
Datum: 12.09.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 136/98
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0912.12U136.98.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 9 O 140/98

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels das am 06.07.1998 verkündete Urteil des Einzelrichters der 9. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 27.158,40 DM nebst 10,5 % Zinsen vom 17.03.1998 bis 25.03.1998 und nebst 4 % Zinsen seit dem 26.03.1998 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 60,73 % und der Beklagte zu 39,27 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Parteien erreicht die Revisionssumme nicht.

Entscheidungsgründe:

1

(Gem. § 543 Abs. 1 ZPO ohne Darstellung des Tatbestandes)

2

Das Landgericht hat der Klägerin Restwerklohn für ihre ausgeführten Arbeiten (§ 631 BGB) anlässlich der Errichtung der Doppelhaushälfte des Beklagten auf seinem Grundstück in H, X-
weg, und gem. § 649 S. 2 BGB für wegen angeblicher Kündigung des Beklagten nicht
erbrachte Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen i.H.v. insgesamt 69.159,28 DM
zugesprochen. 3

Die dagegen gerichtete zulässige Berufung des Beklagten ist überwiegend begründet, weil 4
die Klägerin nach dem Ergebnis der weiteren Beweisaufnahme vor dem Senat von dem
Beklagten gem. § 631 BGB nur Zahlung von Restwerklohn i.H.v. 27.158,40 DM für ihre
erbrachten Leistungen verlangen kann.

Die Klägerin hat entgegen der Auffassung des Landgerichts gegen den Beklagten keinen 5
Anspruch auf den vom Landgericht zugesprochenen Betrag von 13.809,28 DM für ihre nicht
erbrachten Leistungen (§ 649 S. 2 BGB), da die Klägerin, die insoweit beweispflichtig ist,
nach wie vor eine Kündigung des Werkvertrages der Parteien durch den Beklagten nicht
nachgewiesen hat. Der Beklagte hat in beiden Instanzen entschieden in Abrede gestellt, den
Vertrag mit der Klägerin gekündigt zu haben. Die Aussagen der vernommenen Zeugen und
die weiteren Beweisanzeichen reichen für den Senat nicht aus, um die sichere Überzeugung
zu gewinnen, daß tatsächlich der Beklagte das in Rede stehende Vertragsverhältnis
gekündigt hat. Die Angaben des Beklagten, er habe den Vertrag nicht gekündigt, vielmehr
von der Klägerin die Weiterarbeit an seinem Bauvorhaben verlangt, wird von seiner Ehefrau
bestätigt, nach deren Zeugenaussage vor dem Senat der Beklagte bei dem Telefonat vom
22.04.1997 mit dem Geschäftsführer M entgegen den Angaben der Klägerin keine Kündigung
des Vertrages ausgesprochen, sondern ausdrücklich die Weiterarbeit der Klägerin verlangt
hatte. Demgegenüber reicht die Aussage des Zeugen T, der nach den Erklärungen des
Beklagten und seiner Ehefrau am 05.05.1997 in seinem Büro von einer Kündigung des
Beklagten überzeugt gewesen war, für sich allein und auch in Zusammenhang mit dem Inhalt
seines Schreibens vom 30.04.1997 mit der darin erwähnten angeblichen Kündigung des
Beklagten zum zweifelsfreien Nachweise einer Vertragskündigung durch den Beklagten nicht
aus. Bei dem entscheidenden Telefonat vom 22.04.1997, in dem nach der Behauptung der
Klägerin der Beklagte den Vertrag gekündigt hat, war der Zeuge nicht zugegen gewesen. Die
von dem Zeugen in seinem Schreiben vom 30.04.1997 genannte Kündigung des Beklagten
geht allein auf die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin zurück. Die bei dem späteren
Gespräch mit dem Beklagten und seiner Ehefrau am 05.05.1997 von dem Zeugen
nachträglich gewonnene eigene Überzeugung einer Kündigung des Beklagten gibt im
Ergebnis ersichtlich nur die Auffassung des Zeugen wieder und steht mit dem tatsächlichen
Verhalten des Beklagten in Widerspruch. Denn der Beklagte hatte noch nach der angeblichen
Vertragskündigung vom 22.04.1997 mit Überweisung vom 25.04.1997 unstreitig die nach
dem Zahlungsplan des Vertrages fällige Rate Nr. 2 i.H.v. 110.000,00 DM an die Klägerin
gezahlt, was in hohem Maße gegen die streitige Vertragskündigung durch den Beklagten
spricht. Nach der Lebenserfahrung wird nach einer Vertragsbeendigung in aller Regel von
dem Auftraggeber eine Schlußrechnung verlangt und nach einer Kündigung keine
Abschlagszahlung nach einem vertraglichen Ratenzahlungsplan weiter entrichtet. Damit in
Übereinstimmung hatte die Klägerin dem Beklagten ebenfalls nicht alsbald im Anschluß an
die angebliche Vertragskündigung vom 22.04.1997 ihre Schlußrechnung erteilt, wie dies hier
den Umständen nach bei einer erfolgten Kündigung des Beklagten zu erwarten gewesen
wäre, sondern ihn erstmals mit Schreiben vom 14.08.1997 zur Schlußzahlung aufgefordert.
Schließlich ist ein weiteres Indiz gegen eine von dem Beklagten zu dieser Zeit erklärte
Kündigung des Vertrages, daß er nach dieser angeblichen Kündigung nicht sofort andere
Handwerker mit der weiteren Bauausführung beauftragt hat, wie von der Zeugin C2 glaubhaft
bestätigt worden ist. Das deutet ebenfalls darauf hin, daß die Eheleute C2 tatsächlich

entsprechend ihrem Vortrag weitere Arbeiten der Klägerin gewünscht hatten und die verlangte Wiederaufnahme der Arbeiten durch die Klägerin hatten abwarten wollen.

Dem stehen die Aussagen der in erster Instanz vernommenen weiteren Zeugen nicht entgegen, deren Angaben nach ihrem objektiven Inhalt keinen sicheren Schluß auf eine Kündigung des Beklagten zulassen.

6

Der Zeuge L, der Nachbar des Beklagten, konnte aus eigener Anschauung eine Kündigung des Vertrages durch den Beklagten nicht bestätigen. Seine glaubhafte Aussage, aus einem Gespräch mit Herrn M wisse er, daß das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien irgendwann beendet worden sei, er meine, dieser hätte sich dahingehend geäußert, daß Herr C2 ausgestiegen sei, gibt im Ergebnis lediglich die Angaben der Klägerin gegenüber diesem Zeugen "vom Hörensagen" wieder. Dasselbe gilt für den Zeugen G, den Heizungsbauer, der gleichfalls aus eigener Anschauung zur Kündigung des Beklagten keine Angaben machen konnte. Mit seiner Aussage, Herr M habe ihm sinngemäß bedeutet, daß die Sache auf Eis gelegt worden sei, gibt auch dieser Zeuge nur Angaben der Klägerin wieder, die für die Annahme einer tatsächlichen Kündigung des Beklagten ohne Beweiswert sind und eher gegen eine Kündigung sprechen. Nach der erstinstanzlichen Aussage der Zeugin G2, der das Landgericht als der Ehefrau des Beklagten zu Unrecht von vornherein nicht geglaubt hat, ist der in Rede stehende Vertrag nicht von dem Beklagten gekündigt worden. Schließlich hat auch die Zeugin N eine Kündigung des Vertrages durch den Beklagten nicht bestätigt. Dafür reichen ihre Angaben keinesfalls aus, nach der Äußerung des Herrn M habe von seiten des Beklagten ein Aufpreis gezahlt werden müssen, andernfalls werde man von seiten der Klägerin insoweit nichts machen und es müsse erstmal abgeklärt werden, wie die Kompetenzen verteilt seien, vorher würde er nicht weitermachen. Daß diese Angaben der Zeugin L keine Kündigung des Beklagten beweisen, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

7

Nach alledem hat die Klägerin ihren streitigen Vortrag nicht bewiesen, daß der Beklagte am 22.04.1997 den Werkvertrag der Parteien gekündigt hat. Ebenso wenig ist mit der erforderlichen Sicherheit festzustellen, daß die Eheleute C2 am 05.05.1997 die streitige Kündigung bestätigt bzw. erneut gekündigt haben.

8

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist für ihren Anspruch aus § 649 S. 2 BGB auf Vergütung für ihre nicht erbrachten Leistungen eine Kündigung des Beklagten nicht nach Treu und Glauben entbehrlich. Die Klägerin hat nicht schlüssig dargelegt, daß ihr ein weiteres Festhalten am Verträge gem. § 242 BGB nicht zuzumuten gewesen wäre.

9

Die Klägerin war nur dann zur Einstellung ihrer Arbeiten wegen Unzumutbarkeit weiterer Leistungen berechtigt, wenn die Voraussetzungen vorlagen, unter denen von ihr der Vertrag aus wichtigem Grunde gekündigt werden konnte. Ein solcher wichtiger Grund ist u.a. dann gegeben, wenn der Auftraggeber durch sein Verhalten die Durchführung des Vertrages so erheblich gefährdet, daß das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört wird (vgl. BGH NJWRR 1989, 1248, 1249). Entgegen der Auffassung des Landgerichts lag ein solcher wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung der Klägerin nicht vor. Eine Unzumutbarkeit zur weiteren Durchführung des Vertrages folgt nicht aus den vorgetragenen Sonderwünschen des Beklagten. Auch eine etwaige Teilkündigung hier durch den Beklagten betreffend Heizung und Fenster berechtigt den Unternehmer nur dazu, ggf. den ihm durch diese Teilkündigung entgangenen Gewinn vom Auftraggeber bezahlt zu verlangen (vgl. dazu OLG E OLGR 1991, 5, 6; NJWRR 1992, 216). Daher war der Klägerin aufgrund des Verhaltens des Beklagten im Ergebnis weiterhin zuzumuten, unter den vorliegenden Gesamtumständen am Vertrag mit dem Beklagten festzuhalten, wozu sie offensichtlich nicht mehr bereit war. Andererseits vermag der Senat nicht mit der erforderlichen Sicherheit

10

festzustellen, daß darin eine positive Vertragsverletzung der Klägerin liegt. Ihr Verhalten, "die Sache auf Eis zu legen", also keine weiteren Arbeiten mehr durchzuführen, war nur dann eine unberechtigte Erfüllungsverweigerung und damit eine positive Vertragsverletzung (vgl. BGH NJWRR 1989, 1248), wenn der Beklagte gegen die Klägerin tatsächlich Anspruch auf weitere Heizungen und die streitige Fußbodenheizung gehabt hätte, was nicht sicher feststeht.

Die verbleibenden Zweifel an einer von dem Beklagten erklärten Vertragskündigung gehen zu Lasten der Klägerin, die gem. § 649 S. 2 BGB von dem Beklagten Vergütung verlangt und deshalb nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen für sämtliche Anspruchsvoraussetzungen beweispflichtig ist. 11

Demnach ist mangels nachgewiesener Vertragskündigung durch den Beklagten von einer einverständlichen Aufhebung des Vertrages durch die Parteien auszugehen, die sich über die Auslegung der nach dem Verträge geschuldeten Leistungen nicht einigen konnten und deshalb den Vertrag letztlich übereinstimmend nicht weiter ausführen wollten. Dies hat zur Folge, daß die Klägerin gem. § 631 BGB von dem Beklagten ausschließlich Werklohn für ihre tatsächlich erbrachten Leistungen verlangen kann. 12

Insoweit hat die Berufung des Beklagten überwiegend Erfolg, da die Klägerin für ihre ausgeführten Arbeiten gem. § 631 BGB statt des zugesprochenen Werklohns von 55.350,00 DM nach den überzeugenden und nachvollziehbaren Feststellungen des Sachverständigen Wunram in seinem schriftlichen Gutachten vom 02.04.2001 sowie bei seiner ergänzenden Anhörung vor dem Senat am 12.09.2001 lediglich restliche 27.158,40 DM geltend machen kann. 13

Hinsichtlich der Fälligkeit der restlichen Vergütung der Klägerin für ihre erbrachten Teilleistungen bestehen im Hinblick auf §§ 640, 641 BGB keine Bedenken. Bei einer vorzeitigen Beendigung eines Werkvertrages ist eine Abnahme der erbrachten Teilleistungen als Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung nicht erforderlich. Der substantiierte Sachvortrag der Klägerin genügt den Anforderungen der Rechtsprechung an eine detaillierte Abrechnung und erfüllt die Voraussetzungen einer schlüssigen Darlegung für die Abrechnung des Anspruches des Unternehmers, der seine Leistung teilweise erbracht hat (vgl. BGH NJW 1996, 3270 und 1997, 733). 14

Die Klägerin hat nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß ihre bis zur vorzeitigen Beendigung des Vertrages als erbracht abgerechneten Leistungen den behaupteten Umfang haben (vgl. z.B. BGH BauR 1994, 655). 15

Auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen Wunram und seiner Angaben vor dem Senat (vgl. dazu im einzelnen Berichterstattevermerk vom 12.09.2001) ergibt sich eine nachgewiesene Restforderung der Klägerin in der ausgeurteilten Höhe von 27.158,40 DM aufgrund folgender Überlegungen: 16

Die Klägerin hat nach den Feststellungen des Sachverständigen, gegen deren Richtigkeit der Senat angesichts der gerichtsbekannten Sachkunde des Gutachters und seiner nachvollziehbaren Ausführungen keine Bedenken hat, vertragliche Leistungen im Werte von hier 214.754,37 DM einschließlich Mehrwertsteuer erbracht. Wie der Gutachter weiter überzeugend festgestellt hat, ist die Kostenaufstellung der Klägerin i.H.v. 328.027,70 DM berechtigt, jedoch für die anteilige Bewertung der erbrachten sowie nicht erbrachten Leistungen um die Mehrleistungen aus dem Nachtragsangebot der Firma E i.H.v. 46.315,00 DM, die von der Klägerin nach dem Verträge der Parteien ebenfalls geschuldet wurden, zu erhöhen. Dann ergibt sich ein vertraglich vereinbarter Leistungsumfang der 17

Klägerin im Werte von brutto 374.342,00 DM, so daß sich der Anteil der erbrachten Leistungen der Klägerin von 214.754,37 DM auf 57,36 % beläuft. Vom vertraglich vereinbarten Pauschalfestpreis der Parteien von 369.000,00 DM beträgt dieser Prozentsatz somit 211.658,40 DM und verbleibt damit nach Abzug des unstreitig gezahlten Betrages des Beklagten von 184.500,00 DM eine Restforderung der Klägerin in der ihr vom Senat zugesprochenen Höhe.

Die Angriffe des Beklagten gegen die Abrechnung der Klägerin sind nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht begründet. Der Sachverständige hat die von der Klägerin genannten Angebote im einzelnen überprüft und festgestellt, daß die betreffenden Preise ortsüblichen Vergleichspreisen entsprechen. Dies gilt auch für das Angebot G, das sich nach den Angaben des Sachverständigen vor dem Senat in vertretbarem Rahmen hält und, wie auch die weiteren Angebote, akzeptable Preise ausweist. 18

Der Beklagte beruft sich schließlich ohne Erfolg auf angeblich von der Klägerin geschuldete, aber von ihr nicht erbrachte Rohbauleistungen. Hinsichtlich der gerügten Ringdrainage ergibt sich aus den vertraglichen Unterlagen der Parteien nicht, daß die Klägerin diese unstreitig fehlende Drainage und auch einen Schwarzanstrich schuldete. Im Angebot der Firma E vom 28.12.1998, in ihrer Baubeschreibung vom 07.01.1997 und in den Zeichnungen des Architekten S. ist eine Drainage nicht vorgesehen. Auch ein Schwarzanstrich bzw. eine Bitumendickbeschichtung ist danach nicht ersichtlich. Nach der Kellergeschoßzeichnung war die Kellerwanne im Beton B 25, also wasserundurchlässig, herzustellen, wie auch aus dem Angebot vom 28.12.1998 hervorgeht. Nach dem unwiderlegten Vortrag der Klägerin ist die Ausführung entsprechend dieser Planung erfolgt, so daß in diesem Falle eine Ringdrainage und ein Schwarzanstrich entbehrlich waren, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. Angesichts dessen ist die unsubstantiierte Behauptung des Beklagten, die Ringdrainage sei Bestandteil einer mündlichen Abrede, wenig glaubhaft und auch unschlüssig. Deshalb bedurfte es hierzu nicht der Vernehmung der vom Beklagten benannten Zeugin L. Der Antrag auf eigene Parteivernehmung des Beklagten ist unschlüssig, weil seine Behauptung nach vorliegenden Ausführungen nicht "anbewiesen" ist (§ 448 ZPO). Das pauschale Bestreiten des Beklagten, daß die Klägerin zur Errichtung der Kellerwände wasserundurchlässigen Beton entsprechend der Ausschreibung verwandt habe, erfolgt offensichtlich "ins Blaue hinein" und ist deshalb ebenfalls nicht beweiserheblich. Ferner weist die Klägerin zu Recht darauf hin, daß die fehlende Montage der Dachrinnen sowie vier fehlender Dachkehlen nicht zum hier abgerechneten Rohbaugewerk gehörten. Anhaltspunkte dafür, daß die Klägerin die drei fehlenden Dachfenster vertraglich schuldete, liegen ebenfalls nicht vor. Aus den vertraglichen Bauzeichnungen ist dazu nichts zu ersehen, weil darin die streitigen Fenster nicht enthalten sind. Aus der angeblich mangelhaften Abdichtung der Ableitungsrohre kann der Beklagte ebenfalls keine Rechte herleiten. Falls diese Leistung der Klägerin überhaupt mangelhaft war, hätte der Beklagte die Klägerin gem. § 326 BGB bzw. § 634 Abs. 1 S. 1 BGB unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, die nicht gem. § 242 BGB entbehrlich war, zur Nachbesserung auffordern müssen. Das ist ersichtlich nicht geschehen, dazu fehlt jedenfalls jeder Sachvortrag. 19

Der von dem Beklagten nach Grund sowie Höhe bestrittene Zinsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 284, 286, 288, 291 BGB. Die Klägerin hat mit der vorgelegten Zinsbescheinigung vom 25.03.1998 die verlangten Zinsen von 10,5 % nur bis zu diesem Zeitpunkt nachgewiesen und hat für die Folgezeit lediglich Anspruch auf Zinsen in gesetzlicher Höhe von 4 %. 20

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 708 Ziff. 10, 713, 546 Abs. 2 ZPO. 21
