
Datum: 15.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 53/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1115.21U53.12.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 2 O 246/11

Schlagworte: rechtliches Gehör, Aufhebung, Zurückverweisung, Werkvertrag, Beweislast Vergütungsanspruch, vorzeitige Beendigung, Substantiierung

Normen: GG Art. 103 Abs. 1; ZPO § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1; BGB § 631 Abs. 1

Leitsätze:

1.

Fordert der Auftraggeber vom Auftragnehmer nach vorzeitiger Beendigung eines Werkvertrages – seiner Ansicht nach – überzahlte Abschlagszahlungen zurück, trägt der Auftragnehmer die Beweislast für seinen Vergütungsanspruch. Er ist aufgrund der vertraglichen Abrede verpflichtet, nachzuweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (Anschluss an BGH NJW 1999, 1867).
2.

Der Besteller hat demgegenüber zunächst (nur) schlüssig die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Auszahlung eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vorzutragen. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Der Auftraggeber kann sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Hat der Besteller nach diesen Grundsätzen ausreichend vorgetragen, muss der

Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (Anschluss an BGH NZBau 2002, 329).

3. Hat der Auftraggeber in dieser Weise – u. a. gestützt auf ein Parteigutachten – vorgetragen und weist das Gericht dieses Vorbringen gleichwohl als unsubstantiiert zurück, statt auf die – seiner Ansicht nach – mangelnde Substantiierung mit der gebotenen Klarheit hinzuweisen bzw. die angebotenen Beweise zu erheben, insbesondere ein Sachverständigengutachten zum Umfang der vom Unternehmer erbrachten Leistungen einzuholen, so liegt hierin eine Verletzung des Anspruchs des Auftraggebers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), weil eine solche Vorgehensweise zeigt, dass das Gericht entscheidungserhebliches Parteivorbringen nicht zur Kenntnis genommen hat, da die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht (Anschluss u. a. an BGH NJW-RR 2009, 2137 sowie BauR 2010, 1792; Abgrenzung zu BGH NZBau 2005, 224; NJW 1997, 1447 und NJW 2000, 2099).

4.

Hierin liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel, der – sofern die übrigen Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO vorliegen – die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht rechtfertigt.

Tenor:

Auf die Berufung beider Parteien werden das am 07.03.2012 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts *Hagen* (Az. 2 O 246/11) und das zugrunde liegende Verfahren aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht *Hagen* zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden niedergeschlagen. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Parteien streiten nach vorzeitiger Beendigung eines Werkvertrages um Erstattungsansprüche des Klägers hinsichtlich geleisteter Abschlagszahlungen.

Die Parteien schlossen am 04.03.2010 unter Einbeziehung der VOB/B einen Vertrag über die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten am Neubauvorhaben des Klägers in F, L-Straße, zum Preis von 110.000,00 € netto bzw. 130.900,00 € brutto. Dem lag ein vom Beklagten mit Einheitspreisen versehenes Leistungsverzeichnis zugrunde, welches – unter Berücksichtigung eines Skontos von 2 % – mit einer Angebotssumme in Höhe von 151.563,35 € brutto schloss. Hierauf gewährte der Beklagte dem Kläger bei Vertragsschluss einen Rabatt in Höhe von 13,64 %. Auf Seiten des Klägers wurde dabei der insoweit ausdrücklich bevollmächtigte (ursprüngliche) Bauleiter, der vom Beklagten benannte Zeuge X, als dessen Vertreter tätig. 4

Mitte April 2010 vereinbarten die Parteien die Umstellung der einzubauenden Materialien auf den Schalterhersteller Gira und die Multimediafirma Revox. Hieraus ergab sich als „Summe Zusatzleistungen“ ein Betrag von 29.034,71 €. 5

Auf verschiedene Abschlagsrechnungen des Beklagten zahlte der Kläger insgesamt 108.550,00 €. 6

Darüber hinaus erteilte der Kläger dem Beklagten mindestens einen Nachtragsauftrag und zwar betreffend den Einbau einer Heimkinoanlage im Schwimmbadbereich, bestehend u. a. aus Projektionsleinwand und Beamer. Die entsprechende (Abschlags-)Rechnung des Beklagten vom 02.08.2010 über 18.369,14 € bezahlte der Kläger ebenfalls, so dass er insgesamt Zahlungen in Höhe von 126.919,14 € leistete. Weitere Rechnungen über Nachtragsaufträge bezahlte der Beklagte nicht. Insoweit ist im Einzelnen streitig, ob und ggf. was nachträglich beauftragt wurde. 7

Mitte Oktober 2010 kam es mutmaßlich zu einem Einbruch in das Objekt des Klägers, bei dem große Teile der bereits vom Beklagten erstellten Installation entfernt wurden. Der Beklagte ersetzte die entfernten bzw. gestohlenen Materialien und erstellte hierüber am 21.12.2010 eine Rechnung über 24.498,03 €, die der Kläger ebenfalls nicht bezahlte. 8

Daraufhin kam es Ende 2010 zu Differenzen zwischen den Parteien. Mit anwaltlichem Schreiben vom 14.03.2011 forderte der Kläger den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 21.03.2011 zunächst zur Fertigstellung der Arbeiten auf. Letztlich kündigte der Kläger das Vertragsverhältnis mit anwaltlichem Schreiben vom 01.04.2011 und forderte den Beklagten zur Erteilung einer Schlussrechnung sowie – gestützt auf ein von ihm eingeholtes Parteigutachten des Sachverständigen I – zur teilweisen Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe der Klageforderung von 80.139,08 € unter Fristsetzung bis zum 15.04.2011 auf. 9

Der Beklagte rechnete die von ihm erbrachten Leistungen während des Rechtsstreits mit einer auf den 27.01.2011 datierten Schlussrechnung ab, die sich auf ein auf den selben Tag datiertes Aufmaß stützt und – ohne Berücksichtigung von Skonto, Rabatt und erhaltenen Abschlagszahlungen – mit einem Betrag von 118.559,74 € brutto schließt. 10

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Schlussrechnung des Beklagten sei nicht prüfbar. 11

Er hat – gestützt auf das von ihm eingeholte Parteigutachten des Sachverständigen I – behauptet, die vom Beklagten in seiner Schlussrechnung nebst Aufmaß in Ansatz gebrachten Mengen seien unzutreffend, die Leistungen des Beklagten seien lediglich mit 46.780,06 € zu 12

bewerten, so dass der Beklagte in Höhe der Klageforderung überzahlt sei.

Ferner hat der Kläger die Ansicht vertreten, die Rechnung vom 21.12.2010 über den erneuten Einbau der (mutmaßlich) gestohlenen Materialien brauche er nicht zu bezahlen. Zum einen habe der Beklagte zu diesem Zeitpunkt ohnehin noch die Gefahr getragen. Zum anderen habe er die in Rede stehenden Einbauten aber wohl auch selbst entfernt. Der vom Kläger benannte Zeuge C habe den Beklagten am Abend des 17.10.2010, dem Tag vor der Entdeckung des Einbruchs, dabei beobachtet, wie er die Baustelle mit gefüllten Kisten verlassen habe. Anschließend habe der Beklagte die (gebrauchten) Materialien dann erneut eingebaut.

13

Der Kläger hat beantragt,

14

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 80.139,08 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2011 zu zahlen sowie ihn von Honoraransprüchen seiner Prozessbevollmächtigten in Höhe von 1.999,32 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.

15

Der Beklagte hat beantragt,

16

die Klage abzuweisen.

17

Der Beklagte hat behauptet, er habe sämtliche im Aufmaß und der Schlussrechnung vom 27.01.2011 aufgeführten Leistungen erbracht. Soweit diese nicht schon Gegenstand des Hauptauftrages gewesen seien, seien hinsichtlich der Nachträge jeweils Angebote erstellt und vom Kläger bzw. seinem Bevollmächtigten akzeptiert worden.

18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Terminsprotokoll vom 15.02.2012 (Bl. 80 d. A.).

19

Mit – nicht nachgelassenem – Schriftsatz vom 24.02.2012 (Bl. 82 ff. d. A.), auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, hat der Beklagte ausdrücklich die Aufrechnung mit seinem (streitigen) Anspruch auf Bezahlung der Rechnung vom 21.12.2010 über 24.498,03 € erklärt und außerdem näher zur Erteilung der Nachtragsaufträge vorgetragen.

20

Der der Klage zugrunde liegende Mahnbescheid ist dem Beklagten am 04.05.2011 zugestellt worden.

21

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 41.087,87 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen.

22

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe einen Anspruch gegen den Beklagten auf Erstattung erfolgter Überzahlungen aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag in Höhe des zuerkannten Betrages. Nach der Rechtsprechung des BGH ergebe sich dieser Anspruch aus der vertraglichen Abrede selbst.

23

Der Kläger habe – wie im Termin unstreitig gestellt worden sei – an den Beklagten Abschlagszahlungen in Höhe von 108.550,00 € geleistet und außerdem auf die Rechnung des Beklagten vom 02.08.2010 18.369,14 € gezahlt, insgesamt also 126.919,14 €.

24

25

Der Beklagte habe nach der durch Kündigung erfolgten Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien lediglich die bislang erbrachten Leistungen abgerechnet, so dass dahinstehen könne, ob es sich bei der Kündigung des Klägers vom 01.04.2011 um eine freie Kündigung i. S. d. § 649 BGB oder um eine berechnete außerordentliche Kündigung handle. Auch nach einer außerordentlichen Kündigung bleibe dem Unternehmer der Werklohnanspruch für die bisher erbrachten Leistungen, soweit der Auftraggeber diese verwerten könne. Dies sei der Fall; Gegenteiliges habe der Kläger nicht behauptet.

Maßgeblich für den Werklohnanspruch des Beklagten nach der Kündigung sei das Verhältnis der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Vertrag zu erbringenden Gesamtleistung. Dieses Wertverhältnis könne aufgrund eines Aufmaßes oder eines Leistungsverzeichnisses ermittelt werden. Vorliegend sei dies auf der Grundlage des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses geschehen, so dass die Art der Berechnung im Grundsatz richtig sei. Zwar sei der zwischen den Parteien vereinbarte Nachlass in der Schlussrechnung nicht berücksichtigt worden, weshalb diese in sich selbst unrichtig sei. Der Beklagte habe jedoch einen Nachlass in seinem schriftsätzlichen Vortrag berücksichtigt und in die Berechnungen mit aufgenommen, so dass sein Berechnungsansatz im Grundsatz zutreffend sei. 26

Auf der Grundlage der von dem Beklagten erstellten Rechnung vom 27.01.2011 habe der Beklagte für die erbrachten und beauftragten Arbeiten einen Werklohnanspruch gegen den Kläger in Höhe von 85.831,27 € brutto. Dieser Betrag errechne sich wie folgt: 27

Von dem Gesamtnettopreis in Höhe von 99.630,03 € seien zunächst die Beträge in Abzug zu bringen, die auf die Nachtragsaufträge entfielen und zwar in Höhe von insgesamt 28.773,46 € (11.610,12 € + 15.716,21 € + 654,72 € + 792,41 €). Für die unter den Titeln 13, 17 und 19 der Schlussrechnung des Beklagten abgerechneten Nachträge fehle es an einer Beauftragung durch den Kläger. Hierzu habe der Beklagte lediglich ganz pauschal vorgetragen, für die Nachträge seien jeweils Angebote erstellt worden, die auch akzeptiert und vom Kläger bezahlt worden seien. Nachdem sich im Termin herausgestellt habe, dass diese Nachtragsaufträge unstreitig nicht separat bezahlt worden seien, verbleibe nur der pauschale Vortrag des Beklagten zur Erstellung von Angeboten und der Annahme durch den Kläger. Es seien weder Angebote vorgelegt noch deren Annahme durch den Kläger nach Ort, Zeit und Umständen in irgendeiner Weise näher substantiiert worden. Ein solcher Vortrag sei – zumal wenn er, wie hier, bestritten sei – unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Eine Schriftsatzfrist sei dem Beklagten insoweit nicht zu gewähren gewesen. Schon mit seiner Klageerwidern vom 09.12.2011 habe er hierzu konkret vortragen können und müssen. Spätestens auf die Replik des Klägers vom 16.01.2012, die ihm mehr als drei Wochen vor dem Verhandlungstermin zugegangen sei, habe er sein Vorbringen konkretisieren können und müssen. 28

Etwas anderes gelte nur für den Nachtragsauftrag betreffend den Einbau des Beamers, den der Kläger unstreitig separat bezahlt habe. 29

Darüber hinaus sei von der Schlussrechnung des Beklagten ein Betrag in Höhe von 3.603,24 € für die Rechnungspositionen 1.0006 bis 1.0094 in Abzug zu bringen. Der Kläger habe diese Positionen unter Hinweis auf das dem Werkvertrag zugrunde liegende Leistungsverzeichnis, in dem diese Positionen nicht enthalten seien, bestritten. Der Beklagte habe sie bis zum Termin zur mündlichen Verhandlung nicht näher begründet. Die ihm hierfür zur Verfügung stehende Zeit sei ausreichend gewesen. 30

Die weiteren – pauschalen – Einwände des Klägers gegen die Schlussrechnung des Beklagten seien hingegen unsubstantiiert. Soweit der Kläger allgemein rüge, die Rechnung sei nicht prüfbar, sei dies nicht nachvollziehbar. Die Schlussrechnung enthalte genaue Angaben zur Stückzahl der abgerechneten Materialien bzw. konkrete Aufmaße. Der Kläger habe näher darlegen müssen, welche Rechnungspositionen aus seiner Sicht nicht nachvollziehbar seien. Dies gelte auch für die Positionen 2.0005 bis 2.0010, hinsichtlich derer der Kläger der Auffassung vertrete, sie seien auf der Grundlage des aktuellen Aufmaßes nicht prüfbar. Auch hier seien genaue Stückzahlen angegeben. Es sei unklar, welche Angaben dem Kläger hier für eine Überprüfung fehlten.

32
Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem vom Kläger vorgelegten Privatgutachten des Sachverständigen I vom 01.04.2011, das den Leistungsstand der Arbeiten des Beklagten darstellen solle. Dieses setze sich nämlich nicht mit der detaillierten Schlussrechnung des Beklagten auseinander. Außerdem sei es zur Berechnung des erreichten Leistungsstandes weitgehend nicht nachvollziehbar. Während die Schlussrechnung des Beklagten von konkreten Stückzahlen und Aufmaßen ausgehe, seien in dem Privatgutachten des Sachverständigen I lediglich Prozentsätze angegeben, die nicht näher erklärt würden. Es sei nicht ersichtlich, ob angegebene Materialien gar nicht oder nur teilweise geliefert worden bzw. teilweise, gar nicht oder mangelhaft eingebaut worden seien. Spätestens nach Vorlage der Schlussrechnung habe der Kläger hierzu konkret Stellung nehmen müssen.

33
Soweit der Kläger Mängel der Werkleistung des Beklagten geltend mache, habe er weder im Einzelnen dargelegt, welche Rechnungspositionen hiervon betroffen seien noch welche konkreten Gewährleistungsrechte er, ggf. in welcher Höhe, im Einzelnen geltend machen wolle. Seine Einwände seien daher unerheblich. Dass die Leistung des Beklagten gänzlich oder in Teilen unbrauchbar gewesen sei, sei nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Der Kläger habe zwar behauptet, bestimmte Komponenten seien nicht feuchtraumgeeignet. Dieses Vorbringen habe er allerdings nicht mit konkreten Tatsachen unterlegt. Ein Pauschalverweis auf das Privatgutachten des Sachverständigen I genüge insoweit nicht.

34
Der Kläger habe hierzu trotz entsprechender Erörterung in der mündlichen Verhandlung auch nicht näher Stellung genommen und auch keine Stellungnahmefrist beantragt.

35
Unter Berücksichtigung der genannten Abzüge ergebe sich auf der Grundlage des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses ein Nettorechnungsbetrag für die vom Beklagten tatsächlich erbrachten Leistungen in Höhe von 67.253,33 €. Von diesem Betrag sei der zwischen den Parteien vertraglich vereinbarte Nachlass in Höhe von 15,36 % in Abzug zu bringen. Dieser Prozentsatz ergebe sich aus dem Verhältnis zwischen der ursprünglichen Nettoangebotssumme von 129.963,43 €, mit der das Leistungsverzeichnis vom 22.01.2010 schließe, und der tatsächlich vereinbarten Nettosumme von 110.000,00 €. Die Parteien hätten danach im Verhältnis zu dem dem Werkvertrag zugrunde liegenden Leistungsverzeichnis einen Nachlass in Höhe von 15,36 % vereinbart. Soweit der Beklagte lediglich zu einem Nachlass von 13,64 % komme, habe er nicht berücksichtigt, dass von der ursprünglichen Nettoangebotssumme von 129.963,43 € zunächst ein Skonto von 2 % (2.599,27 €) in Abzug gebracht worden sei. Erst von der sich hieraus ergebenden Summe von 127.364,16 € netto bzw. 151.563,35 € brutto habe der Beklagte dann den Nachlass errechnet. Der vorangegangene Skontoabzug von 2 % sei jedoch bei der Berechnung des prozentualen Nachlasses ebenfalls zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung dieses vereinbarten Nachlasses von 15,36 % errechne sich eine Nettosumme von 56.923,22 €.

36
Hiervon seien unstreitig weitere 0,9 % (512,31 €) für Bauwesenversicherung, Strom und Wasser in Abzug zu bringen, so dass ein Nettobetrag in Höhe von 56.410,91 € verbleibe.

Hinzuzurechnen sei der in der Schlussrechnung vom 27.01.2011 in Ansatz gebrachte Betrag für den Nachtragsauftrag betreffend die Installation des Beamers in Höhe von netto 15.716,21 €. Diesen Nachtragsauftrag habe der Kläger unstreitig erteilt, was sich auch daraus ergebe, dass er die hierauf bezogene gesonderte Rechnung vom 02.08.2010 über 18.369,14 € brutto ohne Abzug bezahlt habe. Soweit der in der Schlussrechnung vom 27.01.2011 in Ansatz gebrachte Betrag geringfügig höher sei als die frühere Rechnung vom 02.08.2010, habe der Kläger hiergegen keine Einwände erhoben. Die in der Schlussrechnung vom 27.01.2011 in Ansatz gebrachten Massen seien damit unstreitig. Der Beklagte sei an seine frühere Rechnung nicht gebunden gewesen.	37
Hieraus ergebe sich eine Gesamtrechnungssumme in Höhe von 72.127,12 € netto bzw. 85.831,27 € brutto. Hierauf habe der Kläger 126.919,14 € gezahlt, so dass sich eine Überzahlung in Höhe von 41.087,87 € errechne. Diesen Betrag habe der Beklagte an den Kläger auszusahlen.	38
Soweit der Beklagte in der Klageerwidernug eine unbezahlte Rechnung vom 21.12.2010 über 24.498,03 € erwähnt habe, die er für die erneute Lieferung und den erneuten Einbau der mutmaßlich bei dem Einbruch in das Bauvorhaben entfernten Installation gestellt habe, habe er hieraus bislang keine Rechte hergeleitet. Sie sei weder Gegenstand der Schlussrechnung, noch habe der Beklagte sie dem Kläger bei der Abrechnung der bereits geleisteten Abschlagszahlungen entgegen gehalten. Die Aufrechnung mit dem Rückzahlungsanspruch des Klägers habe er ebenfalls nicht erklärt und zwar auch nicht, nachdem hierauf in der mündlichen Verhandlung im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage ausdrücklich hingewiesen worden sei. Diese Rechnung sei damit nicht Gegenstand des Rechtsstreits geworden.	39
Der nicht nachgelassene, nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangene Schriftsatz des Beklagten vom 24.02.2012 gebe keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der Verhandlung gem. § 156 ZPO.	40
Hiergegen richten sich die Berufungen beider Parteien, mit denen sie übereinstimmend die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht begehren. Der Kläger verfolgt im Übrigen seine erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche weiter. Der Beklagte begehrt nach wie vor insgesamt Klageabweisung.	41
Der Kläger rügt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens, das Landgericht habe den Sachverhalt nicht ausgeschöpft und falsch bewertet.	42
Er weist insbesondere darauf hin, dass er erstinstanzlich vorgetragen habe, die Technik, die der Kläger im Heimkino im Schwimmbad installiert habe, sei nicht feuchtraumgeeignet. Soweit der Beklagte diese außerdem nach dem in Rede stehenden Einbruch ein zweites Mal eingebaut habe, sei das Material nicht neu gewesen. Es habe sich vielmehr um diejenigen Teile gehandelt, die er offenbar am Tag vor Entdeckung des Einbruchs selbst von der Baustelle entfernt gehabt habe.	43
Es liege ferner auf der Hand, dass sich das Parteigutachten des Sachverständigen I nicht mit der – zeitlich später erstellten – Schlussrechnung des Beklagten auseinandersetzen könne. Diese liege dem Kläger im Übrigen bis heute nicht vor.	44
Soweit das Landgericht meine, die der Schlussrechnung des Beklagten zugrunde liegenden Massen seien zutreffend, könne dem nicht gefolgt werden. Es liege weder eine Aufmaßliste	45

vor noch sei erkennbar, wie die Position 2.0001 „Modulargeräte“ nachgewiesen werden solle.	
Außerdem habe das Landgericht die Darlegungs- und Beweislast verkannt.	46
Der Beklagte sei beweisbelastet dafür, dass er die seiner Schlussrechnung zugrunde liegenden Leistungen erbracht habe. Es komme einer vorweggenommenen Beweiswürdigung gleich, wenn seinem Aufmaß der Vorzug vor den Feststellungen des Sachverständigen I gegeben werde.	47
Der Kläger habe ferner die Leistungen des Beklagten betreffend das Heimkino entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht abgenommen. Dass er die betreffende Rechnung des Beklagten bezahlt habe, stehe dem nicht entgegen, da es sich lediglich um eine Abschlagsrechnung gehandelt habe. Die desbezüglichen Arbeiten seien noch nicht beendet gewesen. Insbesondere habe die Anlage noch an das Stromnetz angeschlossen werden müssen. Mangels Abnahme trage aber der Beklagte die Gefahr des Untergangs.	48
Der Kläger beantragt,	49
• 1 das am 07.03.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Hagen (Az. 2 O 246/11) teilweise abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an ihn weitere 39.051,21 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2011 zu zahlen sowie ihn von Honoraransprüchen seiner Prozessbevollmächtigten in Höhe von 1.999,32 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen und • 2 die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	50
Der Beklagte beantragt,	51
• 1 das am 07.03.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Hagen (Az. 2 O 246/11) teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen sowie • 2 die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	52
Übereinstimmend beantragen beide Parteien ferner,	53
die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.	54
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat.	55
Er meint, es sei nicht erkennbar, ob und inwieweit der Kläger die landgerichtliche Entscheidung überhaupt angreife.	56
Soweit – nach wie vor – behauptet werden solle, der Beklagte habe im Rahmen des – vermeintlichen – Einbruchs in das Bauvorhaben von ihm bereits installierte Teile wieder ausgebaut, bleibe es bei dem bisherigen Vortrag. Insbesondere habe er keinen Schlüssel zu dem Haus gehabt.	57
Gleiches gelte hinsichtlich der im Schwimmbad installierten Heimkinotechnik und deren Eignung für Feuchträume.	58

Zutreffend habe das Landgericht das Parteigutachten des Sachverständigen I unberücksichtigt gelassen. Auch mit seiner Berufungsbegründung trage der Kläger nicht konkret vor, was hieraus genau in den Rechtsstreit eingeführt werden solle. Eine pauschale Bezugnahme reiche nicht aus. Die Behauptung, es liege keine Aufmaßliste vor, sei angesichts der zur Akte gereichten Anlage B 8 ebenso wenig nachvollziehbar wie die Behauptung, die Position 2.0001 könne nicht nachvollzogen werden. Es gebe nur bestimmte Punkte in dem Haus, an denen die in Rede stehenden Modulargeräte eingebaut werden könnten. Im Übrigen lägen dem Kläger bzw. den von ihm beauftragten Fachleuten die entsprechenden Planungsunterlagen vor.

Dass das Landgericht das Parteigutachten des Sachverständigen I nicht berücksichtigt habe, 60
stelle keine vorweggenommene Beweiswürdigung dar, sondern sei eine Folge des
Umstandes, dass der Kläger selbst nicht konkrete Punkte hieraus zum Gegenstand der
Auseinandersetzung gemacht und sich seinerseits weder mit der Aufmaßliste noch der
Schlussrechnung des Beklagten auseinandergesetzt habe.

Mit seiner eigenen Berufung rügt der Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung seines 61
erstinstanzlichen Vorbringens insbesondere, das Landgericht habe seine Hinweispflicht und
den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

Er meint, das Landgericht habe insbesondere seine Rechnung vom 21.12.2010 über 62
24.498,03 € (Anlage B 6), aber auch die weiteren Nachträge berücksichtigen müssen, die mit
den Rechnungen vom 27.10.2010 über 7.483,55 €, 12.11.2010 über 2.003,37 € und
1.374,72 € sowie 17.12.2010 über 215,99 € abgerechnet worden seien.

Die Rechnung vom 21.12.2010 über 24.498,03 € sei schon mit der Klageerwidern in den 63
Rechtsstreit eingeführt worden und beruhe – wie seinerzeit vorgetragen – auf dem Umstand,
dass bereits eingebaute Materialien bei dem Einbruch in das Bauvorhaben des Klägers
gestohlen worden seien und deshalb erneut hätten geliefert und installiert werden müssen.
Hierbei handele es sich um eine gesonderte, zusätzliche Leistung.

Ferner sei falsch, dass das Landgericht darauf hingewiesen habe, dass es insoweit eine 64
ausdrückliche Aufrechnungserklärung erwarte. Stattdessen sei der Kläger im Termin
ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Vergütungs- und Preisgefahr gem. §§ 4, 7
VOB/B auf ihn übergegangen sei. Ein solcher Hinweis sei nur sinnvoll, wenn das Landgericht
die Forderung des Beklagten aus der Rechnung vom 21.12.2010 für erheblich gehalten habe.

Ungeachtet dessen habe der Prozessbevollmächtigte des Beklagten im Termin eine 65
Stellungnahmefrist zum Schriftsatz des Klägers vom 16.01.2012 beantragt, ohne dass das
Landgericht diesen Antrag beschieden habe. Diese Frist habe das Landgericht dem
Beklagten aber gewähren müssen. In dem nachgereichten Schriftsatz vom 24.02.2012 sei
dann klarstellend die Aufrechnung ausdrücklich erklärt worden, obwohl dies nach dem
Vorbringen in der Klageerwidern gar nicht mehr erforderlich gewesen sei. Indem das
Landgericht die mündliche Verhandlung geschlossen und den nachgereichten Schriftsatz
nicht mehr berücksichtigt habe, habe es den Anspruch des Beklagten auf Gewährung
rechtlichen Gehörs verletzt. Schon wenn ein Hinweis erst im Termin erteilt werde, müsse den
Parteien hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Dies müsse erst recht
gelten, wenn – wie hier – gar kein Hinweis erfolgt sei. Es bestehe dann gem. § 156 Abs. 2 Nr.
1 ZPO Veranlassung, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Die Entscheidung
des Landgerichts beruhe daher auf einem schweren Verfahrensfehler i. S. v. § 538 ZPO.

Soweit das Landgericht ferner die Positionen 1.0006 bis 1.0094 aus der Schlussrechnung in Höhe von insgesamt 3.603,24 € nicht berücksichtigt habe, sei dies willkürlich. Der Vortrag des Beklagten hierzu sei hinreichend substantiiert und unter Beweis gestellt gewesen.

Auch hinsichtlich der Nachtragspositionen 13, 17 und 19 gehe das Landgericht fehlerhaft davon aus, dass es an einer Beauftragung durch den Kläger fehle bzw. diese nicht nachgewiesen sei. Das Landgericht habe erstmals im Termin darauf hingewiesen, dass das Vorbringen des Beklagten hierzu ggf. nicht hinreichend substantiiert sei und insbesondere die den Nachträgen zugrunde liegenden Angebote des Beklagten nicht vorgelegt worden seien. Dies sei mit dem (nicht nachgelassenen) Schriftsatz vom 24.02.2012 nachgeholt worden und habe vom Landgericht berücksichtigt werden müssen. Das Landgericht habe nicht darauf hingewiesen, dass es beabsichtige, die genannten Positionen aus der Rechnung zu streichen. Im Grunde habe das Landgericht den Eindruck erweckt, weiteres Vorbringen sei nicht erforderlich. Das angefochtene Urteil stelle insoweit eine Überraschungsentscheidung dar. 67

Ungeachtet dessen hätten sich die Zusatzaufträge aber auch aus dem in Kopie vorgelegten Bautagebuch ergeben, welches das Landgericht nicht berücksichtigt habe. 68

II. 69

Die zulässige Berufung beider Parteien ist begründet. 70

Auf ihren übereinstimmenden Antrag hin ist das angefochtene Urteil aufzuheben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen, weil das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist (§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). 71

1. 72

Die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sind hinsichtlich der Berufung des Klägers erfüllt. 73

a) 74

Das Landgericht hat den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, indem es sein auf das Parteigutachten des Sachverständigen I gestütztes Vorbringen zum Umfang der vom Beklagten erbrachten Leistungen mit dem Argument übergangen hat, es sei im Wesentlichen unsubstantiiert, weil es sich nicht mit dem Inhalt der Schlussrechnung des Beklagten auseinandersetze. 75

aa) 76

Zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass sich der Anspruch des Klägers auf Auskehrung von Überzahlungen nach vorzeitiger Beendigung des zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrages vom 04.03.2010 aus dem Vertrag selbst ergibt. 77

Nach der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* (vgl. bspw. NJW 1999, 1867 [1869]; NZBau 2002, 329 [330] mwN.; NJW-RR 2005, 129 [130] mwN.) folgt aus einer Vereinbarung über Voraus- oder Abschlagszahlungen sowohl beim BGB- als auch beim VOB-Vertrag die vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers, seine Leistung abzurechnen. Ergibt die Abrechnung einen Überschuss, hat der Auftraggeber einen vertraglichen Anspruch auf 78

Auszahlung dieses Überschusses.

bb) 79

Unstreitig ist weiterhin, dass der Kläger den Werkvertrag zuletzt mit anwaltlichem Schreiben vom 01.04.2011 gekündigt und den Beklagten zur Erteilung seiner Schlussrechnung aufgefordert hat. 80

Da der Beklagte – auch mit seiner im Laufe des Rechtsstreits erteilten Schlussrechnung vom 27.01.2011 – lediglich Werklohn für die von ihm erbrachten Leistungen geltend macht, kann letztlich dahinstehen, ob der Kläger eine berechnete außerordentliche oder eine „freie“ Kündigung i. S. v. § 649 BGB ausgesprochen hat. Selbst wenn der Kläger den Werkvertrag zu Recht außerordentlich gekündigt hat, kann der Beklagte als Unternehmer nach der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* (vgl. u. a. NJW 1993, 1972 [1973] mwN.) jedenfalls Werklohn für die von ihm erbrachten Leistungen verlangen. 81

cc) 82

Eine Abnahme der vom Beklagten erbrachten Leistungen ist – sofern man sie in der vorliegenden Konstellation neben der Erteilung der Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch des Unternehmers überhaupt für erforderlich hält – jedenfalls deshalb entbehrlich, weil ein Abrechnungsverhältnis vorliegt. Es ist nicht ersichtlich, dass der Kläger noch Nacherfüllungs- oder sonstige Arbeiten vom Beklagten verlangt. Auch beabsichtigt der Beklagte offenkundig nicht mehr, noch Arbeiten durchzuführen. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der verschiedenen Komponenten der Heimkinoanlage, um deren Tauglichkeit für den Einbau in Feuchträume die Parteien streiten (vgl. *BGH* NJW 1999, 3710 sowie zum Ganzen *Kniffka/Koeble*, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 5. Teil, Rdnr. 126 mwN.). 83

Dem steht nicht entgegen, dass nach der neueren Rechtsprechung des *BGH* (vgl. NZBau 2006, 569, Tz. 18 ff. mwN.) trotz Kündigung die Vergütung für erbrachte Leistungen grundsätzlich ebenfalls nur nach Abnahme fällig wird. Denn danach gelten die sonstigen zur Entbehrlichkeit der Abnahme entwickelten Grundsätze auch weiterhin (vgl. *BGH* aaO., Tz. 26 mwN.; *Kniffka/Koeble*, aaO., 5. Teil, Rdnr. 129 mwN. sowie 9. Teil, Rdnr. 9 mwN.). 84

dd) 85

Der Beklagte als Auftragnehmer hat danach gem. §§ 8 Abs. 6, 14 Abs. 1 VOB/B prüfbar abzurechnen. Auch hiervon ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. 86

Der Senat folgt ferner der Annahme des Landgerichts, dass die auf den 27.01.2011 datierte Schlussrechnung (Anlage B 9), die der Beklagte im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens erteilt hat, zumindest im Zusammenhang mit den Erläuterungen aus der Klageerwiderung zum insgesamt geschuldeten Werklohn den Anforderungen an eine prüfbare Abrechnung genügt. Auch die Abrechnung eines Pauschalvertrages nach einer Kündigung muss nämlich dem Grundsatz Rechnung tragen, dass der Unternehmer keine ungerechtfertigten Vorteile aus einer Kündigung ziehen darf. Sie hat deshalb auch auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung für die Gesamtleistung zu erfolgen. Der Auftraggeber schuldet eine Vergütung, die dem am Vertragspreis orientierten Wert der erbrachten Leistung im Zeitpunkt der Kündigung entspricht (vgl. *BGH* NJW 1995, 2712 [2713]; *Kniffka/Koeble*, aaO., 9. Teil, Rdnr. 16 mwN.). 87

Diese Feststellungen greift der Kläger mit seiner Berufung im Übrigen auch nicht konkret i. S. v. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO an. Er rügt lediglich, dass ihm (selbst) die Schlussrechnung bis heute nicht vorliege, weil sie erst im Verlauf des Rechtsstreits erstellt worden sei und dass deshalb der Sachverständige I diese naturgemäß nicht in seinem Privatgutachten habe berücksichtigen können. Dies ist jedoch keine Frage des Inhalts bzw. der Prüfbarkeit der Rechnung.

ee) 89

Der Kläger dringt allerdings mit seiner Rüge durch, das Landgericht habe zu Unrecht den Inhalt des Privatgutachtens des Sachverständigen I unberücksichtigt gelassen und sei – weitgehend – allein dem Vorbringen des Beklagten und dessen Aufmaß gefolgt. Insoweit hat das Landgericht den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. 90

(1) 91

Der Auftragnehmer trägt auch im Prozess des Auftraggebers auf Auszahlung eines Überschusses die Beweislast für seinen Vergütungsanspruch. Er ist aufgrund der vertraglichen Abrede verpflichtet, nachzuweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (vgl. *BGH NJW* 1999, 1867 [1870] mwN.). Der Besteller hat demgegenüber zunächst (nur) schlüssig die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Auszahlung eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vorzutragen. Dazu kann er sich auf eine vorhandene Abrechnung des Unternehmers beziehen und darlegen, dass sich daraus ein Überschuss ergibt oder nach Korrektur etwaiger Fehler ergeben müsste. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Der Auftraggeber kann sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Hat der Besteller nach diesen Grundsätzen ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (vgl. *BGH NZBau* 2002, 329 [330] mwN.). 92

(2) 93

Das Vorbringen des Klägers, welches er immerhin sogar auf das von ihm eingeholte Privatgutachten des Sachverständigen I (Anlage K 17) gestützt hat und welches zu einem Vergütungsanspruch für erbrachte Leistungen in Höhe von 46.780,06 € brutto kommt, genügt entgegen der Annahme des Landgerichts offensichtlich diesen Anforderungen, so dass es nunmehr Sache des Beklagten war, den von ihm im Rahmen des vorliegenden Abrechnungsverhältnisses geltend gemachten endgültigen Vergütungsanspruch für die erbrachten Leistungen differenziert nach Hauptauftrag und den einzelnen Nachträgen darzulegen und zu beweisen. 94

Hierzu hat der Beklagte sich erstinstanzlich auf das von ihm erteilte, nicht minder ausführliche Aufmaß (Anlage B 8) nebst Schlussrechnung bezogen und zum Beweis die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Der Kläger hat sich gegenbeweislich auf das (sachverständige) Zeugnis seines Parteigutachters I sowie hinsichtlich weiterer Einzelheiten auf diverse Zeugen bezogen, so dass das Landgericht zunächst ein Sachverständigengutachten hinsichtlich der vom Beklagten erbrachten Leistungen hätte einholen und anschließend – im Rahmen der aller Voraussicht nach erforderlichen 95

mündlichen Erläuterungen hierzu – gegenbeweislich auch den Parteigutachter I (vgl. *BGH NJW-RR* 2004, 1362 [1363]) sowie die benannten Zeugen hätte hören müssen.

(a) 96

Naturgemäß konnte sich das Privatgutachten mit der zum Zeitpunkt seiner Erstellung überhaupt noch nicht vorliegenden Schlussrechnung des Beklagten nicht auseinandersetzen. 97

(b) 98

Auch im Rahmen der Replik vom 16.01.2012 war eine so detaillierte Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Schlussrechnung, wie sie das Landgericht offenbar verlangt, aber jedenfalls nicht ohne besonderen gerichtlichen Hinweis geboten, zumal sich in diesem Stadium des Verfahrens ersichtlich widerstreitendes Parteivorbringen zum Umfang der erbrachten Leistungen gegenüberstand, das einer Beweiserhebung zugänglich war. Im Übrigen war es – wie bereits ausgeführt – nunmehr Sache des beklagten Unternehmers, darzulegen und zu beweisen, dass er berechtigt ist, die geleisteten Abschlagszahlungen endgültig zu behalten. Sofern das Landgericht offenbar gleichwohl eine umfassende Auseinandersetzung des Klägers mit dem Inhalt der Schlussrechnung erwartete, hätte es hierauf gem. § 139 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 ZPO konkret und unmissverständlich hinweisen müssen. Denn ein Gericht, das ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbevollmächtigter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte, verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör dieser Prozesspartei (vgl. *BGH NJW* 2007, 1455, Tz. 10 mwN.). 99

Dass ein solcher Hinweis bereits im Vorfeld des Termins vom 15.02.2012 erfolgt wäre, ist mangels Dokumentation (§ 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO) nicht ersichtlich. Auch soweit es in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils auf S. 8 in diesem Zusammenhang heißt, der Kläger habe trotz Erörterung in der mündlichen Verhandlung nicht näher Stellung genommen und auch keine Stellungnahmefrist beantragt, folgt hieraus nicht, dass das Landgericht seiner Hinweispflicht in einem Umfang nachgekommen ist, der mit den – seiner Ansicht nach – an die Substantiierung des Vortrags zu stellenden Anforderungen korrespondiert. Aus dem Terminsprotokoll ergibt sich entgegen § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO schon nicht, dass die – nach Ansicht des Landgerichts – mangelnde Substantiierung des klägerischen Vortrags zu den erbrachten Leistungen überhaupt mit der gebotenen Deutlichkeit thematisiert worden ist. Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht aber insbesondere nicht dadurch, dass es allgemeine und pauschale Hinweise erteilt; es muss vielmehr die Parteien auf fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, konkret und unmissverständlich hinweisen und ihnen damit die Möglichkeit eröffnen, dieses Vorbringen zu ergänzen (vgl. *BGH NJW* 2005, 2624 mwN.). 100

Ungeachtet dessen muss das Gericht in Erfüllung seiner prozessualen Fürsorgepflicht gem. § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO Hinweise auf seiner Ansicht nach entscheidungserhebliche Umstände, die die betroffene Partei erkennbar für unerheblich gehalten hat, grundsätzlich so frühzeitig vor der mündlichen Verhandlung erteilen, dass die Partei die Gelegenheit hat, ihre Prozessführung darauf einzurichten und schon für die anstehende mündliche Verhandlung ihren Vortrag zu ergänzen und die danach erforderlichen Beweise anzutreten. Erteilt es den Hinweis gleichwohl erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei genügend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Kann eine sofortige Äußerung nach den konkreten Umständen – wie vorliegend im Hinblick auf den Umfang der Schlussrechnung und die vom Landgericht offenbar erwartete detaillierte Auseinandersetzung hiermit – nicht erwartet werden, darf die mündliche Verhandlung nicht ohne weiteres geschlossen werden. 101

Vielmehr muss das Gericht die mündliche Verhandlung dann vertagen, ins schriftliche Verfahren übergehen, soweit dies im Einzelfall sachgerecht erscheint, oder – auf Antrag der betreffenden Partei – gem. § 139 Abs. 5 i. V. m. § 296 a ZPO eine Frist bestimmen, innerhalb derer die Partei die Stellungnahme in einem Schriftsatz nachbringen kann. Unterlässt das Gericht die derart gebotenen prozessualen Reaktionen und verkennt es dabei, dass die Partei sich offensichtlich in der mündlichen Verhandlung nicht ausreichend hat erklären können, so verletzt es deren Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG auf Gewährung rechtlichen Gehörs (vgl. *BGH BauR* 2010, 246, Tz. 4 mwN., zit. nach juris; *NZBau* 2009, 244, Tz. 7 mwN.).

(3) 102

Indem das Landgericht die schon auf Grundlage des bisherigen Parteivorbringens angezeigte 103 Beweisaufnahme nicht durchgeführt hat, sondern stattdessen – weitgehend – dem Vorbringen des Beklagten zum Umfang der erbrachten Leistungen und dessen Aufmaß gefolgt ist, hat es den Anspruch des Klägers aus Art. 103 Abs. 1 GG auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

Hierbei verkennt der Senat nicht, dass allein der Umstand, dass das Landgericht das 104 Vorbringen des Klägers zum Umfang der erbrachten Leistungen für nicht hinreichend substantiiert gehalten und deshalb keinen Beweis erhoben hat, keinen wesentlichen Verfahrensfehler i. S. v. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO begründet (vgl. *BGH NZBau* 2005, 224 [225] mwN.). Denn bei der Beurteilung dieser Frage ist nach der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* (vgl. *BGH NJW* 1997, 1447 f. mwN.; *NJW* 2000, 2099 [2100] mwN.) vom materiell-rechtlichen Standpunkt des erstinstanzlichen Gerichts auszugehen, auch wenn das Berufungsgericht ihn nicht teilt. Hiernach begründet es keinen Fehler im Verfahren der Vorinstanz, wenn das Berufungsgericht Parteivorbringen materiell-rechtlich anders beurteilt als das Erstgericht, indem es geringere Anforderungen an die Schlüssigkeit und Substantiierungslast stellt und infolgedessen eine Beweisaufnahme für erforderlich hält. Ein Verfahrensfehler kann in einem solchen Fall auch nicht mit einer Verletzung der richterlichen Hinweis- und Fragepflicht (§ 139 ZPO) begründet werden.

Vorliegend hat das Landgericht aber offenbar – ggf. in dem Bestreben, den Rechtsstreit ohne 105 die andernfalls durchzuführende umfangreiche Beweisaufnahme entscheiden zu können – den sogar auf ein Parteigutachten gestützten Vortrag des Klägers zum Umfang der erbrachten Leistungen gar nicht zur Kenntnis genommen. Dies zeigt sich daran, dass es sich allenfalls mit dem äußeren Wortlaut des klägerischen Vortrags, nicht aber dessen Sinn auseinandergesetzt hat. Hätte es das klägerische Vorbringen in diesem Sinne zur Kenntnis genommen und sich hiermit sowie der oben zitierten Rechtsprechung zur vorliegenden Problematik auseinandergesetzt, hätte es zumindest die oben skizzierten deutlichen und unmissverständlichen Auflagen und Hinweise erteilen müssen, wenn es gleichwohl an seiner Ansicht hätte festhalten wollen, das klägerische Vorbringen setze sich nicht hinreichend mit dem Inhalt der Schlussrechnung des Beklagten auseinander.

Darin liegt nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des *BGH* (vgl. bspw. *NJW* 1993, 538 f.; *NJW-RR* 2009, 2137, Tz. 3 f. sowie *BauR* 2010, 1792, Tz. 8, zit. nach juris) ein 106 Verstoß gegen den in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgten Anspruch auf die Gewährung rechtlichen Gehörs.

Hierin ist ein wesentlicher Verfahrensmangel i. S. v. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu sehen 107 (vgl. *BGH NJW* 1993, 538 f.).

b)

Aufgrund dieses Mangels ist eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig.	109
Insbesondere wird – wie bereits ausgeführt – durch Einholung eines Sachverständigengutachtens sowie mit Hilfe der benannten Zeugen und der Anhörung des vom Kläger beauftragten Parteigutachters I als sachverständigem Zeugen aufzuklären sein, welche Leistungen der Beklagte erbracht hat.	110
Sodann ist unter Zugrundelegung der weiteren, mit der Berufung nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts bspw. zum Umfang des gewährten Rabatts eine Schlussabrechnung aufzustellen und ein evtl. sich zugunsten des Klägers ergebender Überschuss zu berechnen.	111
Danach ist es – auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des <i>BGH</i> (vgl. NZBau 2005, 224 [225] mwN.), wonach die Vorschrift des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO als Ausnahmeregelung eng auszulegen ist – geboten, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen, zumal beide Parteien dies übereinstimmend beantragt haben.	112
2.	113
Auch hinsichtlich der Berufung des Beklagten liegen die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO vor.	114
a)	115
Das Landgericht hat den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Dies stellt – wie oben ausgeführt – einen wesentlichen Verfahrensmangel dar.	116
Das Landgericht hat den Vortrag des Beklagten zu den Nachträgen 13 (Installation allgemein), 17 (EDV-Schrank) und 19 (Schwimmbad) sowie den Positionen 1.0006 bis 1.0094 der Schlussrechnung im Wesentlichen als unsubstantiiert angesehen, hierauf aber offenbar – wenn sich dies aus dem Protokoll auch nicht ergibt – erst im Termin vom 15.02.2012 hingewiesen, ohne dem Beklagten Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme in Form eines – sogar ausdrücklich beantragten – Schriftsatznachlasses zu geben.	117
Dies wäre aber gem. § 139 Abs. 5 ZPO geboten gewesen (vgl. <i>BGH</i> NJW-RR 2007, 412, Tz. 4 mwN.). Stattdessen hat das Landgericht die mündliche Verhandlung geschlossen, ohne das ergänzende Vorbringen aus dem (nicht nachgelassenen) Schriftsatz vom 24.02.2012 zur Kenntnis zu nehmen und die mündliche Verhandlung gem. § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wieder zu eröffnen. Hierin liegt ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. <i>BGH</i> , aaO., Tz. 5).	118
Dabei verkennt der Senat nicht, dass sowohl die mit dem besagten Schriftsatz zur Akte gereichte Aufstellung des Zeugen E vom 09.12.2010 als auch der überwiegende Teil der Nachtragsangebote vom 27.04.2010 (Anlage B 14, Bl. 92 ff. d. A.), die der Beklagte ebenfalls mit dem genannten Schriftsatz zur Akte gereicht hat, jedenfalls dem Wortlaut nach die vorliegend interessierenden Positionen 1.0006 bis 1.0094 sowie die Nachträge 13, 17 und 19 aus der Schlussrechnung gar nicht zum Gegenstand haben (was allerdings gem. § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch Nachfrage zu klären ist), sondern stattdessen die ohnehin unstreitige Umstellung auf das Schalterprogramm der Fa. Gira und der Multimediageräte auf Produkte	119

der Fa. Revox sowie (weitere?) Zusatzaufträge für bspw. „Bodentanks“ und „Sat-Anlage“ betreffen.

Ferner verkennt der Senat nicht, dass der Beklagte auch im nachgereichten Schriftsatz vom 24.02.2012 nicht vorgetragen hat, wann denn wer für den Kläger die besagten Nachtragsangebote angenommen haben soll, was sich aber ggf. mit Hilfe des auszugsweise zur Akte gereichten Bautagebuchs aufklären lässt. 120

Jedenfalls das Angebot Bl. 100 ff. d. A. hat aber die in der Schlussrechnung unter der streitigen Pos. 1.0094 mit anteilig 2.665,86 € netto abgerechnete Installation einer Einbruchmeldeanlage zum Preis von netto 15.499,63 € zum Gegenstand. Dass es einen (Zusatz-)Auftrag zur Installation einer Alarmanlage gab, ist nach Auffassung des Senats sogar unstreitig. Diese Position ergibt sich nämlich nicht nur aus der – in der Berufungsinstanz unstreitig gebliebenen – Aufstellung des Zeuge E vom 09.12.2010 (Bl. 88 d. A.), sondern auch daraus, dass der Kläger im Schriftsatz vom 16.01.2012 (Bl. 79 d. A.) unter Berufung auf den Zeugen L behauptet hat, der Beklagte habe die bereits installierte Alarmanlage wieder ausgebaut. 121

b) 122

Aufgrund dieses Mangels ist eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig. 123

Wie bereits oben ausgeführt ist insbesondere Beweis über die vom Beklagten erbrachten Leistungen zu erheben. 124

Hierneben ist aber auch der nach Aktenlage derzeit noch unklare Umfang der Zusatzaufträge aufzuklären. Hierzu sind gem. § 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Parteien eingehend anzuhören und – soweit erforderlich – gem. § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO konkret zu befragen sowie aller Voraussicht nach die benannten Zeugen zu vernehmen. 125

c) 126

Soweit der Beklagte eine weitere Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör insbesondere darin sieht, dass das Landgericht seine Rechnung vom 21.12.2010 über 24.498,03 € betreffend den erneuten Einbau der – mutmaßlich – bei einem Einbruch in das Objekt gestohlenen Installation unberücksichtigt gelassen hat, kann der Senat dies im Hinblick auf die obigen Ausführungen zu den Positionen 1.0006 bis 1.0094 sowie zu den Nachträgen 13, 17 und 19 der Schlussrechnung offen lassen. 127

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die besagte Rechnung bereits Gegenstand der Klageerwiderung war (Bl. 45 f. d. A.) und insoweit jedenfalls konkludent die Aufrechnung erklärt worden sein dürfte. Soweit das Landgericht gleichwohl eine ausdrückliche Aufrechnungserklärung für erforderlich gehalten hat, hätte es hierauf gem. § 139 Abs. 1 Satz 1 ZPO unmissverständlich hinweisen müssen. Dass dies geschehen wäre, lässt sich anhand des Protokolls nicht feststellen. 128

Ungeachtet dessen hat der Senat aber nach Aktenlage erhebliche Zweifel, ob ein Vergütungsanspruch des Beklagten wegen des erneuten Einbaus der – mutmaßlich – gestohlenen Installation besteht. 129

Gem. § 4 Abs. 5 VOB/B hat der Auftragnehmer die von ihm ausgeführten Leistungen bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen. Gem. §§ 7 Abs. 1, 12 Abs. 6 VOB/B wird erst mit der Abnahme das Stadium der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers beendet 130

und ist die versprochene Gegenleistung (Vergütung) zur Zahlung auch dann fällig, wenn sich die Werkleistung anschließend zufällig verschlechtert oder untergeht (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, VOB, 2. Aufl. 2007, § 7 VOB/B, Rdnr. 15). Bei einer Beschädigung des Werkes durch einen Dritten vor Abnahme ist der Auftragnehmer hingegen weiterhin zur nochmaligen Leistungserbringung auf seine Kosten verpflichtet (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, aaO., Rdnr. 17). Dass bereits eine Abnahme hinsichtlich der besagten Arbeiten erfolgt gewesen wäre, hat der Beklagte bislang aber selbst nicht behauptet.

Nichts anderes ergibt sich, wenn – was der Kläger wohl andeutungsweise behaupten will – der Beklagte selbst in der Nacht vor Entdeckung des (mutmaßlichen) Einbruchsdiebstahls die in Rede stehenden Teile ausgebaut, fortgeschafft und anschließend erneut eingebaut hat. Dass er seine Leistungen unter diesen Umständen nicht doppelt vergütet bekommen kann, versteht sich von selbst. 131

III. 132

Die Kostenentscheidung war dem Schlussurteil vorzubehalten, wobei der Senat die Kosten des Berufungsverfahrens gem. § 21 GKG niedergeschlagen hat. 133

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO, ohne dass es der Anordnung einer Abwendungsbefugnis bedarf (vgl. Zöller/Heßler, 29. Aufl. 2012, § 538 Rdnr. 59 mwN. sowie ders./Stöber, § 775 Rdnr. 4; OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.01.2009, Az. 6 U 256/07, Tz. 86, zit. nach juris). 134

Die Revision war nicht zuzulassen. 135

Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). 136