

---

**Datum:** 19.06.2012  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 21 U 85/11  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2012:0619.21U85.11.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 17 O 352/10

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25.03.2011 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts *Essen* (Az. 17 O 352/10) wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:** 1

I. 2

Die Klägerin verlangt im Wege der Teilklage von der Beklagten Werklohn für von ihr am Bauvorhaben „Umbau des C Hauptbahnhof“ durchgeführte Trockenbauarbeiten. 3

Die Parteien schlossen im April 2009 unter Einbeziehung der VOB/B sowie weiterer Vertragsbedingungen einen Bauvertrag über die Ausführung von Trockenbauarbeiten durch die Klägerin an dem genannten Bauvorhaben. Ausgegangen wurde von einer vorläufigen Auftragssumme in Höhe von rund 1,2 Mio. €. 4

Die Klägerin führte im Zeitraum von Mitte Mai 2009 bis zum 12.04.2010 Arbeiten aus. Danach stellte sie ihre Tätigkeit ein. Während der Ausführung der Arbeiten kam es zu diversen 5

Planänderungen mit der Folge, dass einerseits ursprünglich vereinbarte Leistungen der Klägerin nicht ausgeführt wurden (sog. „Nullpositionen“), andererseits aber Nachträge vereinbart wurden.

Mit Schreiben vom 04.08.2010 kündigte die Beklagte den Werkvertrag unter Berufung auf § 8 Nr. 3 VOB/B außerordentlich, nachdem die Klägerin Aufforderungen zur Wiederaufnahme der Arbeiten und zur Mangelbeseitigung nicht nachgekommen war. Mit anwaltlichem Schreiben vom selben Tage (Bl. 219 ff. d. A.) widersprach die Klägerin der außerordentlichen Kündigung und erklärte sich zur Erbringung der restlichen Arbeiten sowie Beseitigung etwaiger Mängel bereit. 6

Am 28.09.2010 fand eine Abnahme der Werkleistung der Klägerin statt. Ausweislich des Inhalts des Abnahmeprotokolls verließen der Geschäftsführer der Klägerin und ein weiterer Mitarbeiter den Abnahmetermin vorzeitig. Daraufhin erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 07.10.2010 einseitig die Abnahme und forderte die Klägerin zur Beseitigung zahlreicher im Abnahmeprotokoll vorbehaltener Mängel bis zum 04.11.2010 auf. Eine Mängelbeseitigung erfolgte nicht. 7

Die Beklagte leistete bislang Abschlagszahlungen in Höhe von rund 955.700,00 €. 8

Mit ihrer am 08.11.2010 beim Landgericht eingegangenen und der Beklagten am 02.12.2010 zugestellten Klage vom 05.11.2010 macht die Klägerin weiteren Werklohn in Höhe von 237.184,87 € geltend. Eine Schlussrechnung war zu diesem Zeitpunkt nicht erstellt. Die Klägerin hat ihren Anspruch zunächst in der Weise berechnet, dass sie einer von der Beklagten per 10.06.2010 aufgestellten „Übersicht Leistungsmeldung/Buchungslisten“ (Anlage K 1, Bl. 58 ff. d. A.), auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, einen von ihr behaupteten, teilweise davon abweichenden Werklohnanspruch gegenüber gestellt hat. 9

Hierzu hat sie – erstinstanzlich unwidersprochen – ausgeführt, es gebe im Vergleich zur Aufstellung der Beklagten bei fünf Positionen des Hauptauftrages Massendifferenzen, die einen weiteren Werklohnanspruch in Höhe von 42.249,93 € ausmachten. Die von ihr, der Klägerin, geltend gemachten Massen beruhten aber auf einem gemeinsamen Aufmaß, so dass tatsächlich insoweit kein Streit bestehe. 10

Ferner seien 57.295,88 € für Stundenlohnarbeiten zu vergüten. Die hierüber eingereichten Wochenberichte habe die Beklagte nicht zurückgereicht. 11

Bei dem Nachtrag N 3 lägen Massendifferenzen vor, die einen weiteren Anspruch in Höhe von 2.778,31 € rechtfertigten. Für den Nachtrag N 10 sei ferner ein weiterer Werklohn in Höhe von 1.432,26 € zu bezahlen. Darüber hinaus habe sie als Nachtrag N 13 wegen Mehrkosten für die zusätzliche Befestigung von Halfenschienen einen Anspruch in Höhe von 68.386,28 €. Zur näheren Begründung hat sich die Klägerin insoweit auf eine Stellungnahme des Ingenieurbüros y vom 17.07.2010 (Anlage K 5, Bl. 14 ff. d. A.) berufen. 12

Als Nachtrag N 16 habe sie letztlich Anspruch auf Vergütung von nicht ausgeführten „Nullpositionen“ in Höhe von 129.466,87 €. Hierzu bezieht sich die Klägerin auf eine „Baubetriebliche Erläuterung“ des Ingenieurbüros y vom 01.07.2010 (Anlage K 6, Bl. 18 ff. d. A.). Ob und ggf. in welchem Umfang derartige Nullpositionen abrechenbar sind, ist zwischen den Parteien streitig. 13

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Unter dem 09.11.2010 erstellte die Klägerin sodann eine „Teilschlussrechnung“ über einen restlichen Werklohn in Höhe von 747.418,62 € (Anlage B 3, Anlagenband), auf die wegen der näheren Einzelheiten Bezug genommen wird. Die Beklagte wies diese Teilschlussrechnung mit Schreiben vom 24.11.2010 als nicht prüfbar zurück.                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
| Unter dem 24.01.2011 erstellte die Klägerin ferner eine Schlussrechnung über einen restlichen Werklohn in Höhe von 811.407,45 € (Bl. 98 ff. d. A.), auf die ebenfalls wegen der näheren Einzelheiten Bezug genommen wird. Auch diese Rechnung wies die Beklagte mit Schreiben vom 14.02.2011 als nicht prüfbar zurück.                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 15 |
| Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie könne ihre Werklohnansprüche aus dem Hauptauftrag, den Stundenlohnarbeiten, den Nachträgen N 1 bis N 10, N 13 und N 16 im Wege der Teilklage geltend machen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 16 |
| Die Schlussrechnung sei unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls insbesondere prüfbar. Die Beklagte benötige keine weitere Frist zur Prüfung, weil sie die Ansprüche aus dem Hauptauftrag, den Stundenlohnarbeiten und den Nachträgen N 1 bis N 10 bereits nach ihrer eigenen Aufstellung vom 10.06.2010 geprüft habe und ihr die Stellungnahmen des Ingenieurbüros y hinsichtlich der Nachträge N 13 und N 16 schon lange vorlägen.                                                                                                                                                                              | 17 |
| Die Klägerin hat behauptet, der Beklagten lägen sämtliche Aufmaße vor, auch im Übrigen verfüge sie über sämtliche Unterlagen, um die Schlussrechnung prüfen zu können.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 18 |
| <b>Die Klägerin hat beantragt,</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 19 |
| <b>die Beklagte zu verurteilen, an sie 237.184,87 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.12.2010 zu zahlen.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 20 |
| <b>Die Beklagte hat beantragt,</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 21 |
| <b>die Klage abzuweisen.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 22 |
| Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Schlussrechnung der Klägerin entspreche nicht den Anforderungen des § 14 Nr. 1 VOB/B. Prüffähige Unterlagen fehlten. Die Listen mit Druckdatum 10.06.2010 seien keine Schlussrechnungsprüfung, sondern nur eine Prüfung auf dem Stand des Druckdatums und bildeten allenfalls ab, welche Beträge aufgrund vorgelegter Abschlagsrechnungen als berechtigt angesehen werden könnten. Außerdem seien – so hat die Beklagte behauptet – von der Bauleitung auch einige Positionen fälschlich als zutreffend abgezeichnet worden, die aus der Schlussrechnung noch heraus zu rechnen seien. | 23 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Terminsprotokoll vom 25.03.2011 (Bl. 121 ff. d. A.).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 24 |
| Das Landgericht hat die Projektleiterin der Beklagten, die auch als Zeugin benannte Frau M, angehört und die Klage sodann abgewiesen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 25 |
| Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klage sei jedenfalls derzeit nicht begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 26 |
| Dabei ist das Landgericht davon ausgegangen, dass sich Zahlungsansprüche nur aus § 631 Abs. 1 BGB i. V. m. den Regelungen der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden VOB/B 2006 ergeben können. Zwar hätten beide Parteien insoweit keinerlei Unterlagen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 27 |

vorgelegt, es sei aber unstreitig, dass die VOB/B Gegenstand des Vertrages geworden sei.

Ein Anspruch auf Abschlagszahlungen (§ 631 Abs. 1 BGB i. V. m. § 16 Nr. 1 VOB/B) komme nicht in Betracht, da das Vertragsverhältnis aufgrund der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung vom 04.08.2010 unstreitig beendet sei. Die Klägerin habe seit dem 12.04.2010 keine Werkleistungen mehr erbracht und werde dies zur Vollendung des Werkes auch nicht mehr tun. Damit sei Schlussrechnungsreife eingetreten, und ein Anspruch auf Abschlagszahlungen bestehe nicht mehr. 28

Auch ein Anspruch der Klägerin aus der Teilschlussrechnung vom 09.10.2011 (§ 631 Abs. 1 BGB i. V. m. § 16 Nr. 4 VOB/B) komme nicht in Betracht. Fraglich sei insoweit bereits, ob die Klägerin ihren Anspruch überhaupt auf diese Teilschlussrechnung stütze, nachdem sie am 24.01.2011 eine Schlussrechnung erstellt habe. Abgesehen davon könne aber auch nur über funktionell selbständig beurteilbare Bauleistungen mit einer Teilschlussrechnung nach § 16 Nr. 4 VOB/B abgerechnet werden. Es sei aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die Teilschlussrechnung überhaupt funktionell selbständig beurteilbare Bauleistungen enthalte. Vielmehr sei der Vortrag der Klägerin dahin zu verstehen, dass auch die Teilschlussrechnung vom 09.11.2010 ihre gesamte Bauleistung im funktionellen Sinne umfasse, aber zwei besonders zu berechnende Positionen, nämlich die Nachträge N 12 und N 17, noch nicht beziffert werden könnten. 29

Ein Anspruch der Klägerin aus der Schlussrechnung vom 24.01.2011 (§ 631 Abs. 1 BGB i. V. m. § 16 Nr. 3 VOB/B) sei jedenfalls derzeit nicht fällig, weil diese nicht prüffähig i. S. d. § 14 Nr. 1 Satz 1 VOB/B sei. Die Schlussrechnung der Klägerin genüge den üblichen Anforderungen augenscheinlich weder hinsichtlich der einzelnen Positionen des Hauptauftrages noch hinsichtlich der Nachträge. 30

Dies habe die Beklagte auch gerügt und die Schlussrechnung ausdrücklich zurückgewiesen. Die Klägerin habe demgegenüber nicht behauptet, die von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierten Vertragsbedingungen seien erfüllt und die Rechnung deshalb vertragsgemäß. 31

Etwas anderes ergebe sich auch nicht unter Berücksichtigung der berechtigten Informations- und Kontrollinteressen der Beklagten als Auftraggeberin, die Maßstab für die Prüfbarkeit seien. 32

Es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte die Leistungen der Klägerin anhand der „Übersicht Leistungsmeldung/Buchungslisten“ vom 10.06.2010 bereits abschließend geprüft und festgestellt habe, so dass es auf ihrer Seite kein weitergehendes Informations- und Kontrollinteresse mehr gebe und sich eine nachvollziehbare Aufstellung der Schlussrechnungspositionen daher erübrige. Die Beklagte habe bestritten, dass es sich bei der Aufstellung vom 10.06.2010 um eine Leistungsprüfung handele. Es sei vielmehr eine bloße Aufstellung darüber, welche Beträge aufgrund vorgelegter Abschlagsrechnungen als berechtigt angesehen werden könnten. 33

Hierfür spreche der Wortlaut der besagten Aufstellung. Danach diene sie lediglich der Bauüberwachung und stelle einen Vergleich der LV-Mengen zu den RE-Mengen bzw. der Soll-Mengen zu den bis dahin abgerechneten Mengen auf. Mit einem solchen Vergleich sei aber eine nach Rechnungsprüfung erforderliche „Feststellung“ der Leistung nicht verbunden. Dies gelte auch für die im Rechtsstreit als strittig bezeichneten Positionen. 34

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Auch soweit die Klägerin Ansprüche aus den Nachträgen N 13 und N 16 geltend mache, fehle eine prüffähige Schlussrechnung. Auf die Aufstellung vom 10.06.2010 könne sich die Klägerin diesbezüglich nicht stützen, weil hierin Angaben zu den Nachträgen N 13 und N 16 nicht enthalten seien. Ob die Stellungnahmen des Ingenieurbüros y insoweit eine prüffähige Aufstellung der Klägerin ersetzen könnten, sei zweifelhaft, könne aber offen bleiben, weil selbst dann, wenn dies der Fall sei, die Rechnung im Übrigen nicht prüffähig sei. |    |
| Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlich geltend gemachten Anspruch weiterverfolgt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 36 |
| Sie hat zunächst erklärt, ihre Teilklage auf die zuletzt erteilte Schlussrechnung vom 24.01.2011 zu stützen und unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen gerügt, dass das Landgericht diese nicht für prüfbar gehalten habe.                                                                                                                                                                                                                                                                     | 37 |
| Unter dem 06.09.2011 (Bl. 174 f. d. A.) hat der Senat die Parteien darauf hingewiesen, dass nach seiner vorläufigen Bewertung die Teilklage zulässig sei. Ferner seien der Anspruch auf die Schlusszahlung im Umfang der Prüffähigkeit der Rechnung fällig und die Teilklage in der geltend gemachten Höhe auch schlüssig. Wegen der Einzelheiten wird auf die entsprechende Verfügung (Bl. 174 f. d. A.) Bezug genommen.                                                                                                                     | 38 |
| Daraufhin hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 16.12.2011 (Bl. 213 ff. d. A.) erklärt, ihre Klageforderung nunmehr auf eine neue, erst während des Berufungsverfahrens und vor dem Hintergrund zwischenzeitlich geführter außergerichtlicher Gespräche der Parteien erteilte Schlussrechnung vom 23.08.2011 (Anlage BB 1, Anlagenordner) zu stützen, welche die Beklagte – was unstreitig ist – ihrerseits inhaltlich geprüft habe.                                                                                                           | 39 |
| Der Senat hat im Termin vom 20.12.2011 die Projektleiterin der Beklagten ergänzend angehört und den Parteien im Termin sowie mit dem am 31.01.2012 verkündeten Beschluss Hinweise und Auflagen erteilt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Terminsprotokoll vom 22.12.2011 nebst Berichterstattevermerk (Bl. 253 ff. d. A.) sowie den genannten Beschluss (Bl. 284 ff. d. A.) Bezug genommen.                                                                                                                                                | 40 |
| Daraufhin hat die Klägerin zur Verfahrensvereinfachung verschiedene – weitere – Positionen (insbesondere die Nachträge N 1 bis N 10 sowie die Position 01.05.0060 des Hauptauftrages) unter Zugrundelegung des Ergebnisses der von der Beklagten vorgenommenen Rechnungsprüfung (Anlagen BB 2 ff., Anlagenband) unstreitig gestellt.                                                                                                                                                                                                          | 41 |
| Sie behauptet nunmehr noch, die von der Beklagten vorgenommene Kürzung hinsichtlich der Position 01.01.0030 des Hauptauftrages sei unberechtigt. Es sei falsch, dass die Oberflächenspachtelung nicht in Q2-Qualität ausgeführt worden sei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 42 |
| Hinsichtlich der Position 01.08.0230 des Hauptauftrages (Zulage perforierte Paneeloberfläche) streiten die Parteien darum, ob die Abrechnung nach Quadratmetern oder nach lfd. Metern vorzunehmen ist.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 43 |
| Hinsichtlich der Stundenlohnarbeiten wiederholt und vertieft die Klägerin ihr bisheriges Vorbringen. Sie ist der Ansicht, die Beklagte habe deren Umfang bereits vorgerichtlich weitgehend anerkannt gehabt. Dies ergebe sich daraus, dass sie die ihr überlassenen Wochenberichte (Bl. 347 ff. d. A.) erst zusammen mit einer Änderungsmitteilung vom 14.04.2010 (Bl. 346 d. A.) unkommentiert zurückgereicht habe. Welche der im Stundenlohn abgerechneten Arbeiten die Beklagte als gesondert vergütungsfähig anerkennen wolle und         | 44 |

welche nicht, wisse sie, die Klägerin, daher nicht, zumal die Beklagte auf eine Abschlagsrechnung der Klägerin vom 05.01.2010 (Bl. 366 d. A.) unstreitig 34.444,80 € bezahlt habe.

Sie behauptet hierzu, der Bauleiter der Beklagten, Herr K, habe im Rahmen der täglichen Baubegehungen sämtliche in den Wochenberichten aufgelisteten und in der Zeit von Mitte Oktober 2009 bis Mitte März 2010 ausgeführten Arbeiten angeordnet. Auf Nachfrage des von der Klägerin benannten Zeugen T habe er jeweils erklärt, die Arbeiten seien im Stundenlohn abzurechnen. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 335 ff. d. A. Bezug genommen. 45

Hinsichtlich der als Nachtrag N 12 abgerechneten Beschleunigungsmaßnahmen verweist die Klägerin darauf, dass die Beklagte unter dem 05.10.2009 (Bl. 225 d. A.) Arbeit im Mehrschichtbetrieb angeordnet habe. Geltend gemacht würden insoweit lediglich die konkret angefallenen Mehrkosten für Wochenend- und Schichtzuschläge. 46

Ferner vertritt die Klägerin die Auffassung, die mit den Nachträgen N 14 und N 15 abgerechneten Erschwernisse bestreite die Beklagte nicht hinreichend konkret. Behinderungsanzeigen seien entgegen der Behauptung der Beklagten erfolgt, aber ungeachtet dessen gar nicht erforderlich gewesen, weil die Behinderungen offenkundig gewesen seien und die Beklagte keine kostengünstigere Alternative gehabt habe. 47

Die Klägerin behauptet hierzu, sie sei durch die mit der Erbringung der TGA beauftragte Fa. D von Beginn ihrer Arbeiten an behindert worden. Entweder habe letztere bereits Lüftungsanlagen montiert gehabt, ohne eine terminliche Koordination mit der Klägerin vorzunehmen, weshalb die Klägerin ihre Trockenbauarbeiten nur unter erschwerten Bedingungen habe ausführen können, oder die Fa. D habe ihre Vorgewerke nicht rechtzeitig oder fehlerhaft fertiggestellt, so dass die Klägerin von ihr montierte Decken wieder habe öffnen müssen. 48

Weiterhin vertritt sie die Ansicht, die Beklagte setze sich mit der Abrechnung der Nullpositionen (N 16) nicht hinreichend konkret auseinander, weshalb diese als zugestanden anzusehen seien. 49

Soweit sich die Beklagte letztlich nunmehr unter Bezugnahme auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Parteigutachten des Sachverständigen F (Anlage BB 7, Anlagenordner) auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln berufe, verkenne sie, dass es sich bei den Mängeln tatsächlich lediglich um offene Restarbeiten handle. Die anlässlich der Abnahme gerügten Positionen stimmten außerdem nicht mit dem Inhalt des Gutachtens des Sachverständigen F überein. Die vom Parteigutachter festgestellten Mängel seien im Übrigen nicht zuzuordnen und würden bestritten. 50

**Die Klägerin beantragt,** 51

**das am 25.03.2011 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen (Az. 17 O 352/10) abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 237.184,87 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.12.2010 zu zahlen.** 52

**Die Beklagte beantragt,** 53

**die Berufung zurückzuweisen.** 54

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. 55

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Sie ist unter Berufung auf die von ihr durchgeführte Rechnungsprüfung der Ansicht, die Klägerin sei bereits überzahlt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 56 |
| Ungeachtet dessen verbleibt sie bei ihrer Ansicht, der Auftragnehmer könne nicht einzelne Rechnungsposten aus einer Schlussrechnung „herauslösen“ und zum Gegenstand einer Teilklage machen. Dies gelte jedenfalls, nachdem sie, die Beklagte, die Schlussrechnung vom 23.08.2011 geprüft habe. Auch dem Gericht sei es verwehrt, sich wahllos Rechnungsposten aus der Schlussrechnung herauszugreifen, um hiermit die Klageforderung zu unterlegen. Die Bestimmung des Streitgegenstandes sei vielmehr Sache der Klägerin.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 57 |
| Hinsichtlich der Stundenlohnarbeiten ist die Beklagte der Ansicht, diese seien – ungeachtet des Umstandes, dass tatsächlich in gewissem Umfang Stundenlohnarbeiten beauftragt worden seien – nicht zu vergüten, weil die Klägerin keine von ihr, der Beklagten, abgezeichneten Stundenlohnzettel vorgelegt habe und eine Abgrenzung zu bereits vom Hauptauftrag umfassten Arbeiten nicht möglich sei. Nach einer zwischenzeitlich von ihr durchgeführten Prüfung seien allenfalls Stundenlohnarbeiten für rund 21.000,00 € beauftragt worden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 58 |
| Die als Nachtrag N 12 berechneten zusätzlichen Kosten für Beschleunigungsmaßnahmen seien zum einen schon nicht Gegenstand der Teilklage und bereits deswegen nicht zu vergüten. Zum anderen seien aber auch keinerlei Beschleunigungsvereinbarungen zwischen den Parteien getroffen worden. Die Beklagte habe mit der Anordnung des Mehrschichtbetriebes lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass die Klägerin ihrer Förderungspflicht nachkommen solle, weil die Baustelle unterbesetzt gewesen sei. Ungeachtet dessen könne die Klägerin insoweit allenfalls Ansprüche wegen Behinderungen geltend machen. Es fehle aber an entsprechenden Behinderungsanzeigen i. S. v. § 6 Nr. 1 VOB/B und jeglichem Nachweis zu tatsächlich eingetretenen Produktivitätsverlusten bzw. erhöhtem Personal- und Stundenaufwand. Die vom Ingenieurbüro y angestellten Überlegungen seien rein theoretischer Natur. Die Klägerin sei bislang nicht in der Lage gewesen, das Bautagebuch mit entsprechenden Eintragungen zum Personaleinsatz vorzulegen. | 59 |
| Hinsichtlich des Nachtrags N 13 (Mehrkosten Halfenschienen) hätten sich die Parteien nach Vorlage eines entsprechenden Nachtragsangebots der Klägerin in der Einkaufsverhandlung vom 05.07.2011 darauf verständigt, dass die Hauptvertragsposition 01.01.0140 mit 72,80 €/m <sup>2</sup> und die Zulageposition 90.13.10 mit weiteren 64,83 €/m <sup>2</sup> abgerechnet werden solle. Der Gesamtpreis aus beiden Positionen habe somit 137,63 €/m <sup>2</sup> betragen sollen. Aufgrund eines Übertragungsfehlers sei dann versehentlich dieser Gesamtpreis jedoch bei der Zulageposition 90.13.10 eingetragen worden. Demnach seien von den klägerseits für den Nachtrag N 13 abgerechneten 68.386,28 € lediglich 29.125,58 € berechtigt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 60 |
| Auch die Nachträge N 14 und N 15 (Erschwerniszulage Technikzentrale) seien nicht Gegenstand der Teilklage. Im Übrigen sei eine derartige Zulage aber auch nicht geschuldet, weil die maßgeblichen baulichen Umstände sich eindeutig aus den bei Angebotsabgabe ausgereichten Kalkulationsplänen ergeben hätten, die Klägerin sie daher gekannt und im Übrigen diesbezüglich auch nie Behinderung angezeigt habe.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 61 |
| Soweit die Klägerin mit dem Nachtrag N 16 die sog. Nullpositionen unter Berufung auf die baubetriebliche Stellungnahme des Ingenieurbüros y vom 01.07.2010 abrechne, habe dieses noch während der Bauzeit erstellte Gutachten keine Aussagerelevanz. Es sei lediglich eine Zwischenanalyse und durch die neue Schlussrechnung der Klägerin vom 23.08.2011 überholt. Insbesondere seien die (vermeintlichen) Nullpositionen durch anderweitige                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 62 |

Nachtrags- und Mehrvergütungsansprüche kompensiert worden. Das Gutachten berücksichtige ferner nicht, dass die Klägerin einen Teil der ursprünglich beauftragten Leistungen deshalb nicht ausgeführt habe, weil die Beklagte den Vertrag zu Recht außerordentlich gekündigt habe. Letztlich berücksichtige das Gutachten auch nicht, dass die Angebotskalkulation der Klägerin falsch gewesen sei, wie die Ausführungen zu den Nachträgen N 14 und N 15 zeigten. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes könnten der Klägerin kalkulatorisch überhaupt nicht die mit dem Nachtrag N 16 behaupteten finanziellen Ausfälle wegen der sog. Nullpositionen entstanden sein.

Im Hinblick auf die bei der Abnahme ausweislich des Protokolls vom 28.09.2010 vorbehaltenen Mängel beruft sich die Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht aus § 641 Abs. 3 BGB und behauptet hierzu unter Bezugnahme auf das von ihr in Auftrag gegebene Parteigutachten des Sachverständigen F vom 13.12.2010 (Anlage BB 7, Anlagenband), die Arbeiten der Klägerin seien in verschiedener Hinsicht mangelhaft. Der Sachverständige F habe Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 90.465,00 € netto zutreffend ermittelt. Demnach sei die Beklagte gem. § 641 Abs. 3 BGB i. d. seit 01.01.2009 geltenden Fassung zum Einbehalt von rund 180.000,00 € berechtigt. 63

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Terminsprotokoll vom 19.06.2012 nebst Berichterstattevermerk (Bl. 394 ff. d. A.). 64

Der Senat hat im Termin vom 19.06.2012 den Geschäftsführer der Klägerin sowie die Projektleiterin der Beklagten nochmals ergänzend angehört. Wegen des Anhörungsergebnisses wird ebenfalls Bezug genommen auf den genannten Berichterstattevermerk. 65

**II.** 66

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 67

1. 68

Die Teilklage ist zulässig. 69

Durchgreifende Zweifel hieran ergeben sich insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 70

Der Saldo aus einer werkvertraglichen Schlussrechnung stellt einen einheitlichen prozessualen Anspruch dar. Die für die verschiedenen Leistungen angesetzten Beträge sind in Bezug auf den Schlussrechnungssaldo lediglich unselbständige Rechnungsposten. Von diesem Schlussrechnungssaldo kann daher ein erstrangiger Teilbetrag ohne Weiteres geltend gemacht werden, auch wenn in die Schlussrechnung Forderungen zum Beispiel aus Änderungsanordnungen (§§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B) oder zusätzlichen Leistungen (§§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B) eingestellt sind (vgl. *BGH NZBau* 2008, 319, Tz. 5 mwN.). 71

2. 72

Die Teilklage ist jedoch unbegründet. 73

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen weitergehenden Werklohnanspruch in Höhe der mit der Teilklage geltend gemachten 237.184,87 € aus dem zwischen den Parteien im April 2009 geschlossenen Vertrag über die Durchführung von Trockenbauarbeiten am 74



Bauvorhaben „Umbau des C Hauptbahnhofs“ i. V. m. § 631 Abs. 1 BGB sowie den Regeln der vorliegend im Hinblick auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblichen VOB/B 2006.

a) 75

Ein Anspruch auf Abschlagszahlungen (§ 631 Abs. 1 BGB i. V. m. § 16 Nr. 1 VOB/B) kommt nach den mit der Berufung nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts ebenso wenig in Betracht wie ein Anspruch aus der Teilschlussrechnung vom 09.11.2010 (§ 631 Abs. 1 BGB i. V. m. § 16 Nr. 4 VOB/B). Ein solcher Anspruch wird von der Klägerin auch – wie sie mit der Berufungsbegründung klaggestellt hat – nicht geltend gemacht. 76

b) 77

Der mit der Teilklage geltend gemachte Anspruch ergibt sich aber auch nicht aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag i. V. m. § 631 Abs. 1 BGB und den Regeln der VOB/B sowie der erst während des Berufungsverfahrens erteilten neuen Schlussrechnung vom 23.08.2011, auf die sich die Klägerin – was sie mit Schriftsatz vom 16.12.2011 klargestellt hat – nunmehr ausschließlich stützt. 78

aa) 79

Die Parteien haben unstreitig im April 2009 einen Werkvertrag unter Einbeziehung der VOB/B und weiterer Bedingungswerke über die Durchführung von Trockenbauarbeiten im Rahmen des Umbaus des Hauptbahnhofs C geschlossen. 80

bb) 81

Die Klägerin hat die geschuldeten Arbeiten nur teilweise erbracht. 82

Mit Schreiben vom 04.08.2010 hat die Beklagte den Werkvertrag unter Berufung auf § 8 Nr. 3 VOB/B außerordentlich gekündigt. Die Berechtigung der Beklagten hierzu war erstinstanzlich nicht streitig. Diese Feststellungen hat die Klägerin mit ihrer Berufungsbegründung vom 23.08.2011 auch nicht konkret i. S. d. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO angegriffen. 83

Ob und inwieweit daher in der Berufungsinstanz überhaupt noch zu berücksichtigen ist, dass die Klägerin mit ihrem Schriftsatz vom 16.12.2011 (Bl. 213 ff. d. A.) offenbar die Berechtigung der Beklagten zur außerordentlichen Kündigung in Abrede stellen will, kann allerdings im Ergebnis offen bleiben. Gleiches gilt für die Frage, ob die Beklagte den Vertrag tatsächlich zu Recht außerordentlich gekündigt hat. Denn die Klägerin macht nur Werklohn für erbrachte Leistungen geltend. 84

cc) 85

Der geltend gemachte Werklohn ist fällig. 86

Unter Berücksichtigung der von der Beklagten bereits geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 955.694,18 € verbleibt jedoch kein offener Saldo zu Gunsten der Klägerin. 87

(1) 88

89

Unstreitig hat die Beklagte aufgrund des gemeinsamen Ortstermins vom 28.09.2010 mit Schreiben vom 07.10.2010 einseitig die Abnahme erklärt (§ 12 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B).

(2) 90

Das in der Erteilung der neuen Schlussrechnung vom 23.08.2011 liegende neue Vorbringen ist vorliegend zuzulassen. 91

Der Senat verkennt hierbei nicht, dass dies nach der Rechtsprechung des *BGH* (vgl. *NZBau* 2005, 692 [693] mwN.), der der Senat folgt, grundsätzlich nicht oder nur zum Teil der Fall wäre, weil es sich bei der neuen Schlussrechnung vom 23.08.2011 nach der eigenen Auffassung der Klägerin um keine die Fälligkeit der Werklohnforderung erstmals begründende Rechnung handelt. Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Klägerin mit der neuen Schlussrechnung vom 23.08.2011 ihrerseits lediglich auf zwischenzeitlich erfolgte Verhandlungen zwischen den Parteien reagiert und die Rechnung insofern nur dem Verhandlungsergebnis angepasst hat. Dieser Gesichtspunkt spricht nach Auffassung des Senats entscheidend dafür, das in der Erteilung der neuen Schlussrechnung liegende neue Vorbringen insgesamt zuzulassen. 92

dd) 93

Selbst wenn die Beklagte den Werkvertrag mit der Klägerin zu Recht gem. § 8 Nr. 3 VOB/B außerordentlich gekündigt hat, kann die Klägerin Werklohn für die von ihr erbrachten Leistungen verlangen (vgl. *BGH NJW* 1995, 1837 [1838] mwN.). Darüber hinausgehende Ansprüche macht sie nicht geltend. 94

Hinsichtlich der zuletzt allein noch streitigen Positionen gilt folgendes: 95

(1) 96

Die Beklagte hat hinsichtlich des Hauptauftrages eine Werklohnforderung der Klägerin in Höhe von 645.647,65 € anerkannt. 97

(a) 98

Ob die Klägerin darüber hinaus hinsichtlich der Position 01.01.0030 (Oberflächenspachtelung) einen Anspruch auf weitere 8.856,76 € hat oder die Beklagte die Schlussrechnung zu Recht um diesen Betrag gekürzt hat, weil die Klägerin die ausgeführte Spachtelung nicht in Q2-Oberflächenqualität erbracht hat, bedarf keiner weiteren Aufklärung in Form einer Beweisaufnahme zu dieser Frage. 99

Selbst wenn man das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin unterstellt, verbleibt im Ergebnis kein zu ihren Gunsten überschießender Saldo. 100

(b) 101

Hinsichtlich der Position 01.08.0230 (Zulage perforierte Paneeloberfläche) hat die Klägerin einen weitergehenden Anspruch in Höhe von 20.593,96 €, weil die Abrechnung nach lfd. Metern zu erfolgen hat. 102

Dies folgt aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses (Seite 57 der Langfassung bzw. Seite 28 der Kurzfassung). Danach wurde ein Einheitspreis von 6,20 €/m angeboten, so dass nach lfd. Metern abzurechnen ist. 103

Soweit die Projektleiterin der Beklagten hierzu im Termin vom 19.06.2012 erklärt hat, die entsprechende Eintragung beruhe auf einem Fehler, die Klägerin selbst habe – was sich aus der Urkalkulation ergebe – nach Quadratmetern kalkuliert, überzeugt dies den Senat nicht, zumal der – mutmaßliche – Schreibfehler beide Fassungen des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses betrifft.

(2) 104

Hinsichtlich der Stundenlohnarbeiten hat die Klägerin keinen über 21.000,00 € hinausgehenden Anspruch. 105

Diesen Betrag erachtet die Beklagte nach der von ihr gefertigten und im Termin vom 19.06.2012 präsentierten Aufstellung selbst für gerechtfertigt. Ein weitergehender Anspruch besteht nicht. 106

(a) 107

Gem. Ziff. 23.1 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Deutschen Bahn Aktiengesellschaft und der mit ihr verbundenen Unternehmen für die Ausführung von Bauleistungen (ZVB-DB) werden Stundenlohnarbeiten nur vergütet, wenn sie vorher vom Auftraggeber schriftlich angeordnet werden. Gegen die Wirksamkeit dieser Klausel bestehen keine Bedenken (vgl. OLG Zweibrücken, NJW-RR 1994, 1363 [1366]; Kapellmann/Messerschmidt, 2. Aufl. 2007, § 2 VOB/B, Rdnr. 318 mwN.). 108

Dazu, dass die Anordnung der Stundenlohnarbeiten schriftlich erfolgt wäre, ist aber nach dem Vorbringen der Klägerin insbesondere im Schriftsatz vom 27.03.2012 nichts ersichtlich. Danach sollen die Stundenlohnarbeiten offenbar vielmehr jeweils mündlich durch den Bauleiter K angeordnet worden sein. Dies ergibt sich daraus, dass die Klägerin selbst vorträgt, der Bauleiter K habe dem von ihr benannten Zeugen T gegenüber jeweils „auf dessen Nachfrage erklärt, dass diese Arbeiten im Stundenlohn abzurechnen“ seien. Hätte demgegenüber eine eindeutige schriftliche Anordnung vorgelegen, hätte es keiner Nachfragen bedurft. 109

(b) 110

Ungeachtet dessen war der Bauleiter K überhaupt nicht zur Anordnung von Stundenlohnarbeiten berechtigt. 111

Der Bauleiter des Auftraggebers ist ohne besondere Vollmacht grundsätzlich nicht zum Abschluss einer Stundenlohnvereinbarung berechtigt (vgl. BGH NJW-RR 1995, 80 [81]; Kapellmann/Messerschmidt, aaO., § 2 VOB/B, Rdnr. 317 mwN.). Eine solche Vollmacht ergibt sich insbesondere nicht aus § 13 des Bauvertrages vom 24.04.2009. Danach ist u. a. der Bauleiter gerade nicht berechtigt, den Auftraggeber rechtsgeschäftlich zu vertreten. Die Vertretung der Beklagten sollte vielmehr ausschließlich durch die Projektleiterin M erfolgen. 112

(c) 113

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beklagte auf die 6. Abschlagsrechnung der Klägerin vom 05.01.2010 34.444,80 € für Stundenlohnarbeiten gezahlt hat. 114

Abschlagszahlungen stellen grundsätzlich kein Anerkenntnis des Vergütungsanspruchs des Unternehmers dar, solange nicht die Schlussrechnung erteilt ist (vgl. BGH NZBau 2004, 386 115

mwN. für den VOB-Vertrag; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 13. Aufl. 2011, Rdnr. 1602 mwN.), da im Zeitpunkt der Abschlagszahlung die Höhe der endgültigen Forderung noch nicht feststeht. Mit der Abschlagszahlung wird zunächst auf eine erst noch festzustellende endgültige Forderung gezahlt, so dass die Zahlung nur vorläufigen Charakter hat. Hieran ändert auch die Prüfung einer Abschlagsrechnung und die erst daraufhin erfolgte Zahlung nichts.

(3) 116

Hinsichtlich der Nachträge N 1 bis N 10 hat die Klägerin zuletzt (Bl. 299 d. A.) das Prüfungsergebnis der Beklagten unstreitig gestellt. 117

Dem entsprechend macht sie insoweit lediglich einen Betrag in Höhe von insgesamt 206.963,29 € geltend. 118

Soweit sie in diesem Zusammenhang zuletzt gleichwohl zur Position 90.04.0020 (die Teil des Nachtrags N 4 ist) vorgetragen hat, sie sei nicht bereit, auf den von der Beklagten gekürzten Differenzbetrag in Höhe von 2.140,68 € zu verzichten, konnte dieser – mutmaßliche – Widerspruch durch Nachfrage im Termin nicht aufgeklärt werden. Die Klägerin ist insoweit offenbar irrtümlich davon ausgegangen, dass es sich bei der Position 90.04.0020 um einen Teil des Hauptauftrages handelt, während sie tatsächlich dem Nachtrag N 4 zuzuordnen ist. 119

(4) 120

Ein weitergehender Vergütungsanspruch in Höhe von 65.967,86 € für Beschleunigungsmaßnahmen (Nachtrag N 12) steht der Klägerin weder aus § 2 Nr. 5 VOB/B noch aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB bzw. § 6 Nr. 6 VOB/B zu. 121

(a) 122

Die Voraussetzungen des § 2 Nr. 5 VOB/B liegen nicht vor. 123

(aa) 124

Eine Vereinbarung über die besagten Beschleunigungsmaßnahmen nebst entsprechender Vergütungsabrede haben die Parteien unstreitig nicht getroffen. Auch die baubetrieblichen Erläuterungen des Ingenieurbüros y vom 10.11.2010 sind insoweit unergiebig, weil sie – wie sich aus den Ausführungen auf Seite 4 (unten) der Stellungnahme (Bl. 106 d. A.) ergibt – einen Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B gerade voraussetzen. 125

(bb) 126

Der Senat verkennt darüber hinaus nicht, dass ein Anspruch der Klägerin aus § 2 Nr. 5 VOB/B wegen bauzeitändernder Anordnungen auch dann in Betracht kommt (vgl. *Kniffka/Koeble*, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 5. Teil, Rdnr. 83 mwN.; *Kniffka/Jansen/von Rintelen*, Bauvertragsrecht, Stand: 2012, § 631 BGB, Rdnr. 854 mwN.), wenn weder vor noch nach Ausführung der Arbeiten eine Vereinbarung über eine Anpassung der Vergütung hierfür getroffen wurde. Denn gleichwohl behält nach der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* (vgl. NJW 1968, 1234 [1235] mwN.) der Unternehmer seinen Anspruch auf Festlegung eines neuen Preises und kann direkt auf Zahlung klagen (vgl. auch *Werner/Pastor*, aaO., Rdnr. 1464 mwN.). 127

Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Beklagte die in Rede stehenden Beschleunigungsmaßnahmen angeordnet hat. Dies hat die Klägerin als Auftragnehmerin darzulegen und zu beweisen (vgl. *Kapellmann/Messerschmidt*, aaO., § 2 VOB/B, Rdnr. 228).

Eine Anordnung i. S. v. §§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B kann nach den Erörterungen im Termin vom 19.06.2012 nicht mit der hierfür erforderlichen Sicherheit (§ 286 Abs. 1 ZPO) festgestellt werden. Die Parteien streiten insoweit um die Auslegung des Schreibens vom 05.10.2009 (Bl. 225 d. A.), auf welches die Klägerin ihren zusätzlichen Vergütungsanspruch stützt. Die Beklagte hat insofern geltend gemacht, die „Anordnung“ vom 05.10.2009 habe allein den Hintergrund gehabt, dass die Baustelle nach ihrem Eindruck unterbesetzt gewesen und es deshalb geboten gewesen sei, die Klägerin auf ihre Förderpflicht hinzuweisen. Hierfür spricht, dass die „Anordnung“ des Mehrschichtbetriebes ihrem Wortlaut nach erfolgt ist, um den vorgesehenen Bauablauf sowie die Einhaltung der Zwischen- und Endfristen sicherzustellen. Ferner hat die Beklagte zugleich ausdrücklich erklärt, dass Mehraufwendungen nicht gesondert vergütet würden. 129

Demgegenüber hat die Klägerin geltend gemacht, die Baustelle sei geradezu überbesetzt gewesen, weil sie durch Mängel an Vorgewerken laufend behindert gewesen sei. Dies spricht allerdings ebenso wie der Umstand, dass die Klägerin ausweislich des Deckblatts der baubetrieblichen Erläuterungen des Ingenieurbüros y vom 10.11.2010 (Bl. 103 d. A.) „Produktivitätsverluste“ geltend macht, eher dafür, dass die Klägerin – worauf die Beklagte bereits mit der Berufungserwiderung (Bl. 203 d. A.) hingewiesen hat – ggf. tatsächlich keinen Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B, sondern vielmehr einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB bzw. § 6 Nr. 6 Satz 1 VOB/B geltend machen will. 130

(b) 131

Ein solcher Anspruch aus §§ 280 Abs.1 und 2, 286 BGB bzw. § 6 Nr. 6 VOB/B besteht aber ebenfalls nicht. 132

Es fehlt insoweit bereits an hinreichend substantiiertem Vortrag der Klägerin dazu, inwieweit die Beklagte eine ihr obliegende Pflicht verletzt hat, insbesondere in Verzug geraten und dies kausal für einen – behaupteten – Schaden der Klägerin geworden ist. 133

Vorliegend hat die Klägerin schriftsätzlich zu einer konkreten Pflichtverletzung der Beklagten nichts vorgetragen. Lediglich aus den baubetrieblichen Erläuterungen des Ingenieurbüros y vom 10.11.2010 (Bl. 106 d. A.) ergibt sich insofern ein Anhaltspunkt, als diesen Erläuterungen offenbar die Angabe der Klägerin zugrunde liegt, dass die Beklagte eine bauseits zu erbringende Gerüstgestaltung erst am 05.10.2009 fertig gestellt habe, während die Klägerin ihre Leistungen bereits am 15.07.2009 habe beenden sollen. 134

Dieses Vorbringen genügt indes nicht, um einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus §§ 280 Abs.1 und 2, 286 BGB bzw. § 6 Nr. 6 VOB/B schlüssig zu begründen. Insbesondere ist nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass die – nach den Behauptungen der Klägerin – verspätete Gerüstgestaltung kausal für den späteren Mehrschichtbetrieb und damit die behaupteten Mehraufwendungen war, weil etwa beide Maßnahmen denselben Bereich des umfangreichen Bauvorhabens betroffen hätten. Ein Zusammenhang mag hierbei naheliegen. Ein solch allgemeiner Erfahrungssatz entbindet den Auftragnehmer jedoch nach der Rechtsprechung des *BGH* (vgl. *NZBau* 2002, 381 [382] mwN.), der der Senat folgt, regelmäßig nicht von seiner Verpflichtung, Behinderungen in einem Rechtsstreit, in dem er Schadensersatz verlangt, möglichst konkret darzulegen. Insoweit dürfen zwar keine zu hohen Anforderungen an die Darlegungslast gestellt werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass allein 135

die Darlegung einer verzögerten Gerüststellung insoweit genügt. Vielmehr ist in der Regel eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen unumgänglich. Diese muss auch diejenigen unstreitigen Umstände berücksichtigen, die gegen eine Behinderung sprechen wie z.B. die wahrgenommene Möglichkeit, einzelne Bauabschnitte vorzuziehen. Erst der möglichst konkrete Vortrag zur Behinderung erlaubt die Beurteilung, inwieweit eine Anzeige erforderlich oder wegen Offenkundigkeit entbehrlich war und inwieweit auf sie zurückzuführende Schäden für den Auftragnehmer entstanden sind. Die Forderung nach einer solch konkreten Darstellung ist auch bei Großbaustellen nicht überhöht, weil es dem Auftragnehmer gerade in einem Fall, in dem er sich behindert fühlt, zuzumuten ist, eine aussagekräftige Dokumentation zu erstellen, aus der sich die Behinderung sowie deren Dauer und Umfang ergeben. Soweit ein Auftragnehmer mangels einer ausreichenden Dokumentation der Behinderungstatbestände und der sich daraus ergebenden Verzögerungen zu einer den Anforderungen entsprechenden Darstellung nicht in der Lage ist, geht das grundsätzlich nicht zu Lasten des Auftraggebers.

Ungeachtet dessen sind auch die den baubetrieblichen Erläuterungen des Ingenieurbüros y zugrunde liegenden Angaben der Klägerin zum Umfang des Mehrschichtbetriebes – worauf die Beklagte ebenfalls schon in der Berufungserwiderung (Bl. 203 d. A.) hingewiesen hat – streitig, zeitlich in keiner Weise durch Vorlage des Bautagebuches mit entsprechenden Eintragungen unterlegt und deshalb lediglich theoretischer Natur. Vor diesem Hintergrund besteht mangels einer hinreichenden Grundlage auch kein Anlass zu einer etwaigen Schadensschätzung i. S. v. § 287 ZPO (vgl. *BGH* aaO. [383]).

(5) 137

Hinsichtlich des Nachtrags N 13 (Mehrkosten Halfenschienen) kann lediglich der von der Beklagten anerkannte Betrag in Höhe von 29.125,58 € in Ansatz gebracht werden. 138

Die Beklagte hat mit ihrer Berufungserwiderung im Einzelnen zu entsprechenden Vereinbarungen der Parteien Stellung genommen. Danach haben sich die Parteien nach Vorlage eines entsprechenden Nachtragsangebots der Klägerin in der Einkaufsverhandlung vom 05.07.2011 darauf verständigt, dass die Hauptvertragsposition 01.01.0140 mit 72,80 €/m<sup>2</sup> und die Zulageposition 90.13.10 mit weiteren 64,83 €/m<sup>2</sup> abzurechnen sind. Der Gesamtpreis aus beiden Positionen sollte somit 137,63 €/m<sup>2</sup> betragen. Aufgrund eines Übertragungsfehlers ist dann aber versehentlich dieser Gesamtpreis bei der Zulageposition 90.13.10 eingetragen worden, weshalb im Ergebnis von den klägerseits für den Nachtrag N 13 abgerechneten 68.386,28 € lediglich 29.125,58 € berechtigt sind. 139

Dieses Vorbringen der Beklagten ist in der Berufungsinstanz schon deshalb zu berücksichtigen, weil die Klägerin es nicht bestritten hat, § 138 Abs. 3 ZPO (vgl. *BGH* NJW 2005, 291). Gegenteiliges Vorbringen und entsprechende Beweisantritte enthält insbesondere der klägerseitige Schriftsatz vom 16.12.2011 nicht, worauf der Senat im Beschluss vom 31.01.2012 hingewiesen hat. Auch der weitere Schriftsatz der klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 05.03.2012 enthält hierzu weder ergänzenden Sachvortrag noch Beweisantritte. 140

(6) 141

Ein Anspruch auf Erschwerniszuschläge in Höhe von 82.728,31 € und 403.285,86 € (Nachträge N 14 und N 15) steht der Klägerin ebenfalls nicht zu. 142

Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus § 2 Nr. 5 VOB/B noch aus § 6 Nr. 6 VOB/B. 143

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen zu den Darlegungsanforderungen fehlt es an hinreichend substantiiertem Vorbringen zum Anspruchsgrund. Insoweit hat der Senat bereits im Beschluss vom 31.01.2012 darauf hingewiesen, dass sich ihm ein Zusammenhang zwischen den – ohnehin vergleichsweise pauschalen – Darlegungen im Schriftsatz vom 16.12.2011 und der hierin – ebenso pauschal – in Bezug genommenen, dem Schriftsatz beigefügten Korrespondenz nicht erschließt und es deshalb einer erheblichen Substantiierung des Vorbringens bedarf. Hierauf hat die Klägerin aber in keinem der nachfolgenden Schriftsätze reagiert. 144

Die in Bezug genommene baubetriebliche Stellungnahme des Ingenieurbüros y zu den Nachträgen 14 und 15 vom 08.11.2010 ersetzt solchen Vortrag ebenfalls nicht, weil sich hieraus – soweit ersichtlich – keine konkreten Anhaltspunkte zum zeitlichen Ablauf ergeben, insbesondere zu der zwischen den Parteien umstrittenen Frage, ob sich die baulichen Umstände, die die begehrten Erschwerungszulagen rechtfertigen sollen, bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe offensichtlich waren und deshalb bereits Gegenstand der Kalkulation sein konnten. 145

(7) 146

Letztlich besteht kein weitergehender Vergütungsanspruch in Höhe von 129.466,87 € (Nachtrag N 16, Nullpositionen). 147

Gelangen einzelne Leistungspositionen eines nach Einheitspreisen abzurechnenden Bauvertrags nicht zur Ausführung, ohne dass dies – wovon mangels konkreten anderweitigen Vorbringens vorliegend auszugehen ist – auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung des Bestellers beruht, so entfällt dadurch nicht der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung in Höhe der Beträge, die er zur Deckung seiner unabhängig von der Leistungserbringung anfallenden Gemeinkosten sowie seines Gewinns in die Einheitspreise für die entfallenen Leistungen einkalkuliert hat. Auf einen solchen Fall ist nach der Rechtsprechung des *BGH* (vgl. *BGH* NZBau 2012, 226 Tz. 14, 17), der der Senat folgt, in ergänzender Auslegung der mit der Vereinbarung der VOB/B getroffenen Abrede vielmehr § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B anzuwenden. 148

Die durch eine Mengenminderung bedingte Äquivalenzstörung betrifft im Wesentlichen die mögliche Unterdeckung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten. Deshalb stellt § 2 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/B klar, dass die Erhöhung des Einheitspreises im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen soll, der sich durch die Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sowie der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Eine Anpassung des Einheitspreises findet jedoch nicht statt, soweit der Auftragnehmer durch Mengenmehrungen bei anderen Leistungspositionen oder in anderer Weise, etwa gem. § 2 Nr. 5 VOB/B oder § 2 Nr. 6 VOB/B, einen Ausgleich erhält, § 2 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 VOB/B. Denn eine ausgleichspflichtige Äquivalenzstörung entfällt, wenn die danach vorzunehmende Ausgleichsberechnung ergibt, dass der Auftragnehmer bereits durch die auf andere Leistungspositionen entfallenden Vergütungsanteile eine ausreichende Deckung erhält (vgl. *BGH* aaO., Tz. 19). 149

Danach steht der Klägerin vorliegend kein Anspruch zu, weil sie die Höhe der für die Nullpositionen noch zu zahlenden Vergütung nicht schlüssig dargelegt hat. Zum einen gehen die diesbezüglichen baubetrieblichen Erläuterungen des Ingenieurbüros y vom 01.07.2010 (Bl. 18 ff. d. A.) bereits grundsätzlich von einem anderen Lösungsansatz aus. Zum anderen berücksichtigen sie nicht einen etwa durch die diversen Nachträge entstandenen Ausgleich. 150

Es ist jedoch Sache der Klägerin, die gebotene Ausgleichsberechnung durch entsprechenden Sachvortrag zu ermöglichen, weil nur sie dazu in der Lage ist, die erforderlichen Angaben zur Verteilung der Gemeinkosten auf die Leistungspositionen des Vertrags zu machen (vgl. *BGH aaO.*, Tz. 24).

(8) 152

Es ergibt sich folgende Gesamtabrechnung: 153

|   |                                                              |                       |     |
|---|--------------------------------------------------------------|-----------------------|-----|
| • | Hauptauftrag (unstreitiger Teil):                            | 645.647,65 €          | 154 |
| • | zzgl. ggf. Pos. 01.01.0030 (Oberflächenspachtelung):         | 8.856,76 €            | 156 |
| • | zzgl. Pos. 01.08.0230 (Zulage perforierte Paneeloberfläche): |                       | 157 |
|   | 20.593,96 €                                                  |                       |     |
| • | zzgl. Stundenlohnarbeiten:                                   | 21.000,00 €           | 158 |
| • | Nachtrag N 1 bis N 10 (unstreitig gestellt):                 | 206.963,29 €          | 159 |
| • | zzgl. Nachtrag N 13 (Halfenschienen, soweit anerkannt):      |                       | 160 |
|   | <u>29.125,58 €</u>                                           |                       |     |
| • | <b>Zwischensumme:</b>                                        | <b>932.187,24 €</b>   | 161 |
| • | <u>abzgl. 4 % vereinbarter Nachlass:</u>                     | <u>- 37.287,49 €</u>  | 162 |
| • | <b>Zwischensumme:</b>                                        | <b>894.899,75 €</b>   | 163 |
| • | <u>abzgl. Zahlungen der Beklagten:</u>                       | <u>- 955.694,18 €</u> | 164 |
| • | <b>Saldo:</b>                                                | <b>- 60.794,43 €</b>  | 165 |

Da sich ein zu Gunsten der Klägerin verbleibender restlicher Saldo nicht ergibt, kommt es auf einen noch in Abzug zu bringenden Sicherheitseinbehalt sowie auf die von der Beklagten eingewandten Mängel und das in diesem Zusammenhang geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nicht an. 166

III. 167

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 168

Die Revision war nicht zuzulassen. 169

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). 170

---



