
Datum: 03.05.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 155/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0503.12U155.01.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 14 O 169/00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 28.06.2001 verkündete Vorbehalts- und Teilurteil der Vorsitzenden der 14. Zivilkammer - Kammer für Handels-sachen - des Landgerichts Bochum wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Zinsen wie folgt geschuldet werden:

Aus 181.876,75 EUR (= 355.720,-- DM) in Höhe von 5 % ab 20.04.2000 bis 30.04.2000 und aus 486.136,32 EUR (= 950.800,-- DM) in Höhe von 1 % über dem SRF-Zinssatz der Europäischen Zentralbank ab 01.05.2000 bis 28.11.2000 und in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 29.11.2000.

Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Kläge-rin vor

der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistung kann auch durch Vorlage einer unbedingten und unbefristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft einer im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland als Zoll- und Steuerbürgin zugelassenen Bank oder Sparkasse erbracht werden.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- | | |
|--|---|
| | 1 |
| Die Klägerin verlangt von der Beklagten Restwerklohn für ihre Bauarbeiten auf dem Grundstück I 4/X-Straße 14 bis 16 in X. | 2 |
| Auf diesem Grundstück sollte in einem ersten Bauabschnitt ein Verwaltungsgebäude an der X-Straße für die M schlüsselfertig errichtet werden. In einem zweiten Bauabschnitt sollte ein weiteres Geschäftsgebäude, alternativ ein Hotel, an der Straße I 4 erstellt werden. Ferner zählte zum 1. Bauabschnitt noch eine Tiefgarage für beide Gebäude. | 3 |
| Die Parteien schlossen für den ersten Bauabschnitt auf der Grundlage eines Angebots der Klägerin vom 29.07.1998 am 21.08.1998 einen schriftlichen Werkvertrag/Generalübernehmervertrag, wonach die Klägerin die Arbeiten zum Pauschalpreis von 5.950.800,00 DM ausführen sollte. Ein Betrag von 5 Millionen DM wurde der Beklagten gegen Gestellung einer Anzahlungsbürgschaft in dieser Höhe als Vorauszahlung geleistet. Weiter wurde vereinbart, daß eine Zahlung von 355.720,00 DM brutto bei Rohbauabnahme, die am 25.10.1999 erfolgt ist, zu leisten war. | 4 |
| Die Klägerin erteilte der Beklagten am 22.02.2000, bei dieser eingegangen am 03.03.2000, über ihre ausgeführten und abgenommenen Arbeiten im ersten Bauabschnitt ihre Schlußrechnung, in der sie den Pauschalpreis laut Werkvertrag vom 21.08.1998 zuzüglich 23 Nachträgen abrechnet. | 5 |
| Die Parteien streiten über die Frage der Berechtigung der von der Klägerin abgerechneten Nachträge, die Herausgabe von Bürgschaften durch die Beklagte, sowie über von der Beklagten gegenüber der ihrer Auffassung nach berechtigten restlichen Vergütung der Klägerin von 950.800,00 DM aufgerechneten Vertragsstrafen- und Schadensersatzansprüche von insgesamt 1.632.040,00 DM. | 6 |
| Das Landgericht hat durch Vorbehalts- und Teilurteil vom 28.06.2001, auf dessen Inhalt im einzelnen zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 950.800,00 DM nebst 5 % Zinsen aus 355.720,00 DM für die Zeit vom 26.10.1999 bis 30.04.2000 und weiteren Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz aus 950.800,00 DM seit dem 01.05.2000 zu zahlen. Ferner hat das Landgericht der Beklagten die Aufrechnung mit im Urteilstenor im einzelnen genannten Gegenforderungen vorbehalten. Zur Begründung hat das Landgericht im wesentlichen ausgeführt, die Klägerin habe aus der Pauschalpreisvereinbarung unstreitig einen fälligen Restwerklohnanspruch in Höhe von 950.800,00 DM, der durch die streitigen, nicht entscheidungsreifen Gegenforderungen der Beklagten nicht berührt werde. | 7 |

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerechte Berufung der Beklagten, die unter Vertiefung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens den Erlaß des Teilurteils für unzulässig hält und sich auf ihre streitigen Gegenforderungen in die restliche Vergütung der Klägerin übersteigender Höhe beruft.

Die Beklagte beantragt,	9
1.	10
die Klage abzuweisen,	11
2.	12
den Rechtsstreit unter Aufhebung des Vorbehalts- und Teilurteils sowie des Verfahrens an das Landgericht Bochum zurückzuverweisen.	13
Die Klägerin beantragt,	14
die Berufung zurückzuweisen.	15
Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und tritt unter Vertiefung sowie Ergänzung ihres Vorbringens aus erster Instanz dem Vortrag der Beklagten entgegen.	16
Wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen in den Akten verwiesen.	17
<u>Entscheidungsgründe:</u>	18
Die zulässige Berufung der Beklagten ist bis auf einen Teil der zugesprochenen Zinsforderung der Klägerin nicht begründet.	19
Ein Verstoß des Landgerichts gegen § 148 ZPO und die streitige Frage der Vorgreiflichkeit des damals noch anhängigen Rechtsstreits zwischen der jetzigen Klägerin (dortigen Beklagten) und der J GbR X und O- 17 O 176/00 LG Köln - können dahinstehen. Dieses Verfahren ist inzwischen durch rechtswirkamen Vergleich vom 19.11.2001 erledigt. Im übrigen stand die Anordnung der beantragten Aussetzung im Ermessen des Gerichts (vgl. Zöller, ZPO, 23. Auflage 2002, § 148 Rdn. 7). Ermessensfehler des Landgerichts sind nicht ersichtlich.	20
Der Erlaß des Vorbehaltsurteils ist zulässig.	21
Die Beklagte erhebt zu Recht keine Einwendungen mehr gegen die grundsätzliche Zulässigkeit eines Vorbehaltsurteils gemäß § 302 Abs. 1 ZPO in der ab 01.05.2000 gültigen Fassung. Diese ist hier anwendbar, weil neue Prozeßgesetze mit Inkrafttreten auch für anhängige Verfahren wirksam werden, soweit sie nichts abweichendes bestimmen (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 60. Auflage 2002, Einleitung III Rdn. 78) und die entsprechenden Überleitungsvorschriften zum Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen zu § 302 Abs. 1 ZPO nichts abweichendes bestimmt haben.	22
Die zuerkannte Restwerklohnforderung von 950.800,00 DM aus der Schlußrechnung der Klägerin vom 22.02.2000 über 5.623.617,84 DM über ihre fertig gestellten Leistungen aus dem Werkvertrag der Parteien vom 21.08.1998 über die Errichtung des Wohn- und Geschäftshauses (1. Bauabschnitt M) X-Straße/I in X ist nach wie vor unstreitig und	23
	24

entscheidungsreif.

Insoweit liegen die Voraussetzungen eines prozessualen Geständnisses der Beklagten im Sinne von § 288 Abs. 1 ZPO vor, weil die Beklagte sich gegenüber dieser Forderung nur mit ihrer Primäraufrechnung verteidigt hat (vgl. BGH NJW-RR 1996, 699; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann aaO § 288 Rdn. 5). 25

Anspruchsgrundlage für den Restwerklohn der Klägerin sind §§ 2, 16 VOB/B, § 631 BGB. Die Parteien haben wirksam die Geltung der VOB/B vereinbart. Nach § 2 Ziffer 3 des Werkvertrages vom 21.08.1998 ist die VOB/B nachrangig Vertragsbestandteil. 26

Gegen die Fälligkeit und die Höhe des zuerkannten Restwerklohns von 950.800,00 DM bestehen keine Bedenken. 27

Die Klägerin verlangt hinsichtlich der Abrechnung des Hauptauftrages vom 21.08.1998, um den es im Berufungsverfahren ausschließlich geht, die vereinbarte Pauschalvergütung von brutto 5.950.800,00 DM abzüglich erhaltene Vorauszahlung von 5 Millionen DM. 28

Dieser volle Restbetrag aus dem Hauptauftrag wird zu Recht verlangt. Der Anspruch der Beklagten auf Sicherheitsleistung ist entfallen. Die Beklagte hat den Bareinbehalt nicht auf die Aufforderung der Klägerin gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1, 3 VOB/B auf ein Sperrkonto eingezahlt (vgl. dazu Jagenburg NJW 2000, 2629 ff, 2643; OLG Jena BauR 1999, 1332). 29

Die Klägerin hat ihre Leistungen gemäß § 14 VOB/B mit Schlußrechnung vom 22.02.2000 prüfbar abgerechnet. Auf die prüfbare Abrechnung der streitigen Zusatzforderungen nach § 14 VOB/B, die im übrigen zu bejahen ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, da diese nicht Gegenstand des angefochtenen Urteils sind. Außerdem ergibt sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 07.11.2000, daß sie die Schlußrechnung der Klägerin inhaltlich überprüft hat. Der zuerkannte Teil-Restwerklohn bezieht sich ausschließlich auf erbrachte Leistungen der Klägerin, die zum genannten Pauschalpreis auszuführen waren. Eine Berechnung der Forderung nach der bekannten Rechtsprechung zum vorzeitig durch Kündigung beendeten Pauschalpreisvertrag brauchte daher nicht vorgenommen zu werden. Zur Zeit der Kündigung der Beklagten vom 31.03.2000 waren sämtliche zum Pauschalpreis geschuldeten Leistungen bis auf einzelne Mängel erledigt und auch abgenommen, wie die Klägerin zutreffend und unwidersprochen darlegt. Die M hat den Neubau unbestritten ab Anfang 2000 bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen (§ 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Die in der Abnahmebescheinigung vom 30.03.2000 aufgeführten Mängel stehen der Annahme einer Abnahme nicht entgegen. Ausdrücklich wird in diesem Protokoll die Abnahme der Leistungen bescheinigt. 30

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei den geltend gemachten streitigen und noch nicht entscheidungsreifen Gegenforderungen nicht um den Fall der Verrechnung nach der Differenztheorie, sondern um echte Aufrechnungen. Hierzu kann auf die zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils, die mit der Senatsrechtsprechung übereinstimmen, verwiesen werden. Danach kann eine gegenüber der Vergütung des Unternehmers zulässige "Verrechnung" nach der Differenztheorie mit einem Schadensersatzanspruch grundsätzlich nur dann erfolgen, wenn der Bauherr die mangelhafte Werkleistung insgesamt zurückweist und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt. Sie ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Bauherr die Werkleistung ganz oder teilweise behält und Schadensersatz wegen einzelner Mängel geltend macht (vgl. Senatsurteile in OLGR Hamm 1995, 196; 1998, 58; ferner Urteil vom 09.01.2002 - 12 U 146/00; ebenso OLG Düsseldorf BauR 2001, 290, 291 m.w.N.). Diese Voraussetzungen für 31

eine Verrechnung nach der Differenztheorie liegen im vorliegenden Falle nicht vor.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Erlaß des Teilurteils gemäß § 301 Abs. 1 ZPO 32 ebenfalls zulässig, weil es sich um keinen einheitlichen Anspruch handelt. Die Entscheidung über den restlichen Teil, den weiteren streitigen Anspruch der Klägerin aus rechtlich selbständigen Zusatzaufträgen und die streitigen Aufrechnungsforderungen der Beklagten, hat keinen Einfluß auf das Vorbehaltsteilurteil. Da es sich um keinen einheitlichen Werklohnanspruch der Klägerin handelt und die noch offene Restforderung selbständige Zusatzaufträge betrifft, besteht im Hinblick auf das Teilurteil nicht die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen (vgl. dazu BGH NJW 1996, 395).

Die vorbehaltene Aufrechnung der Beklagten mit ihren streitigen Gegenforderungen und die 33 Forderung der Klägerin auf Herausgabe von Bürgschaften sind nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Hinsichtlich der vom Landgericht zugesprochenen Zinsforderung hat die Berufung der 34 Beklagten in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfange geringen Erfolg.

Die Zahlung des Teilbetrages von 355.720,00 DM war gemäß § 3 Nr. 1, Abs. 3 des 35 Werkvertrages der Parteien zwar zahlbar bei Rohbauabnahme, die am 25.10.1999 erfolgt ist. Gegenüber §§ 353, 352 Abs. 1 HGB ist aber bei einem VOB-Vertrag dazu § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B die einschlägige Sondervorschrift (vgl. Beck'scher VOB-Kommentar, Band 2, VOB/B 1997, § 16 Nr. 5 Rdn. 28). Es ist anerkannt, daß nach der VOB/B keine Fälligkeitszinsen verlangt werden können (vgl. auch Ingenstau/Korbion VOB, 14. Auflage, B § 16 Nr. 5 Rdn. 277). Die erforderliche Nachfristsetzung nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 Satz 1 VOB/B ist nicht dargelegt. Sie ist gemäß § 242 BGB allerdings entbehrlich geworden durch Schreiben der Beklagten vom 18.04.2000, mit dem die Beklagte definitiv Zahlungen ablehnt. Dieses Schreiben ist mangels anderweitiger Anhaltspunkte am 19.04.2000 der Klägerin zugegangen, so daß sie Zinsen seit dem 20.04.2000 in der zugesprochenen Höhe von 5 % verlangen kann. Die Schlußrechnung der Klägerin ist der Beklagten am 03.03.2002 zugegangen, wie sich aus deren Schreiben vom 18.04.2000 ergibt. Damit lief die Höchstfrist von 2 Monaten gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B nach dem Stichtag 01.05.2000 ab, so daß die Zinsregelung des § 288 Abs. 1 BGB n.F. eingreift. Da der Vertrag vom 21.08.1998 vor dem Inkrafttreten der VOB 2000 abgeschlossen worden ist, hat die Klägerin Anspruch auf 1 % Zinsen über dem SFR-Satz (vgl. Ingenstau/Korbion B § 16 Nr. 5 Rdn. 276) vom 01.05.2000 bis zum 28.11.2000. Prozeßzinsen kann die Klägerin wegen der am 28.11.2000 erfolgten Zustellung gemäß § 291 BGB n.F. in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 29.11.2000 verlangen. Die Befugnis des Auftragnehmers, Prozeßzinsen gemäß § 291 BGB zu verlangen, bleibt durch die VOB-Regelung unberührt (vgl. Ingenstau/Korbion aaO Rdn. 303).

Wegen der weitergehenden Zinsforderung war das Urteil entsprechend abzuändern und die 36 weitergehende Zinsklage abzuweisen.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92, 708 Ziffer 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen 37 für die Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO liegen nicht vor.