Material als ersparte Aufwendungen anrechnen, soweit ihr aufgrund der geschlossenen Lieferverträge keine Endkosten entstanden seien. 14

Bei den Gemeinkosten der Baustelle habe sie keine Aufwendungen erspart. Als wesentliche Kalkulationsposten seien die Planung sowie die Herstellung der Stücklisten und Bestellungen in Betracht gekommen, die sie vollständig durchgeführt habe. Allgemeine Geschäftskosten kämen als ersparte Aufwendungen bereits der Natur der Sache nach nicht in Betracht. Wagnis und Gewinn sei mit insgesamt 5 % angesetzt worden, wobei sie den Wagnisbestandteil nicht kalkuliert habe, weil es sich um einen Einheitspreisvertrag gehandelt habe. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die Formulare für die Kalkulationsgrundlagen von der Beklagten vorgegeben worden seien und nicht hätte geändert werden dürfen, weil sie, die Klägerin, ansonsten im Vergabeverfahren kein ordnungsgemäßes Angebot abgegeben hätte. 15

16

Gerätekosten seien nicht grundsätzlich erspart worden. Sie habe einen 6 t Bagger, eine 2,5 t Bagger, einen 8 t Teleskopradlader, einen LKW, einen Tieflader, eine Rüttelplatte mit 400 kg, eine Rüttelplatte mit 100 kg, einen Stapler, Abbruchhämmer sowie weitere Kleinwerkszeuge während der gesamten Dauer vorgehalten. Sie sei nämlich gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 VOB/B gehalten gewesen, die Leistungen ohne weiteres, unverzüglich aufzunehmen. Nachdem bekannt gewesen sei, dass die Grundlagen für die Durchführung der Leistungen an der Wagenhalle offenkundig nicht ordnungsgemäß ermittelt worden seien, habe es der Beklagten frei gestanden, früher zu kündigen. Stattdessen habe sie sich ein halbes Jahr „bedeckt gehalten“, währenddessen sie, die Klägerin, sich habe bereit halten müssen.

Anderweitigen Erwerb lasse sie sich nicht zurechnen. Bis Ende 2010 habe sie über kein anderes Bauvorhaben verfügt, welches sie habe abarbeiten können. Sie habe jederzeit damit rechnen müssen, dass sie Beklagte die Aufnahme der Leistungen gefordert hätte. Sie sei gehalten gewesen, einzelne Mitarbeiter kurzfristig in den Urlaub zu schicken, um in der Lage zu sein, die ihr obliegenden Arbeiten kurzfristig aufzunehmen. 17

Die Beklagte hat vorgetragen, die Klägerin habe ihr bei der Angebotsabgabe keine Urkalkulation übergeben. Anlage K 8 stelle auch keine Urkalkulation dar, sondern lediglich eine Auflistung von Einheitspreisen. Bei der Ermittlung der Einheitspreise auf dem Formblatt 223 seien zudem zahlreiche Rechenfehler auf Seiten der Klägerin aufgetreten, mit der Folge, dass die Klägerin die falschen Einheitspreise in ihre Rechnung übernommen habe. Das Nachtragsangebot der Klägerin sei nicht beauftragt worden, weil die Preise erheblich überzogen gewesen seien. Die t… consult sei zu einer Angebotssumme von nur 29.295,00 € gelangt. 18

Die Klägerin hätte ihre Mitarbeiter ohne weiteres auch vor Ende März 2010 bei einer anderen von ihr geführten Großbaustelle in G… einsetzen können. Dies ergebe sich aus der E-mail der Klägerin vom 20.11.2009. Hinsichtlich der Materialkosten hätten weitere Materialien verkauft werden können. Die Parteien hätten bei der Besprechung am 23.08.2010 insoweit einzelne Vereinbarungen getroffen. 19

Die Baustellengemeinkosten seien in der Position 01.01 „Baustelleneinrichtung“ der Leistungsbeschreibung im Einzelnen beschrieben. Die tatsächlich im Zusammenhang mit der Baustelleneinrichtung von der Klägerin erbrachten Leistungen seien durch Bezahlung der Abschlagsrechnung vom 24.11.2009 vollständig vergütet worden. Weitere Leistungen seien in diesem Zusammenhang nicht erbracht worden. Die Preisanfragen hätte die Klägerin in den allgemeinen Geschäftskosten kalkulieren müssen. Eine zusätzliche Vergütung hierfür komme nicht in Betracht. Wenn der kalkulatorische Ansatz der Klägerin für Wagnis und Gewinn tatsächlich bei 5 % gelegen haben sollte, sei es nicht zu beanstanden, dass sie, die Beklagte, im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung nur den Gewinnanteil mit 2,5 % berücksichtigt habe. 20

Die Kosten für die Geräte seien ausschließlich als Vorhaltekosten kalkuliert worden. Die Klägerin könne nicht Baustellengemeinkosten und zusätzlich Vorhaltekosten berechnen. 21

Bei der Schlussabrechnung seien die Zuschläge von 15 % auf 7,5 % zu kürzen, weil der Zuschlag für die Baustellengemeinkosten komplett entfalle und der Zuschlag für Wagnis und Gewinn auf 2,5 % zu reduzieren sei. 22

Die geänderte Schlussrechnung sei nicht nachvollziehbar und prüffähig, da insbesondere die Angaben zu den ersparten Aufwendungen nicht nachvollziehbar seien. Soweit die Klägerin gegen die Schlusszahlungserklärung vom 27.09.2010 einen Vorbehalt erklärt haben sollte, 23

habe sich dieser nicht auf die nunmehr geltend gemachte Vergütungsforderung bezogen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen. 24

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 150.747,73 € nebst Zinsen zu zahlen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stehe ein Anspruch in der tenorierten Höhe aus § 649 Satz 2 BGB, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu. Der Schlusszahlungseinwand gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 5 Satz 2 VOB/B komme nicht zum Tragen, obwohl die Klägerin nicht innerhalb von 28 Tagen nach Erklärung des Vorbehaltes eine prüfbare Rechnung über – alle – vorbehaltenen Forderungen erklärt habe. Die eine Ausschlusswirkung bewirkende Regelung sei vorliegend unwirksam. Die VOB/B sei nicht vereinbart worden. Ergänzende Bestimmungen seien in den Vertrag einbezogen worden, die die Rechte des Auftragnehmers weiter einschränken würden. Eine Ausschlusswirkung gemäß § 16 Abs. 3 VOB/B sei als unangemessene Regelung und Verstoß gegen die §§ 308 Nr. 5, 307 BGB unwirksam. 25

Als erspart seien diejenigen Beträge in Ansatz zu bringen, die die Klägerin selbst hierfür in Ansatz gebracht habe. Auszugehen sei von der Berechnung in Anlage K 22 und dort von den Angaben unter „2.SR“. 26

Der von der Beklagten als Abzug geltend gemachte prozentuale Abschlag hinsichtlich der Position „Wagnis“ sei nicht berechtigt. Es handele sich in dem Formular der Beklagten bei Wagnis und Gewinn um einen einheitlichen Wert. Damit seien die Zuschläge in voller Höhe zu berücksichtigen und rechtfertigten keinen teilweisen Abzug von der Vergütungsforderung. Auch hinsichtlich der Lohnkosten sei kein grundsätzlicher Abzug wegen ersparten Aufwands vorzunehmen. Die Beklagte habe nicht ausgeführt, welche Aufträge die Klägerin hätte ausführen können. 27

Soweit die Beklagte Rechenfehler beanstandet, sei im Wesentlichen die Aufstellung K 22 im Vergleich mit den Einheitspreisen im Leistungsverzeichnis nicht fehlerhaft. Fehler würden sich in erster Linie aus den handschriftlichen Angaben in den Formblättern ergeben. Hieraus sich ergebende Abweichungen seien jedoch ohne Bedeutung, da die Formblätter nur der Information und der Erläuterung dienten, vertraglich vereinbart sei allein das Leistungsverzeichnis. Im Übrigen habe die Klägerin sich bei den Fehlern überwiegende zu eigenen Ungunsten „verrechnet“. Eine Korrektur zugunsten der Klägerin sei für die Entscheidung ohne Relevanz. Soweit das Landgericht zu den einzelnen Positionen Stellung genommen hat, wird auf die Ausführungen im Urteil Bezug genommen (Bl. 223 ff. d.A.). 28

Gegen das Urteil richtet sich nur noch die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung. Die Klägerin hat ihre zunächst eingelegte Anschlussberufung in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2014 zurückgenommen. 29

Die Beklagte ist der Ansicht, die Begründung zur Unwirksamkeit der Ausschlusswirkung des § 16 Abs. 3 Nr. 5 Satz 2 VOB/B sei überraschend und insoweit „ins Blaue geurteilt“. Darüber hinaus hätten dem Landgericht zwar die Besonderen Vertragsbedingungen, nicht aber die Zusätzlichen Vertragsbedingungen vorgelegen. Tatsächlich enthielten die genannten Bedingungen gemäß den Formblättern 214 und 215 Bestimmungen, die die Vorschriften der VOB/B ergänzen würden. Regelungen, die die Rechte des Auftragnehmers einschränken würden, seien dagegen nicht ersichtlich. Es sei von einer wirksamen Schusszahlungserklärung auszugehen, mit der Folge, dass die Klägerin jedenfalls mit den Forderungen ausgeschlossen sei, die in der zweiten Schlussrechnung erstmals geltend gemacht worden seien. 30

Zu Unrecht habe das Landgericht den von ihr, der Beklagten, abgezogenen prozentualen Abschlag für Wagnis nicht anerkannt. Zwar habe das Landgericht zutreffend festgestellt, dass für die Lohnkosten die Zeit nach Ausspruch der Kündigung maßgeblich sei, jedoch habe das Landgericht verkannt, dass die Klägerin hierzu keinen substantiierten Sachvortrag vorgebracht habe. Auch die erstinstanzliche Beweisaufnahme verhalte sich ausschließlich über den Zeitraum bis zur Kündigung. Es bleibe dabei, dass der von ihr vorgenommene Abzug der Lohnkosten zu Recht erfolgt sei. 31

Zu Unrecht habe das Landgericht auch die Einheitspreise in dem Leistungsverzeichnis und nicht die Angaben in den Formblättern zur Kalkulation der Klägerin als Vertragsgrundlage betrachtet. Soweit das Landgericht dann auf einzelne Positionen der Abrechnung der Klägerin eingehe, sei zusammenfassend festzustellen, dass es hierbei sämtlich um angebliche Kosten vor Ausspruch der Kündigung gehe. 32

Die Beklagte beantragt, 33

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 25.04.2014 die Klage abzuweisen. 34

Die Klägerin beantragt, 35

die Berufung zurückzuweisen. 36

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Landgerichts und wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag. 37

Das Landgericht habe zu Recht die Ansicht vertreten, dass der von der Beklagten erhobene Schlusszahlungseinwand nicht zum Tragen komme. Ungeachtet der Frage, ob die Geltung der VOB/B vereinbart worden sei, habe die Beklagte den Schlusszahlungseinwand mit Schreiben vom 27.09.2010 erklärt. Sie, die Klägerin, habe vier Tage später, nämlich mit Telefax vom 01.10.2010, den Vorbehalt gegen die Schlusszahlung erklärt und umgehend begründet. Ein einmal erklärter Vorbehalt reiche auch aus, die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schusszahlung auszuschließen. 38

Für die Monate Januar und Februar 2010 habe sie von der Bundesagentur für Arbeit insgesamt 1.714,22 € Kurzarbeitergeld erhalten. 39

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gegenseitig gewechselten Schriftsätze und die zur Akte gereichten Unterlagen Bezug genommen. 40

II. 41

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg. 42

Der Klägerin steht nach der freien Kündigung des zwischen den Parteien im November 2009 geschlossenen Werkvertrages gegen die Beklagte ein Anspruch aus § 649 Satz 2 BGB / § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (2006) auf Vergütung in Höhe von 149.033,87 € zu. 43

Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg auf die Schlusszahlungseinrede berufen. Ihre Einwendungen zu den ersparten Aufwendungen der Klägerin sind im Wesentlichen unbegründet. Es waren lediglich einige Rechen- bzw. Mengenfehler zu korrigieren und das von der Bundesagentur für Arbeit an die Klägerin bezahlte Kurzarbeitergeld zu berücksichtigen. 44

1. 45

Haben die Vertragsparteien keine besonderen Vereinbarungen getroffen, kann der Auftraggeber den Bauvertrag nach § 649 BGB / § 8 Nr. 1 VOB/B jederzeit kündigen. Kündigt der Auftraggeber im Rahmen seines freien Kündigungsrechts, kann der Auftragnehmer seinen Werklohn grundsätzlich in voller Höhe verlangen. Die vertragliche Vergütung vermindert sich jedoch in aller Regel entsprechend § 649 Satz 2 BGB / § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B. Der Auftragnehmer muss sich das anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. 46

Die Parteien haben unstreitig am 03.11.2009 unter Einbeziehung der VOB/B einen Werkvertrag über Rohbauarbeiten an einer Wagenhalle für das Zollkriminalamt Köln geschlossen, den die Beklagte als Auftraggeberin mit Schreiben vom 02.06.2010 gekündigt hat. Gemäß Ziffer 1.1 und 1.2 des Angebots der Klägerin vom 23.09.2009 (Anlage 1 BV) umfasste dieses u.a. die besonderen Vertragsbedingungen (Formblatt 214), aber auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B), Ausgabe 2006. Da die Beklagte dieses Angebot mit Auftragserteilung vom 03.11.2009 angenommen hat, haben die Parteien die Anwendbarkeit der VOB/B 2006 vereinbart. In der mündlichen Verhandlung vom 28.03.2012 haben sie zudem unstreitig gestellt, dass die VOB Anwendung findet. 47

Zwischen den Parteien bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass es sich um eine freie Kündigung der Beklagten gehandelt hat. Zwar hat die Beklagte in der ersten Instanz erfolglos versucht, die Verzögerung des Baubeginns mit der arbeitsfreien Zeit der Klägerin im Dezember 2009/ Januar 2010 zu begründen. In ihrem Streitverkündungsschriftsatz vom 15.08.2014 hat sie aber zutreffend zusammengefasst, dass Schäden am Bestandgebäude festgestellt worden seien und sich bei weiteren Untersuchungen herausgestellt habe, dass der Erhalt des Bestandsgebäudes einen unverhältnismäßigen weiteren Aufwand erfordert hätte. Diese Feststellungen haben schlussendlich zur Kündigung des Werkvertrages mit der Klägerin geführt, so dass es sich um eine freie Kündigung im Sinne des § 649 BGB gehandelt hat. 48

2. 49

Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislastverteilung bei Geltendmachung eines Anspruchs aus § 649 Satz 2 BGB / § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B gilt folgendes: 50

Der Unternehmer hat die vereinbarte Vergütung und darüber hinaus darzulegen, welche Kosten er erspart hat und welchen anderweitigen Erwerb er sich anrechnen zu lassen hat (BGH, Urteil vom 07.11.1996, VII ZR 83/95; Urteil vom 06.03.1997, VII ZR 47/96; Urteil vom 11.02.1999, VII ZR 399/97). Was er sich als ersparte Aufwendungen anrechnen lassen muss, hat der Unternehmer vorzutragen und zu beziffern, denn dazu ist in der Regel allein er in der Lage. Die Abrechnung muss den Besteller in die Lage versetzen zu überprüfen, ob der Unternehmer die ersparten Kosten auf der Grundlage der konkreten, dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation zutreffend berücksichtigt hat (BGH, Urteil vom 11.02.1997, aaO.). Damit soll gesichert werden, dass der Unternehmer sich durch die Kündigung keine ungerechtfertigten Vorteile bei der Abrechnung verschafft. Hat der Unternehmer eine den Anforderungen entsprechende Abrechnung vorgelegt, ist es Sache des Bestellers darzulegen und zu beweisen, dass höhere Ersparnisse oder mehr anderweitiger Erwerb erzielt wurden, als der Unternehmer sich anrechnen lässt (BGH, Urteil vom 21.12.1995, VII ZR 198/94; Urteil vom 11.02.1999, aaO.; Urteil vom 21.12.2000, VII ZR 467/99; Kniffka, ibr-online- 51

Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 30.09.2011, § 649 Rd. 94 ff.; Werner / Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rd. 1724). Die Anforderungen an die Abrechnung hängen von dem Vertrag, den seinem Abschluss, seiner Durchführung und Abwicklung zugrundeliegenden Umständen sowie dem Informationsbedürfnis des Bestellers ab. Sie ergeben sich daraus, welche Angaben der Besteller zur Wahrung seines Interesses an sachgerechter Verteidigung benötigt (BGH, Urteil vom 11.02.1999, aaO.). Der Unternehmer muss zu den kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb darlegungs- und beweisbelasteten Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird. Die ersparten Aufwendungen sind deshalb so mit Tatsachen zu belegen und zu beziffern, dass sich auf den Einzelfall bezogen, ersparte Aufwendungen im Sinne des Gesetzes ergeben.

Für die Darlegungslast zur Frage, ob überhaupt anderweitiger Erwerb vorliegt, gelten nicht ohne Weiteres die zur Darlegung der ersparten Aufwendungen geltenden Anforderungen. Während sich diese nur konkret vertragsbezogen ermitteln lassen und sich deshalb auch nachvollziehbar aus dem Vertrag ableiten lassen müssen, kommt es beim anderweitigen Erwerb zunächst darauf an, inwieweit ein Füllauftrag erlangt worden ist oder ob es der Unternehmer böswillig unterlassen hat, einen solchen zu erlangen. Es reicht deshalb grundsätzlich aus, wenn sich der Unternehmer dazu wahrheitsgemäß, nachvollziehbar und ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen ausdrücklich oder auch konkludent erklärt. Je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb ist, um so ausführlicher müssen die Angaben sein. Der Besteller kann jedoch grundsätzlich nicht verlangen, dass der Unternehmer von vornherein seine gesamte Geschäftsstruktur offen legt, um ihm die Beurteilung zu ermöglichen, welche Aufträge auch ohne die Kündigung akquiriert worden wären (BGH, Urteil vom 28.10.1999, VII ZR 326,98, Kniffka, aaO. Rd. 98). 52

3. 53

Die Beklagte hat in beiden Instanzen immer wieder die „fehlende Prüffähigkeit“ der Rechnung gerügt, ohne konkret darzulegen, welche prozessualen Folgen sie aus dieser Einwendung herleiten will. 54

Da – wie oben festgestellt – die Geltung der VOB/B 2006 zwischen den Parteien vereinbart worden ist, könnte es sich um einen die Fälligkeit der Rechnung hindernden Einwand nach § 14 Nr. 1 VOB/B handeln oder aber um einen die Schlüssigkeit der Abrechnungen betreffenden Einwand. Beides hat im Ergebnis keinen Erfolg. 55

Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 2005, 1103; Werner/ Pastor, aaO. Rd. 1868) ist eine Abrechnung bereits dann prüffähig, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Forderung gemessen an den vertraglichen Vereinbarungen zu überprüfen. Dass die Beklagte jedenfalls die erste Schlussrechnung der Klägerin für prüffähig erachtet hat, zeigt ihr Schreiben vom 27.09.2010, in dem sie sich eingehend mit der Rechnung auseinandergesetzt und die einzelnen Positionen für berechtigt oder unberechtigt erachtet hat. Eine solche Auseinandersetzung konnte aber nur stattfinden, wenn sie die Schlussrechnung als grundsätzlich nachvollziehbar erachtet hat. Etwas anderes kann im Ergebnis auch nicht für die zweite Schlussrechnung der Klägerin gelten, denn diese ist ebenso aufgebaut, wie die ursprüngliche Schlussrechnung. Dass dort wesentlich weniger ersparte Kosten aufgeführt sind, hat nichts mit der Prüffähigkeit der gesamten Schlussrechnung zu tun, sondern allenfalls mit der Schlüssigkeit einzelner Positionen. 56

Die Klageforderung ist in Form der gewählten Abrechnung schlüssig dargelegt. Die Abrechnung ist unterteilt in die ursprünglich im Leistungsverzeichnis vereinbarten 57

Einheitspreise und kalkulierten Mengen, die Höhe der ersparten Aufwendungen und Angaben zur Art der ersparten Aufwendungen, sowie der konkreten Berechnung dieser Unterpunkte jeweils mit und ohne die vereinbarten Zuschläge. Unstreitig ist inzwischen auch, dass der Beklagten bei Vertragsschluss die Kalkulationsgrundlagen der Klägerin vorgelegen haben (Formblätter 223, 221), von denen die Klägerin jedenfalls das Formblatt 223 der Schlussrechnung noch einmal beigefügt hatte. Damit hat die Klägerin ihrer aus § 649 Satz 2 BGB / § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B folgenden Darlegungslast genügt.

4. 58

Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, sie habe die Schlusszahlungseinrede wirksam erhoben, so dass die Klägerin aus der zweiten Schussrechnung keine Nachforderungen mehr hätte geltend machen können. 59

a) 60

Gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B schließt die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung Nachforderungen aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde. Der Ausschlusstatbestand gilt auch für Ansprüche aus § 649 BGB nach einer Kündigung (Werner / Pastor, aaO. Rd. 2751). Der durch § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B statuierte Verlust ist so gravierend, dass er nur bei uneingeschränkter Geltung der VOB/B zu rechtfertigen ist, auch wenn der Auftragnehmer durch das Schriftformerfordernis, die Hinweispflicht und die Verlängerung der Vorbehaltsfrist erheblich geschützt wird. 61

Gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 5 VOB/B ist ein Vorbehalt innerhalb von 24 Werktagen nach Zugang der Mitteilung nach dem Absatz 2 über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von weiteren 24 Werktagen eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird. Allerdings ist insoweit großzügig zu verfahren. Ist die vorbehaltene Forderung z.B. aus der prüfbaren Rechnung erkennbar oder ist der Bauherr sonst über die streitigen Forderungen informiert, bedarf es keiner weiteren Aufklärung (Werner / Pastor, aaO., Rd. 2752; Ingenstau / Korbion- Locher, VOB, 18. Auflage, § 16 Abs.3 Rd. 147). Ergibt sich die streitige Forderung bereits deutlich aus der prüfbaren Rechnung, die der Auftragnehmer als Schlussrechnung eingereicht hat, und hat der Auftraggeber nach Überprüfung diese Forderung nicht anerkannt und demgemäß von der Schlusszahlung ausgenommen, hat daraufhin der Auftragnehmer durch ordnungsgemäße Erklärung des Vorbehalts seinen Anspruch aufrechterhalten, kann man von ihm nicht verlangen, nochmals eine prüfbare Rechnung über die umstrittene Forderung vorzulegen, nur um diesen Vorbehalt und damit seinen Anspruch nicht zu verlieren (BGH, BauR 1980, 178, Ingenstau / Korbion-Locher, aaO.). Der Auftragnehmer müsste dann praktisch den streitigen Teil seiner Schlussrechnung abschreiben und dem Auftraggeber (nochmals) vorlegen, was sinnwidrig wäre. 62

b) 63

Die Klägerin hat am 01.10.2010 eine wirksame Vorbehaltserklärung abgegeben, die die Einrede der vorbehaltslosen Annahme der Schlusszahlung auch hinsichtlich der zweiten Schlussrechnung mit Datum vom 08.07.2010 der Beklagten ausschließt. Hierauf hat der Senat bereits mit Beschluss vom 29.01.2015 hingewiesen. Der Zweck der Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, Rechtsfrieden und Rechtsklarheit zwischen den Parteien zu schaffen, wird im Fall eines fristgerecht erklärten Vorbehalts endgültig erreicht, denn der durch die 64

Schlussrechnung über die streitige Forderung bereits hinreichend unterrichtete Auftraggeber weiß nun, dass der Auftragnehmer seinen Anspruch aufrechterhalten will.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Unternehmer nicht an seine einmal gestellte Schlussrechnung gebunden. Der Auftraggeber beim VOB- Vertrag soll grundsätzlich nur nach vorbehaltloser Annahme einer Schlusszahlung darauf vertrauen dürfen, vor durchsetzbaren Nachforderungen des Auftragnehmers sicher zu sein. Damit sind seine schutzwürdigen Interessen gewahrt (BGH, Urteil vom 17.12.1987, VII ZR 16/87, BGHZ 102, 392). 65

Die Klägerin hat hinsichtlich der ersten Schlussrechnung den Vorbehalt innerhalb von 24 Werktagen erklärt und war nach den oben dargelegten Grundsätzen nicht gehalten, nochmals eine prüfbare Rechnung vorzulegen. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 27.09.2010 (K 11) auf die Ausschlusswirkung der Schlusszahlung nach § 16 Nr.3 Abs. 2 VOB/B hingewiesen. Mit Fax vom 01.10.2010 (K 12), mithin vier Tage später, hat die Klägerin den Vorbehalt gegen die Schusszahlung geltend gemacht und diesen begründet. Sie hat zutreffend darauf hingewiesen, dass sie im Rahmen der erteilten Schlussrechnung das Leistungsverzeichnis herangezogen habe und Position für Position im Einzelnen detailliert unter nochmaliger Vorlage der ursprünglichen Kalkulation die ersparten Aufwendungen dargelegt habe. Hiermit hat sie den Anforderungen des § 16 Nr. 3 Abs. 5 VOB/B sowohl hinsichtlich der Erklärung des Vorbehaltes, als auch der Begründung des Vorbehaltes genügt. Eine prüffähige Schlussrechnung lag vor. Mit Schriftsatz vom 25.08.2011 hat die Klägerin die Klage erweitert und unter Hinweis auf die neu erstellte zweite Schlussrechnung vom 08.07.2010 (K 19) eine höhere Vergütung gefordert, wobei sie hauptsächlich Lohnkosten nachberechnet. Der Beklagten ist diese Schlussrechnung mit dem Schriftsatz der Klägerin vom 15.07.2011 übersandt worden. 66

Nachdem die Klägerin mit Fax vom 01.10.2010 den Vorbehalt gegen die Schlusszahlung geltend gemacht hat und eine prüfbare Schlussrechnung bereits vorlag, war ihr die Geltendmachung weiterer Forderungen nicht verwehrt. Anhaltspunkte für einen Verzicht auf eine Nachforderung sind nicht dargetan. Die von Beklagtenseite zitierten Kommentarstellen betreffen nicht den vorliegend zu entscheidenden Fall. 67

Der Beklagten ist zwar zuzustimmen, dass der der Entscheidung des BGH vom 17.12.1987 zugrundeliegende Sachverhalt nicht gänzlich mit dem des vorliegenden Rechtsstreits übereinstimmt. Gleichwohl ergibt sich aus dem bereits dargelegten Sinn und Zweck der Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 und 5 VOB/B und dem Umstand, dass die VOB/B die Schlussrechnung gerade nicht als unabänderlich ansieht, dass der Klägerin die Geltendmachung der in der zweiten Schlussrechnung enthaltenen weiteren Forderungen nicht verwehrt ist. Die Beklagte durfte nach der Vorbehaltserklärung der Klägerin nicht darauf vertrauen, dass diese keine, nicht in der ersten Schlussrechnung enthaltenen Nachforderungen geltend machen würde. Es konnte von der Klägerin nicht verlangt werden, mit Vorlage der zweiten Schlussrechnung ihren Vorbehalt zu wiederholen, da aufgrund der Vorbehaltserklärung vom 01.10.2010 überhaupt kein Vertrauenstatbestand zugunsten der Beklagten geschaffen worden war. Hätte die Beklagte erreichen wollen, dass die Klägerin die in die zweite Schlussrechnung eingestellten Forderungen nicht würde durchsetzen können, hätte sie auch gegen die Nachforderungen die Schlussrechnungserklärung abgeben und abwarten müssen, ob die Klägerin rechtzeitig den dann erforderlichen Vorbehalt erklärt hätte oder eine Vorbehaltsbegründung abgegeben hätte. Das hat die Beklagte nicht getan. 68

Vor diesem Hintergrund kommt es auf die weitere Frage - die das Landgericht verneint hat - ob § 16 Nr. 3 Abs. 2 und 5 VOB/B überhaupt wirksam sind, nicht an. 69

70

5.

Unter Berücksichtigung der vereinbarten Vergütung, der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs kann die Klägerin von der Beklagten gemäß § 649 Satz 2 BGB / § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B insgesamt einen Betrag von 149.033,87 € verlangen. 71

a) 72

Da in den genannten Vorschriften von „vereinbarter Vergütung“ Rede ist, ist das Leistungsverzeichnis der Klägerin und nicht das Formblatt 223 maßgeblich, so dass es, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, auf die von der Beklagten beanstandeten Rechenfehler in den Formblättern nicht ankommt. Bei den vereinbarten Einheitspreisen im Leistungsverzeichnis ist zudem der 2 % ige Nachlass schon berücksichtigt. 73

b) 74

Der Auftragnehmer spart diejenigen Aufwendungen, die bei vollständiger Erbringung der Leistung angefallen wären, und aufgrund der Kündigung nicht mehr zum Tragen kommen. In Betracht für die Ersparnis kommen grundsätzlich Lohnkosten, Materialkosten, Gerätekosten, Nachunternehmerkosten und Baustellengemeinkosten. Der Abzug von Allgemeinen Geschäftskosten und des Gewinns kommt nicht in Betracht. 75

Mit Schriftsatz vom 30.04.2013 hat die Beklagte auf die von ihr erstellte Excel-Tabelle K 9 Bezug genommen. In den letzten drei Spalten der Excel-Tabelle würden sich Zahlungen finden, der 7,5 % ige Zuschlag, sowie die insgesamt geleistete Summe zu den streitigen Positionen. Soweit keine Zahlung erfolgt seien, seien die abgerechneten Positionen nicht anerkannt worden. 76

Hinsichtlich der Einwendungen der Beklagten zu den ersparten Aufwendungen der Klägerin war zwischen positionsübergreifende Einwendungen und solchen, die sich auf konkrete Positionen bezogen haben, zu unterscheiden. Lediglich bei den Lohnkosten war das der Klägerin von der Bundesagentur für Arbeit gezahlte Kurzarbeitergeld als ersparte Aufwendung in Abzug zu bringen. Ansonsten waren einige Rechen- und Mengenfehler zu korrigieren. 77

aa) 78

Die positionsübergreifenden Einwendungen betreffen die Zuschläge Baustellengemeinkosten und Wagnis, die Lohnkosten und die Gerätekosten. 79

Die Klägerin hat unter 2. auf dem Formblatt 221 für die Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation (Anlage 7) die Zusammensetzung ihrer Zuschläge auf Lohn, Stoffkosten, Gerätekosten, sonstige Kosten und Nachunternehmerleistungen mit jeweils 15 % bestehend aus Baustellengemeinkosten, Allgemeinen Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn in Höhe von jeweils 5 % dargestellt. Die Beklagte hat jedenfalls keine Einwände dagegen erhoben, dass diese Zuschläge für den Fall der Durchführung des Bauvertrages so vereinbart worden sind. Die Parteien streiten darum, welche dieser Kosten ersparte Aufwendungen darstellen. 80

aaa) 81

Hinsichtlich der Allgemeinen Geschäftskosten, die die Klägerin als Zuschlag von 5 % auf Lohnkoten etc. kalkuliert hat, ist zwischen den Parteien unstreitig, dass es sich hierbei nicht 82

um ersparte Aufwendungen handelt. Allgemeine Geschäftskosten sowie alle Kosten im Betrieb des Auftragnehmers, die unabhängig vom gekündigten Bauvertrag ohnehin entstanden wären, fallen nicht unter die ersparten Kosten. Denn diese werden unabhängig von der Kündigung für das Geschäftsjahr kalkuliert und sind den einzelnen Aufträgen zuzuordnen, sei es umsatzbezogen, sei es für eine bestimmte Bauzeit. Sie können somit letztlich nicht erspart, sondern allenfalls durch anderweitigen Erwerb gedeckt werden (Ingenstau / Korbion- Joussen / Vygen, aaO., § 8 Abs. 1 Rd. 69).

bbb) 83

Die Klägerin hat auch keine Baustellengemeinkosten aufgrund der Kündigung erspart. 84

Baustellengemeinkosten entstehen durch den Betrieb der Baustelle, werden aber nicht den einzelnen Teilleistungen direkt zugeordnet. Zu den Baustellengemeinkosten zählen teilweise die Gerätekosten. Die Baustelleneinrichtungskosten zählen nur dann zu den Baustellengemeinkosten, wenn hierfür keine Position zur Verfügung steht, die eine Verrechnung der Baustelleneinrichtung unter die Einzelkosten der Teilleistung zulässt (Ingenstau / Korbion – Keldungs, aaO. § 2 Abs. 3 Rd. 21). Sie werden im Falle einer Kündigung vor allem dann teilweise erspart, wenn sich infolge der Kündigung die tatsächliche Bauzeit verkürzt, weil damit in der Regel auch die Dauer der Vorhaltung der Baustelleneinrichtung reduziert wird. Dagegen werden die Baustelleneinrichtung und die Baustellenräumung nicht erspart. Letztlich kommt es hierbei vor allem auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der freien Kündigung durch den Auftraggeber an, ob tatsächlich Kosten erspart werden oder nicht und ggfs. in welcher Höhe (Ingenstau / Korbion – Joussen/ Vygen, aaO, § 8 Abs. 1 Rd. 62). Sind Baustellengemeinkosten – wie hier - als Zuschlag kalkuliert und gliedern sie sich in Kosten für Bauleiter, Polier und Baustelleneinrichtung auf, so liegt eine Ersparnis bei den Personalkosten nicht vor, wenn das Personal weiter beschäftigt wird. Jedoch kann sich der Unternehmer zeitabhängige Baustellengemeinkosten ersparen, wenn er z.B. einen Bauzaun angemietet hat und die vertraglich vorgesehene Mietdauer mit dem Vermieter einverständlich nach der Kündigung reduzieren kann (Kniffka, aaO. Rd. 112). 85

Die Klägerin hat zu den Baustellengemeinkosten in der Klage vorgetragen, dass sie als wesentliche Kalkulationsposten die Planung sowie die Herstellung der Stücklisten und Bestellungen berücksichtigt habe. Sie sei gehalten gewesen, einzelne Auszüge aus dem Leistungsverzeichnis zu erstellen, um ihre Preisanfragen gegenüber den Lieferanten fertigen zu können. In diesem Zusammenhang hätten Auszüge für die erforderlichen Stahllieferungen, Leistungsverzeichnisse sowie die Detailpläne erstellt werden müssen, um die fristgerechte Lieferung des Materials sicherzustellen. Hinzu sei gekommen, dass die von der Beklagten übergebenen Ausführungspläne mehrfach geändert worden seien mit der Folge, dass jedes Mal erneut Materialauszüge für die einzelnen Materialien hätten erstellt werden müssen. 86

Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 16.05.2011 eingewandt, dass die Baustellengemeinkosten in Position 01.01. der Leistungsbeschreibung enthalten gewesen sei. Die tatsächlich im Zusammenhang mit der Baustelleneinrichtung erbrachten Leistungen der Klägerin seien durch die Bezahlung der Rechnung vom 24.11.2009 vollständig vergütet worden. Was die Preisanfragen betreffe, hätte die Klägerin dies in den allgemeinen Geschäftskosten kalkulieren müssen. Diese Ausführungen überzeugen nicht. Ausweislich des Leistungsverzeichnisses und des Formblatts 221 hat die Klägerin in zulässiger Weise zwischen der als Einzelposition ausgeschriebenen Baustelleneinrichtung und den Baustellengemeinkosten unterschieden. Sie hat im Einzelnen dargelegt, was Kalkulationsposten für die Baustellengemeinkosten gewesen sind. Da die Klägerin bei der Kalkulation noch nicht wusste, dass die Ausführungspläne mehrfach geändert werden 87

würden, was im Übrigen von der Beklagten bestritten ist, ist dieser Umstand nicht in die Kalkulation eingeflossen. Ob sie die Preisanfragen in den allgemeinen Geschäftskosten hätte kalkulieren müssen, kann dahinstehen. Jedenfalls geht auch die Beklagte bei dieser Formulierung davon aus, dass die Klägerin dies gerade nicht getan hat. Die Rechnung vom 24.11.2009 und deren Vergütung wird im Rahmen der Baustelleneinrichtung und bei den erfolgten Zahlungen der Beklagten zu erörtern sein.

Wohl unbeabsichtigt, aber zutreffend hat die Beklagte selbst in ihrem Schriftsatz vom 28.02.2012 ausgeführt, dass die Erstellung von Masseauszügen, Leistungsverzeichnissen und Preisanfragen gerade nicht in der Position 01.01. enthalten gewesen seien, was umso mehr dafür spricht, dass diese Leistungen mit den kalkulierten Baustellengemeinkosten abgedeckt sein sollten. 88

Die Klägerin hat schlüssig dargelegt, dass die in den von ihr kalkulierten Baustellengemeinkosten kalkulierten Vorbereitungs- und Planungskosten nicht erspart wurden. Der Werkvertrag ist nicht vor Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Ausführungszeit von 7,5 Wochen gekündigt worden, sondern viel später. Da diese Leistungen die Grundlage für die weitere Vorgehensweise bildeten, sind die Baustellengemeinkosten vorliegend nicht erspart. Die Klägerin hat damit ihrer Darlegungslast genügt. Erhebliche Einwendungen hat die Beklagte hiergegen nicht erhoben. 89

ccc) 90

Auch im Hinblick auf den Zuschlag für Wagnis hat die Klägerin durch die freie Kündigung keine Aufwendungen erspart. 91

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 30.10.1997 (VII ZR 222/96, NJW-RR 1998, 451) zum Pauschalvertrag ausgeführt, dass ein Auftragnehmer nach Kündigung des Bauvertrages einen von ihm einkalkulierten Risikozuschlag gesondert ausweisen müsse. Er müsse ihn sich als erspart anrechnen lassen, soweit das Risiko sich nicht verwirklichen konnte. Diese Auffassung trifft in Rechtsprechung und Literatur zunehmend auf Kritik. Ein etwaiger Wagnis-Zuschlag sei nicht erspart. Denn bei dem Wagnis handele es sich nicht um Kosten im baubetrieblichen Sinn. Das sog. Wagnis sei vielmehr dem Gewinn zuzurechnen, da es die Belohnung für das allgemeine unternehmerische Risiko darstelle. Selbst wenn man dies als spezielles Wagnis des konkreten Bauvertrages ansähe, sei festzustellen, dass sich dieses Wagnis durch die grundlose Kündigung des Auftraggebers nun gerade verwirklicht habe. Das zeige sich schon durch die erhöhten Kosten für die schwierige Abrechnung und Durchsetzung des Vergütungsanspruches, so dass der damit verbundene Mehraufwand als Risiko entstanden und nicht erspart sei. Dies gelte nicht nur für eine allgemeines Unternehmerwagnis, sondern auch für ein konkretes baustellenbezogenes Wagnis, das sich ja gerade mit der nunmehr infolge der Kündigung erforderlichen schwierigen Abrechnung und Durchsetzung des Vergütungsanspruchs anschaulich realisiere (Ingenstau / Korbion – Joussen / Vygen, aaO. § 8 Abs. 1 Rd. 70; OLG München, Urteil vom 26.02.2013, 9 U 2340/11, IBR 2013, 410, insoweit wurde Revision zugelassen). Dieser Auffassung folgt der Senat, so dass davon auszugehen ist, dass die Klägerin auch hinsichtlich des Zuschlags für Wagnis keine Aufwendungen erspart hat. 92

Zusammenfassend hat die Klägerin den mit 15 % kalkulierten Zuschlag auf Lohn etc. bestehend aus den oben im Einzelnen erörterten Kosten nicht erspart. 93

ddd) 94

95

Die Klägerin hat 15 % an Zuschlägen auf die ersparten Kosten berechnet, die ihr unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns zustünden. Die Beklagte hat hiergegen keine Einwände erhoben und in ihrer Anlage 9 mit den von ihr zugrundegelegten 7,5 % ebenso gerechnet.

eee) 96

Bei den Lohnkosten hat die Klägerin Aufwendungen erspart, soweit sie von der Bundesagentur für Arbeit Kurzarbeitergeld in Höhe von 1.714,22 € erhalten hat. 97

Lohn- und Personalkosten können je nach Gegebenheiten den ersparten Kosten zuzurechnen sein. Dabei ist zunächst von den kalkulierten Lohnkosten auszugehen. Erspart sind sodann diejenigen Lohkosten, die der Auftragnehmer bezogen auf die konkrete Baustelle ohne die Kündigung noch gehabt hätte, die aber infolge der Kündigung nicht mehr anfallen. Dabei ist stets zu prüfen, ob dem Auftragnehmer dadurch wirklich eine Ersparnis entsteht. Dies setzt nämlich voraus, dass er diese Kosten durch Personalabbau auch tatsächlich erspart hat, wozu er aber nicht verpflichtet und teilweise kurzfristig nicht einmal in der Lage ist. Vorstellbar sind ersparte Personalkosten, wenn der Auftragnehmer für die Durchführung des gekündigten Vertrages ohnehin neue Arbeitskräfte hätte einstellen oder Überstunden hätte machen müssen und davon nunmehr wegen der Kündigung absehen kann. Hat der Auftragnehmer keinen Personalabbau vorgenommen, so stellt sich vor diesem Hintergrund zumeist nicht die Frage der ersparten Kosten, sondern danach, ob er sich einen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen muss, wenn er das Personal bei einer anderen Baustelle infolge eines sog. Füllauftrages eingesetzt hat oder hätte einsetzen können (Ingenstau / Korbion – Joussen / Vygen, aaO. § 8 Abs. 1 Rd. 64) . 98

Die Klägerin hat vorgetragen, die geltend gemachten Lohnkosten seien ausweislich der Aufgliederung der Einheitspreise gemäß Formblatt 223 lediglich ein Bestandteil der vertraglich vereinbarten Einheitspreise, die sich aus Lohn-, Stoff-, Geräte und sonstigen Kosten ermitteln würden. Die Baustelle habe ausschließlich durch ihre eigenen Mitarbeiter betrieben werden sollen. Nachdem die Parteien die Regelungen der VOB/B vereinbart hätten, habe sie sich über einen Zeitraum von sieben Monaten in der Situation befunden, jederzeit unverzüglich die Arbeiten aufnehmen zu müssen. Deshalb sei sie gezwungen gewesen über sieben Monate Personal vorzuhalten. 99

Die Klägerin hat auch bewiesen, dass sie eigenes Personal vorgehalten hat. Der Zeuge D… hat bestätigt, dass die von der Klägerin benannten Arbeiter vorgesehen waren. Auch in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin für eine Bauzeit von 45 Werktagen kalkuliert hat, die Beklagte sich aber mehr als ein halbes Jahr ohne nähere Informationen Zeit gelassen hat, den Bauvertrag zu kündigen. Somit sind die Lohnkosten vorliegend grundsätzlich nicht erspart. Ob anderweitiger Erwerb etwa in Hinblick auf die Baustelle in G… gegeben war, wird noch zu erörtern, im Ergebnis aber zu verneinen sein. 100

Allerdings hat die Klägerin für die Monate Januar und Februar 2010 Kurzarbeitergeld in Höhe von 1.714,22 € von der Bundesagentur für Arbeit erhalten. Die Kurzarbeit soll Unternehmen bei einer vorübergehenden schlechten Auftragslage durch eine Reduktion der Personalkosten entlasten. Sie stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls zu tragen hat, also trotz Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers die Vergütung in voller Höhe weiterzuzahlen hat, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft persönlich angeboten hat. 101

102

Die Klägerin hat nach dem Hinweis des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2014 die Bescheide vom 15.02.2010 und 05.03.2010 für die Monate Januar und Februar 2010 vorgelegt, aus denen sich der Gesamtbetrag von 1.714,22 € ergibt. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 09.03.2015 bestritten, dass die Klägerin lediglich diesen Betrag erhalten hat. Dieses Bestreiten reicht jedoch im Hinblick auf die oben dargelegten Grundsätze zu Darlegungs- und Beweislast nicht aus.

fff) 103

Hinsichtlich der Gerätekosten gilt das soeben Gesagte. Die Gerätekosten bilden ebenfalls einen Teil des Einheitspreises. Der Zeuge D… hat auch insoweit bestätigt, dass es sich bei denen im Beweisbeschluss genannten Geräten um diejenigen Maschinen und Werkzeuge handelte, die für das streitgegenständliche Bauvorhaben vorgesehen und auch vorgehalten worden seien. Somit ist dieser Teil des Einheitspreises ebenfalls nicht erspart. 104

Im Ergebnis haben die positionsbergreifenden Einwendungen der Beklagten bis auf das Kurzarbeitgeld keinen Erfolg. 105

bb) 106

Im Rahmen der streitigen Einzelpositionen war insgesamt ein Betrag von 4.804,13 € in Abzug zu bringen. Insoweit lagen Rechenfehler vor oder die Klägerin hat ihrer Berechnung falsche Mengen- / bzw. Preisangaben zugrundegelegt. 107

Hierzu im Einzelnen: 108

aaa) 109

Mit der Position **01.01.0010** (Baustelleneinrichtung, Maschinen, Geräte usw.) verlangt die Klägerin einen Betrag von 16.784,23 €. Dabei hat sie den Einheitspreis abzüglich 2 %, mithin also 19.600,- € (17.043,48 € ohne Zuschläge), zugrundegelegt, 305,- € ersparte Aufwendungen für eingesparte Betriebsstoffe der Geräte in Abzug gebracht, dann aber nur die Zuschläge für die ersparten Aufwendungen hinzugerechnet. Die Zuschläge für die angefallenen Kosten hat sie in dieser Position zu ihren Ungunsten nicht berücksichtigt. Die Beklagte hat hingegen nur eine Zahlung von 1.689,80 € und 7,5 % des ihrer Ansicht nach komplett ersparten Betrages von 16.784,23 €, also 1.278,26 €, insgesamt somit 2.968,06 € in Ansatz gebracht (vgl. Anlage 9). Es verbleibt bei 16.784,23 €. 110

Nach der Leistungsbeschreibung sollte der Auftragnehmer alle Maschinen, Geräte, Arbeits- und Schutzgerüste, Werkzeuge, Werkstätten, Lagerplätze, Aufenthalts- und Unterkunftsräume anliefern, aufbauen, vorhalten sowie unterhalten. Hierfür waren wie dem Formblatt 223 zu der genannten Position zu entnehmen ist, 200 Stunden eingeplant. Die Beklagte hat sich darauf beschränkt vorzutragen, die Kosten und Aufwendungen seien nicht zu berücksichtigen, weil von Klägerin nicht dargetan worden sei, welche Leistungen überhaupt erbracht worden seien. Dieser Einwand ist unerheblich. Zum einen ergeben sich die geschuldeten Leistungen aus dem von der Beklagten selbst verwendeten Leistungsverzeichnis in Verbindung mit dem Formblatt 223. Zum anderen hat die Klägerin die ersparten Aufwendungen beziffert und begründet. Bereits oben wurde festgestellt, das ersparte Aufwendungen bei den Lohn- und den Gerätekosten nicht angefallen sind. Es wäre daher Aufgabe der Beklagten gewesen, im Einzelnen darzulegen, dass die ersparten Aufwendungen höher gewesen sind. Das hat sie nicht getan. 111

112

Die Rechnung der Klägerin vom 24.11.2009 bezieht sich auf den „Widerruf des Baubeginns vom 20.11.2009“ und stellt keine Kosten zu Position 01.01 des LV dar. Es handelt sich vielmehr um zusätzliche Kosten, die der Klägerin durch die Stornierung des Baubeginns entstanden sind.

bbb) 113

Mit der Positionen **01.01.0030** (Maschendrahtzaun) hat die Klägerin in der ersten Rechnung nur die Kosten aus der Rechnung der Firma O… vom 23.11.2009 über 116,- € netto sowie Kosten für Gerät 2,05 x 100 geltend gemacht. Nachdem die Beklagte darauf hingewiesen hat, dass in der Rechnung nur der Fuß des Bauzaunes enthalten sei, nach **01.01.0030** der Bauzaun aber insgesamt geschuldet gewesen, hat die Klägerin in der zweiten Schlussrechnung nicht nur die Lohnkosten, sondern auch den kompletten Einheitspreis x 100 m Zaun geltend gemacht. 114

Erhebliche Einwendungen hat die Beklagte gegen die Abrechnung nicht erhoben. 115

ccc) 116

In Position **01.01.0070** (Baustromversorgung) ist geregelt, dass die Vorhaltezeit der Baustromversorgung 6 Monate betragen sollte. Hierzu hat die Klägerin klargestellt, dass keine Stromkosten berechnet worden seien. Unter **01.01.0080** waren die Mehrkosten je Monat Überstandszeit Baustrom mit 196,- € pro Monat angegeben. Das Landgericht hat diese Position von der Klägerin unwidersprochen in der Abrechnung um 196,- € gekürzt, da bis zur Kündigung 7 Monate vergangen seien und somit nur ein Monat Überstandszeit angefallen sei. Die Beklagte hat nicht schlüssig dargelegt, dass die Klägerin höhere Aufwendungen erspart hat. 117

ddd) 118

In Position **03.01.0030** war der Einheitspreis für 225 m² Mauerwerk bei einem Preis von 63,50 € /m² mit 14.288,40 € angegeben. Hierbei handelt es sich um einen Rechenfehler. Richtig wären 14.287,50 € gewesen, so wie es die Klägerin auch in der Abrechnung zugunsten der Beklagten richtig errechnet hat. Hierauf hat das Landgericht im Urteil zutreffend hingewiesen. 119

eee) 120

Zutreffend hat das Landgericht in den Positionen **03.01.0190, 0200, 0210** und **0250** einen Gesamtabzug von 0,64 € berechnet, da eine minimale Abweichung der Einheitspreise im Leistungsverzeichnis zu denen in der Abrechnung vorliegt. Auch diese Reduzierung ist von der Klägerin nicht angegriffen worden. 121

fff) 122

In der Position **04.02.0080** (Schalung Decke) sind im Leistungsverzeichnis 3**48** m² zu einem Einheitspreis von 35,28 € angeben und der Gesamtpreis für diese Position mit 12.277,44 € berechnet. In der Schlussrechnung der Klägerin sind 3**84** m² ausgewiesen, so dass sich dann ein Betrag von 13.547,52 € errechnet. Das Landgericht ist von dem Einheitspreis des Leistungsverzeichnisses ausgegangen und hat nach Abzug der ersparten Aufwendungen diese Position mit 9.816,94 € berechnet. Hiergegen hat sich die Klägerin ursprünglich mit ihrer Anschlussberufung gerichtet, diese jedoch zurückgenommen, so es bei dem vom Landgericht zugrundegelegten Betrag von 9.816,94 € verbleibt. 123

ggg) 124

In der Position **04.02.0190** (Maueranschlussschienen) sind im Leistungsverzeichnis 28 m zu einem Einheitspreis von 9,80 € angegeben und ein Gesamtpreis für diese Position mit 274,40 € richtig berechnet. In der Schlussrechnung ist die Klägerin wohl irrtümlich (wie in Position 04.02.0180 davor) von einem Einheitspreis von 63,70 € ausgegangen. Das Landgericht hat diesen Fehler korrigiert, sich allerdings um 0,20 € verrechnet. Es verbleiben bei dieser Position 158,80 €. 125

hhh) 126

Bei Position **04.05.0020** ist die Klägerin von einem Einheitspreis von 670,80 € in der Schlussrechnung, statt wie im Leistungsverzeichnis richtig von 670,32 € ausgegangen. Das Landgericht hat zutreffend den Erstattungsbetrag um 0,48 € verringert. 127

iii) 128

In **Position 05.01.0010** (Stahlprofile) der Schlussrechnung hat die Klägerin sich zu ihren Ungunsten verrechnet, da sie von einem zu niedrigen Einheitspreis ausgegangen ist. Hierauf hat das Landgericht hingewiesen. 129

jjj) 130

Position **06.01.0110** des Leistungsverzeichnisse sieht einen Einheitspreis von 73,50 € vor. Abgerechnet hat die Klägerin jedoch nach einem Einheitspreis von 750,- €. Dass das Landgericht bei der Neuberechnung den Zuschlag für die ersparten Aufwendungen vergessen hat, hat die Klägerin nicht angegriffen. Es verbleibt bei dieser Position bei einem Betrag von 56,50 €. 131

kkk) 132

Bei Position **07.00.0020** sind wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, 0,24 € abzuziehen. Bei Position **07.00.0070** hat die Klägerin 0,20 € zu viel berechnet. 133

lll) 134

Die sonstige Kosten (ohne Positionsnummern) hat das Landgericht nicht zuerkannt, was die Klägerin ebenfalls nicht beanstandet hat. 135

Hinsichtlich der nicht näher behandelten Positionen gilt das zu Position **01.01.0010** Gesagte. Die Beklagte hat trotz Darlegung der ersparten Kosten (Höhe und Grund) durch die Klägerin keine erheblichen Einwendungen erhoben, die höhere ersparte Aufwendungen substantiiert begründen würden. 136

c) 137

Schließlich muss sich die Klägerin keinen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. Infolge der Kündigung des Bauvertrages kann der Auftragnehmer mit seinem Betrieb die Möglichkeit haben, sich anderweitig gewinnbringend zu betätigen. Was er infolge eines solchen anderweitigen Einsatzes der ihm zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte oder sonstigen Mittel seines Betriebes an Stelle des durch die Kündigung ganz oder teilweise verloren gegangenen Auftrages durch Hereinnahme eines „Ersatz“-Auftrages oder Füllauftrages erwirbt, ist ihm auf seinen Vergütungsanspruch anzurechnen. Wie bereits oben dargelegt, hat der Auftraggeber 138

für das Vorliegen der Voraussetzungen die Darlegungs- und Beweislast. Der von der Klägerin benannte Zeuge D… hat ausgesagt, dass es keinen Ersatzauftrag gegeben habe. Die Leute seien in der Weise beschäftigt worden, dass Urlaube abgewickelt, Maschinen gepflegt und teilweise Kurzarbeit angemeldet worden sei. Man habe sich, nachdem die Kündigung ausgesprochen gewesen sei, um einen neuen Auftrag bemüht. Das Bauvorhaben in G… sei bereits vorher abgeschlossen gewesen, d.h. es sei ein Nachunternehmer vorgesehen gewesen.

Einen tatsächlich vorhandenen Füllauftrag hat die Beklagte weder schlüssig dargelegt noch bewiesen. 139

d) 140

Es berechnet sich insgesamt somit ein Vergütungsanspruch von 184.141,02 € (Abzüge 6.518,35 €). Hiervon ist die Schlusszahlung in Höhe von 35.107,17 € abzuziehen, so dass eine Forderung von **149.033,87 €** verbleibt. 141

Die Rechnung der Klägerin vom 24.11.2009 bezieht sich – wie oben bereits ausgeführt - auf den „Widerruf des Baubeginns vom 20.11.2009“ und stellt keine Kosten zu Position 01.01 des Leistungsverzeichnisses dar. Es handelt sich vielmehr um zusätzliche Kosten, die der Klägerin durch die Stornierung des Baubeginns entstanden sind, so dass sie bei der Schlussrechnung nicht als Abzugsposten zu berücksichtigen sind. 142

6. 143

Die Forderung ist gemäß §§ 288, 291 ZPO zu verzinsen. In Höhe des Teilbetrages von 55.420,60 € sind gemäß 187 Abs. 1 ZPO für den Zinsbeginn der 04.01.2011 und hinsichtlich der restlichen 93.613,27 € der 16.09.2011 maßgeblich. 144

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 06.07.2015 gibt keine Veranlassung zu einer abweichenden Entscheidung. Mit den allein rechtlichen Ausführungen dieses Schriftsatzes hat sich der Senat in den Entscheidungsgründen auseinandergesetzt. 145

III. 146

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, 516 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 147

IV. 148

Die Zulassung der Revision erfolgt gemäß § 543 Abs. 2 ZPO im Hinblick auf die vom Bundesgerichtshof bisher anders beurteilte Frage zum Wagnis als ersparter Aufwendung und zu Punkt II.4. dieses Urteils. Insoweit geht es um das grundsätzliche Verständnis der Reichweite des Vorbehalts gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B und damit um eine Frage, die grundsätzliche Bedeutung über den Einzelfall hinaus besitzt. 149

Streitwert der Berufungsinstanz: 150

bis zur Rücknahme der Anschlussberufung (18.12.2014): 152.386,87 € 151

danach: 152
150.747,73 €

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE