
Datum: 24.10.1995
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 264/94
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1995:1024.22U264.94.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 7 O 225/93

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 3. November 1994 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn - 7 O 225/93 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 12.000,-- DM abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten. Beiden Parteien bleibt nachgelassen, die jeweils zu erbringende Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlichen Sparkasse oder Volksbank zu erbringen.

TATBESTAND

1

2

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Zahlung von Werk-lohn gemäß ihrer Schlußrechnung vom 21. November 1991 in Anspruch.

3

Die Parteien unterzeichneten am 20. Oktober 1989 einen Bauvertrag, durch den die Beklagten die Klägerin mit der schlüsselfertigen Errichtung eines zweieinhalbgeschossigen Mehrfamilienhauses auf dem Grundstück A.straße 17 in B. beauftragten. Die Parteien vereinbarten einen Festpreis von 797.000,-- DM incl. Mehrwertsteuer. Nach Ziffer 1.6 des Vertrages vom 20. Oktober 1989 sollte die Allgemeine Verdingungsverordnung Teil B, abgekürzt VOB/B, gelten. Die fälligen Zahlungen der Beklagten regelten die Parteien unter Ziffer 4.2 wie folgt:

4

1. 5 % bei Unterzeichnung dieses Werklieferungsver-	5
	6
trages,	7
1. 2 % nach erteilter Baugenehmigung,	8
2. 10 % bei Fertigstellung der Bodenplatte im Keller,	
3. 10 % bei Fertigstellung der Kellerdecke,	
4. 10 % bei Fertigstellung der zweiten Geschößdecke und	
	9
des aufgehenden tragenden Mauerwerks,	10
1. 15 % bei Fertigstellung des Rohbaus einschließlich	11
	12
der Dacheindeckung,	13
1. % bei Fertigstellung der Elektro-, Sanitär-	14
	15
und Heizungsrohinstallation, Einbau der Fenster und Rolläden,	16
1. % bei Fertigstellung der Feininstallation, der	17
	18
Maler-, Tapezier- und Fußbodenarbeiten und der Schreinerarbeiten,	19
1. 5 % bei Aushändigung der Übergabeerklärung.	20
In Ziff. 4.6 dieses Vertrages heißt es:	21
	22
	23
"Zahlt der Bauherr am Fälligkeitstage die an-geforderte Rate nicht in ganzer Höhe, obwohl 24	
die Arbeiten für die Fälligkeit dieser Rate laut zuständigen Architekten/Bauleiter sei-tens IVW	
erbracht wurden, ist IVW berechtigt, die Bauarbeiten mit sofortiger Wirkung ein-zustellen und	
erst dann wieder fortzusetzen, wenn zwischen Bauherr und IVW über den strit-tigen Punkt	
Einigkeit erzielt wurde. Diese Bauzeitunterbrechung geht zu Lasten demjeni-gen, der diese	
dann verschuldet hat. Eventu-ell dadurch entstehende Zusatzkosten, Mehr-preise und	
Verteuerung trägt der verschulden-de Teil."	

Gemäß Ziff. 9.2 des Vertrages sollte sich das Kündigungsrecht der Bauherren nach § 8 VOB/B richten. Des weiteren vereinbarten die Parteien unter Ziff. 9.2.1, daß im Falle der Kündigung eines Vertragspartners, die nicht von der Klägerin zu vertreten ist, dieser wahlweise ein pauschaler Schadensersatzanspruch in Höhe von 10 % des Endpreises oder eine angemessene Entschädigung nach §§ 8 bzw. 9 VOB/B zustehen sollte.	
Die Parteien trafen zu dem Vertrag vom 20. Oktober 1989 noch drei Zusatzvereinbarungen. In dem dritten Nachtragsvertrag vereinbarten sie am 27. Dezember 1990 als Fixtermin für die Übergabe des Hauses durch die Klägerin den 30. Juni 1991. Die Klägerin verpflichtete sich zudem zur Zahlung eines Verzugsschadens im Falle der Überschreitung des Termins ab 26. Juli 1991 in Höhe einer erzielbaren Monatsmiete von 15,-- DM/m2.	26
Am 26. November 1990 schloß die Klägerin mit der Firma T. Totalbau einen Subunternehmervertrag bezüglich des Rohbaus des Bauobjektes der Beklagten ab. Bei Ausführung der Rohbauarbeiten stellten die Beklagten Baumängel fest. Die Klägerin forderte daraufhin die Firma T. mit Schreiben vom 3. Mai 1991 auf, die Mängel zu beseitigen. Die Beklagten rügten gegenüber der Klägerin die Mängel schriftlich mit Schreiben vom 24. Juni 1991 und 30. Juli 1991. Mit Schreiben vom 15. Juli 1991 drohten die Beklagten der Klägerin die Kündigung ihres Vertrages an, wenn sie die Mängel am Rohbau nicht bis Ende Juni 1991 beseitigen sollte. Die Beklagten machten sodann am 23. August 1991 erneut die Mängel geltend und setzten der Klägerin Frist für den Beginn der Mängelbeseitigungsarbeiten bis 30. August 1991 und für die Beendigung der Arbeiten bis 15. September 1991. In diesem Schreiben heißt es wörtlich in den letzten beiden Absätzen:	27
	28
	29
"...	30
	31
	32
Wir haben Sie aufzufordern, mit der Beseitigung der vorstehenden Mängel bis zum 30. August 1991 zu beginnen und die Mängelbeseitigung bis zum 15. September 1991 abzuschließen.	33
	34
	35
Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist werden Ihnen unsere Mandanten gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B den Auftrag entziehen..."	36
Die Beklagten entzogen der Klägerin mit Schreiben vom 27. September 1991 unter Hinweis auf § 8 Ziff. 3 VOB/B den Auftrag. Die Klägerin ihrerseits teilte den Beklagten mit Schreiben vom 9. Oktober 1991 mit, daß die Kündigung nicht akzeptiert werde. Sodann bestätigte die Klägerin mit Schreiben vom 15. Oktober 1991 die Kündigung der Beklagten und nahm auf § 8 Ziff. 1 VOB/B Bezug.	37

Der Subunternehmer, die Firma T., führte gegen die Klä-gerin wegen ihres Werklohnanspruchs einen Rechtsstreit vor dem Landgericht Bonn, Aktenzeichen: 15 O 266/91, der durch einen Vergleich beendet wurde. In diesem Rechtsstreit wurden auf der Grundlage eines Sachver-ständigengutachtens Mängel in Höhe von 10.000,-- DM festgestellt.	
Am 21. November 1991 stellte die Klägerin den Beklagten eine Schlußrechnung über insgesamt 205.767,73 DM, wobei sie die Zahlungen der Beklagten über 342.300,-- DM be-rücksichtigte.	39
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die von ihr erstellte Schlußrechnung sei zutreffend. Ihr stünde die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwen-dungen zu, da die Kündigung der Beklagten nur nach § 8 Ziff. 1 VOB/B gerechtfertigt gewesen sei. Die Beklagten hätten daher auch eine zehnprozentige Vertragsstrafe zu zahlen. Die Restforderung setze sich wie folgt zu-sammen:	40
Kaufsumme laut Bauvertrag: DM 797.000,-- nicht erbrachte Leistungen: ./ DM 311.832,20 Rest aus Zusatzleistung vom 25.02.1991: DM 986,54 Zahlungen der Beklagten: ./ DM 342.300,-- von den Beklagten gezahlte Gebühren etc. ./ DM 11.277,25 ./ DM 7.230,96 Zwischensumme: DM 125.328,13 zehnprozentige Vertragsstrafe: DM 79.700,-- Gesamtsumme: DM 205.028,13.	41
Eine Kündigung gemäß § 8 Ziff. 3 VOB/B sei treuwidrig, da die Beklagten in ihrem Schreiben vom 23. August 1991 Gesprächsbereitschaft signalisiert hätten und auch Gespräche geführt worden seien. Die Klägerin hat unter Hinweis auf Ziffer 4.6 des Vertrages die Auffassung vertreten, daß sie mit der Mängelbeseitigung auch deshalb nicht in Verzug habe geraten können, da die Be-klagten ihrerseits bereits fällig gewordene Raten nicht bezahlt hätten.	42
Die Klägerin hat behauptet, Bankkredite in Höhe der Klagesumme zu einem Zinssatz von 11,75 % Zinsen in An-spruch zu nehmen.	43
Die Klägerin hat beantragt,	44
	45
	46
die Beklagten zu verurteilen, an sie insge-samt DM 205.028,13 DM nebst 13 % Zinsen seit dem 23. August 1991 zu zahlen.	47
Die Beklagten haben beantragt,	48
die Klage abzuweisen.	49
Sie haben die Auffassung vertreten, daß ihre Kündigung wirksam sei und eine solche gemäß § 8 Ziff. 3 VOB/B vorläge, da die Klägerin keinerlei Anstalten gemacht habe, die Mängel zu beseitigen. In ihrem Schreiben vom 23. August 1991 sei auch klargestellt worden, daß in jedem Fall auch, wenn Gespräche zur Klärung der Streit-frage geführt würden, die Mängel beseitigt werden müß-ten. Sie hätten sich wegen der vorhandenen Mängel nicht in Zahlungsverzug befunden. Die Klägerin habe daher le-diglich Anspruch auf Vergütung der tatsächlich erbrach-ten Leistung. Daher seien nur die Raten für die Bauab-schnitte a) bis f) fällig, so daß für die Leistung, die die Klägerin bis zur Auftragsentziehung erbracht habe,	50

dieser ein Zahlungsanspruch in Höhe von 386.324,86 DM zustünde. Zum Zeitpunkt der Auftragsentziehung seien 45 % des in Auftrag gegebenen Leistungsumfanges erfüllt gewesen, d.h. bei einer Gesamtsumme von DM 797.000,-- eine Leistung mit einem Wert von DM 358.600,--. Diesem Betrag seien erbrachte Teilleistungen an dem Elektrogewerk mit DM 7.980,-- und an den Heizungs- und Sanitäranlagen in Höhe von DM 19.796,86 hinzuzurechnen. Hiervon seien Kosten für den Anschluß des Hauses an das Gas-, Wasser- und Stromnetz in Höhe von DM 23.670,97 abzuziehen, die von der Klägerin zu tragen und die von ihnen bezahlt worden seien, sowie ihre Zahlungen über DM 342.300,--. Damit verbliebe eine Restforderung der Klägerin in Höhe von DM 20.455,89. Hinsichtlich dieses Anspruchs haben sie mit Gegenforderungen über insgesamt DM 185.238,03 DM aufgerechnet. Sie haben behauptet, in Höhe von DM 78.667,07 habe die Klägerin ihnen die Kosten für die Beseitigung der Mängel an dem Rohbau zu erstatten. Allein DM 64.344,55 hätte die Beseitigung folgender Mängel verursacht:

• Die Sperrschicht bei den tragenden Wänden des	51
	52
Kellers sei 25 cm über Oberkante Betonboden verlegt worden, bei den übrigen nicht tragenden Wänden habe eine Sperrschicht gefehlt; in den Keller sei Feuchtigkeit eingedrungen;	53
• zum Teil sei unzulässigerweise Kaklsandstein an	54
	55
Stelle von Bims-Therm-Mauerwerk verwendet worden; weitere Dämmmaßnahmen hätten gefehlt; hierdurch seien die Wärmeschutzbestimmungen nicht eingehalten worden;	56
• oberhalb der Wohnungseingangstür und ebenso im Dach-	57
	58
geschoß zwischen den Küchen sei statt der Kalksand-steine HBL vermauert worden; die Schallschutzbestim-mungen seien verletzt;	59
• es sei wegen des fehlerhaften Treppenlaufes erfor-	60
	61
derlich gewesen, die Treppe abzureißen;	62
• Das Mauerwerk sei uneben gewesen;	63
• Die Fetten und Sparren des Dachstuhls, soweit sie	64
	65

sichtbar geblieben seien, seien nach dem Imprägnie-ren gehobelt worden; die Fettenauflagen seien nicht gegen Durchfeuchtung geschützt gewesen;

- die Spanplatten der Einschubtreppe seien durchnäßt 66
67
gewesen; 68

- die Unterspannbahn im First sei nicht dicht verlegt 69
70
gewesen; 71

- sämtliche Balkontüren seien aus den Geschoßdecken 72
ohne Vorsatz ausgekragt; die Balkontüren und die Eingangsüberdachung seien nur mit 73
2,5 Heratekta ge-dämmt gewesen.

Des weiteren seien ihnen für die Beseitigung der Rohbaumängel ohne den fehlerhaften 74
Wärmedämmputz gemäß Rechnung der Firma Esser vom 8. November 1991 Kosten in
Höhe von DM 24.010,23, für die Anbringung des Wärme-dämmputzes DM 25.353,24, für ein
erforderliches zusätz-liches Geländer DM 766,08, für die Niedriglegung des Treppenpodestes
DM 1.666,45 und für zusätzliche Bau-trockenmaßnahmen DM 4.788,-- entstanden. Weitere
Kosten hätten folgende von der Klägerin zu verantwortenden Fehler verursacht:

- für die zu weit zur Wand versetzten Rolladenkästen: 75
76
DM 127,-- zzgl. Mehrwertsteuer 77

- für die nicht beigemauerten FD-Türen im K eller: 78
79
DM 186,22 80

- für zu tief angebrachte Wände und Fenster bänke: 81
82
DM 2.331,07 83

- für die Beseitigung von Bauschutt des Subunt erneh- 84
85
86

mers: DM 248,52

- für den zu geringen Querschnitt und zu niedrigen An- 87

88

schluß der Feuerungsanlage: DM 1.623,36 89

- für Kosten, die durch den von der Klägerin ver- 90

91

schlossenen und damit nicht zugänglichen Bau entstanden sind: DM 545,29 92

- für Mängel im Gehwegsbereich: DM 9.698,21. 93

Wegen weiterer Einzelheiten der von den Beklagten behaupteten 94

Mängelbeseitigungskosten wird insbesondere auf deren Schriftsatz vom 1. September 1993 (Bl. 23 bis 45 d. A.) Bezug genommen. Die Beklagten haben darüber hinaus die Ansicht vertreten, daß ihnen aufgrund des Verzuges der Klägerin ein Ersatzanspruch für Mietausfallschaden für die Zeit vom 25. Juli bis 31. Dezember 1991 auf der Basis von 342 m² à 15,-- DM in Höhe von DM 26.642,60 zustünde.

Hilfsweise haben sie mit zwei an sie abgetretenen Forderungen der Firma W. und B. 95
gegen die Klägerin über DM 24.676,46 und DM 7.980,-- aufgerechnet.

Bezüglich der von den Beklagten gerügten Mängel hat das Landgericht Beweis erhoben 96
nach Maßgabe des Beweisbeschlusses vom 14. Dezember 1993 durch Vernehmung der Zeugen L. und B. sowie durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftliche Aussage des Zeugen B. (Bl. 156, 157 d. A.), auf das Sitzungsprotokoll vom 12. April 1994 (Bl. 166 bis 168 d. A.) und das schriftliche Sachverständigengutachten vom 28. Juni 1994 (Bl. 197 bis 203 d. A.) Bezug genommen.

Durch Urteil vom 3. November 1994, auf dessen Inhalt wegen sämtlicher Einzelheiten 97
Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im wesentlichen ausgeführt, daß die Beklagten den Bauvertrag vom 20. Oktober 1989 wirksam gemäß § 8 Ziff. 3 VOB/B gekündigt hätten. Es hat sodann die von den Beklagten vorgenommene Berechnung der noch offenstehenden Werklohnforderung der Klägerin übernommen und diese mit 20.446,89 DM beziffert. Diese Werklohnforderung sei jedoch aufgrund wirksamer Aufrechnung der Beklagten mit einer Gegenforderung in Höhe von 25.393,24 DM gemäß § 387 BGB erloschen. Diese Kosten seien den Beklagten im Zusammenhang mit der Aufbringung eines Wärmedämmputzes entstanden, welcher nach der überzeugenden Feststellung des Gutachters zur Erreichung der Wärmeschutzbestimmungen erforderlich gewesen und dadurch verursacht worden sei, daß die von der Klägerin als Subunternehmerin mit der Rohbauerstellung beauftragte Firma T. Totalbau unzulässigerweise einige Kalksandstein in der Fassade mitvermauert habe.

Gegen dieses, ihr am 8. November 1994 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit am 7. 98
Dezember 1994 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die sie nach zunächst

bis zum 7. Februar 1995 und sodann bis zum 7. März 1995 erfolgter Verlängerung der Berufungs-begründungsfrist mit einem am selben Tage bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Die Klägerin verfolgt in der Berufungsinstanz die Klageforderung nur noch in Höhe eines Betrages von 115.328,13 DM weiter. Sie reduziert den erstinstanzlichen Klageantrag um den Betrag der nicht mehr geltend gemachten Vertragsstrafe sowie in Höhe eines Betrages von 10.000,-- DM für Mängelbeseitigungskosten. Sie wiederholt und vertieft im übrigen ihr erstinstanzliches Vorbringen. 99

Sie ist der Ansicht, die vom Landgericht angenommene Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B sei aus zwei Gründen nicht gerechtfertigt. Zum einen habe sie sich mit Mängelbeseitigungsarbeiten nicht in Verzug befunden, vielmehr berechtigterweise ihre Arbeiten eingestellt, da die nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen der Phasen a) bis g) bereits erbracht gewesen seien, die Beklagten mithin die Abschlagszahlungen in dieser Höhe geschuldet hätten. Ohnehin seien die Beklagten zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts nicht berechtigt gewesen, da dies individualvertraglich zwischen den Parteien in Ziff. 4.6 des Bauvertrages ausgeschlossen worden sei. Darüber hinaus sei die Kündigung auch wegen widersprüchlichem Verhalten der Beklagten unwirksam. Sie hätten nämlich entgegen ihrer Ankündigung im Schreiben vom 23. August 1991 weiterhin Gesprächsbereitschaft signalisiert, gerade auch über den Punkt der Mängelbeseitigung. Mithin liege keine eindeutige und unmißverständliche Kündigungserklärung vor. Weiterhin vertritt die Klägerin die Ansicht, daß selbst wenn man von einer außerordentlichen berechtigten Kündigung ausgehen wolle, ihr der geltend gemachte Vergütungsanspruch noch zustehe. Sie belegt in der Berufungsinstanz im einzelnen die ihr bis zur Kündigung tatsächlich entstandenen Aufwendungen, die nach ihrer Berechnung sehr viel höher liegen als diejenigen, die der Festpreisvereinbarung pauschal zugrundegelegt worden sind, so daß auch von daher in jedem Fall der jetzt noch geltend gemachte Restvergütungsanspruch gerechtfertigt sei. 100

Hinsichtlich der vom Landgericht zugunsten der Beklagten anerkannten Wärmedämmputzkosten vertritt die Klägerin die Ansicht, daß dieser Betrag den Beklagten schon deshalb nicht zustehe, weil ein derartiger Wärmeputz aufgrund der Vorgaben des Statikers, der an bestimmten Stellen Kalksandstein vorgeschrieben habe, was zu Kältebrücken geführt habe, ohnehin in vollem Umfang erforderlich gewesen sei (Ohnehinkosten). Diese Kosten wären über das Festpreisangebot hinausgegangen und daher von den Beklagten zu tragen gewesen. 101

Die Klägerin bestreitet auch in der Berufungsinstanz weiterhin sämtliche übrigen von den Beklagten geltend gemachten Mängel sowie die darauf entfallenden Kosten. 102

Die Klägerin beantragt, 103

1. das Urteil der 7. Zivilkammer des Land- 104

105

106

107

108

gerichts Bonn vom 3. November 1994 (7 O 225/93) teilweise abzuändern und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 115.328,13 DM nebst 11,57 % Zinsen seit dem 23. August 1991 zu zahlen;

1. der Klägerin nachzulassen, etwaige erfor- 109

110

111

112

derliche Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- oder Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts zu leisten. 113

Die Beklagten beantragen, 114

115

116

die gegnerische Berufung zurückzuweisen. 117

Die Beklagten vertiefen und wiederholen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie sind 118

weiterhin der Ansicht, zur außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen zu sein.

Angesichts der von dem Sachverständigen Braun festgestellten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 74.344,55 DM hätte ihnen ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Abschlagszahlungen zugestanden. Ihr Zurückbehaltungsrecht sei auch nicht durch Ziff. 4.6 des Bauvertrages ausgeschlossen gewesen. Diese Regelung sei nicht individualvertraglich ausgehandelt worden, sie sei daher, wenn man darin überhaupt den Ausschluß eines Zurückbehaltungsrechtes sehen wolle, wegen Verstosses gegen das AGB-Gesetz unwirksam. Zudem sei mangels erfolgter Dacheindeckung die Rate f) ebensowenig fällig gewesen wie die Rate g), da hinsichtlich letzterer die Installations- bzw. Fensterarbeiten eben gerade nicht vollständig durchgeführt gewesen seien.

Hinsichtlich des Schreibens ihrer erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten an den 119

erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 23. August 1991 führen sie ergänzend aus, daß die darin geäußerte Gesprächsbereitschaft keinerlei Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Fristsetzung mit Kündigungsandrohung habe aufkommen lassen können. Bei der Gesprächsbereitschaft sei es vielmehr lediglich darum gegangen, über eventuelle Schadensersatzansprüche zu verhandeln, wenn denn die Klägerin bereit gewesen wäre, wenigstens die eingestellten Arbeiten mängelfrei zu beenden.

Die Beklagten vertreten die Ansicht, daß auch die von der Klägerin in der 120

Berufungsinstanz vorgenommene Berechnung ihres Vergütungsanspruchs nicht zutreffend sei. Die Rechnung sei nicht einmal prüffähig und daher der Anspruch insgesamt nicht schlüssig dargelegt. Unter Zurückstellung ihrer Bedenken gegen die Schlüssigkeit berechnen sodann die Beklagten ausgehend von Prozentsätzen einen etwaigen Vergütungsanspruch der Klägerin und stellen nunmehr von den von ihr geltend gemachten Gegenforderungen als erste Aufrechnungsforderung die für die Aufbringen des Wärmedämmputzes, sodann den Mietausfallschaden und an dritter Position die abgetretenen Gegenansprüche der Firma W. und B. zur Aufrechnung. Hinsichtlich der Angriffe der Klägerin

ge-gen die Erforderlichkeit des Wärmedämmputzes unter dem Gesichtspunkt der Ohnehinkosten vertreten die Beklagten die Ansicht, daß diese in jedem Fall deshalb von der Klägerin zu tragen gewesen seien, da sie für eine ord-nungsgemäße Wärmedämmung habe Sorge tragen müssen. Wenn in der ursprönglichen Pauschalberechnung dieser Punkt übersehen worden sei, so sei dies in den Risikobereich der Klägerin gefallen, sie hätte dann Wärmedämmputz auf ihre Kosten anbringen lassen müssen.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streit-standes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze und eingereichten Unterlagen Bezug genommen.	121
E N T S C H E I D U N G S G R Ü N D E	122
Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im üb-rigen zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.	123
Der Klägerin steht unter keinem rechtlichen Gesichts-punkt ein Anspruch gegen die Beklagten auf Zahlung von 115.328,13 DM zu.	124
I.	125
Die Klage auf Zahlung einer angeblich geschuldeten Restvergütung aus dem Pauschalvertrag vom 20. Oktober 1989 ist schon nicht schlüssig (soweit der Klagean-spruch über den von den Beklagten selbst ermittelten Restwerklohn von 20.466,89 DM hinausgeht).	126
1. Wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat,	127
	128
waren die Beklagten zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B berechtigt. Es steht nach Überzeugung des Senats außer Frage, daß die Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 VOB/B erfüllt waren. Die Klägerin hat zuletzt noch durch die Redu-zierung ihrer Klageforderung in der Berufungsinstanz selbst eingeräumt, daß Mängel jedenfalls in einem Umfang von 10.000,-- DM vorhanden gewesen sind. Sie hat auch zuvor mit Schreiben vom 3. Mai 1991 (Anlage 4 der Klageschrift) gegenüber ihrem Subunternehmer zum ganz überwiegenden Teil genau die Mängel gerügt (und sich damit zu eigen gemacht), die seitens der Beklagten als mangelhafte Werkleistung ihr gegenüber gerügt worden waren. Auch das Verfahren zwischen der Klägerin und ihrem Subunternehmer vor dem Landgericht Bonn (Aktenzeichen: 15 O 266/91) hatte genau diese Mängel zum Gegenstand. Dies ergibt sich aus dem im dortigen Verfahren eingeholten Gutachten des Sachverständigen Bilo (Bl. 54 ff. d. A.), der in weiten Teilen - soweit seine Erkenntnisse es er-möglichten - das Vorhandensein der Mängel bestätigt hat.	129
	130
Soweit die Klägerin die Berechtigung der Mängel unter Hinweis darauf in Frage stellt, daß sie letzt-lich im Verfahren vor dem Landgericht Bonn im Ver-gleichswege lediglich einen Betrag von 10.000,-- DM an den Subunternehmer hätte zahlen müssen, gibt dies zu einer anderen Sicht keine Veranlassung. Denn die Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 VOB/B waren unzweifel-haft auch bei einem Mängelaufkommen im Umfang von 10.000,-- DM erfüllt.	131

1. Die Klägerin befand sich auch mit der Beseitigung	132
	133
der von den Beklagten ihr gegenüber gerügten Mängel in Verzug. Sie kann sich nicht darauf berufen, aufgrund der in Nr. 4.6 des Pauschalvertrages getroffenen Regelung zur Verweigerung der Mängelbeseitigungsarbeiten berechtigt gewesen zu sein. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei dieser Regelung - wie die Klägerin behauptet - um eine Individualvereinbarung oder um eine dem AGB-Gesetz unterliegende Formularvereinbarung handelt, wie dies die Beklagten vertreten. Denn Nr. 4.6 des Vertrages berechtigte die Klägerin bei einem angeblich vorhandenen Zahlungsverzug der Beklagten allenfalls dazu, die weitere Ausführung der Bauarbeiten einzustellen, d.h. die Durchführung der nächsten Bauausführungsphasen zu verweigern. Nicht berechtigt war die Klägerin - wenn man denn zu ihren Gunsten einen Zahlungsverzug der Beklagten unterstellt - dazu, die erforderlichen Mängelbeseitigungsarbeiten nicht mehr auszuführen.	134
1. Auch die übrigen Voraussetzungen des § 4 Nr. 7	135
	136
VOB/B sind erfüllt. So haben die Beklagten zuletzt mit Schreiben vom 23. August 1991 erneut die bereits der Klägerin mitgeteilten Mängel gerügt, die Klägerin erneut zur Mängelbeseitigung aufgefordert, ihr eine Frist zur Beseitigung der Mängel bis zum 15. September 1991 gesetzt und in der erforderlichen Form eindeutig und zweifelsfrei ihren Willen zum Ausdruck gebracht, den Vertrag mit der Klägerin nach erfolglosem Ablauf der Frist kündigen zu wollen. Das daneben existierende Schreiben des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten an den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom selben Tage, in dem ersterer Gesprächsbereitschaft signalisiert, vermag, worauf schon das Landgericht zutreffend hingewiesen hat, an diesem eindeutig zum Ausdruck gekommenen Kündigungswillen nichts zu ändern. Denn es gab, worauf die Beklagten zu Recht hinweisen, auch nach erfolgter Kündigung ausreichend offene Punkte zwischen den Parteien, die noch hätten besprochen werden müssen, um weitere Streitigkeiten bezüglich offener Zahlung etc. zu vermeiden.	137
1. Angesichts der berechtigten außerordentlichen Kündi-	138
	139
gung der Beklagten stand der Klägerin nicht die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen, sondern nur der Werklohn für die bis zur Vertragsbeendigung erbrachten Leistungen zu. Diesen Anspruch hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt.	140
	141
Der Pauschalpreis muß nach der Kündigung an die tatsächlich ausgeführte Leistung angepaßt werden. Es muß daher eine Aufspaltung des bisherigen Bausolls erfolgen, nämlich in ausgeführte und nicht ausgeführte Leistungen. Die ausgeführte Leistung ist so dann nach den sie treffenden Preisermittlungsgrundlagen voll zu vergüten, die verbleibende Differenz zum Pauschalpreis nennt dann den in der Pauschale enthaltenen Anteil für die gekündigte Leistung (Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen	142

Die Klägerin hätte demgemäß alle nach dem Bauvertrag geschuldeten Leistungen unter 144
Angabe von Stückzahl und Massen jeweils mit den kalkulierten Einzelprei-
sen im einzelnen darlegen und sodann angeben müssen, welche dieser Leistungen sie tatsächlich
erbracht hat. Der Quotient aus der Summe der Einzelpreise für die ausgeführten Leistungen
und der Summe der Einzelpreise für sämtliche nach dem Vertrag zu erbringende
Leistungen multipliziert mit dem vereinbarten Pauschalpreis hätte sodann rechnerisch den
Vergütungsanspruch der Klägerin für die tatsächlich von ihr erbrachten Leistungen ergeben
(vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1373). Derartige Darlegungen der Klägerin fehlen
sowohl in erster Instanz als auch in zweiter Instanz. Die Klägerin hat bei ihren diesbe-
züglichen Ausführungen nämlich unberücksichtigt gelassen, daß zwischen den Parteien ein
Pauschalvertrag geschlossen worden ist. Soweit sie in erster Instanz ihre
Anspruchsberechnung dergestalt vorgenommen hat, daß sie von dem vereinbarten
Pauschalpreis lediglich die ersparten Aufwendungen für nicht ausgeführte Arbeiten
abgezogen hat, ist dies deshalb verfehlt, weil nicht ersichtlich ist, daß der Wert der nicht
ausgeführten Arbeiten auch dem Wert des bei Vertragsschluß kalkulierten Teils des darauf
entfallenden Pauschalbetrags tatsächlich entspricht. Auch der diesbezügliche
"Nachbesserungsversuch" der Klägerin in der Berufungsinstanz führt nicht zur Schlüssigkeit
der Klageforderung. Sie hat nunmehr zwar die von ihr erbrachten Leistungen im Gegensatz
zur ersten Instanz im einzelnen nach Aufmaß und Mengen bis zum Kündigungszeitpunkt
berechnet, sie ist dabei jedoch nicht von den kalkulierten Einzelpreisen sondern vielmehr
von den ihr - angeblich - tatsächlich für die einzelnen Leistungen entstandenen
Aufwendungen ausgegangen. Daß dies falsch sein muß, liegt angesichts der Tatsache, daß
es hier nicht um einen Einheitspreisvertrag, sondern um einen Pauschalvertrag geht, auf der
Hand. Würde man so, wie die Klägerin dies in der Berufungsinstanz getan hat, ihre
tatsächlich erbrachten Leistungen ermitteln, würde man die Augen davor verschließen, daß
hier ein Pauschalvertrag vorliegt. Dann würde nämlich das unternehmerische Risiko, das die
Klägerin mit dem Abschluß der Pauschalvereinbarung eingegangen ist, im nachhinein wieder
aufgehoben oder jedenfalls verändert.

II. 145

Im übrigen ist die Klage unbegründet, weil die jedenfalls nach der Berechnung der 146
Beklagten sich ergebende Restwerklohnforderung der Klägerin in Höhe von 20.446,89
DM aufgrund - nicht nur hilfsweise erklärter - wirksamer Aufrechnung der Beklagten gemäß §
387 BGB erloschen ist.

1. Ausgehend von den von der Klägerin vorgelegten 147

148

Nachweisen über die von ihr erbrachten Leistungen für den Rohbau einschließlich der 149
Dacheindeckung schätzt der Senat den hierauf entfallenden Teil des Pauschalbetrages
auf 45 % der Gesamtsumme = 358.650,-- DM. Hinzuzusetzen sind 7.980,-- DM für
Teilleistungen an der Elektroinstallation und 19.796,86 DM für anteilige Arbeiten an der
Heizungs- und Sanitärinstallation. Von dem sich sodann ergebenden Vergütungsanspruch
der Klägerin in Höhe von 386.426,86 DM der von den Beklagten vorgenomme-

Abrechnung entspricht, sind die unstreitig gezahlten Abschlagszahlungen in Höhe von 342.300,-- DM sowie - ebenso unstreitig - von den Beklagten übernommene, nach dem Vertrag jedoch von der Klägerin zu zahlende Kosten in Höhe von 23.670,97 DM abzuziehen, so daß rechnerisch eine Restwerklohnforderung der Klägerin in Höhe von 20.446,89 DM verbleibt.

1. Gegen diesen Restwerklohnanspruch haben die Beklag- 150

151

ten jedoch wirksam mit einer Gegenforderung in Höhe von 25.393,24 DM, die ihnen 152
durch die Aufbringung eines Wärmedämmputzes entstanden ist, aufgerechnet.

153

In Übereinstimmung mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, daß die 154
Wärmedämmputzkosten erforderlich wurden, weil das Mauerwerk im Außenmauerbe-
reich nicht den geltenden Wärmeschutzbestimmungen entsprach. Zur Vermeidung von
Wiederholungen wird zur Begründung insoweit auf die diesbezüglichen Ausführungen des
Landgerichts und die Angaben des Sachverständigen B. bzw. des Zeugen B. ergänzend
Bezug genommen. Soweit die Klägerin die Berechtigung dieser Kosten unter dem
Gesichtspunkt der "Ohnehinkosten" beanstandet, kann ihr nicht gefolgt werden.

155

Eine ordnungsgemäße, den Bauvorschriften entsprechende Wärmedämmung fällt 156
unzweifelhaft unter die von der Klägerin im Rahmen des Pauschalvertrages geschuldete
Werkleistung. Wenn sich dieses Ziel, aus welchen Gründen auch immer, durch die Art des
Mauerwerks nicht erreichen läßt, war es daher in jedem Fall Sache der Klägerin, ohne eine
entsprechende Mehrkostenvergütung seitens der Beklagten, den Wärmedämmputz
aufzubringen.

157

Nach den überzeugenden Feststellungen des Gutachters waren die Kosten für einen 158
Wärmeputz zur Erreichung der Wärmeschutzbestimmungen erforderlich und die
Rechnung der Firma R. ist nicht nur nicht zu beanstanden, sondern sogar als günstig
anzusehen. Somit stand den Beklagten eine Gegenforderung in Höhe von 25.393,24 DM zu,
mit der sie wirksam die Aufrechnung erklärt haben. Da diese Gegenforderung den
Restwerklohnanspruch der Klägerin bereits übersteigt, war über die weiteren
Gegenansprüche der Beklagten mangels insoweit erhobener Widerklage nicht mehr zu
entscheiden.

III. 159

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 160

Streitwert für das Berufungsverfahren und zugleich Wert der Beschwer für die Klägerin: 161
115.328,13 DM.

