
Datum: 12.02.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 56/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0212.17U56.00.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 2 O 432/99

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10.02.2000 verkündete Urteil der

2. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt; davon ausgenommen sind die durch den Termin am 18.12.2000 verursachten Mehrkosten; diese werden der Nebenintervenientin, die im übrigen auch ihre eigenen Auslagen zu tragen hat, auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der früheren Gemeinschuldnerin, der Fa. S GmbH Garten- und Landschaftsbau. Er hat als Insolvenzverwalter den Rechtsstreit aufgenommen und macht Behinderungs- und Stillstandskosten der Gemeinschuldnerin gegen den Beklagten wegen Unterbrechung der Arbeiten für 3 1/2 Tage (23.06. - 28.06.1999) beim Bauvorhaben "Abbrucharbeiten der Kläranlage I, S-Straße" geltend. Des weiteren werden Stillstands- bzw.

2

Verzögerungszeiten geltend gemacht, weil das Beseitigen von 3.800 m³ vorgefundener Schlammablagerungen länger dauerte als die geplante Beseitigung der ausgeschriebenen 250 m³ und deshalb die Folgearbeiten nicht wie geplant durchgeführt werden konnten.

Der Beklagte beauftragte die Gemeinschuldnerin mit Schreiben vom 05.05.1999 mit den Abbrucharbeiten. Die Auftragssumme betrug 909.884,63 DM ohne Berücksichtigung der Nachträge. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. Im Auftrag war u.a. die Position 1.05.0180 enthalten, wonach die Gemeinschuldnerin aus einem Belebungs- und Nachklärbecken Schlammablagerungen zu entfernen, das Becken abzubrechen und Schlamm und Schutt zu entsorgen hatte. Die ausgeschriebene Menge der Schlammablagerungen betrug 250 m³. Noch beim Abpumpen des Wassers durch den Beklagten stellte sich heraus, dass insgesamt 3.800 m³ Schlammablagerungen vorhanden waren. Am 22.06.1999 gegen 18.00 Uhr ordnete der Beklagte daher kurzfristig die Stilllegung der Baustelle an. Am 23.06.1999 erfolgte eine Behinderungsanzeige der Gemeinschuldnerin wegen Unterbrechung der Schlammabfuhr. Am 28.06.1999 kam es zur Wiederaufnahmeanordnung der Bautätigkeit durch die Bauleitung des Beklagten. Am 01.07.1999 erfolgte eine Behinderungsanzeige der Gemeinschuldnerin, da die zu entfernenden Schlammmassen sich um ein Mehrfaches erhöht hätten und die ursprüngliche Bauablaufplanung nicht mehr einzuhalten sei. Die Gemeinschuldnerin berechnete ihren Stillstandsschaden in drei Rechnungen, die sie vereinbarungsgemäß außerhalb der regelmäßigen Abschlagszahlungen erstellte, unter dem 28.06.1999, 19.07.1999 und 04.08.1999. Aufgrund von Uneinigkeiten der Parteien über die Höhe der Vergütung für Schlambeseitigung und die Höhe der Stillstandskosten stellte die Gemeinschuldnerin die Arbeiten ein. Daraufhin kündigte der Beklagte am 09.09.1999 den Bauvertrag.

3

Die Gemeinschuldnerin hat behauptet, die abgerechneten Stillstandszeiten seien zutreffend und die in Rechnung gestellten Beträge seien ihr als Schaden entstanden. Sie hat die Ansicht vertreten, Stillstandszeiten von Baugeräten seien nach der Baugeräteliste abzurechnen.

4

Die Gemeinschuldnerin hat beantragt,

5

den Beklagten zu verurteilen, an sie 119.048,48 DM nebst 9,5 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

6

Der Beklagte hat beantragt,

7

die Klage abzuweisen.

8

Der Beklagte hat den Schaden der Gemeinschuldnerin bestritten. Im übrigen seien die Mehrmengen an Schlamm für ihn nicht vorhersehbar gewesen.

9

Im Hinblick auf die Einzelheiten wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

10

Durch Urteil vom 10. Februar 2000 hat das Landgericht Dortmund die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Gemeinschuldnerin stehe aus § 6 Nr. 6 der VOB/B kein Anspruch auf Schadensersatz zu. Zwar sei es zu einer vom Beklagten zu vertretenden Behinderung der Gemeinschuldnerin gekommen. Auch seien die Behinderungen unverzüglich angezeigt worden. Es fehle aber an einer Kausalität zwischen Behinderung und Schaden. Dieser Schaden sei nicht im einzelnen dargelegt worden. Im übrigen sei die Klageforderung auch nicht fällig. Abschlagsrechnungen, zu denen auch ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B zähle, seien nach Erstellung der

11

Schlussrechnung nicht mehr einzeln einklagbar.

Gegen dieses Urteil hat die Gemeinschuldnerin, über deren Vermögen anschließend am 17.04.2000 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, rechtzeitig Berufung eingelegt. 12

Mit Schriftsatz vom 23.03.2000 hat die Nebenintervenientin erklärt, dass sie nunmehr als Klägerin in den Prozess eintrete, da die Klageforderung an sie abgetreten worden sei. Im Senatstermin vom 18. Dezember 2000 kam es zur Erörterung der Sach- und Rechtslage. Mit Beschluss vom selben Tag stellte der Senat fest, dass das Verfahren nach § 240 Abs. 1 ZPO unterbrochen sei, da es zu einem wirksamen Klägerwechsel nicht gekommen sei. Mit Schreiben vom 07.01.2003 hat der Kläger als Insolvenzverwalter die Aufnahme des Rechtsstreits erklärt und zugleich fristgerecht die Berufung begründet. 13

Der Kläger nimmt auf das erstinstanzliche Vorbringen der Gemeinschuldnerin Bezug. Darüber hinaus vertritt er die Ansicht, der Verzögerungsschaden sei bereits erstinstanzlich substantiiert dargelegt worden und insbesondere mit Hilfe der Baugeräteliste zu spezifizieren. Zumindest sei mit ihrer Hilfe eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO möglich. Die Schadensersatzforderung wegen Stillstandes sei entgegen der Ansicht des Landgerichts auch außerhalb einer Schlussrechnung einklagbar. Dies beruhe zum einen auf einer gesonderten Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien und zum anderen darauf, dass die Fälligkeit der Abschlagszahlungen bereits eingetreten und ein Rechtsstreit insoweit anhängig geworden sei, bevor die Schlussrechnung erteilt worden sei. 14

In zweiter Instanz wird die Klageforderung wie folgt neu berechnet: 15

Rechnung Nr. ##### vom 28.06.1999 40.525,57 DM 16

(für den Zeitraum des Stillstands vom 23. - 28.06.1999 Anlage K 3) 17

Rechnung Nr. #####2 vom 19.07.1999 70.511,88 DM 18

(für den Zeitraum des Stillstands vom 29.06. - 16.07.1999 Anlage K 5) 19

Rechnung Nr. #####3 vom 04.08.1999 47.540,98 DM 20

(für den Zeitraum des Stillstands vom 19.07. - 31.07.1999 Anlage K 6) 21

Gesamt: 158.578,43 DM 22

Darauf am 26.08.1999 gezahlt: 58.586,75 DM 23

Restforderung: 99.991,68 DM 24

Der Kläger beantragt, 25

den Beklagten kostenpflichtig zu verurteilen, an den jetzigen Kläger/Insolvenzverwalter 99.991,68 DM = 51.124,93 € nebst 9,5 % Zinsen seit Zustellung der Klage zu zahlen. 26

Der Beklagte beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Der Beklagte bestreitet den Schaden der Gemeinschuldnerin im einzelnen und erklärt insbesondere die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegen die Gemeinschuldnerin 29

wegen unberechtigter Einstellung der Arbeiten. Der Kläger widerspricht der Aufrechnung gem. § 533 ZPO.

Im Hinblick auf die Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die entsprechenden Anlagen verwiesen. 30

Entscheidungsgründe: 31

Die Entscheidung des Rechtsstreits richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Vorschriften des BGB und der ZPO (§ 26 EGZPO; Art. 229 § 5 EGBGB) 32

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Der Kläger hat, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, keinen Anspruch gegen den beklagten Verband auf Ersatz von Schäden wegen Behinderung oder Unterbrechung der Bauarbeiten über die von dem Beklagten bereits gezahlten 58.586,75 DM hinaus. 33

I. 34

Insbesondere hat das Landgericht zutreffend dargestellt, dass es im vorliegenden Fall an der Darlegung eines Schadens und der Kausalität fehlt. Der Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nach § 6 Nr. 6 VOB/B setzt voraus, dass die Behinderungen (Stillstandszeiten) adäquat-kausal durch die hindernde Umstände verursacht worden sind, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen (BGH NJW 2002, 2716). Dasselbe gilt für einen Schadensersatzanspruch aus § 642 BGB, der zumindest bei aufrechterhaltenem Vertrag neben VOB/B § 6 Nr. 6 anwendbar ist (BGHZ 143,32; a.A. Ingenstau/Korbion/Döring 15. Aufl. 2003 § 6 Nr. 6 VOB/B Anm. 2 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind von dem Kläger trotz eindeutiger Hinweise durch das Landgericht nicht schlüssig vorgetragen worden. Unstreitig hat es im vorliegenden Fall eine Bauunterbrechung für 3 ½ Tage gegeben und erhebliche unerwartete Mehrmassen zu beseitigenden Schlammes. Dem Kläger ist auch zuzugestehen, dass es in aller Regel zu einer Behinderung des Bauablaufs über den gesamten Zeitablauf der geplanten Bautätigkeit kommt, wenn die Bautätigkeit für 3 ½ Tage völlig eingestellt werden muss und sich die Massen der Schlammablagerungen von 250 m³ auf 3.800 m³ erhöhen. Diese allgemeine Erkenntnis entbindet den Auftragnehmer jedoch nicht von seiner Verpflichtung, diese Behinderungen in einem Rechtsstreit, in dem er Schadensersatz verlangt, möglichst konkret darzulegen. Insoweit dürfen zwar keine zu hohen Anforderungen an die Darlegungslast gestellt werden (BGHZ 97, 163, 166). Das bedeutet jedoch nicht, dass allein die Darlegung einer Verzögerung genügt. Vielmehr ist in der Regel unumgänglich eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen und der entsprechenden Schadensauswirkungen auf den bauausführenden Betrieb. Erst der möglichst konkrete Vortrag zur Behinderung erlaubt die Beurteilung, inwieweit auf sie zurückzuführende Schäden für den Auftragnehmer entstanden sind. Soweit ein Auftragnehmer mangels einer ausreichenden Dokumentation der Behinderungstatbestände und der sich daraus ergebenden Verzögerungen zu einer den Anforderungen entsprechenden Darstellung nicht in der Lage ist, geht das grundsätzlich nicht zu Lasten des Auftraggebers (BGH NJW 2002, 2716). 35

Entgegen der Auffassung der Klägerseite reichen die vorgenommene Gegenüberstellung von geplantem Bauablauf und dem – nach Eintritt der behindernden Umstände tatsächlichen Bauablauf und das Vorbringen dazu, wie sich die Verzögerung rein zeitlich ausgewirkt hat, nicht aus. Dies gilt insbesondere für die Darstellung der Verzögerung durch Vorlage der sog. "Bauablaufpläne", wie sie von der Gemeinschuldnerin erstellt und als Anlage zum Schriftsatz 36

vom 25.01.2000 (Anlage K18 - K 27) zur Akte gereicht wurden. Mit diesen Bauablaufplänen wird lediglich die Verzögerung des ursprünglich geplanten Baubablaufes an sich nachgewiesen, nicht jedoch der sich konkret daraus ergebende Schaden. Der Auftragnehmer muss aber darlegen - und gegebenenfalls nachweisen -, dass die Verlängerung der Bauzeit und der daraus resultierende Schaden adäquat kausal auf die vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderungen zurückzuführen sind (vgl. OLG Nürnberg BauR 2001, 409). Weil eine Behinderung keineswegs zwingend zu einer Verzögerung des Gesamtablaufs und erst recht nicht zu einem bestimmten (Verzögerungs-) Schaden führen muss, kann der Kausalzusammenhang zwischen Mehrkosten und Behinderung nicht einfach geschätzt werden, sondern muss konkret dargelegt und bewiesen werden (vgl. OLG Nürnberg BauR 2001, 409; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage, Rdn. 1822). Dieser Darlegungspflicht kann der Auftragnehmer dadurch genügen, dass er - im Rahmen einer Baudokumentation - eine Gegenüberstellung von Soll- und Istkosten für ungestörte Bauabschnitte einerseits und für die gestörten Bauabschnitte oder Störungsphasen andererseits vorlegt; denn nur auf dieser Grundlage kann beurteilt werden, ob die eigene Kalkulation des Unternehmers in den ungestörten Zeiten auch tatsächlich erreicht worden ist und die behaupteten Behinderungen zu bestimmten Auswirkungen auf die einzelnen Bauabschnitte und im weiteren Verlauf auf die Gesamtbauzeit führen konnten (vgl. OLG Nürnberg BauR 2001, 409; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage, Rdn 1833; Kapellmann/Schiffers, Die Ermittlung der Ersatzansprüche des Auftragnehmers aus vom Bauherrn zu vertretender Behinderung, BauR 1986, 635, 636; aus betriebswirtschaftlicher Sicht: Heilfort, Praktische Umsetzung bauablaufbezogener Darstellungen von Behinderungen als Grundlage der Schadensermittlung nach § 6 Nr.6 VOB/B, BauR 2003, 457). Diesen Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs als anspruchsbegründender Tatsache entspricht der klägerische Vortrag auch in zweiter Instanz nicht. Die bloße Darlegung einer verzögerten Ausführung anschließender Bauabschnitte genügt dabei ebenso wenig wie die Aufzählung von Gerätestillstandszeiten als Folge bestimmter Behinderungen. Denn es ist völlig unklar, ob es bei ungestörtem Bauablauf auch zu gewissen Stillstandszeiten gekommen wäre, was bei größeren Bauprojekten schon der allg. Lebenserfahrung entspricht. Ob es bei verlängerten Standzeiten von schwerem (Abbruch-)Gerät zu Schäden bei der Gemeinschaftsdnerin gekommen sein kann, kann sich ebenfalls erst bei einem Abgleich der geplanten An- und Abtransportzeitpunkten für die einzelnen Maschinen beurteilen lassen. Hier hat der Kläger weder die entsprechend der Bauablaufplanung geplanten Anlieferungszeiten dargetan und belegt noch die geplanten Abtransportzeitpunkte. Auch ein längerer Einsatzzeitraum oder die Nichtnutzbarkeit einer Maschine stellen nicht stets einen Schaden dar. Die Kosten für Maschinen nach der Baugeräteliste mag zwar einen Anhalt für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO geben, wenn behinderungsbedingte Standzeiten feststehen und die unmittelbare Anschlussverwendung der Geräte dargelegt ist (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage, Rdn. 1833 m.w.N.). An alledem fehlt es hier aber. Würde man den Schaden auf der Grundlage des Sachvortrags der Klägerin berechnen anhand von feststehenden Stillstandszeiten unter Zugrundelegung der Kalkulation aus der Baugeräteliste und unter Anwendung der Vermutung, ein Unternehmer würde sein Personal und seine Maschinen gewinnbringend einsetzen, so käme man zu einer rein abstrakten Schadensberechnung, die mit der Regelung des vereinbarten § 6 Nr. 6 VOB/B (Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens) nichts mehr gemein hätte. Im vorliegenden Fall kann sich der Kläger auch nicht auf die Vermutung stützen, ein Unternehmer würde sein Personal und seine Maschinen gewinnbringend einsetzen. Diese Vermutung wäre schon durch die nachfolgende Insolvenz der Gemeinschaftsdnerin widerlegt, die eine gewinnbringende Verwendung der Maschinen gar nicht zugelassen hat. Darüber hinaus hätte der Kläger bei Spezialmaschinen, die nicht bei jedem gewöhnlichen Bauauftrag zum Einsatz kommen, Anschluss-Bauaufträge dargelegen

müssen, bei denen die Maschinen jeweils hätten gewinnbringend eingesetzt werden können.

Soweit behauptet worden ist, die Maschinen seien teilweise gemietet worden und die Mietdauer habe sich entsprechend verlängert, ist dies von dem Beklagten ausdrücklich bestritten und die Vorlage von Mietverträgen angemahnt worden. Weder die ursprünglichen Mietverträge noch die angeblichen Verträge/Rechnungen für die verlängerte Mietdauer wurden dargelegt und auch nicht urkundlich belegt. Als Beispiel für eine völlig unzureichende Darlegung eines konkreten Schadens mag die Tatsache dienen, dass die Gemeinschuldnerin sogar Stillstandszeiten von Fahrzeugen und Geräten der Subunternehmer nach der Baugeräteliste abgerechnet hat (z.B. Rechnung Nr. ##### v. 28.06.1999 Pos.03.009 und 03.010). Hier wäre es ein leichtes, die entsprechenden Rechnungen der Subunternehmer oder zumindest die vertraglichen Vereinbarungen offen zu legen. Ein Schaden ist vorliegend also selbst dann nicht dargetan, wenn Stillstandszeiten für einzelne Maschinen unstreitig sind.

37

Bei der Beurteilung der Darlegungslast hat der Senat nicht verkannt, dass diese vom jeweiligen Einzelfall, insbesondere auch von der Art des Bestreitens durch die Gegenseite abhängt. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte einen Schaden der Gemeinschuldnerin im Einzelnen und anhand einer Vielzahl von Beispielen bestritten. So hat der Beklagte Stillstandszeiten für einzelne Geräte detailliert bestritten und dargelegt, wo sie hätten eingesetzt werden können Auch wurde bestritten, dass einzelne Geräte auf der Baustelle überhaupt benötigt wurden. Unter diesen Umständen war von der Klägerseite die Darlegung des Schadens in Form einer Gegenüberstellung von Soll- und Iststunden für ungestörte Bauabschnitte einerseits und für die gestörten Bauabschnitte oder Störungsphasen andererseits als Grundvoraussetzung für die Darlegung zu verlangen. Denn nur auf dieser Grundlage kann beurteilt werden (ggfls mit Hilfe eines gerichtlichen Bausachverständigen), ob die Behinderungen tatsächlich im Ergebnis Auswirkungen auf die Gesamtbauzeit gehabt haben.

38

Der Beklagte muss sich auch nicht daran festhalten lassen, dass die Bauleitung der Gemeinschuldnerin die Stillstandsrechnungen geprüft und teilweise für berechtigt gehalten hat, insbesondere gegen eine Berechnung der Stillstandskosten auf Grundlage der Baugeräteliste keine Einwände erhoben hat. Ein Auftraggeber ist grundsätzlich auch dann nicht daran gehindert, Rechnungspositionen im Prozess zu bestreiten, wenn er zuvor die in der Rechnung des Auftragnehmers abgerechneten Positionen durch einen Prüfvermerk bestätigt hat. Aufgrund eines derartigen Prüfvermerkes ist ein Auftraggeber nur dann materiell-rechtlich mit Einwänden ausgeschlossen, wenn die Parteien auf der Grundlage des Prüfvermerks einen kausalen Schuldanerkenntnisvertrag abgeschlossen haben oder der Auftraggeber aufgrund des Prüfvermerks und weiterer Umstände etwaige Einwände verwirkt hat (BGH BauR 2003, 1892). Für ein kausales Schuldanerkenntnis fehlt es an jedem Anhaltspunkt im Sachvortrag der Parteien. Ein kausales Schuldanerkenntnis setzt voraus, dass die Parteien sich über Streitpunkte oder Ungewissheiten geeinigt haben, die aus ihrer Sicht nach den Umständen des Einzelfalles klärungs- und regelungsbedürftig sind (BGH, BauR 1999, 1300). Für den Abschluss eines kausalen Schuldanerkenntnisses fehlte es der örtlichen Bauleitung bereits erkennbar an einer Bevollmächtigung. Jedenfalls fehlt dem Sachvortrag des Klägers jeder Vortrag zu einer Vollmacht der Bauleitung zum Abschluss von vertraglichen Vereinbarungen zum Bauvertrag. Für eine Verwirkung der Einwände fehlt es ebenfalls an jedem Anhaltspunkt. Eine Verwirkung setzt voraus, dass zum Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen rechtfertigen, der Berechtigte würde seine Rechte nicht mehr geltend machen. Der Prüfvermerk begründet allein keinen hinreichenden Vertrauenstatbestand für die Klägerin,

39

dass der Beklagte später keine Einwände gegen die Abrechnungsweise erhebt.

Letztendlich fehlt bei der Darlegung eines Schadens durch den Kläger auch die Berücksichtigung der Umstände, dass die Erhöhung der Massen regelmäßig nicht nur zu Verzögerungen und Mehrkosten führen können, sondern auch zu einer erheblichen Erhöhung des kalkulierten Gewinns. Denn die Erhöhung der Massen der zu beseitigenden Schlammablagerungen von 250 m³ auf 3.800 m³ stellen schließlich auch eine Erhöhung des Auftragsvolumens dar. Das muss bei einer konkreten Schadensberechnung schadensmindernd berücksichtigt werden. 40

II. 41

Desweiteren sind die von der Gemeinschuldnerin erstellten Stillstandsrechnungen Nr. ##### v. 28.06.1999, Nr. #####2 v. 19.07.1999 und Nr. #####3 v. 04.08.1999 nicht (mehr) einzeln einklagbar, da sich die Parteien im Schlussabrechnungsverfahren befinden. 42

Abschlagsrechnungen sind grundsätzlich nicht mehr einzeln klagbar, nachdem der Vertrag durch Kündigung beendet ist; denn durch die Kündigung wird das Schlussabrechnungsverfahren eingeleitet (BGH NJW-RR 1987, 724; Ingenstau/Korbion/Locher 15. Aufl. 2003 § 16 Nr.1 VOB/B Anm. 42). 43

Die von der Gemeinschuldnerin erstellten Stillstandsrechnungen stellen auch Abschlagsrechnungen i.S.d. § 16 VOB/B dar. Die Regelung über Abschlagszahlungen betrifft Vergütungsansprüche für Leistungen. Der Anspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B ist im wesentlichen vergütungsgleich (Ingenstau/Korbion 14. Aufl. § 6 VOB/B Anm. 144,145). Der Bundesgerichtshof hat den Anspruch auf Schadensersatz wegen vom Auftraggeber zu vertretender Behinderung daher auch folgerichtig der kurzen Verjährung des § 196 Abs.1 Nr. 1 BGB unterworfen (BGHZ 50, 25; Ingenstau/Korbion 14. Aufl. § 6 VOB/B Anm.146). Es ist im Ergebnis auch sachgerecht, wenn nach Übergang in das Abrechnungsverhältnis keine Einzelrechnungen mehr geltend gemacht werden können, sondern eine Gesamtabrechnung durch Schlussrechnung zu erfolgen hat. Sinn von Abschlagszahlungen ist es, den vorleistungspflichtigen Auftragnehmer zu entlasten und zu schützen. Nach Beendigung durch Kündigung braucht der Auftragnehmer keine weiteren Vorleistungen mehr zu erbringen. Der Grund für die Zubilligung von Abschlagsrechnungen entfällt (BGH NJW-RR 1987, 724). Das muss gerade in einem Fall wie diesem gelten, wo die Endabrechnung höchst umstritten ist, weil der Auftraggeber Gegenansprüche geltend macht. 44

Etwas anderes ergibt sich selbst dann nicht, wenn sich die Parteien des Bauvertrags darüber geeinigt hätten, dass die Stillstandsschadensrechnungen einzeln gestellt werden sollen. Denn diese Einigung kann man nicht so verstehen, dass die Schadensabrechnung völlig losgelöst vom sonstigen Abrechnungsverhältnis erfolgen sollte. 45

Die Rechtsansicht des Klägers mag zutreffen, dass Schadensersatzforderung ausnahmsweise dann einklagbar sind, wenn sie fällig und bereits ein Rechtsstreit anhängig ist. Im vorliegenden Fall war zu dem Zeitpunkt, als sich das Vertragsverhältnis durch Kündigung in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt hat (09.09.1999), noch kein Rechtsstreit anhängig. Die Klageschrift ging vielmehr erst am 07.10.1999 bei Gericht ein. 46

Es handelt sich auch keineswegs um reine Förmerei, wenn man die Abrechnung in der Schlussrechnung verlangt. Denn gerade in einem Fall wie dem Vorliegenden zeigt es sich, dass ein Auseinanderfallen der Geltendmachung einzelner Positionen verhindert werden muss. Die behaupteten Gegenansprüche wegen einer unberechtigten Vertragskündigung 47

müsste der Beklagte nämlich im Insolvenzverfahren geltend machen, wo er nur mit einer Quote zu rechnen hat.

III.

48

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 91, 101, 108, 269 ZPO. Der Nebenintervenientin waren nach dem gescheiterten Klägerwechsel die durch den Termin vom 18.12.2000 entstandenen gerichtlichen Kosten sowie die außergerichtlichen Kosten des Beklagten für diesen Termin gem. § 101 ZPO aufzuerlegen. Ob der hilfsweise erklärte Beitritt überhaupt als Prozessklärung wirksam war, kann dahinstehen. In einem Fall der gescheiterten Prozessübernahme ist regelmäßig auch ein Beitritt zu sehen, wenn keine anderslautende Erklärung vom Nebenintervenienten erfolgt. (Zöller/Vollkommer 24. Aufl. 2004 § 70 Anm.1 m.w.N.).

49

Die Revision war gem. § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.

50