
Datum: 19.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 30/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0319.17U30.11.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 3 O 23/10

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16.12.2010 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, 3.391,17 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.08.2007 sowie weitere 359,50 € an die Rechtsanwälte X, N-Straße, ##### N2, zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten zu 5 % und die Klägerin zu 95 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Beklagten können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu

vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

A.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten für die Erstellung eines Rohbaus im Rahmen des Bauvorhaben T-Straße in K insgesamt 57.718,55 € gemäß ihrer Schlussrechnung vom 04.012.2009; ferner begehrt sie die Bezahlung ihrer Rechnung vom 15.06.2007 für das Vorhalten von Baugerüsten (Giebel- und Fassadengerüst sowie Konsolgerüst) in Höhe von insgesamt 11.334,48 €.

Das Landgericht hat der Klage lediglich i.H.v. 2.134,07 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Klägerin habe einen Vergütungsanspruch i.H.v. 7.377,52 € für die weitere Vorhaltung des Giebel- und Fassadengerüstes mit einer Größe von 281,80 m² über 22 Kalenderwoche; höhere Massen von 342,56 m² habe sie nicht bewiesen. Diese Forderung stehe der Klägerin zu, weil ihr von F das Geschäft des verstorbenen F2 wirksam übertragen worden sei; F habe über dessen Tod hinaus eine transmortale Vollmacht gehabt. Die Klägerin habe sodann den Vergütungsanspruch wirksam an ihre Prozessbevollmächtigten abgetreten.

Dieser sei in Höhe von insgesamt 5.243,45 € erloschen. Die Beklagten hätten wirksam mit einem Kostenerstattungsanspruch i.H.v. 3.775,24 € und einem Schadensersatzanspruch für nicht eingebaute Rollladenkästen i.H.v. 1.468,21 € aufgerechnet.

Weitere zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen stünden den Beklagten nicht zu. Eine Vertragsstrafe i.H.v. 3.146,09 € bestehe nicht, weil sie nicht bewiesen hätten, sich deren Geltendmachung vorbehalten zu haben. Hinsichtlich der Mehrkosten i.H.v. 4.675,26 € wegen einer nicht ausgeführten Druckwasserleitung fehle eine ordnungsgemäße Nachfristsetzung gegenüber der Klägerin. Zusätzliche Mietkosten i.H.v. 3.437,40 € wegen Bauzeitverzögerungen könnten die Beklagten nicht verlangen, hierzu fehle hinreichend schlüssiger Sachvortrag dazu, wie sich die Verzögerung der Fertigstellung des Rohbaus auf die Bezugsfertigkeit des Hauses ausgewirkt habe. Auch Mehrkosten i.H.v. 3.002,68 € für die Einschaltung eines Architekten stünden den Beklagten nicht zu; von ihnen sei nicht schlüssig dargelegt worden, dass solche angefallen und ersetzt worden seien.

Die Klage sei unbegründet, soweit die Klägerin von den Beklagten Restwerklohn i.H.v. 57.718,55 € verlangt habe. Es liege ein Pauschalpreisvertrags vor. Der Klägerin sei nicht der Beweis gelungen, mit dem Beklagten einen Einheitspreisvertrag geschlossen zu haben. Abgerechnet habe sie allerdings in ihrer Schlussrechnung nach Einheitspreisen, so dass eine etwaige Restvergütung nicht fällig sei. Aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses scheide ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

Hinsichtlich des Konsolgerüstes stehe der Klägerin die geltend gemachte Vergütung nicht zu, weil sie nicht bewiesen habe, dass ein solches vorgehalten worden sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Feststellungen, der in erster Instanz gestellten Anträge und der Entscheidungsgründe wird auf das von der Klägerin mit der form- und fristgerechten

Berufung angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit ihrem Rechtsmittel verfolgt sie ihre Ansprüche weiter, soweit von den Kosten für das Vorhalten der Gerüste 9.200,41 € nebst Zinsen in Höhe 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.08.2007, von den Rohbaukosten 57.718,55 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit 11

und von den vorprozessualen Anwaltskosten 564,66 € nicht zugesprochen worden sind. 12

Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen zum Vorhalten der Gerüste, der Rechtsnatur des Vertrages über den Rohbau und zu den Abläufen im Zusammenhang mit den von den Beklagten bemängelten Rollladenkästen. Im Einzelnen trägt sie vor: 13

Ihr stehe der gesamte Anspruch in Höhe von 11.334,48 € und damit weitere 9.200,41 € für ein Giebel- und Fassadengerüst sowie ein Konsolgerüst zu. 14

Das Landgericht sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass sie, die Klägerin, die höheren Massen des Giebel- und Fassadengerüsts nicht bewiesen habe. Das beantragte Sachverständigengutachten sei fehlerhaft nicht eingeholt worden; für die Feststellung der Massen sei es nicht notwendig, dass das Gerüst noch aufgestellt sei. 15

Die Aussage des Zeugen F zu den Massen, die am 11.12.2006 genommen und von F und S unterzeichnet worden seien, sei glaubhaft. Es sei unzulässig, aus einem angeblichen wirtschaftlichen Interesse des Zeugen und seiner Beteiligung am Bauvorhaben zu schließen, dieser sei unglaubwürdig. 16

Auch aus der Auftragsbestätigung vom 15.01.2007 und dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis ergäben sich die Gerüstmassen, nicht dagegen aus dem Prüfergebnis des Architekten W; dieser habe die Massen falsch ermittelt. 17

Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie den Aufbau eines Konsolgerüsts nicht habe beweisen können. 18

Es sei schon während der Bauzeit, wie in den Anlagen der Leistungsverzeichnisse aufgeführt und von den Beklagten am 16.07.2007 selbst bestätigt, aufgebaut gewesen. 19

Das Landgericht habe die Aussage des Zeugen F fehlerhaft gewürdigt, soweit dieser ausgesagt habe, dass ein solches Gerüst aufgrund eines Dachüberstands nötig gewesen sei. Er habe seine Aussage diesbezüglich korrigiert und bekundet, es sei ein zusätzliches Gerüst, um den Abstand zwischen Fassadengerüst und Hauswand abzudecken. Diese Korrektur habe das Landgericht nicht in seiner Beweiswürdigung einfließen lassen. 20

Demgegenüber habe das Landgericht die Aussage des Zeugen X3 fehlerhaft vorgezogen, obwohl dieser sich nicht genau habe erinnern können. 21

Der Zeuge W habe nur einschränkend bestätigt, ein Konsolgerüst sei vorhanden gewesen. 22

Zu Unrecht sei dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu fachtechnischen Fragen nicht entsprochen worden. 23

Eines Konsolgerüsts habe es schon allein aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten bedurft. Das Mauerwerk aus 15 cm Kalksandstein habe von außen vom Gerüst aus errichtet 24

werden müssen. Die Notwendigkeit eines Dachfanggerüstes habe der Zeuge W anerkannt. Als Architekt habe er um die Problematik gewusst und daher das Konsolgerüst ausgeschrieben.

Auch die Firma, die die Dämmung angebracht habe, habe das Konsolgerüst benötigt. 25

In der 6. Abschlagsrechnung vom 23.10.2003 habe die Klägerin das Konsolgerüst als Konsolverbreiterung bereits abgerechnet. Das sei unwidersprochen geblieben. 26

Der Anspruch sei mit der am 04.12.2009 erteilten Abrechnung auch fällig, die Beklagten hätten sich daher in Verzug befunden. 27

Der Vergütungsanspruch für das Gerüst sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht durch Aufrechnung in Höhe von 5.243,45 € untergegangen. 28

Die Beklagten könnten mit dem Kostenerstattungsanspruch aus dem Verfahren vor dem Landgericht Paderborn, Az. 3 O 31/10, in Höhe von 3.775,24 € nicht aufrechnen, da die Forderung sich nicht aufrechnenbar gegenübergestanden hätten. 29

Ein Schadenersatzanspruch der Beklagten in Höhe von 1.468,21 € bezüglich der Rollladenkästen bestehe nicht; das führt die Klägerin im Einzelnen aus, hierauf wird Bezug genommen. 30

Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft einen Detailpauschalpreisvertrag angenommen. Es sei ein Einheitspreisvertrag geschlossen worden. 31

Weiter habe das Landgericht seine Hinweispflicht verletzt, indem es nicht darauf hingewiesen habe, dass nach der Auffassung des Gerichts ein Detailpauschalpreisvertrag vorliegen würde. Es habe die Rechnung nicht beanstandet. Aufgrund dessen habe die Klägerin keine andere Abrechnung erteilt. 32

Die VOB/B sei mangels Vereinbarung dem Vertrag nicht zugrunde zu legen. Von daher komme es auf eine ordnungsgemäße Schlussrechnung nicht an. Damit sei diese auch nicht Fälligkeitsvoraussetzung. 33

Die Klägerin beantragt, 34

das angefochtene Urteil abzuändern und 35

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Rechtsanwälte X2, X und X4 66.918,96 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz von 9.200,41 € seit dem 17.08.2007 und von weiteren 57.718,55 € seit Rechtshängigkeit sowie 564,66 € Nebenforderung zu zahlen; 36

2. hilfsweise die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Rechtsanwälte X2, X und X4 weitere 9.200,41 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.08.2007 sowie 564,66 € Nebenforderung zu zahlen und 37

zu urteilen, dass der Vergütungsanspruch aus dem Bauvertrag vom 28.07.2006 nicht fällig ist; 38

3. weiter hilfsweise: Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. 39

Die Beklagten beantragen, 40

die Berufung zurückzuweisen.	41
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen und wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen.	42
Die Beklagten stellen hinsichtlich der Teilforderung für die Gestellung des Giebel- und Fassadengerüsts den in der Rechnung vom 25.06.2007 ausgewiesenen Rechnungsbetrag von 7.558,32 € netto unstreitig.	43
Ein Konsolgerüst sei nicht vorhanden gewesen. Der Zeuge X3 habe bekundet, dass ein solches nicht erforderlich gewesen sei. Dies ergebe sich auch aus den Fotos, die weder einen Dachüberstand zeigen würden noch Vorsprünge, wie sie der Zeuge F behauptet habe, um seine Aussage zu „retten“.	44
Ein Schwerlastgerüst sei nicht erstellt worden, dieser Vortrag sei zudem als in zweiter Instanz verspätet zurückzuweisen. Ein Gerüst, das maximal 30 cm von der Gebäudeaußenwand entfernt sei, sei für die 23 cm dicke Dämmung ausreichend gewesen.	45
Mit den Kostenerstattungsansprüchen könnten die Beklagten wegen der Regelung in § 406 BGB trotz der Abtretung der Klägerin aufrechnen.	46
Etwaige Zahlungsansprüche der Klägerin seien im Übrigen verjährt.	47
Eine Prozessstandschaft sei ausgeschlossen, da sie Zahlung an sich verlangt habe.	48
Das Landgericht sei zutreffend von einem Detailpauschalpreisvertrag ausgegangen. Die Klägerin habe nicht ordnungsgemäß abgerechnet.	49
Das Landgericht habe bereits in der ersten mündlichen Verhandlung klar gemacht, dass die Kammer von dem Zustandekommen eines Detailpreisvertrages ausgehe. Daher sei ein Hinweis nicht erforderlich gewesen.	50
Auch mit dem Hilfsantrag sei die Klägerin abzuweisen; selbst wenn der Anspruch nicht fällig oder nicht begründet sei, greife die Einrede der Verjährung.	51
Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen F, I, X3, W. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf den Inhalt des Berichterstattevermerks zum Senatstermin vom 19.03.2012.	52
B.	53
Die zulässige Berufung der Klägerin ist nur teilweise begründet und überwiegend unbegründet.	54
Über den vom Landgericht zuerkannten Betrag hinaus kann die Klägerin von den Beklagten die Zahlung weiterer 1.257,10 €, insgesamt somit 3.391,17 € (nebst Zinsen und anteiliger vorprozessualer Anwaltskosten), verlangen.	55
<u>I. Gerüstkosten (weitere 9.200,41 € aus der Rechnung vom 25.06.2007)</u>	56
Der in 2. Instanz von der Klägerin noch geltend gemachte Mehrbetrag setzt sich wie folgt zusammen:	57
	58

	Giebel-/Fassadengerüst	Konsolgerüst
Re.-Betrag brutto	8.944,40	2.812,35
- 4 % Nachlass	359,78 €	112,49
- Urteil 1. Instanz	2.134,07	0,00
<i>weitere Forderung</i>	6.500,55	2.699,86
<i>Gesamtsumme</i>	9.200,41 €	

1. Giebel- und Fassadengerüst

59

Die Klägerin hat gegen die Beklagten einen Anspruch in Höhe von insgesamt 8.634,62 € (also weitere 1.257,10 €) aus der Rechnung vom 25.06.2007 für das 22 Kalenderwochen vorgehaltene Giebel- und Fassadengerüst.

60

Der Anspruch folgt aus dem zwischen den Parteien geschlossenen (gemischten) Vertrag i. V. m. § 535 II BGB, nicht - wie das Landgericht meint – aus einem Dienstvertrag gem. § 611 BGB.

61

a.

62

Die Parteien haben unstreitig ausweislich der Auftragsbestätigung vom 15.01.2007 (K 2) einen gesonderten Vertrag (nach der einverständlichen Vertragsaufhebung) über das weitere Vorhalten der bereits aufgebauten und den Abbau der Gerüste für die Baustelle der Beklagten geschlossen. Dieser selbständige „Gestellungsvertrag“ enthält hinsichtlich des Abbaus werkvertragliche Elemente und hinsichtlich der Überlassung der Gerüste mietvertragliche Elemente (vgl. Palandt/Sprau, 70. Aufl., vor § 631, Rn. 24; speziell für Gerüste: in Ingenstau/Korbion/Müller-Wrede, VOB-Kommentar, 17. Auflage, § 1 VOB/A, Rn. 78 f.).

63

Im vorliegenden Fall sind diese unterschiedlichen Leistungen vereinbart und erbracht worden, zwischen denen ein rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang und deshalb eine vertragliche Verbindung besteht. In einem solchen Fall ist die Frage, welche Rechtsnormen auf die auf Grund selbstständiger Verpflichtungen erbrachten Leistungen anzuwenden sind, nach den Grundsätzen für gemischte oder zusammengesetzte Verträge zu beurteilen (vgl. auch BT-Dr 13/8445, S. 107). Haben die Vertragsparteien wie hier keine ausdrückliche Abrede darüber getroffen, welche Rechtsvorschriften auf die einzelnen Teile ihrer vertraglichen Abreden anzuwenden sind, ist bei der Beurteilung maßgeblich auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, auf die Interessenlage der Vertragsparteien sowie auf Sinn und Zweck der vertraglichen Vereinbarungen abzustellen (vgl. BGH, NJW 2008, 1072, 1073, Tz. 19; Staudinger/Löwisch, BGB, Neubearb. Juli 2005, § 311, Rn. 32; MünchKomm/Emmerich, 5. Aufl., § 311, Rn. 46; Palandt/Grüneberg, vor § 311, Rn. 25 f.). Sofern die Überlassung der Gerüste sowie deren Abbau zum vereinbarten Zeitpunkt gleichwertige Leistung sind, geht der mutmaßliche Wille der Vertragsparteien in der Regel dahin, auf die jeweilige Leistungspflicht diejenigen Rechtsvorschriften anzuwenden, die für diese zur Geltung kämen, wenn sie in einem gesonderten Vertrag begründet worden wäre (vgl. BGH, NJW 2008, 1072, 1073, Tz. 19; Staudinger/Löwisch, § 311 Rn. 37f.;

64

MünchKomm/Emmerich, § 311, Rn. 47). Anderfalls ist auf den Schwerpunkt der Leistung abzustellen (BeckOK/Gehrlein/Sutschet, BGB, Stand 01.03.2011, § 311, Rn. 20; Palandt/Grüneberg, vor § 311, Rn. 26 m. w. n.).

Danach hat das Landgericht jedenfalls zu Unrecht Dienstvertragsrecht angenommen. 65

Hier ist nach den Umständen (insbesondere waren die Gerüste bei Abschluss der neuen Vereinbarung bereits aufgebaut) nicht von gleichwertigen Leistungen für die Gestellung und den Abbau auszugehen; der Schwerpunkt liegt vielmehr in der Gestellung, so dass insgesamt Mietvertragsrecht anzuwenden ist. Der Abbau als durch handwerkliche Leistung erzielte Erfolg steht nicht im Vordergrund, sondern ist notwendige Folge im Hinblick auf die Abwicklung und Beendigung des Vertragsverhältnisses (vgl. dazu ergänzend OLG Düsseldorf, BauR 2010, 467 f., Juris-Rn. 18; für einen selbständigen Gerüstbauvertrag OLG Celle, BauR 2007, 1583 ff., Juris-Rn. 9 und 11 f.; Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Auflage, § 1 VOB/A, Rn. 78 f.; demgegenüber wohl nur Anwendung werkvertraglicher Vorschriften wegen des Vertragsschwerpunktes OLG Köln, BauR 2000, 1874; OLG Hamburg, BauR 1994, 123; wegen des den Vertragstyp kennzeichnenden Schwerpunktes eines Gerüstgestellungsvertrages Mietrecht anwendbar OLG Hamm, 30. ZS, NJW-RR 1994, 1297; Werner/Pastor, Rn. 204 m. w. N.). 66

b. 67

Die Vereinbarung der Parteien über die weitere Vorhaltung der Gerüste auch nach der einverständlichen Vertragsaufhebung und der Zeitraum sowie die Höhe der Vergütung sind in zweiter Instanz nicht im Streit und vom Landgericht zutreffend und für den Senat bindend festgestellt worden; gleiches gilt für die Abtretung der Ansprüche an die Klägerin und von ihr an ihre Prozessbevollmächtigten. 68

c. 69

Die in der Rechnung von der Klägerin angesetzten Massen von 343,56 m² haben die Beklagten zuletzt im Senatstermin am 19.03.2012 unstreitig gestellt, so dass sich die oben genannte berechnete Forderung ergibt. 70

2. Vergütung für ein Konsolgerüst 71

Die Klägerin kann allerdings nicht die Vergütung für ein Konsolgerüst aus der Rechnung vom 25.06.2007 in Höhe von 2.699,86 € aufgrund eines zwischen den Parteien geschlossenen gemischten Vertrages beanspruchen. 72

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme den Beweis als nicht geführt angesehen, dass ein Konsolgerüst vorgehalten worden ist. An dieses Beweisergebnis ist der Senat zwar nicht gebunden und die dazu benannten Zeugen F, I, W und X3 deshalb (erneut) vernommen worden. Allerdings hat die beweisbelastete Klägerin nicht bewiesen, die abgerechnete Leistung erbracht zu haben. 73

a. 74

Das Beweisergebnis des Landgerichts ist für den Senat nicht bindend, auch wenn die Klägerin teilweise lediglich eine eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts setzt, ohne insoweit konkrete Anhaltspunkte für deren Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit aufzuzeigen; es verbleiben trotzdem (andere) konkrete Anhaltspunkte i. S. v. § 529 I Nr. 1 ZPO, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der 75

entscheidungserheblichen Feststellungen begründen.

Die Beweiswürdigung des Landgerichts zeigt nicht ausreichend auf, dass die Aussage des Zeugen X3 richtig erfasst worden ist. Das Landgericht ist offenbar davon ausgegangen, dass X3 sicher verneint habe, dass ein Konsolgerüst vorhanden gewesen sei; das ist aber unzutreffend, er konnte sich vielmehr nach den Inhalt seiner protokollierten Aussage nicht erinnern, ob es vorhanden war oder nicht. 76

Ferner hat das Landgericht aus der Aussage des Zeugen I nur berücksichtigt, dass er nicht vor Ort war und deshalb bekundet hat kein Konsolgerüst bemerkt zu haben; es hat aber nicht den weiteren Inhalt seiner Aussage gewürdigt, er meine, er habe auf Lichtbildern ein Konsolgerüst an dem Objekt gesehen. 77

c. 78

Die Klägerin hat nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht bewiesen, die abgerechnete Leistung erbracht und ein Konsolgerüst vorgehalten zu haben. 79

Zwar hat der Zeuge F das sowohl bei seiner erstinstanzlichen als auch zweitinstanzlichen Beweisaufnahme bestätigt. Dem steht allerdings die nicht weniger überzeugende Aussage des Bauleiters X3 entgegen, der das verneint hat und dessen Aussage durch die zur Akte gereichten Fotos gestützt wird, die unstreitig kein Konsolgerüst zeigen. Der Senat konnte nicht - mit der nach § 286 ZPO für eine Überzeugungsbildung zugunsten der Klägerin erforderlichen Sicherheit - feststellen, welche Aussage richtig ist. Beide Aussagen sind durchaus nachvollziehbar und in sich verständlich und widerspruchsfrei. Die Zeugen haben auch etwaige Unsicherheiten oder Unklarheiten im Rahmen ihrer jeweiligen Vernehmungen in nicht (sicher) zu widerlegender Weise erklärt. 80

Die Aussage des Zeugen I führt nicht dazu, dass der Aussage des Zeugen F eine größere Überzeugungskraft zukommt. Er war weder an der Baustelle noch hat er auf Fotos ein Konsolgerüst an dem Bauvorhaben der Beklagten gesehen. Er hat lediglich anhand der Vorgaben von F geprüft, ob dessen Abrechnung plausibel ist und diese bejaht, ohne allerdings die zugrunde gelegten Tatsachen ausreichend verifizieren zu können. 81

Der Zeuge W hatte sowohl nach seiner erst- als auch zweitinstanzlichen Vernehmung keine sichere Erinnerung, ob ein Konsolgerüst vorhanden war oder nicht. 82

Es liegen auch keine sonstigen Umstände vor, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten. 83

Weder das Leistungsverzeichnis noch eine etwaige technische Notwendigkeit zur Sicherheit der Bauarbeiter und die 6. Abschlagsrechnung sowie deren unwidersprochene Bezahlung lassen den (indiziellen) Schluss zu, dass ein Konsolgerüst tatsächlich verwendet worden ist. Ein Sachverständigengutachten zu den technischen Notwendigkeiten musste daher nicht eingeholt werden. Die geleisteten Abschlagszahlungen setzen nicht unbedingt auch Leistungen voraus, die endgültig geprüft und bezahlt sind, schon gar nicht ist darin ein - deklaratorisches oder beweiserleichterndes - Schuldanerkenntnis hinsichtlich der Forderung für das Konsolgerüst zu sehen (vgl. für Massen Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6./162 f.). 84

Auch die in zweiter Instanz erstmals von der Klägerin vorgelegte Bestätigung des Beklagten Endemann vom 16.07.2007 (K 38) über den Abbau („...1 Gerüstkonsole...“) spricht nicht 85

zwingend für die Behauptung der Klägerin. Die Beklagten haben demgegenüber in nicht zu widerlegender Weise erläutert, dass es sich dabei um ein Gerüstbrett und nicht ein Konsolgerüst gehandelt habe.

Der Sachvortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung, ohne Konsolgerüst hätte die 15er-Wand nicht errichtet werden können, ist in zweiter Instanz neu und nicht nach § 531 II ZPO zuzulassen, weil die Klägerin die Voraussetzungen dafür (hier allenfalls nach Nr. 3) weder dargelegt noch glaubhaft gemacht hat. 86

Gleiches gilt für den in zweiter Instanz in diesem Zusammenhang von der Klägerin erstmals benannten Zeugen S. 87

Das somit offene Beweisergebnis wirkt sich zu Lasten der Klägerin aus, die den ihr obliegenden Beweis nicht erbracht hat (sog. non liquet). 88

II. Restwerklohn (57.718,55 €) 89

Die Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung eines restlichen Werklohns von 57.718,55 €. 90

1. Anspruch aus Werkvertrag gem. § 631 I BGB 91

a. 92

Das Landgericht hat einen Pauschalpreisvertrag mit zutreffender und mit nach § 529 I Nr. 1 ZPO für den Senat bindender Begründung bejaht und dabei insbesondere die Vertragsurkunde herangezogen, die die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat, sowie das Ergebnis der Beweisaufnahme (Anhörung der Parteien und Vernehmung der Zeugen F und W) gewürdigt; zur Vermeidung von Wiederholungen wird darauf Bezug genommen (S. 14 f. UA). 93

Die Klägerin zeigt demgegenüber mit der Berufungsbegründung keine konkreten Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen begründen können. 94

Aus den Preisen für die gesonderte Vereinbarung über die Gerüstvorhaltung kann nicht geschlossen werden, dass kein Pauschalpreis für die Baukosten vereinbart worden, sondern auch insoweit nach Einheitspreisen abzurechnen ist. 95

Ein Pauschalvertrag kann selbst dann vorliegen, wenn – wie hier - das Angebot nach Einheitspreisen aufgemacht und bei der Auftragserteilung lediglich der Angebotsendpreis geringfügig auf- oder abgerundet worden ist (Ganten/Jagenburg/Motzke/Jansen, VOB/B Kommentar, 2.Auflage § 2 Nr. 7 Rn. 6). 96

Die Rechnungsprüfung des Architekten W (Anlage B 2 nebst als Anlage K 27 überreichtes Schreiben vom 30.01.2010 an die Beklagten) bindet die Beklagten nicht; ausweislich seines Rechnungsprüfungsvermerks hat er nur technisch und rechnerisch geprüft (vgl. Anlage B 2, S. 9 unten), trifft aber keine Aussage über die Preisvereinbarung; zudem zeigt die letzte Seite seiner „Legende zu den Eintragungen der Schlussrechnungsprüfung“ vom 30.01.2010, dass er von einem Pauschalpreis ausgegangen ist; im Übrigen bindet die Beklagten die Rechnungsprüfung durch den Architekten ohnehin nicht im Hinblick auf die Frage der Vereinbarung eines Einheitspreis- oder Pauschalpreisvertrages (vgl. nur Kniffka/Koeble, 5./41). 97

Soweit in dem schriftlichen Vertragsformular (auch für einen EP-Vertrag, aber angepasst auf die konkreten Verhältnisse und Vereinbarungen im Einzelfall) z. T. von Einheitspreisen die Rede ist, hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass dies nicht gegen einen Pauschalpreisvereinbarung spricht angesichts des übrigen Inhalts. 98

Das Landgericht ist hinsichtlich der Vernehmung der Zeugen F und W von einem „non liquet“ ausgegangen; das ist nicht zu beanstanden, insbesondere unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte. 99

Da die Klägerin beweisen muss, dass keine Pauschalpreisabrede getroffen worden ist (vgl. nur Kniffka/Koeble, 5./46), unterliegt sie mit ihrer Forderung auf Zahlung von Restwerklohn. 100

b. 101

Die Klägerin rügt ohne Erfolg eine Verletzung der Hinweispflicht durch das Landgericht. Es ist bereits nicht ersichtlich, dass das angefochtene Urteil auf einem Verfahrensfehler, wollte man ihn bejahen, beruht, weil die Klägerin nicht konkret vorgetragen hat, was sie (erheblich) bei erfolgten Hinweis vorgetragen hätte; auch mit der Berufungsbegründung hat sie nicht (ordnungsgemäße) auf der Grundlage der festgestellten Pauschalpreisabrede abgerechnet. 102

c. 103

Unzutreffend hat das Landgericht zwar den Restwerklohn ausweislich der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils als zur Zeit nicht fällig abgewiesen, weil nicht ordnungsgemäß abgerechnet worden sei (vgl. insbes. S. 16 UA oben); die Klägerin hat allerdings keinen Anspruch darauf, dass es dabei verbleibt. Wird – wie hier – die Prüffähigkeit der Rechnung nicht gerügt, findet im anhängigen Prozess eine endgültige Klärung der Werklohnforderung statt (vgl. BGH, BauR 2007, 1577). Die deshalb erst durch den Senat erfolgte Abweisung als schlechthin unbegründet ist keine Verschlechterung und damit keine „reformatio in peius“ zu Lasten des Berufungsführers (vgl. BGH, NJW 1988, 1982, 1983; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 528 ZPO, Rn. 25; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 528, Rn. 18 f.). 104

2. Anspruch aus § 2 Nr. 8 VOB/B, GoA oder § 812 105

Ein Anspruch der Klägerin auf Restwerklohn in der geltend gemachten Höhe aus § 2 Nr. 8 VOB/B, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung scheidet angesichts vorstehender Ausführungen zum Vertragsschluss und der Pauschalpreisvereinbarung aus. 106

III. Aufrechnungsforderungen 107

Zutreffend und für den Senat gem. § 529 I Nr. 1 ZPO bindend hat das Landgericht festgestellt, dass die berechtigte Forderung der Klägerin in Höhe von 8.634,62 € für das Giebel- und Fassadengerüst in Höhe von 5.243,45 € erloschen ist, weil die Beklagte wirksam aufgerechnet haben. 108

1. Kostenerstattungsanspruch (3.775,29 €) 109

Das Landgericht hat zutreffend eine Gegenforderung der Beklagten gegen die Klägerin in Höhe von 3.775,29 € bejaht. Auf die bindenden Feststellungen im angefochtenen Urteil wird verwiesen. 110

Der Einwand der Klägerin mit der Berufungsbegründung ist unerheblich wegen der Regelung in § 406 BGB. Danach kann der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerb der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Diese Ausnahmefälle liegen hier ersichtlich nicht vor. Die Beklagten haben insbesondere erst durch den Schriftsatz der Klägerin vom 02.12.2010 (Bl. 141) von der Abtretung an deren Prozessbevollmächtigte Kenntnis erhalten und haben bereits zuvor wirksam die Aufrechnung gegenüber der Klägerin als Altgläubigerin erklärt.

2. Rollladenkästen (1.468,21 € brutto = 1.233,79 € netto) 112

Zutreffend hat Landgericht auf die ausdrückliche Vereinbarung in dem Abnahmeprotokoll vom 08.12.2006, dort S. 2, (K 6), abgestellt und den Gegenanspruch der Beklagten gegen die Klägerin daraus hergeleitet. 113

Entgegen der Ansicht der Klägerin ergibt sich daraus auch, dass sie gewährleistungspflichtig war; die semantischen Überlegungen der Klägerin dazu in der Berufungsbegründung überzeugen nicht ansatzweise. 114

Auf die vom Landgericht in diesem Zusammenhang durchgeführte Beweisaufnahme kommt es nicht an. Die Klägerin trägt selbst vor, dass sie auf Veranlassung von W nach der Abnahme und dem Termin am 22.12.2006 (mit M) die Rollladenkästen ausgebaut und entsorgt hat; daher bleibt es dabei, dass sie ihre Leistungspflicht gegenüber den Beklagten insoweit nicht erfüllt hat und objektiv ein Mangel vorlag; ein etwaiges Verschulden des Architekten dadurch, dass er zuletzt angeordnet hat, die Kästen auszubauen und zu entsorgen, ist den Beklagten nicht nach § 278 BGB zuzurechnen, weil das zur Bauleitung gehört und Aufsichtsverschulden nach gefestigter Rechtsprechung des BGH, der sich der Senat anschließt, nicht zugerechnet wird (vgl. nur Kniffka/Koeble, 6./56 m. w. N.). 115

Die Höhe der geltend gemachten aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten von 1.468,21 € brutto haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 22.02.2012 durch Vorlage der zugrundeliegenden Rechnung der Bauunternehmung M und der N GmbH & Co. KG über diese Mängelbeseitigungsarbeiten und Materialien belegt, ohne dass die Klägerin dies weiter bestritten hat. 116

IV. Zinsen und vorprozessuale Anwaltskosten 117

Der zuerkannte Zinsanspruch auf die bestehende Klageforderung in Höhe von insgesamt 3.391,17 € folgt aus dem Gesichtspunkt des Verzuges gem. §§ 280 II, 286, 288 I BGB. Hinsichtlich der bereits durch das Landgericht zugesprochenen Forderung von 2.134,07 € folgt das aus dem rechtskräftigen Urteil erster Instanz. 118

Gleiches gilt hinsichtlich der vorprozessualen Anwaltskosten, wobei sich bei einem Gegenstandswert von 3.391,17 € insgesamt 359,50 € als berechtigte Nebenforderung ergeben. 119

V. Hilfsantrag 120

Die Klägerin hat mit ihren Hilfsanträgen aus den bereits zuvor dargelegten Gründen keinen weitergehenden Erfolg. 121

VI. Prozessuale Nebenentscheidungen 122

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 II, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	123
Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.	124
Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage vertretener und anerkannter Auffassung in der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofs, und der Literatur getroffen hat.	
