
Datum: 08.02.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 88/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0208.21U88.10.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 44/08

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und Widerkläger wird das am 16.04.2010 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen – unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen – teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 2.559,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.04.2008 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagten als Gesamtberechtigte 273,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.07.2009 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz werden zu 33 % den Beklagten und zu 67 % der Klägerin auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

(abgekürzt gem. §§ 540 Abs.2, 313a Abs.1 S.1 ZPO)

I.

Die Klägerin begehrt von den Beklagten restlichen Werklohn in Höhe von zuletzt noch 5.808,71 € für Heizungs- und Sanitärinstallationsarbeiten am Objekt S1 35 in F. Die Beklagten machen demgegenüber geltend, es liege bereits eine Überzahlung vor. Sie begehren daher Klageabweisung sowie widerklagend Zahlung von 458,80 € wegen der behaupteten Überzahlung und von 273,70 € wegen behaupteter Mängelbeseitigungskosten.

Mit Einheitspreisvertrag vom 23.05. / 31.05.2007 beauftragten die Beklagten die Klägerin mit der Durchführung von Heizungs- und Sanitärinstallationsarbeiten an ihrem Einfamilienhaus S1 35 in F gemäß den zuvor überreichten Angeboten der Klägerin. Zwischen den Parteien wurde die Geltung der VOB/B 2006 vereinbart. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vertragsunterlagen (Bl.5 ff, 13 ff, 32 ff und 59 ff d.A.) Bezug genommen.

Die Klägerin stellte unter dem 19.09.2007 eine Schlussrechnung (Bl.65 ff d.A.), die mit einem Gesamtbetrag von 20.068,30 € brutto endete. Nach Abzug von zwei unstreitig erfolgten Abschlagszahlungen in Höhe von 7.199,50 € und 4.500,00 € verblieb ein zu zahlender Betrag von 8.368,80 €. Der Architekt der Beklagten, der Zeuge C, prüfte die Schlussrechnung und nahm verschiedene kleinere Kürzungen vor, die die Klägerin akzeptierte.

Mit Datum vom 09.10.2007 übernahm die S2 allgemeine Versicherung AG eine Gewährleistungsbürgschaft über 912,03 € für etwaige Mängel des Gewerks der Klägerin, die diese an den Architekten der Beklagten übersandte.

Unter dem 16.10.2007 mahnte die Klägerin die Zahlung der Schlussrechnung an und setzte eine Frist bis zum 26.10.2007.

Im November 2007 stellte die Klägerin vier weitere Rechnungen, nämlich

- unter dem 15.11.2007 eine Rechnung über 296,55 € brutto wegen der Montage eines Heizkörpers im Untergeschoss am 15.11.2007, auf die die Beklagten 279,79 € zahlten (Bl.101 ff d.A.);
- unter dem 21.11.2007 eine Rechnung über 555,31 € brutto wegen der Montage eines Heizkörpers im Schlafzimmer am 15.11.2007 (Bl.103 ff d.A.);
- unter dem 21.11.2007 eine Rechnung über 420,27 € brutto wegen Isolierarbeiten im Keller am 15. und 16.11.2007 (Bl.107 ff d.A.);
- und unter dem 30.11.2007 eine Rechnung über 436,56 € brutto wegen Änderung und Nachisolierung eingefrorener Heizungsleitungen sowie wegen Nachfüllens und Entlüftens der Heizungsanlage am 03.04.2007 (Bl.109 ff d.A.)

Während des erstinstanzlichen Prozesses kam es am 28. oder 29.08.2008 zu einem Ortstermin der Parteien. In der Folgezeit erstellte die Klägerin unter dem Datum 19.09.2007

eine neue, teilweise korrigierte Schlussrechnung, die mit einem Gesamtbetrag von 18.873,30 € brutto endete. Nach Abzug der unstreitigen Abschlagszahlungen verblieb ein Restbetrag in Höhe von 7.173,80 €.

Die Parteien haben erstinstanzlich über die Fälligkeit der Werklohnforderung und über die Berechtigung einzelner Positionen aus der Schlussrechnung sowie über die Berechtigung der Zusatzrechnungen vom 21.11.2007 und 30.11.2007 gestritten. Die Beklagten haben darüber die Schlussrechnungssumme wegen eines von der Klägerin nicht geführten Bautagebuchs um 2 % gekürzt und den vereinbarten Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % vorgenommen, da sie die Gewährleistungsbürgschaft nicht erhalten hätten. Es liege eine Überzahlung in Höhe von 458,80 € vor. Wegen eines Mangels im Bereich der Badewanne und Dusche haben sie außerdem Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 273,60 € geltend gemacht. 12

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen S, S3, L2, Funke, I und C. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 16.03.2010 (Bl.377 ff d.A.) Bezug genommen. 13

Das Landgericht hat sodann der Klage in Höhe von 5.808,71 € und der Widerklage in Höhe von 273,70 €, jeweils nebst Zinsen, stattgegeben. Der Klägerin stehe ein Restwerklohn in der tenorierten Höhe zu, der sich aus einer Restforderung gemäß Schlussrechnung vom 19.09.2007 in Höhe von 4.385,74 € und aus einer Restforderung aus den Zusatzrechnungen in Höhe von 1.422,97 € zusammensetze. Die Werklohnforderung sei fällig, da eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme erfolgt sei. Die Schlussrechnung sei auch prüffähig, was sich schon daraus ergebe, dass der Architekt der Beklagten eine Prüfung vorgenommen habe und die Beklagten selbst umfangreich Rechnungskritik übten. Allerdings seien hinsichtlich der Schlussrechnung Kürzungen in Höhe von 1.962,83 € vorzunehmen, da die Klägerin die Berechtigung der insoweit geltend gemachten Positionen nicht bewiesen habe. Im Übrigen sei die Rechnungskritik der Beklagten jedoch unbegründet, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hinreichend sichere Feststellungen zum Umfang der Leistungen möglich gewesen seien. Auch die Zusatzrechnungen seien berechtigt, da es sich nach Angaben des Zeugen C um gesondert beauftragte Leistungen gehandelt habe. Eine Kürzung des Werklohns wegen des fehlenden Bautagebuchs sei nicht vorzunehmen. Es handele sich dabei allenfalls um eine Nebenpflichtverletzung, die zu einem Schadensersatzanspruch führen könne, ein Schaden sei jedoch nicht ersichtlich. Der Sicherheitseinbehalt sei ebenfalls nicht gerechtfertigt, da eine Bürgschaft gestellt worden sei, die der Architekt C nach seinen Angaben an die Beklagten weitergeleitet habe. 14

Die Widerklage sei in Höhe von 273,70 € begründet, da die Beklagten gem. §§ 634 Nr.2, 637 Abs.3 BGB einen Anspruch auf Kostenvorschuss in dieser Höhe hätten. Im Übrigen sei sie unbegründet, da eine Überzahlung nicht vorliege. 15

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. 16

Die Beklagten sind nach wie vor der Auffassung, dass der Werklohnanspruch nicht fällig sei, da ausweislich des geschlossenen Vertrages eine förmliche Abnahme vereinbart worden sei. Dies könne nicht durch Ingebrauchnahme abbedungen werden. Im Übrigen sei der hier geltend gemachte Mangel stets gerügt worden. Auch sei die Schlussrechnung nicht prüffähig, zumindest seinerzeit nicht prüffähig gewesen. 17

Die Beklagten erheben weiterhin Einwände gegen die Schlussrechnung und rügen insbesondere die Beweiswürdigung des Landgerichts. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien keine sicheren Feststellungen zum Leistungsumfang, insbesondere 18

zu den Stundenlohnarbeiten, möglich gewesen. Außerdem habe das Landgericht zu Unrecht abgerechnete Fahrtzeiten anerkannt. Teilweise seien die abgerechneten Stundenlohnarbeiten auch in den Einheitspreisen enthalten, so dass eine Doppelabrechnung vorliege. Im Einzelnen werden noch folgende Rechnungspositionen beanstandet: 1.01 (1.02 neu) und 1.03 (1.02 neu), 1.05 (1.02 neu), 1.23 (1.01 neu), 4.01 und 4.02 und 4.04, 4.05, 4.07 und 4.08, 4.09 und 4.10, 3.15, 3.18, 3.20 und 3.21 und 3.22 und 3.23. Die Beklagten vertreten ferner die Ansicht, dass ein 3 %-iges Skonto für die Abschlagszahlungen hätte berücksichtigt werden müssen.

Ansprüche der Klägerin wegen der Zusatzrechnungen seien ebenfalls nicht gegeben. 19
Abgesehen davon, dass die so abgerechneten Arbeiten in die Schlussrechnung hätten einfließen müssen, seien sie auch in der Sache nicht berechtigt. Hinsichtlich der Zusatzrechnung vom 15.11.2007 seien weder das 3 %-ige Skonto noch die Umlage für Strom etc. berücksichtigt worden. Bei den Arbeiten gemäß den Zusatzrechnungen vom 21.11.2007 habe es sich um Mängelbeseitigungsarbeiten und nicht um gesondert beauftragte Leistungen gehandelt. Bezüglich der Zusatzrechnung vom 30.11.2007 sei kein Auftrag erteilt worden, die Arbeiten seien auch nicht ausgeführt worden.

Die Beklagten halten nach wie vor eine Kürzung wegen des fehlenden Bautagebuchs für 20
berechtigt und erklären insoweit in Höhe von 410,27 € (2% des Werklohns) die Aufrechnung. Schließlich habe das Landgericht auch nicht die fehlende Gewährleistungsbürgschaft berücksichtigt. Eine Weiterleitung der Bürgschaft durch den Architekten sei nicht erfolgt.

Die Beklagten beantragen, 21

das angefochtene Urteil abzuändern und 22

1. die Klage insgesamt abzuweisen, 23
2. widerklagend die Klägerin zu verurteilen, an sie 732,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Klägerin beantragt, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres 26
erstinstanzlichen Vorbringens.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf deren Schriftsätze Bezug genommen. 27

II. 28

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, jedoch nur teilweise begründet. 29

1. Klage 30

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns in 31
Höhe von noch 2.559,40 € gem. § 631 Abs.1 BGB.

Der Anspruch ist fällig. Dabei kann dahinstehen, ob vorliegend eine Abnahme erfolgt ist, denn 32
zwischenzeitlich liegt zwischen den Parteien ein Abrechnungsverhältnis vor. Die Beklagten verlangen von der Klägerin keine Nachbesserung mehr. Wegen des von ihnen einzig

gerügten Mangels im Zusammenhang mit der Installation der Badewanne und Dusche haben sie vielmehr Ersatz der Mängelbeseitigungskosten verlangt und dies – rechtskräftig – zugesprochen bekommen. Damit können sie sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr auf eine etwa fehlende Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung berufen (BGH BauR 2000, 98 ff; BGH BauR 2003, 88 ff, 1564 ff; BGH BauR 2005, 1477 ff). Die Fälligkeit des Anspruchs scheidet auch nicht an einer fehlenden Prüfbarkeit der Schlussrechnung. Abgesehen davon, dass nicht vorgetragen ist, dass die fehlende Prüfbarkeit innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Erteilung der Schlussrechnung vom 19.09.2007 gerügt worden ist, ist die Schlussrechnung auch prüfbar. Dies zeigt sich schon daran, dass sowohl die Schlussrechnung in der ursprünglichen Fassung als auch in der korrigierten Version umfangreich geprüft und zahlreiche Einzelpositionen beanstandet worden sind.

Aus der hier maßgeblichen Schlussrechnung sind letztlich noch 2.542,64 € offen. 33

Über die bereits vom Landgericht rechtskräftig vorgenommenen Kürzungen hinaus sind weitere Abzüge vorzunehmen. Soweit im folgenden die einzelnen Positionen erörtert werden, orientiert sich der Senat aus Gründen der Übersichtlichkeit an der Numerierung der ursprünglichen Version der Schlussrechnung. 34

Soweit die Positionen 1.01, 1.03, 1.05, 4.01, 4.02, 4.04, 3.20, 3.21, 3.22 und 3.23 der Schlussrechnung betroffen sind, ist zwischen den Parteien unstreitig, dass Stundenlohnarbeiten vereinbart waren und die Abrechnung daher dem Grunde nach berechtigt ist. Lediglich der Umfang der erbrachten Stundenlohnarbeiten ist streitig geblieben. 35

Insoweit folgt der Senat im Ergebnis der Beweiswürdigung des Landgerichts, wonach die Klägerin den Umfang der Stundenlohnarbeiten bewiesen hat. 36

Dabei ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Anzahl der geleisteten Stunden bei dem Auftragnehmer liegt. Wenn die Stundenzettel – wie hier – vom Auftraggeber nicht gegengezeichnet sind, führt dies regelmäßig zu Beweisschwierigkeiten des Auftragnehmers. Es bleibt ihm jedoch grundsätzlich die Möglichkeit, den Umfang der Stundenlohnarbeiten anderweitig nachzuweisen. Dies ist der Klägerin hier weitgehend durch die Aussagen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen in Verbindung mit den von ihr vorgelegten "Rapporzetteln" gelungen. Aus den Rapporzetteln ergab sich jeweils das Datum, die beteiligten Mitarbeiter, die auf die einzelnen Mitarbeiter entfallene Stundenanzahl sowie die durchgeführten Arbeiten. Die als Zeugen vernommenen Mitarbeiter hatten zwar aufgrund des Zeitablaufs naturgemäß keine exakte Erinnerung mehr bezüglich der Stundenanzahl. Sie konnten sich jedoch noch an die jeweiligen Arbeiten erinnern und konnten auch bekunden, wer welche Rapporzettel erstellt hat. So haben insbesondere die Zeugen S, L2 und I die von ihnen ausgefüllten Rapporzettel erläutert und bestätigt, dass sie diese seinerzeit korrekt ausgefüllt haben. Der Zeuge I hat dabei insbesondere hinsichtlich der Positionen 3.22 und 3.23 (Arbeiten vom 17.07.2007) noch die konkrete Erinnerung, dass diese Arbeiten gar nicht in der von den Beklagten angegebenen kürzeren Zeit zu erledigen gewesen wären. Bestätigt wurden die Angaben der Zeugen von dem Architekten der Beklagten, dem Zeugen C, der die Schlussrechnung seinerzeit geprüft hatte. Dieser hat bekundet, dass er die in den Rapporzetteln aufgeführte Stundenanzahl für die jeweils durchgeführten Arbeiten für plausibel halte. Angesichts dessen ist der Beweis zum Umfang der Stundenlohnarbeiten auch zur Überzeugung des Senats hinreichend geführt. Anhaltspunkte, die an den Angaben der Zeugen zweifeln lassen könnten, sind nicht ersichtlich und werden auch nicht vorgetragen. Die Zeugen haben vielmehr nachvollziehbare Angaben gemacht und überdies deutlich zu erkennen gegeben, an 37

was sie sich noch erinnern können und an was nicht.

Allerdings sind auch hinsichtlich dieser Positionen Kürzungen vorzunehmen, da die Klägerin nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme Fahrtzeiten in die Stundenanzahl hat einfließen lassen. So haben die Zeugen S und L2 bekundet, dass sich die von ihnen angegebenen Stunden inklusive Fahrtzeiten verstünden. Lediglich der Zeuge I hat erklärt, dass er die Fahrtzeiten normalerweise gesondert aufschreibe. Er konnte jedoch nicht mehr sicher sagen, wie er es hier gehandhabt habe. Daher ist im Zweifel auch bei den diesen Zeugen betreffenden Positionen davon auszugehen, dass sie inklusive Fahrtzeit berechnet wurden. Eine Berechnung der Fahrtzeiten als Stundenlohnarbeiten ist vorliegend jedoch nicht gerechtfertigt. Eine gesonderte ausdrückliche Vereinbarung über eine Vergütung für den insoweit angefallenen Stundenaufwand behauptet die Klägerin nicht. Zwar ist ein Werkunternehmer grundsätzlich berechtigt, auch die Kosten erstattet zu verlangen, die ihm entstehen, wenn Leistungsort und Betriebsstätte auseinanderfallen. Denn ihm entstehen während der Fahrtzeit Kosten, ohne dass er etwas erwirtschaftet. Entsprechend werden bei kleineren Werkleistungen, die in nur einigen Stunden erbracht werden, häufig Fahrtkosten nach Stunden berechnet. Im Baugewerbe, in dem Werkleistungen über einen längeren Zeitraum an einem Ort erbracht werden, ist dagegen die stundenweise Berechnung dieser Kosten nach den Erfahrungen des Senats nicht allgemein üblich. In diesem Gewerbe macht der Auftragnehmer die Fahrtkosten vielmehr regelmäßig zum Gegenstand seiner Preiskalkulation und arbeitet sie beispielsweise in die Stundenlohnhöhe ein. Der Vertrag kann hier daher nicht dahingehend ausgelegt werden, dass eine gesonderte Vergütung der Fahrtkosten nach Stundenaufwand verlangt werden kann (so auch OLG Düsseldorf, Ur. vom 19.09.1996, 5 U 169/04; Ur. vom 16.05.2000, 21 U 145/99). Den Umfang der danach vorzunehmenden Kürzung schätzt der Senat auf 1 Stunde Fahrtzeit. Dabei stützt sich der Senat auf die Angaben des Zeugen S, wonach die Fahrtzeit hin und zurück ca. 1 Stunde betrage. Dies korrespondiert auch mit der von den Beklagten angegebenen Entfernung von 13 km. Die betreffenden Positionen sind daher insgesamt um 7 Stunden Fahrtzeit zu kürzen, was Nettoabzügen von 382,30 € entspricht, die sich wie folgt berechnen:

- Pos. 1.01 Abzug 41,60 €; Pos. 1.03 Abzug 24,70 €
- Pos. 1.05 Abzug 41,60 €
- Pos. 4.01 Abzug 41,60 €; Pos. 4.02 Abzug 41,60 €; Pos. 4.04 Abzug 41,60 €
- Pos. 3.20 Abzug 41,60 €; Pos. 3.21 Abzug 33,20 €
- Pos. 3.22 Abzug 41,60 €; Pos. 3.23 Abzug 33,20 €.

Die Position 3.18 für das Füllen und Belüften der Anlage hält der Senat dem Grunde nach ebenfalls für gerechtfertigt. Nach dem Angebot vom 25.04.2007, Projekt 7.000 (Bl.46 ff d.A.), waren diese Arbeiten als Tagelohnarbeiten vorgesehen. Die Durchführung dieser Arbeiten, die im Übrigen für die Funktionsfähigkeit der Anlage unabdingbar ist, wird nach der Anhörung im Senatstermin seitens der Beklagten nicht mehr bestritten. Die von der Klägerin berechneten Stunden können nach den Angaben der Zeugen S und C als erwiesen zugrunde gelegt werden. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Allerdings ist auch hier eine Kürzung wegen der Fahrtzeit vorzunehmen.

Die Position ist danach um 41,60 € zu kürzen.

Hinsichtlich der weiter beanstandeten Positionen 1.23, 4.05, 4.07, 4.08, 4.09, 4.10 und 3.15 hat die Klägerin einen Anspruch jedoch letztlich nicht hinreichend darlegen und beweisen können.

So konnten sich hinsichtlich der Position 1.23 weder der Zeuge L2 noch der Zeuge C daran erinnern, ob eine neue Anschlussgarnitur des Fabrikats W eingebaut worden ist. Der Zeuge L2 konnte sich auch auf konkreten Vorhalt "keinen Reim" auf diese Position machen. Die Aussagen waren daher insoweit unergiebig. Anhaltspunkte dafür, dass die Zeugen im Senatstermin mehr sagen könnten, sind nicht vorgetragen worden, so dass eine ergänzende Vernehmung nicht erforderlich war.

Die Position 4.05 ist – wie die Beklagten bereits erstinstanzlich beanstandet haben – grundsätzlich vom Einheitspreisvertrag umfasst. So ergibt sich aus dem Angebot vom 25.04.2007, Projekt 7.011 (Bl.32 ff d.A.), unter Pos. 01, dass Demontage, Lagerung und Wiedermontage u.a. der Badewanne geschuldet waren. Soweit die Klägerin in der Berufung erstmals behauptet, sie habe insoweit einen Mehraufwand abgerechnet, ist dies nicht hinreichend nachvollziehbar dargestellt. So war die Planung der Wiedermontage der Badewanne grundsätzlich Sache der Klägerin. Wann und wo eine konkrete Anordnung der Beklagten erfolgt sein soll, die Badewanne bereits wieder zu montieren, obwohl die Voraussetzungen hierfür noch nicht gegeben waren, ist nicht substantiiert dargelegt. Darüber hinaus ist auch die Höhe eines etwaigen Mehrvergütungsanspruchs gem. § 2 Nr.5 VOB/B, der aus dem Vertragspreis herzuleiten wäre, nicht dargelegt. Eine schlichte Abrechnung als Stundenlohnarbeiten kommt insoweit nicht in Betracht. 44

Ferner kann die Berechtigung der Klägerin, Arbeiten und Material gemäß den Positionen 4.07, 4.08, 4.09 und 4.10 gesondert zu berechnen, nicht festgestellt werden. Insoweit hat die Klägerin nicht nachvollziehbar dargelegt, warum diese Positionen nicht vom Einheitspreisvertrag umfasst sein sollen. So ergibt sich aus dem Angebot vom 25.04.2007, Projekt 7.011 (Bl.32 ff d.A.), unter Pos. 03, dass die Verlegung von Rohrleitungen zu den dort festgelegten Einheitspreisen geschuldet ist. Die zunächst erfolgte Erläuterung der Klägerin, dass sich das Angebot nicht auf das Kellergeschoss beziehe und es sich deshalb um Zusatzarbeiten handle, kann anhand des Angebots nicht nachvollzogen werden. Die weiter erfolgte Erläuterung, dass das Angebot sich nur auf die Neuverlegung von Leitungen und nicht auch auf den Anschluss an alte Leitungen bezogen habe, korrespondiert nicht mit den Angaben in der Schlussrechnung, in der auch die Neuverlegung bestimmter Leitungen abgerechnet wird. Die Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin im Senatstermin führte insoweit ebenfalls zu keiner Klärung. Es fehlt daher schon an einer hinreichenden Darlegung von zusätzlich beauftragten Stundenlohnarbeiten bzw. von geforderten Zusatzleistungen, die gem. § 2 Nr.6 VOB/B abgerechnet werden könnten. Entsprechendes gilt für die Position 3.15. Die Schlussrechnung der Klägerin ist bezüglich dieser Positionen insgesamt nicht nachvollziehbar. Es sind daher weitere Nettoabzüge in Höhe von 1.168,48 € vorzunehmen, nämlich 45

- Pos. 1.23 Abzug 50,80 €
 - Pos. 4.05 Abzug 208,00 €
 - Pos. 4.07 Abzug 457,60 €; Pos. 4.08 Abzug 291,20 €
 - Pos. 4.09 Abzug 79,38 €; Pos. 4.10 Abzug 33,71 €
 - Pos. 3.15 Abzug 47,79 €
- 46

Danach ergibt sich folgende Abrechnung der Schlussrechnung, wobei der Senat insoweit der von keiner Seite beanstandeten Berechnungsweise des Landgerichts folgt: 47

Schlussrechnungssumme netto 15.859,92 € 48

rechtskräftige Nettoabzüge 1. Instanz - 1.962,83 € 49

weitere Nettoabzüge (s.o.) - <u>1.592,38 €</u>	50
<i>Zwischensumme</i> 12.304,71 €	51
abzgl. 2 % Nachlass - <u>246,09 €</u>	52
<i>Zwischensumme</i> 12.058,62 €	53
zzgl. 19 % MwSt + <u>2.291,14 €</u>	54
Schlussrechnungssumme brutto 14.349,76 €	55
abzgl. 0,75 % Umlagen - <u>107,62 €</u>	56
<i>Zwischensumme</i> 14.242,14 €	57
abzgl. Zahlungen (4.500,00 € + 7.199,50 €) - <u>11.699,50 €</u>	58
Rest <u>2.542,64 €</u>	59

Ein weiterer Abzug wegen des in § 2.1 des Vertrages vereinbarten Skonto kommt demgegenüber nicht in Betracht. Hierfür fehlt es bereits an einer hinreichenden Darlegung der Skontovoraussetzungen. So ist schon nicht vorgetragen, wann welche Teilrechnung zugegangen ist. Es kann daher nicht festgestellt werden, ob die Abschlagszahlungen rechtzeitig waren. Entgegen der Auffassung der Beklagten in der Berufungsbegründung kann die Einhaltung der Skontovoraussetzungen auch nicht als unstreitig angesehen werden. Vielmehr fand sich hierzu in erster Instanz überhaupt kein nachvollziehbarer Vortrag, der hätte unstreitig gestellt werden können. Es ergab sich lediglich inzident aus der von den Beklagten vorgenommenen Abrechnung (z.B. S.9 des Schriftsatzes vom 03.06.2009, Bl.230 d.A.), dass sie der Meinung waren, Skonto abziehen zu können. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob und unter welchen Voraussetzungen hier ein Skontoabzug hinsichtlich der Abschlagszahlungen möglich gewesen wäre.

Eine Kürzung des Werklohnanspruchs wegen Fehlens eines in § 15.11 des Vertrages vorgesehenen Bautagebuchs bzw. eine Aufrechnung mit einem diesbezüglichen Schadensersatzanspruch kommt ebenfalls nicht in Betracht. Die Klägerin hat ihr Gewerk vollständig und – mit Ausnahme des beanstandeten Mangels im Zusammenhang mit der Installation der Badewanne und Dusche – mangelfrei erstellt. Das Fehlen eines Bautagebuchs macht ihr Gewerk nicht mangelhaft, so dass eine Kürzung unter dem Gesichtspunkt der Minderung gem. §§ 634 Nr.3, 638 BGB ausscheidet. Soweit die Beklagte insoweit eine Nebenpflichtverletzung geltend macht, führt auch dies zu keiner anderen Beurteilung. Denn sie hat einen hierdurch entstandenen, ggf. gem. § 280 Abs.1 BGB zu ersetzenden Schaden nicht ansatzweise dargelegt.

Schließlich ist auch eine Kürzung des Werklohnanspruchs in Höhe der vereinbarten Gewährleistungssicherheit von 5 % nicht gerechtfertigt. Denn die Klägerin hat unstreitig eine Gewährleistungsbürgschaft über 912,03 € gestellt und diese an den Architekten der Beklagten, den Zeugen C, übersandt. Dies hat der Zeuge C im Rahmen seiner erstinstanzlichen Vernehmung glaubhaft bestätigt und überdies angegeben, er habe die Bürgschaft an die Beklagten weitergeleitet. Auf Letzteres kommt es indes nicht an. Denn gem. § 17 des Vertrages war der gesamte Schriftverkehr über den Architekten zu führen. Dieser war mithin auch für die Gewährleistungsbürgschaft als Empfangsvertreter, zumindest aber als Empfangsbote der Beklagten anzusehen. In beiden Fällen ist daher – entweder

bereits mit dem Zugang beim Architekten (Empfangsvertreter) oder spätestens in dem Zeitpunkt, in dem nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge mit der Weiterleitung durch den Architekten an die Beklagten zu rechnen ist (Empfangsbote) – ein Zugang bei den Beklagten selbst zu bejahen. Unterbleibt eine Weiterleitung, geht dies zu Lasten des Empfängers (Palandt/Ellenberger, BGB, 69.Aufl., §§ 130 Rn.8,9).

Es verbleibt mithin bei der noch zu zahlenden Schlussrechnungssumme von 2.542,64 €. 63

Hinzu kommt der noch offene Restbetrag in Höhe von 16,76 € aus der Zusatzrechnung vom 15.11.2007 über insgesamt 296,55 € (Bl.101 ff d.A.). Der Senat kann nämlich nicht feststellen, dass für den – erst nach Fertigstellung und Schlussrechnung der Arbeiten gemäß Einheitspreisvertrag vom 23.05. / 31.05.2007 erteilten – unstreitigen Zusatzauftrag die Bedingungen des Einheitspreisvertrages gelten sollten. Dies hätten die Beklagten darlegen und beweisen müssen, was ihnen nicht gelungen ist. Da es sich insoweit um einen gesonderten Auftrag nach Abschluss der ursprünglichen Arbeiten handelte, kann er auch nicht ohne weiteres als Nachtrag im Sinne des § 2.1 des Vertrages angesehen werden. Daher waren weder die Umlagen gem. §§ 6.1 und 6.2 noch ein Nachlass oder Skonto gem. § 2.1 des Vertrages zu berücksichtigen. 64

Im Übrigen besteht jedoch kein Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der Zusatzrechnungen. Denn sie hat schon nicht substantiiert dargelegt, wann, wo, zwischen wem, aufgrund welcher Umstände ein Zusatzauftrag mit welchem Inhalt vereinbart worden ist. Die Beklagten haben von Anfang an bestritten, entsprechende Zusatzaufträge erteilt zu haben. 65

Hinsichtlich der beiden Zusatzrechnungen vom 21.11.2007 über 555,31 € (Bl.103 ff d.A.) und über 420,27 € (Bl.107 ff d.A.) haben die Beklagten erklärt, dass es sich um Mängelbeseitigungsmaßnahmen gehandelt habe, die auf ihre Rügen hin durchgeführt worden seien. Vor diesem Hintergrund wäre es an der Klägerin gewesen, diese Beanstandungen auszuräumen und ihren Vortrag zu den behaupteten Zusatzaufträgen zu substantiieren. Dies ist nicht erfolgt. Auch die Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin im Senatstermin hat insoweit keine näheren Erkenntnisse gebracht. Vor diesem Hintergrund wäre eine Beweisaufnahme Ausforschung gewesen. 66

Hinsichtlich der Zusatzrechnung vom 30.11.2007 über 436,56 € (Bl.109 ff d.A.) ist der Sachverhalt völlig unklar geblieben. Die Klägerin hat auch hier nicht substantiiert zu einer Beauftragung und ggf. zu einer entsprechenden Vollmacht des Architekten C oder des Mitarbeiters M vorgetragen. Überdies passt ihr Vortrag im Schriftsatz vom 14.07.2008, wonach wegen der Versetzung einer Mauer Heizungsleitungen verändert werden mussten, nicht zur Rechnung und zum Rapportzettel, wonach es um eingefrorene Heizungsleitungen gegangen sein soll. Die erstinstanzliche Beweisaufnahme ist insoweit ebenfalls unergiebig geblieben. Der Zeuge C hatte keine Erinnerung an einen solchen Auftrag oder an die Durchführung solcher Arbeiten. Der erstinstanzlich nicht benannte Zeuge M war schon angesichts des unzureichenden Parteivortrags nicht mehr ergänzend zu vernehmen. Es kann daher dahinstehen, ob seine Vernehmung in der Berufung gem. § 531 Abs.2 ZPO überhaupt noch zulässig gewesen wäre. 67

Die Klägerin hat daher insgesamt noch einen Werklohnanspruch in Höhe von 2.559,40 €. 68

Dieser Anspruch ist ab Rechtshängigkeit zu verzinsen. Ein vorheriger Verzugseintritt ab dem 27.10.2007 ist demgegenüber schon deshalb nicht erwiesen, weil angesichts des gerügten Mangels keine hinreichend sicheren Feststellungen zur Abnahme möglich waren. 69

2. Widerklage

Die Widerklage der Beklagten wegen angeblich überzahlter Beträge in Höhe von 458,80 € ist nach den obigen Ausführungen unbegründet. 71

Soweit das Landgericht der Widerklage wegen der geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 273,70 € nebst Zinsen stattgegeben hat, war dies nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. 72

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs.1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. 73