
Datum: 28.02.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 81/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0228.24U81.07.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 24 O 133/06

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 16.05.2007 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 14.032,96 € nebst Zinsen i.H.v. 8 % über dem Basiszins seit dem 20.09.2006 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt die Beklagte zu 79 % und der Kläger zu 21 %.

Die Kosten der Berufung werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um von dem Kläger als Insolvenzverwalter geltend gemachte Vergütungsansprüche für von der Insolvenzschildnerin im Zuge von

1

2

3

Erschließungsmaßnahmen erbrachte Vorleistungen und eine Schadensersatzforderung. Gegenstand des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz ist noch ein Vergütungsanspruch aus dem Bauvorhaben "I3" in N und eine Schadensersatzforderung betreffend dieses Bauvorhaben sowie eine Vergütung für die Erschließung des Baugebietes T1 in T. Für das Bauvorhaben T1 verlangt der Kläger noch eine Werklohnforderung i.H.v. 5.707,48 €. Für das Bauvorhaben "I3" macht der Kläger noch eine restliche Vergütung i.H.v. 5.045,95 € aus einem am 20.12.2004 und damit vor Insolvenzeröffnung am 01.03.2005 abgerechneten Zusatzauftrag sowie einen Betrag i.H.v. 3.279,53 € als Schadensersatzleistung gem. § 648 a Abs. 5 BGB geltend.

Bezüglich des Sach- und Streitstandes erster Instanz und im Hinblick auf die erstinstanzlichen Anträge der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

4

Das Landgericht hat die Klage durch das angefochtene Urteil nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen I2 abgewiesen. Hierzu hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass dem Kläger bezüglich der erstinstanzlich geltend gemachten Änderungsarbeiten am Bauvorhaben T-Straße i.H.v. 1.740,00 € und bezüglich einer Erstellung einer Beetanlage im Baugebiet T1 ein Betrag i.H.v. 1.450,00 € nicht zustehe, weil eine Auftragserteilung durch die Beklagte nicht feststellbar sei. Die Ansprüche i.H.v. 5.707,48 € bezüglich des Bauvorhabens T1 und i.H.v. 5.045,95 € aus dem Bauvorhaben "I3" seien infolge der Aufrechnung des Beklagten nach Kündigung des Werkvertrages betreffend das Bauvorhaben "I3" mit einem daraus resultierenden Anspruch auf Erstattung von Mehrkosten für die Durchführung der restlichen Arbeiten, welche die Vergütungsforderungen des Klägers insgesamt übersteigen würden, erloschen. Die Beklagte sei insoweit zur Kündigung gem. § 8 Nr. 3 VOB/B berechtigt gewesen, weil die Insolvenzschuldnerin die Arbeiten an diesem Bauvorhaben trotz Fristsetzung nicht fortgeführt habe. Der Bauvertrag sei zuvor nicht gem. §§ 648 a Abs. 5, 643 BGB aufgelöst worden, weil ein ausreichend konkretes Sicherungsverlangen von dem Kläger mit keinem seiner Schreiben vom 10.03.2005, 20.04.2005 und 04.05.2005 erklärt worden sei. Im Übrigen sei eine hierzu angemessene Frist in dem Zeitpunkt, als die Beklagte mit Schreiben vom 13.05.2005 die Erbringung einer Sicherheit bei Fortführung der Arbeiten angeboten habe, noch nicht abgelaufen gewesen.

5

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seinen erstinstanzlichen Zahlungsantrag i.H.v. 14.032,96 € nebst Zinsen weiterverfolgt.

6

Seiner Auffassung nach sei die Beklagte schon deshalb nicht zur Kündigung des Werkvertrages des Bauvorhabens "I3" berechtigt gewesen, weil die VOB/B nicht vereinbart gewesen sei. Im Übrigen fehle es an der erforderlichen Aufforderung zur Ausführung der Restarbeiten.

7

Weil der Vertrag bereits zuvor, nach Ablauf der von ihm mit Schreiben vom 04.05.2005 gesetzten Nachfrist aufgelöst gewesen sei, gehe die Kündigungserklärung der Beklagten vom 10.06.2005 ins Leere. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergebe sich aus der Stellungnahme der Beklagten vom 17.03.2005 (Bl. 45 d.A.), dass die Beklagte in der Lage gewesen sei, die Aufschlüsselung des mit Schreiben vom 18.03.2005 verlangten Werklohns i.H.v. 54.031,95 € vorzunehmen. Im Übrigen habe er mit Schreiben vom 20.04.2005 (Bl. 22 d.A.) aufgrund der Einwendungen der Beklagten nur noch 41.319,45 € verlangt und diesen Betrag aufgeschlüsselt. Bei der seiner Auffassung nach angemessen gesetzten Frist mit Schreiben vom 20.04.2005 und der angemessen gesetzten Nachfrist mit Schreiben vom 04.05.2005 sei eine ausdrückliche Erklärung, die Arbeiten fortsetzen zu wollen, nicht erforderlich gewesen, weil er dies für den Fall der Erbringung der verlangten Sicherheit

8

genügend zum Ausdruck gebracht habe.

Infolgedessen bestehe auch keine Grundlage für die von der Beklagten geltend gemachte Gegenforderung auf Erstattung von Mehrkosten, welche der Kläger auch der Höhe nach angreift. 9

Er ist zudem der Auffassung, dass eine Aufrechnung gem. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ausgeschlossen sei. Im Hinblick auf die Werklohnforderung für das Baugebiet T1 folge dies daraus, dass der von der Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht aus diesem Vertragsverhältnis stamme. Wegen der Werklohnforderung "I3" scheitere eine Aufrechnung daran, weil der Werklohnanspruch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 01.03.2005 bereits fällig gewesen sei und der von der Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch erst nach ihrer Kündigung vom 10.06.2005 entstehen konnte. 10

Der Kläger beantragt, 11

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 14.032,96 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 12

Die Beklagte beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen. Sie macht geltend, dass die Fristsetzung des Klägers mangels ausreichend deutlicher Bezeichnung der geltend gemachten Forderungen keine Wirkung habe entfalten können. 15

Bezüglich der Fälligkeit der Vergütungsforderungen behauptet die Beklagte nun erstmals, dass eine Abnahme durch die Gemeinde T - wie auch sonst im Rahmen der Geschäftsbeziehung der Parteien - vereinbart gewesen sei. 16

Für das Bauvorhaben "I3" sei ein Sicherungseinbehalt nicht vereinbart gewesen und eine Abnahme vor der Fertigstellung ebenfalls nicht erfolgt. Der Kläger sei insoweit nicht zur Kündigung berechtigt gewesen. Er habe die Fortsetzung der Arbeiten mit Schreiben vom 06.06.2005 unberechtigt abgelehnt und zuvor niemals seine Bereitschaft zur Fortsetzung der Arbeiten erklärt. Sein Sicherungsverlangen sei deshalb treuwidrig, weil er seit dem Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung am 19.01.2005 keine Leistungen mehr erbracht und sich seitdem in Verzug befunden habe. 17

Ihr stehe ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280, 281 BGB oder gem. § 8 Nr. 2 VOB/B zu, nachdem sie insolvenzbedingt gekündigt habe. Ein wichtiger Grund zur Kündigung ergebe sich aus der am 19.01.2005 mitgeteilten Einstellung der Arbeiten und der trotz ihrer Aufforderung fehlenden Erklärung des Klägers zu seiner Erfüllungsbereitschaft. 18

Ihrer Auffassung nach sei § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO in diesem Fall nicht anwendbar, weil von einer zeitgleichen Fälligkeit der restlichen Werklohnansprüche einerseits und der von ihr geltend gemachten Schadensersatzansprüche andererseits auszugehen sei, was zu einer darauf hin zu erfolgenden Abrechnung der beiderseitigen Leistungen führe. 19

B. 20

Die Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg und führt unter Abänderung des angefochtenen Urteils zur Verurteilung der Beklagten in dem erkannten Umfang. 21

I.	22
Die Berufung des Klägers ist begründet. Dem Kläger steht gem. §§ 631, 632, 648 Abs. 5 Satz 4 BGB ein Anspruch auf Zahlung von 14.032,96 € als restliche Vergütung für die Bauvorhaben "I3" und T1 und als pauschalierter Schadensersatzanspruch zu.	23
1.	24
Die Beklagte schuldet dem Kläger den rechnerisch zutreffend ermittelten restlichen Werklohnanspruch in Höhe von 5.707,48 € für die an dem Bauvorhaben T1 geleisteten Arbeiten der Insolvenzschriftführerin. Auf der Grundlage des nachverhandelten Angebotes vom 15.05.2003 (Bl. 12, 15 d.A.) haben die Vertragsparteien einen Pauschalpreis in Höhe von 238.000,00 € abzüglich eines Nachlasses von 3 % (7.140,00 €) vereinbart. Ausgehend von dem sich hieraus ergebenden Betrag von 230.860,00 € resultiert unter Berücksichtigung der von der Beklagten erbrachten Zahlungen in Höhe von 225.152,52 € (Bl. 16 d.A.) der Restbetrag von 5.707,48 €.	25
a)	26
Der Anspruch ist nach Abnahme der Werkleistung der Insolvenzschriftführerin durch die Beklagte gem. § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB fällig.	27
Die Beklagte hat eine fehlende Abnahme im Verhältnis der Parteien weder erstinstanzlich noch ihrer Berufungserwiderung behauptet. Der Kläger hat hierzu vorgetragen, dass die Abrechnung vom 28.06.2004 nach der Abnahme erfolgt sei. Dies hat die Beklagte nicht bestritten. Im Übrigen hat sich die Beklagte auch bis zu ihrem vorprozessualen Schreiben vom 17.03.2005 weder gegen die Werkleistung der Insolvenzschriftführerin noch gegen deren Schlussrechnung vom 28.06.2004 gewandt.	28
Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg auf eine fehlende Abnahme der Werkleistungen der Insolvenzschriftführerin durch die Stadt T berufen.	29
Sie hat erstmals mit ihrer Berufungserwiderung behauptet, dass, entsprechend den Gepflogenheiten in der Geschäftsbeziehung zwischen den Vertragsparteien zur Fälligkeit des Werklohnanspruches eine Abnahme der Stadt T vereinbart gewesen sei. Sie hat das Fehlen einer mängelfreien Abnahme in ihrem vorprozessualen Schreiben vom 10.06.2005 (Bl. 52 d.A.) unter Bezugnahme auf ihr vorangegangenes Schreiben vom 17.03.2005 (Bl. 45 d.A.) zwar angedeutet, sich hierauf aber schriftsätzlich nicht berufen. Mit ihrer Klageerwiderung hat sie lediglich einen gegenüber der restlichen Vergütungsforderung höheren Sicherungseinbehalt geltend gemacht, sich jedoch nicht auf eine fehlende Abnahme seitens der Stadt T gestützt. Ihr Berufungsvorbringen dazu, dass es sich bei dem Betrag von 5.707,48 € abweichend hiervon nicht um eine einbehaltene Sicherheit, sondern um eine mangels Abnahme noch nicht fällige Klageforderung handele, weil eine vereinbarte Abnahme der Erschließungsanlagen durch die Stadt T nicht stattgefunden habe, ist damit neu und mangels eines von der Beklagten vorgetragenen oder aus sonstigen Umständen ersichtlichen Zulassungsgrundes gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zuzulassen. Gleiches gilt für das auf die Vernehmung des Zeugen M gerichtete Beweisangebot der Beklagten für ihren diesbezüglichen und bestrittenen Sachvortrag.	30
b)	31
	32

Die Beklagte ist auch nicht im Hinblick auf einen Sicherungseinbehalt berechtigt, die Bezahlung der Werklohnforderung zu verweigern. Denn die Beklagte hat zu einer in jedem Fall erforderlichen Vereinbarung eines Sicherungseinbehaltes nichts vorgetragen. Sie geht mit ihrer Berufung nunmehr offenbar selbst davon aus, dass sie zu einem Sicherungseinbehalt nicht berechtigt ist.

2. 33

a) 34

Für das Bauvorhaben "I3" steht dem Kläger eine Restwerklohnforderung in Höhe von 5.045,95 € zu. Der Kläger hat insoweit die von der Beklagten gekürzte Schlussrechnung vom 20.12.2004, Bl. 26 d.A., zugrunde gelegt. Abzüglich eines geleisteten (weiteren) Abschlages in Höhe von 6.264,55 € verbleibt von dem Vergütungsanspruch in Höhe von 11.310,50 € noch der Restbetrag von 5.045,95 €. Die Beklagte macht insoweit nicht mehr geltend, dass dieser Betrag wegen eines Nachlasses in Höhe von 9,3 % weiter zu kürzen sei. Im Übrigen wird zu dieser Frage auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 35

Die Werklohnforderung des Klägers war ungeachtet einer vorherigen Teilabnahme des Zusatzauftrages für dieses Bauvorhaben (vgl. Prüfervermerk Bl. 28 d.A.) spätestens im Zeitpunkt der Liquidierung des Werkvertrages nach Ablauf der Nachfrist gem. § 648 a Abs. 5 Satz 1 BGB zum 13.05.2005 fällig (hierzu sogleich unter b)). 36

Die erst mit insoweit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 22.2.2008 erstmalige Befassung der Beklagten mit einem Eigentumsvorbehalt seitens der Fa. N GmbH unter Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts rechtfertigt keinen Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO, weil dieses Vorbringen keinen substantiierten Sachvortrag zu einer mit einem Eigentumsvorbehalt in Zusammenhang stehenden (Sicherungs-) Abtretung der Werklohnforderung enthält. 37

b) 38

Dem Kläger steht gem. § 648 Abs. 5 Satz 4 BGB auch ein pauschaler Schadensersatzanspruch in Höhe des mit der Berufung geltend gemachten Betrages von 3.279,53 € zu. Ausgehend von einem Bruttobetrag in Höhe von 76.085,05 € und einen dementsprechenden Nettobetrag von 65.590,56 € ergibt sich bei einer Quote von 5 % der Betrag von 3.279,53 €. Bei der Ermittlung des Wertes der erbrachten Leistungen und des sich daraus ergebenden Wertes der noch offenen Leistungen hat der Kläger den von der Beklagten selbst ermittelten Betrag für fertig gestellte Arbeiten in Höhe von 283.914,95 € zugrunde gelegt (vgl. Bl. 65 d.A.) und dem Pauschalpreis von 360.000,00 € gegenüberstellt. 39

Die Voraussetzungen des Anspruch des Klägers auf Zahlung von pauschalem Schadensersatz sind erfüllt. 40

Gegenstand des Sicherungsverlangens können alle Ansprüche sein, die von dem Unternehmer zu erbringende Vorleistungen betreffen. Auch Vergütungsansprüche wegen bereits erbrachter Werkleistungen und insoweit noch nicht bezahlte Vorleistungen sind gem. § 648 a BGB sicherbar. Dies gilt auch für Leistungen aus Zusatzaufträgen, § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB und auch dann, wenn diese Leistungen bereits abgenommen worden sind (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 66. Aufl., § 48 a RdNr. 9; Kniffka-Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., Teil 10 RdNr. 43, 49 m.w.N.) 41

Die Beklagte hat nach wirksamer Fristsetzung des Klägers und innerhalb der von dem Kläger gesetzten Nachfrist keine Sicherheit in Höhe des dem Kläger für dieses Bauvorhaben zustehenden Vergütungsanspruches geleistet. Als Folge dieses Versäumnisses gilt der Vertrag ohne zusätzliche Kündigung im Zeitpunkt des Ablaufes der Nachfrist als aufgehoben, § 643 Satz 2 BGB. Mit Auflösung des Vertrages nach Ablauf der Nachfrist hat der Kläger neben dem Anspruch auf Zahlung der Vergütung für die bis zur Vertragsaufhebung erbrachten Leistungen gem. § 648 Abs. 5 Satz 4 auch den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung eines pauschalen Schadensersatzes in Höhe von 5 % der Nettoestvergütung.

aa) 43

Das Schreiben des Klägers vom 20.04.2005 (Bl. 22 d.A.) enthält ein ausreichend konkretes Sicherungsverlangen für den sich aus dem ausgeführten Zusatzauftrag für das Bauvorhaben "I3" ergebenden Vergütungsanspruch. 44

Bereits aus dem Schreiben der Beklagten vom 17.03.2005 (Bl. 45 d.A.) folgt, dass sie auf das nicht näher aufgeschlüsselte Zahlungsverlangen in Höhe von 54.031,95 € mit Schreiben vom 10.03.2005 (Bl. 43 d.A.) eine ausreichende Zuordnung bezüglich der in dem Schreiben vom 20.04.2005 im Einzelnen genannten vier Positionen treffen konnte. Bei den dort genannten Beträge von 1.740,00 € und 2.450,00 € (Schreibfehler: richtig 1.450,00 €) handelt es sich um die in der Berufungsinstanz nicht mehr streitgegenständlichen Zusatzaufträge T-Straße und Beetänderung T1. Bei dem Betrag in Höhe von 14.847,00 € handelt es sich um den nach der Schlussrechnung der Insolvenzschuldnerin vom 28.06.2004 geltend gemachten restlichen Werklohnanspruch für das Baugebiet T1 (Bl. 16 d.A.). 45

Die Beklagte hat offenbar auch erkannt, dass der weitere Betrag in Höhe von 23.281,97 € sich auf die Rechnung Nr. #### vom 20.12.2004 (Bl. 26 d.A.) für die Zusatzarbeiten "I3" bezieht. Der Betrag entspricht dem der ungekürzten Schlussrechnung unter Berücksichtigung der weiteren Abschlagszahlung vom 22.12.2004 in Höhe von 6.256, 55 €. Die Beklagte hat insoweit bereits auf die Zahlungsaufforderung des Klägers mit Schreiben vom 10.03.2005 mit ihrem Schreiben vom 17.03.2005 eingewandt, dass diese Forderung seitens einer Firma N als Abtretungsforderung geltend gemacht werde (Bl. 46 d.A.). Damit konnte die Beklagte das Sicherungsverlangen des Klägers ausreichend zuordnen und die Höhe der von ihr zu leistenden Sicherheit aufgrund der geprüften Schlussrechnung (Bl. 26 ff. d.A.) ohne weiteres bestimmen, auch wenn das Sicherungsverlangen des Klägers im Hinblick auf die für den Zusatzauftrag geforderte Vergütung zu hoch gewesen sein mag. 46

Die von dem Kläger gesetzte Frist von 7 Tagen war mangels erkennbarer besonderer Umstände, die eine längere Frist erforderlich erscheinen lassen könnten, angemessen. Eine Frist von 7 Tagen kann dann zu kurz bemessen sein, wenn der Auftraggeber nicht mit einer Anforderung der Sicherheitsleistung rechnen musste. Hiervon kann nicht ausgegangen werden, weil die Beklagte bereits am 10.03.2005 vom Kläger zur Zahlung aufgefordert worden war. Aus diesem Grunde erschien es nicht fernliegend, dass der Kläger ein Sicherungsverlangen stellen würde. Auch eine Frist von 10 Tagen als angemessene Frist wäre im Zeitpunkt der Nachfristsetzung durch den Kläger mit Schreiben vom 04.05.2005 ebenfalls abgelaufen gewesen. 47

Im Übrigen enthält die Fristsetzung vom 20.04.2005 auch die erforderliche Androhung der Leistungsverweigerung. 48

bb) 49

50

Um die Rechtsfolge der Vertragsauflösung gem. § 643 Satz 2 BGB mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen auszulösen, bedurfte es gem. § 648 a Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 643 Abs. 1 BGB der Bestimmung einer Nachfrist mit Kündigungsandrohung durch den Kläger. Diese Voraussetzung hat der Kläger mit Schreiben vom 04.05.2005 erfüllt. Die Beklagte hat die Frist von 7 Tagen verstreichen lassen, ohne dem Sicherungsverlangen des Klägers nachzukommen.	
Die mit Schreiben vom 04.05.2005 gesetzte Nachfrist von 7 Tagen mit Kündigungsandrohung war ausreichend. Üblicherweise reicht für die Nachfrist eine kurze Frist von 3 - 4 Werktagen aus.	51
Das Schreiben des Klägers vom 04.05.2005 (Bl. 24 d.A.) ist der Beklagten nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Prozessbevollmächtigten des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung (Bl. 138 d.A.) am gleichen Tage per Telefax zugegangen. Weil es sich bei dem 05.05.2005 um einen gesetzlichen Feiertag handelte, war die Nachfrist am 13.05.2005 abgelaufen und ohne dass die Beklagte die erforderliche Sicherheit geleistet hatte. Die bloße Ankündigung mit dem offenbar ebenfalls per Telefax am letzten Tag der Frist zugegangenen Schreiben vom 13.05.2005 reicht nicht aus, die Erbringung der geforderten Sicherheitsleistung zu ersetzen.	52
cc)	53
Zweifel an der Wirksamkeit durch den fruchtlosen Ablauf der Nachfrist ausgelösten Rechtsfolgen ergeben sich entgegen der mit Schriftsatz vom 22.2.2008 weiter vertieften Auffassung der Beklagten auch nicht unter dem Gesichtspunkt der fehlenden eigenen Vertragstreue des Klägers.	54
Bereits die Insolvenzschildnerin hat vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zu erkennen gegeben, dass die weitere Durchführung der noch nicht abgewickelten Verträge endgültig abgelehnt werde. Mit ihrem Schreiben vom 19.01.2005 (Bl. 93 d.A.) hat die Insolvenzschildnerin erklärt, dass die Aufträge wegen der Insolvenzantragstellung vom selben Tage nicht weitergeführt werden und gleichzeitig erklärt, dass bis zur weiteren Entscheidung des Insolvenzgerichts Tätigkeiten eingestellt sind. Damit war es für die Beklagte erkennbar, dass das Schicksal der noch offenen Verträge unter dem Vorbehalt der Entscheidung über die Insolvenzeröffnung und der sich daran anschließenden Entscheidungen des Insolvenzverwalters stand.	55
Keinem der Schreiben des Klägers an die Beklagte lässt sich eine Ablehnung der Erfüllung gemäß § 103 InsO entnehmen. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 13.05.2005 ergibt sich, dass auch sie die vorangegangenen Schreiben des Klägers nicht als Ablehnung der Erfüllung aufgefasst hat. Falls die Beklagte Zweifel an der Erfüllungsbereitschaft hatte, hätte sie den Kläger gem. § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO zu einer klarstellenden Erklärung auffordern können.	56
3.	57
Die Klageforderung ist nicht aufgrund der von der Beklagten gegenüber dem Bauvorhaben "I3" erklärten Hauptaufrechnung und der bezüglich des Bauvorhabens T1 erklärten Hilfsaufrechnung (Bl. 41, 42 d.A.) mit einem Anspruch auf Erstattung von Mehrkosten bezüglich der Restarbeiten betreffend das Bauvorhaben "I3" gem. §§ 387, 389 BGB erloschen.	58
	59

a)

Der Beklagten steht ein Schadensersatzanspruch nach den Bestimmungen der VOB/B nicht zu, weil eine Vereinbarung der VOB/B von keiner der Parteien schlüssig behauptet worden ist. 60

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 2, 281, 286 BGB sind nicht erfüllt. Zwar steht dem von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch die mit ihrem Schreiben vom 10.06.2005 erklärte Kündigung nicht im Wege, § 325 BGB. 61

Der Kläger hat gegenüber der Beklagten bezüglich des Bauvorhabens "I3" zum Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten jedoch keine vertraglichen Pflichten verletzt, auf deren Grundlage die Beklagte von dem Kläger Schadensersatz in Höhe der Mehrkosten für die weitere Bauausführung verlangen könnte. 62

Die für den Schadensersatzanspruch der Beklagten grundsätzlich erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. § 281 BGB war nicht schon deshalb entbehrlich, dass der Kläger grundlos die weitere Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten verweigert hatte. 63

Zwar hat der Kläger mit Schreiben vom 06.06.2005 darauf hingewiesen, dass die Nachfrist zur Sicherheitsleistung bereits verstrichen war. Hierin kann zwar eine grundsätzlich zur Entbehrlichkeit der weiteren Fristsetzung führende Erfüllungsverweigerung seitens des Klägers gesehen werden. Allerdings war der Kläger aufgrund der zu diesem Zeitpunkt bereits gem. § 643 Satz 2 BGB fingierten Auflösung des Vertrages berechtigt, die Erbringung von weiteren vertraglich geschuldeten Leistungen zu verweigern. Eine zu einem früheren Zeitpunkt erklärte endgültige Erfüllungsverweigerung seitens des Klägers oder der Insolvenzschuldnerin ist nicht erkennbar. Insoweit wird auf die vorangegangenen Ausführungen Bezug genommen. Schon aus diesem Grunde fehlt es an der erforderlichen Grundlage für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch der Beklagten auf Erstattung der Mehrkosten. 64

Erst recht konnte eine mit Schreiben der Beklagten vom 17.3.2005 (Bl. 45 d.A.) erklärte Aufrechnung mit Mehrkostenerstattungsansprüchen, auf die sich die Beklagte nun erstmals mit Schriftsatz vom 22.2.2008 beruft, nicht zum Erlöschen der Werklohnforderung führen. 65

b) 66

Ungeachtet dessen scheitert die Aufrechnung der Beklagten mit einem Mehrkostenerstattungsanspruch an der Unwirksamkeit der Aufrechnung gem. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO. Entgegen der Auffassung der Beklagten entsteht eine nach Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages resultierende Schadensersatzforderung nur als Insolvenzforderung. Diese Forderung steht nicht in einem Verrechnungsverhältnis mit einer Saldierungsmöglichkeit gegenüber den Forderungen auf Zahlung der streitgegenständlichen Vergütung. Vielmehr handelt es sich bei dem von dem Insolvenzverwalter geltend gemachten Vergütungsanspruch einerseits und einer Schadensersatzforderung auf Erstattung von Mehrkosten nach Kündigung um selbständige Forderungen, die den Regelungen zur Aufrechnung unterliegen (vgl. BGH NJW 2005, 2771, 2772 a.E.). Die vorliegende Situation ist mit der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.9.2005 zugrundeliegenden Sachlage (Aufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten; BGH NJW 2005, 3574 ff) nicht vergleichbar. Infolgedessen wäre die Schadensersatzforderung der Beklagten frühestens im 67

Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens des Klägers vom 06.06.2005 und damit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Entstehung gelangt und auch erst nach diesem Zeitpunkt fällig geworden.

Die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch auf Erstattung von Mehrkosten scheitert gegenüber dem Vergütungsanspruch aus dem Bauvorhaben T1 daran, dass die Vergütungsforderung für das Bauvorhaben T1 bereits vor Insolvenzantragstellung und vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden und fällig geworden ist, während die Gegenforderung der Beklagten nicht vor dem 06.06.2005 entstanden und fällig geworden sein kann. 68

Gegenüber dem restlichen Vergütungsanspruch aus dem Bauvorhaben "I3" liegen die Voraussetzungen einer Aufrechnung gem. § 95 InsO ebenfalls nicht vor. Hiernach kann ein Insolvenzgläubiger aufrechnen, wenn seine Forderungen schon vor oder mit der Verfahrenseröffnung fällig ist oder seine Forderung vor oder gleichzeitig mit der Forderung der Masse fällig wird. Bei einer Fälligkeit der Masseforderung vor der Insolvenzforderung nach dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ist die Aufrechnung gem. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ausgeschlossen. 69

Ungeachtet einer vorangegangenen (Teil-)Abnahme und einer damit verbundenen Fälligkeit der Vergütungsforderung bereits vor der Insolvenzeröffnung war die vom Kläger geltend gemachte Vergütungsforderung spätestens im Zeitpunkt des Ablaufes der mit dem Schreiben vom 04.05.2005 gesetzten Nachfrist am 13.05.2005 und damit vor dem frühestmöglichen Zeitpunkt der Fälligkeit der zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzforderung fällig. 70

II. 71

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1 2. Altern. ZPO. Die weiteren prozessualen Nebenentscheidungen richten sich nach §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 72

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. 73