
Datum: 17.04.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 213/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0417.12U213.98.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 85 O 223/97

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichtes Köln vom 15.09.1998 - Aktenzeichen: 85 O 223/97 - teilweise abgeändert und wie folgt neugefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 229.755,07 DM nebst Zinsen in Höhe von 1 % über dem jeweiligen Lombardsatz der deutschen Bundesbank, mindestens in Höhe von 5 % seit dem 07.09.1996 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreites erster Instanz tragen die Parteien je zur Hälfte. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin alleine zu tragen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung aus diesem Urteil (wegen der Kosten) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,-- DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Beklagte kann die Vollstreckung aus diesem Urteil (wegen der Kosten) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 13.000,-- DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Es bleibt nachgelassen, die Sicherheit durch eine unwiderrufliche und selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.

Tatbestand:

- Die Klägerin nimmt die Beklagte nach Kündigung eines VOB/Bauvertrages über Rohbauarbeiten betreffend das Bauvorhaben M. in G. auf Zahlung restlichen Werklohns im Wege der Teilklage in Anspruch. 1 2
- Die Beklagte erteilte der Klägerin unter Einbeziehung der VOB/B gemäß schriftlichem Vertrag vom 12.09.1994/04.10.1994 den Auftrag zur Ausführung von Rohbauarbeiten betreffend das oben genannte Bauvorhaben zum Pauschalpreis von netto 4.360.000,00 DM. Von den Parteien dem Vertragsabschluß zugrundegelegt wurden ausweislich des § 2 der schriftlichen Vertragsurkunde ein "Angebotsverhandlungsprotokoll vom 20.1.93 mit all darin erwähnten An- und Unterlagen sowie der Nachtrag zum Verhandlungsprotokoll vom 21.06.1994". Weiter wurde im Vertrag verwiesen auf das Angebot der Klägerin vom 15.01. 1993, das an Hand des Leistungsverzeichnisses erstellt worden war, und auf den Nachtrag zum Angebot vom 26.05.1994. Zwischen den Parteien war weiter die Geltung von besonderen Vertragsbedingungen vereinbart, die in Ziffer 6. 3 u.a. einen Bauzeitenplan vorsahen, in dem es nach der Erwähnung des Fertigstellungsdatums für Haus 3 - handschriftlich paraphiert - heißt: "anschließend Anbau Scheune". Weiter ausdrücklich zugrundegelegt wurden einzelne, bestimmt bezeichnete Baupläne, die "geprüfte Statik" und die am 31.1.1994 erteilte Baugenehmigung. 3
- Wegen des genauen Inhaltes dieses Vertrages, des Angebotsverhandlungsprotokolls vom 20.01.1993, des Nachtrages zum Verhandlungsprotokoll vom 21.06.1994, des Angebotes der Klägerin vom 15.01.1995 und des Nachtrages zum Angebot vom 26.05.1994 wird auf die als Anlage K 1 der Klageschrift (Bl. 9 - 38 GA), als Anlage K 19 (Bl. 224 – 230 GA), als Anlage K 20 (Bl. 231 – 232 GA), als Anlage K 16 (Bl. 175 – 220 GA) und als Anlage K 21 (Bl. 233 GA) dem Schriftsatz der Klägerin vom 8.5.1998 beigefügten Fotokopien sowie die als Anlage zur Berufungsbegründung von der Beklagten zur Gerichtsakte gereichten Bauplanungsunterlagen verwiesen. 4
- Gemäß schriftlichen "Nachtrag (Scheune) zum Werkvertrag" erteilte die Beklagte der Klägerin am 12.09.1995 einen Nachtragsauftrag betreffend den Umbau einer auf dem Grund und Boden des Bauvorhabens befindlichen Scheune zum Nettopauschalpreis von 509.000,00 DM . Vertragsgrundlage war das Angebot der Klägerin vom 15.05.1995, das mit einem Nettoangebotspreis von 525.026,00 DM schloss. 5
- Wegen des genauen Inhaltes dieses Nachtragsvertrages nebst Angebot vom 15.1.1993 wird auf die als Anlage K 2 der Klageschrift (Bl. 39 GA) und die als Anlage K 8 (Bl. 67 - 77 GA) dem Schriftsatz der Klägerin vom 07.01.98 beigefügten Fotokopien Bezug genommen. 6
- In der Folgezeit begann die Klägerin mit den Baumaßnahmen und erstreckte auch ihre Bauarbeiten auf den Scheunenanbau. Zur Fertigstellung kam es nicht, da die Beklagte mit Schreiben vom 8.5.1996 das gesamte Vertragsverhältnis aufkündigte, nachdem sie die Klägerin mehrmals, zuletzt mit Schreiben vom 22.04.1996 aufgefordert hatte, die zwischenzeitlich von der Klägerin eingestellten Arbeiten wieder aufzunehmen. Die Klägerin ihrerseits kündigte das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 24.05.1996, nachdem die Beklagte unter Fristsetzung erfolglos zur Zahlung der 13. Abschlagszahlung in Höhe von 1.222.330,00 DM und zur Stellung einer "Zahlungsbürgschaft" in Höhe eines Betrages von 593.184,00 DM gemäß Schreiben vom 13.05.1996 (Bl. 41 GA) aufgefordert worden war. 7

Unter dem 28.05.1996 erteilte die Klägerin der Beklagten Schlussrechnung für erbrachte Leistungen über den Betrag von 7.212.738,40 DM und über nicht erbrachte Leistungen i. H. v. 38.880,00 DM (vgl. Anlage K 6 in Fotokopie zur Klageschrift beigelegt, Bl. 43 – 56 GA). Die Zahlung dieser Beträge mahnte die Klägerin mit Schreiben vom 30.08.1996 (Anlage K 7 zur Klageschrift, Bl. 57 GA) unter Fristsetzung zum 06.09.1996 vergeblich an.

Die Klägerin hat im Wege der Teilklage aus dieser Schlussrechnung wegen zweier Leistungsbereiche die Bezahlung der von ihr insoweit ausgeführten Arbeiten geltend gemacht. Sie hat für den Scheunenumbau gemäß Massenaufstellung vom 21.03.1996, (Anlage K 6 der Klageschrift, Bl. 49 - 56 GA), ersetzt durch eine neue Massenaufstellung vom 09.04.1998 (Bl. 142 GA und Anlage K 15 zum Schriftsatz der Klägerin vom 11.04.1998, Bl. 158 – 165 GA), einen Betrag von 293.202,75 DM und für den Anbau der Scheune gemäß Kostenaufstellung vom 18.04.1996 (Anlage K 6 der Klageschrift, Bl. 45 – 48 GA und Anlage K 16 zum Schriftsatz vom 11.04.1998 Bl. 148 – 156 GA), die - jedenfalls nach Darstellung der Klägerin - wiederum auf dem Aufmaß und einer Abrechnung entsprechend dem Angebot vom 15.01.1993/ 26.05.1994 (Grundlage des Hauptwerkvertrages) basiert, einen Betrag von 134.136,70 DM, insgesamt also einen Betrag von 427.339,45 DM nebst Verzugszinsen in Höhe von 10 % seit dem 07.09.1996 gegenüber der Beklagten eingeklagt. 9

Die Klägerin hat behauptet, der Zeuge T., der für das von der Beklagten eingeschaltete und bevollmächtigte Architektenbüro "B. " gehandelt habe (unstreitig), habe ihr anlässlich einer Besprechung vom 31.07.1995 mündlich einen weiteren Auftrag über die Rohbauarbeiten für den Anbau der Scheune erteilt, wobei vereinbarungsgemäß die Vertragspreise des Hauptwerkvertrages gelten sollten. Diese Arbeiten seien nicht von dem Hauptwerkvertrag erfasst gewesen, wie auch ein Vergleich der den Anbau der Scheune betreffenden Kostenaufstellung mit dem Angebot vom 15.01.1993 in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis ergebe. Es habe sich erst später herausgestellt, dass der Anbau der Scheune zur Realisierung des Scheunenumbaues statisch notwendig sei. 10

Die Klägerin hat beantragt, 11

die Beklagte zu verurteilen, an sie 427.339,45 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 07.09.1996 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Sie hat bezüglich des für den Umbau der Scheune geltend gemachten Betrages von 293.202,75 DM der Höhe nach Einwendungen erhoben und hat in Hinblick auf den weiter für den Anbau verlangten Betrag von 134.136,70 DM behauptet, der Klägerin sei ein mündlicher Auftrag betreffend den Anbau Scheune nicht erteilt worden. Vielmehr seien alle den Anbau der Scheune betreffenden Arbeiten in dem ursprünglichen Werkvertrag enthalten gewesen. In dem zu dem Hauptwerkvertrag enthaltenen Leistungsverzeichnis sei der Anbau der Scheune massenmäßig erfasst. Im übrigen hat die Beklagte die Auffassung vertreten, die Klägerin habe ohnehin nicht prüffähig abgerechnet und hierzu ausgeführt, diese habe hinsichtlich beider der Klage zugrunde gelegten Leistungsbereiche einen - unstreitig nicht vorgenommenen - Pauschalierungsabschlag berechnen müssen. 15

Nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen N. , T. und O. - wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme in erster Instanz wird auf die Sitzungsniederschrift vom 25.08.1999 (Bl. 256 – 281 GA) verwiesen - hat das Landgericht durch das hiermit in Bezug 16

genommene Urteil vom 15.09.1998 (Bl.268 – 281 GA) der Klage i. H. v. 363.891,77 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 07.09.1996 unter Klageabweisung im Übrigen stattgegeben.

Gegen das vorgenannte Urteil, soweit der Klägerin ein über den Werklohn für den Umbau der Scheune i. H. v. 229.755,07 DM nebst 4 % Prozesszinsen hinaus übersteigender Betrag zugesprochen worden ist, hat die Beklagte fristgerecht Berufung eingelegt und begründet. 17

Die Beklagte wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen und behauptet, der ursprüngliche Pauschalhauptwerkvertrag habe auch den Scheunenanbau umfasst. Sie behauptet weiterhin, in den Massen zum Hauptwerkvertrag sei das Volumen für den Anbau schon enthalten gewesen, und im Verhandlungstermin vom 21.06.1994 sei völlig klar gewesen, dass der Scheunenanbau (nicht aber der Scheunenausbau) zum Pauschalumfang gehört habe und von den Angebotspreisen erfasst worden sei. Bei der Besprechung vom 31.7.1995, über die –unstreitig- ein Besprechungsprotokoll gefertigt worden sei (Anlage K 11 zum Schriftsatz vom 23.01.1998- Bl 115 GA), sei nur bezüglich des Ausbaues und nicht des Anbaues ein Nachtragsauftrag erteilt worden. 18

Daneben bestreitet die Beklagte –erstmals- bezüglich der für den Anbau geltend gemachten Restvergütung auch der Höhe nach das Aufmaß insgesamt und hält zudem an ihrer erstinstanzlich geäußerten Auffassung fest, die den Anbau der Scheune betreffende Kostenaufstellung vom 18.04.1996 (Gegenstand der Schlussrechnung) sei nicht prüffähig, da die Klägerin einen anteiligen Pauschalpreismachlass im Verhältnis der Summe der Einheitspreise des zugrunde liegenden Angebotes zum schließlich vereinbarten Pauschalpreis zu gewähren habe und die Kostenaufstellung den Positionen des Angebotes vom 15. 05.1995 nicht zuzuordnen sei. 19

Die Beklagte beantragt, 20
das angefochtenen Urteil teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit der 21
Klägerin ein DM 229.755,07 nebst 4 % Prozesszinsen übersteigender Betrag zugesprochen
worden ist.

Die Klägerin beantragt, 22
die Berufung zurückzuweisen. 23

Sie hält unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die vom der Beklagten u.a. unter Hinweis auf die vertraglichen Urkunden im einzelnen angegriffene Beweiswürdigung des Landgerichtes für richtig und behauptet, ihr sei ein weiterer Auftrag über die Rohbauarbeiten für den Anbau der Scheune erteilt worden. Der Umbau der Scheune sei ohne den Anbau aus statischen Gründen nicht möglich gewesen, die Massen des Scheunenbaues seien nicht im Leistungsverzeichnis des Pauschalauftrages enthalten gewesen. 24

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 12.8.1999 (Bl 363 – 366 GA) durch Vernehmung der Zeugen H. , N. und T. weiter Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 21.02.2000 (Bl. 403 – 415 GA) Bezug genommen. 25

Nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung hat die Klägerin gemäß Schriftsatz vom 13.03.2000, der hiermit in Bezug genommen wird (Bl. 421 – 431 GA), zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen, worauf die Beklagte mit Schriftsatz vom 21.03.2000 26

(Bl. 433 – 437 GA) erwidert hat.

Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten
Schriftsätze nebst allen überreichten Anlagen Bezug genommen. 27

Entscheidungsgründe: 28

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet
worden. Sie ist auch im wesentlichen begründet. 29

Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung eines Betrages von 134.136,70 DM in Hinblick auf die am Anbau der Scheune durchgeführten Arbeiten. Dass hier, so wie von ihr behauptet, bezüglich des Scheunenanbaues ein gesonderter Auftrag erteilt worden ist, ist zur Überzeugung des Senates nach Durchführung der Beweisaufnahme nicht bewiesen. Insbesondere steht dies nicht auf Grund der Aussage des Zeugen N. fest. Der Zeuge I. N. hat vor dem Landgericht in seiner protokollierten Aussage, die ihm der Senat vorgehalten hat und die er dann als richtig bezeichnet hat, die Behauptung der Klägerin bestätigt und bekundet, der Auftrag sei bezüglich des Anbaues der Scheune mündlich durch den Zeugen T. erteilt worden, da die diesbezüglichen Arbeiten nicht im ursprünglichen schriftlichen Auftrag enthalten gewesen seien. Ob der Zeuge I. N. die Wahrheit gesagt hat, unterliegt jedoch Zweifeln. Der Zeuge, der bei der Klägerin angestellt ist, konnte bei seiner Vernehmung die Beauftragung zeitlich nicht genau einordnen. Er hat allerdings auf Vorhalt des Senates erklärt, er glaube nicht, dass der Auftrag über den Anbau der Scheune am 31.7.1995 erteilt worden sei, was wiederum ausdrücklich so von der Klägerin behauptet worden ist. In Hinblick darauf, dass die Beklagte dies unter Hinweis auf ein Gesprächsprotokoll, in dem jedenfalls nicht die Beauftragung des Anbaues, wohl aber des Umbaues der Scheune vermerkt ist, bestritten hat, hat hier möglicherweise der Zeuge N. seine Aussage dem angepasst, jedenfalls ist dies nicht auszuschließen, was schon Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit im übrigen begründet. Zudem wirkte er während der Vernehmung insbesondere bei der Frage, in welcher Weise und mit welchen Worten der Auftrag mündlich erteilt worden sein soll, unsicher. Während der Zeuge N. zunächst bekundete, der Architekt T. habe insoweit nur geäußert "baut", hat der Zeuge, nachdem er zunächst auf weiteren Vorhalt noch Erinnerungslücken einräumte, sodann erklärt, der Zeuge T. habe den Begriff Auftrag "eigentlich nie verwandt", um sich dann dahingehend zu "korrigieren", der Zeuge T. habe erklärt, dass er mündlich hiermit den Auftrag erteile, was gleichfalls, da von dem diesbezüglichen Aussageverhalten Kernfragen des Geschehens betroffen sind, Zweifel begründen, dem Zeugen N. zu glauben. In diesem Zusammenhang ist zudem auf die Aussage des Zeugen T. zu verweisen, der bei seiner erneuten Vernehmung –wie zuvor– erklärt hat, es sei ein gesonderter Auftrag über den Scheunenanbau nicht erteilt worden. Dabei hat der Zeuge T., der sich –anders als bei seiner Vernehmung durch das Landgericht, bei der er erkennbar von den diesbezüglichen, nicht einfach zu beantwortenden Fragen überrascht war– nunmehr vorbereitet gezeigt hat, entgegen dem Eindruck, die der Senat vom Zeugen N. gewonnen hat, glaubhaft gewirkt. Dies gilt insbesondere für die Darlegungen des Zeugen T., wonach die Massen des Anbaues in denen des Hauptleistungsverzeichnisses enthalten gewesen sein sollen. Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 13.3.2000 die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen unter Hinweis von Massenermittlungen vom 22.03.1996, bzw. vom 16.4.1996 bezüglich der Position 06.001, ohne nun auf die weiteren vom Zeugen T. zum Beleg ins Feld geführten Beispiele Position 03.00001 (Erdaushub) 06.0023 (Außenwände) und 06.0032 (Stahlbeton) näher einzugehen, in Zweifel ziehen will und vorträgt, die vom Zeugen T. im Beweisaufnahmetermin überreichten Aufstellungen seien nachträglich gefertigt worden, um die Behauptung der Beklagten –ungerechtfertigt-

untermauern zu können, so ist dies ohne Substanz, da insoweit ohne konkreten weiteren Beweisantritt erfolgt. Allein die überreichten Massenermittlungen vom 22.03.1996 und vom 16.4.1994 sind zum Beleg dieses Einwandes ungeeignet, da sie erst nach Fertigstellung des Bauvorhabens erstellt worden sind. Gegen die Glaubwürdigkeit der Aussage des Zeugen N. streitet gleichfalls die Aussage der Zeugin H., die –ohne nun in allen Einzelheiten konkretere Angaben machen zu können- unter Hinweis auf das ihr vorgehaltene Besprechungsprotokoll vom 31.07.1995, in dem nur die Beauftragung des Scheunenumbaues und nicht des Scheunenanbaues vermerkt ist, was eher gegen die Behauptung der Klägerin, es sei ein gesonderter Auftrag bezüglich des Anbaues an diesem Tag erteilt worden, spricht, jedenfalls bekundet hat, dass es nur für den Umbau der Scheune und nicht für den Anbau einen gesonderten Auftrag gegeben habe. Schließlich sind auch im übrigen keine Gesichtspunkte erkennbar, die zwingend für die Richtigkeit der Aussage des Zeugen N. sprechen. Ganz im Gegenteil wird die Glaubwürdigkeit des Zeugen N. auch durch andere, zwischen den Parteien unstreitige Umstände erschüttert: In dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Hauptwerkvertrag wird nämlich auf das Angebot der Klägerin vom 15.01.1995 verwiesen, das an Hand des Leistungsverzeichnisses erstellt worden war und in dem u.a. unter Position 01.0001 Baustelleneinrichtung von der Gesamtbaumaßnahme, "d.h. Tiefgarage und Häuser 3 – 1A – 1D Scheunenumbau und Scheunenanbau" die Rede ist. Wenn auch in dieser Position auch der Umbau der Scheune erwähnt ist, der unstreitig nicht vom Hauptwerkvertrag umfasst war und zu einem späteren Zeitpunkt erst, dann allerdings schriftlich in Auftrag gegeben worden ist, so begründet doch die ausdrückliche Erwähnung des Anbaues in dem Leistungsverzeichnis ernsthafte Zweifel daran, dass –so wie der Zeuge N. bekundet hat- erst nachträglich und entgegen der Beauftragung des Scheunenumbaues mündlich der diesbezügliche Auftrag erteilt wurde. Diese Zweifel werden noch verstärkt, wenn man berücksichtigt, dass zwischen den Parteien im Hauptvertrag weiter die Geltung von besonderen Vertragsbedingungen vereinbart war, die in Ziffer VI. 3 u.a. einen Bauzeitenplan vorsahen, in dem es nach der Erwähnung des Fertigstellungsdatums für Haus 3 - handschriftlich paraphiert - heißt: "anschließend Anbau Scheune". Zudem bezog sich die Baugenehmigung vom 31.01.1994, die gleichfalls von den Parteien zum Gegenstand des Hauptvertrages gemacht worden war, nicht nur auf den Umbau, sondern auch auf den Anbau der Scheune. Auch die Ausführungszeichnung "Scheune", die gemäß § 2 (1) Nr. 8d Gegenstand des Hauptwerkvertrages geworden ist, läßt die Bekundung des Zeugen N., erst nachträglich sei bezüglich des Anbaues ein gesonderter Auftrag erteilt worden, nach Auffassung des Senates als sehr zweifelhaft erscheinen, da in der Ausführungszeichnung der Anbau schon im einzelnen geplant worden war, wie sich das Gericht in der mündlichen Verhandlung vom 21.02.2000 vergegenwärtigen konnte. Soweit die Klägerin zur Stütze ihres Vorbringens weiter ins Felde führt, dass in dem Leistungsverzeichnis zum Hauptvertrag die einzelnen, den Scheunenanbau betreffenden und abgerechneten Leistungspositionen nicht enthalten gewesen sein sollen, so vermag dies hier nicht zu einem anderen Ergebnis führen, so dass die insoweit beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht anzuordnen war. Unabhängig davon, dass der Zeuge T. nachvollziehbar und glaubhaft dem Senat vor Augen geführt hat, dass sehr wohl Arbeiten, die den Scheunenanbau betreffen, im Leistungsverzeichnis enthalten waren, und unabhängig davon, ob die Behauptung der Beklagten, in Hinblick auf die gesonderte Beauftragung des Anbaues am 31.7.1995 sei die Geltung der Vertragspreise des Hauptwerkvertrages vereinbart gewesen, nicht im Widerspruch steht zu ihrer weiteren Behauptung, die für den Anbau der Scheune erbrachten Leistungen seien nicht im Hauptleistungsverzeichnis erwähnt, so folgt, selbst wenn letzteres zutreffen sollte, nicht zwingend hieraus, dass tatsächlich ein gesonderter Auftrag bezüglich des Scheunenanbaues erteilt worden ist. Bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Hauptvertrag handelte es sich um einen Pauschalpreisvertrag. Bei einem Pauschalpreisvertrag wird jedoch die vereinbarte Bauleistung insgesamt mit einem

pauschalen Geldbetrag abgegolten; deshalb sind grundsätzlich alle Einzelleistungen abgegolten, die zur Herstellung der vereinbarten Leistung gehören und für diese erforderlich sind (Werner/Pastor Der Bauprozess, 9. Aufl., Rdnr. 1179). In Anbetracht dessen ist es auch denkbar, dass –so wie die Klägerin behauptet- im Leistungsverzeichnis nicht alle zur Herstellung des Werkvertragserfolges erforderlichen Leistungen gerade in Hinblick darauf, dass ein Pauschalpreis vereinbart war, aufgeführt worden sind. Zwingend ist der von der Klägerin gezogene Schluss auf den behaupteten Abschluss eines gesonderten Zusatzauftrages jedenfalls dann nicht, wenn die angeblich nicht im Leistungsverzeichnis enthaltenen Positionen wertmäßig nicht wesentlich den vereinbarten Pauschalwerklohn übersteigen. Die Klägerin selbst hat jedoch bei einem unstreitig vereinbarten Pauschalpreis von netto 4.360.000,00 DM die nach ihrer Behauptung nicht im Leistungsverzeichnis enthaltenen und nach ihrer Ansicht zusätzlich zu vergüteten Leistungen -angesichts des Gesamtvolumens- mit einem geringen Betrag von nur 134.136,70 DM (=rd. 3% des Gesamtvolumens) beziffert. Bei Würdigung der Aussage des Zeugen N. gegenüber den Aussagen der anderen Zeugen und unter Berücksichtigung der übrigen, sich aus der Urkundenlage ergebenen und wiedergegebenen Widersprüche ist jedenfalls der Senat nach allem nicht mit der erforderlichen Gewissheit davon überzeugt, dass tatsächlich hier über den Scheunenbau ein gesonderter Werkvertrag vergeben worden ist, vielmehr sprechen die oben gewürdigten Umstände eher dafür, anzunehmen, dass ein solcher gesonderter Auftrag nicht erteilt worden ist. Die Klägerin ist daher als beweisfällig anzusehen, was zu ihren Lasten geht, da sie bezüglich der hier über den Pauschalwerkvertrag geltend gemachten Zusatzleistungen als beweispflichtig zu gelten hat (vgl. in diesem Zusammenhang nur Werner/Pastor aaO. Rdnr. 1180).

Die Berufung hat gleichfalls in Hinblick auf den ausgeurteilten Verzugszinsschaden –jedenfalls teilweise- Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht als Verzugsbeginn den 07.09.1996 angenommen, weil sich die Beklagte mit der Erfüllung der der Klägerin für den Scheunenumbau zustehenden Vergütung in Höhe von 229.755,07 DM aufgrund des Mahnschreibens vom 30.08.1996 gemäß § 284 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verzug befand, nachdem die in diesem Schreiben auf den 6.9.1996 gesetzte Frist fruchtlos verstrichen war. Soweit die Beklagte den ausgeurteilten Zinsfuß bestreitet, hat ihr Bestreiten teilweise Erfolg, da die Klägerin geeigneten Beweis für ihre Behauptung zur Inanspruchnahme von Bankkredit in Höhe von 10 % nicht angetreten hat. Es gilt demzufolge zwischen den Parteien § 16 Ziffer 5 Abs. 3 VOB/B, wonach eine Verzugsverzinsung von 1 % über dem jeweiligen Lombardsatz zu leisten ist. Gemäß § 352 HGB ist dabei, da ein beidseitiges Handelsgeschäft vorliegt, mindestens die gesetzliche Verzinsung von 5 % geschuldet. 31

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 91, 92, 97, 708 Nr.10, 711, 108 ZPO. 32

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 33

(= Beschwer der Klägerin) 34

134.136,70 DM 35