
Datum: 09.02.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 24/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0209.20U24.00.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 11 O 90/98

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn vom 7. Dezember 1999 - 11 O 90/98 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streitverkündeten trägt die Beklagte. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung seitens der Klägerin gegen Sicherheitsleistung von 1.350.000,00 DM abzuwenden, sofern die Klägerin vor Vollstreckung nicht Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Beklagte kann ihr obliegende Sicherheitsleistungen auch in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Sparkasse leisten.

Tatbestand:

1

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht der Fa. G. L. auf Rückzahlung von Abschlagszahlungen, hilfsweise auf Schadensersatz in Anspruch. Die Fa. G. L. schloss mit dem Eigentümer des Grundstücks B., W., G.-A.-Straße 161, H.H. einen Generalübernehmervertrag über die schlüsselfertige Erstellung eines Wohn-/Geschäftshauses auf seinem Grundstück. Die Fa. G. L. beauftragte daraufhin die Fa. Ch. & N. AG in B. durch Generalunternehmervertrag vom 21.12.1994/ 13.2.1995 und Ergänzungsvereinbarung vom 1.3./ 13.2.1995 mit den Bauleistungen für die schlüsselfertige Erstellung des Projekts zum Pauschalpreis von 5.248.941,39 DM netto (6.036.282,60 DM brutto). Gegenstand des Vertrags ist die Leistungsbeschreibung der Architekten L. und Partner. In den Generalunternehmervertrag einbezogen wurde das ihm beigefügte Verhandlungsprotokoll vom 13.12.1994 mit dem gleichfalls beigefügten Angebot der Fa. Ch.

2

& N. vom 21.11.1994, nämlich einer "Kostenzusammenstellung" für die einzelnen Titel der Leistungsbeschreibung in Höhe einer Gesamtsumme von 5.696.091,78 DM netto (6.550.505,54 DM brutto).

Anlässlich der Bewilligung öffentlicher Zuschüsse, die mit verteuernenden Auflagen verbunden waren, vereinbarten die Vertragsparteien gemäß Schreiben vom 13.8.1996 einen Nachtrag zum Pauschalpreis von 500.000,00 Dm netto (575.000,00 DM brutto), sowie einen Pauschalpreis der Gesamtbaumaßnahme von 5.748.941,39 DM netto (6.611.282,60 DM brutto).

3

Mit den Bauarbeiten wurde am 28.8.1995 begonnen. Die vereinbarte Ausführungsfrist von 13 Monaten wurde im August 1996 einvernehmlich dahingehend abgeändert, dass das Hofgebäude spätestens zum 1.2.1997 und das Vorderhaus spätestens zum 15.3.1997 fertiggestellt sein sollte. Diese Fertigstellungstermine wurden nicht eingehalten.

4

Zum 30.4.1997 übernahm die Beklagte sämtliche Aktien der Fa. Ch. & N.AG, sie bestätigte der Fa. G. L. mit Schreiben vom 12.5.1997, dass sie den Auftrag möglichst zügig beenden werde. Mit Schreiben vom 17.6.1997 setzte die Fa. G. L., anwaltlich vertreten durch die Streitverkündeten der Beklagten eine Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten bis zum 27.6.1997 und drohte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs die Auftragsentziehung an. Mit Schreiben vom 9.7. und 21.7.1997 erfolgte die fristlose Kündigung des Generalunternehmervertrags wegen unterbliebener Aufnahme der Arbeiten.

5

Die Fa. Ch. & N. bzw. die Beklagte erhielten von der Fa. G. L. Abschlagszahlungen in Höhe von 3.880.717,00 DM brutto.

6

Im Anschluss an die Kündigung ließ die Fa. G. L. den Bautenstand feststellen und auswerten.

7

Am 28.8.1997 schloss die Fa. G. L. mit der Klägerin, die bereits die haustechnischen Gewerke des Projekts geplant hatte, einen Generalunternehmervertrag. Gegenstand des Vertrags waren "Mängelbeseitigung und Restarbeiten" zur schlüsselfertigen Erstellung des Objekts. Die Arbeiten sollten möglichst durch die bisherigen Subunternehmer der Beklagten fortgesetzt werden. Am 15.12.1997 stellte die Klägerin die Arbeiten wegen angeblichen Zahlungsverzugs der Fa. G. L. ein und stellte der Fa. G. L. am 28.2.1998 für erbrachte Leistungen 2.651.658,23 DM netto (3.049.406,96 DM brutto) in Rechnung.

8

Der Bauherr H. entzog der Fa. G. L. am 1.2.1998 den Auftrag. Am 19.3.1998 schloss die Klägerin mit dem Bauherrn zur Fertigstellung des Bauwerks einen Generalunternehmervertrag zum Pauschalpreis von 2.620.000,00 DM brutto. Der Bauherr machte diese Kosten als zusätzliche Aufwendungen gegenüber der Fa. G. L. geltend und verrechnete sie mit Ansprüchen der Fa. G. L. aus dem Generalübernehmervertrag und dem Architektenvertrag.

9

Mit Vereinbarung vom 8.1.1998 trat die Fa. G. L. sämtliche Ansprüche aus dem Generalunternehmervertrag mit der Fa. Ch. & N. und der Beklagten an die Klägerin ab.

10

Die Klägerin macht im Rechtsstreit aus abgetretenem Recht der Fa. G. L. im Wege der Teilklage in Höhe von 1.000.000,00 DM einen Anspruch auf Rückzahlung zuviel gezahlter Akonto-Zahlungen geltend, den sie wie folgt beziffert:

11

Auftragssumme 6.611.282,60 DM

12

anteiliger Vergütungsanspruch der

13

Beklagten für erbrachte Leistungen 1/3 2.203.760,86 DM	14
Akonto-Zahlungen 3.880.717,00 DM	15
Überzahlung 1.676.956,40 DM	16
Hilfsweise stützt sie die Teilklage auf einen Schadensersatzanspruch der Fa. G. L. gegen die Beklagte aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB wegen Verteuerung des Objekts um 2.838.841,36 DM (2.620.000,00 DM aus dem Vertrag Klägerin/ H. und weitere 318.841,30 DM durch Vertrag Klägerin/ G. L.).	17
Mit Schriftsatz vom 16.10.1998 hat die Beklagte eine Schlussrechnung über erbrachte Teilleistungen aus dem Generalunternehmervertrag mit der fa. G. L. erstellt, die nach Abzug der Akonto-Zahlungen zu einer Restwerklohnforderung von 1.093.491,04 DM führt. Auf entsprechende Auflage des Landgerichts hat die Beklagte unter dem 30.8.1999 eine neue Schlussrechnung aufgestellt, mit der sie ihre noch offene Forderung auf 1.099.861,58 DM beziffert.	18
Die Klägerin hat behauptet, sie habe unter Berücksichtigung des Bauleistungsstands, den der Gutachter K. am 20.1.1998 festgestellt habe und der von ihr selbst bis zum 15.12.1997 gegenüber der Fa. G. L. erbrachten und in Rechnung gestellten Leistungen mindestens 2/3 der Gesamtleistungen des Generalunternehmervertrags der Fa. L. und der Beklagten bzw. der Fa. Ch. & N. erbracht. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe darzulegen und zu beweisen, dass ihr aufgrund von tatsächlich erbrachten Leistungen ein Vergütungsanspruch zustehe, der den erhaltenen Abschlagszahlungen entspreche. Die im Laufe des Rechtsstreits erteilten Schlussrechnungen seien schon nicht prüfbar.	19
Weiter hat die Klägerin behauptet, nach Übernahme der Fa. Ch. & N. habe die Beklagte am 13.5.1997 die Fertigstellung des Objekts binnen 3 Monaten zugesichert. tatsächlich sei in der Folgezeit jedoch nichts geschehen. Die Arbeiten, die sie - die Klägerin - zur Fertigstellung des Objekts erbracht habe, entsprächen den Leistungen, die die Beklagte nach dem Generalunternehmervertrag hätte erbringen müssen.	20
Wegen der erstinstanzlichen Antragstellung wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.	21
Die Beklagte hat behauptet, sie habe die in Rechnung gestellten Leistungen tatsächlich erbracht. Sie hat die Ansicht vertreten, die fristlose Kündigung der Fa. G. L. sei unwirksam. auch habe ein Kündigungsgrund nicht bestanden. Sie hat bestritten, dass die geltend gemachten Mehrkosten zur Fertigstellung des Bauvorhabens erforderlich und die Leistungen der Klägerin mit der von ihr geschuldeten identisch gewesen seien.	22
Hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt mit der in der Schlussrechnung vom 30.8.1999 ausgewiesenen Restwerklohnforderung von 1.099.861,58 DM.	23
Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	24
Mit Urteil vom 7.12.1999 hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt, an die Klägerin 1.000.000,00 DM zzgl. 8,25% Zinsen seit dem 18.7.1998 zu zahlen. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe aus abgetretenem Recht nach vorzeitiger Kündigung des Pauschalpreisvertrags der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung von Abschlagszahlungen zu. Diese habe hinreichend dargetan, dass seitens der Beklagten	25

Leistungen im Wert von allenfalls 1/3 der geschuldeten Gesamtleistungen erbracht seien. Dem Beklagten habe es obliegen, nach den Grundsätzen der höchrichterlichen Rechtsprechung zur Abrechnung von Teilleistungen beim Pauschalpreisvertrag im Einzelnen das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistung zum Pauschalpreis darzulegen. Die Beklagte habe die von ihr erbrachten Leistungen weder tatsächlich noch wertmäßig in einer prüffähigen Schlussrechnung schlüssig dargelegt. In der Schlussrechnung der Beklagten fehle hinsichtlich bei den meisten Positionen ein konkreter, nachprüfbarer Vortrag zu den erbrachten Leistungen, dazu gehöre ein Aufmaß zumindest bei nur teilweise fertiggestellten Positionen. Die Angabe von Prozentsätzen reiche nicht aus. Bei den nach Stückzahl zu erbringenden Gewerken sei genau anzugeben, wo die Teilstückzahl eingebaut worden sei. Eine eigene substantiierte, etwa durch Aufmaße unterlegte Darstellung könne die Beklagte nicht durch den Hinweis auf die nach Kündigung des Generalunternehmervertrags eingeholten Bestandsaufnahme-Gutachten vom Juli/ August 1997 ersetzen. Diese seien zum einen zur exakten Feststellung der erbrachten Leistungen zu ungenau, zum anderen sei der Klägerin auch nicht zuzumuten, durch Auswertung der Gutachten, soweit darin konkrete Angaben enthalten seien, den Leistungsstand zu ermitteln.

Gegen das ihr am 5.1.2000 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 1.2.2000 Berufung eingelegt und ihr Rechtsmittel fristgerecht begründet. 26

Die Beklagte ist der Ansicht, das Landgericht habe mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen eines freien und eines außerordentlichen Kündigungsrechts entscheidungserheblichen Sachverhalt übergangen, weil es zu der umstrittenen Frage, ob die Fa. G. L. zur außerordentlichen Kündigung des Generalunternehmervertrags berechtigt gewesen sei, keine Feststellungen getroffen habe. Bei einem freien Kündigungsrecht könne es wegen des fortbestehenden Vergütungsanspruchs nicht zu einer Überzahlung kommen. 27

Jedenfalls sei die Klage aber auch unbegründet, weil sie - die Beklagte - anhand prüffähiger Abrechnungen vom 6.12.1998 und 30.9.1999 dargelegt habe, dass ihr in Höhe der Abschlagszahlungen eine entgeltliche Vergütung zustehe. In den Abrechnungen habe sie ausgehend von der Kostenzusammenstellung zum Generalunternehmervertrag vom 21.11.1994 für jeden Titel den jeweiligen Fertigstellungsgrad ermittelt. Die Höhe der Vergütung für erbrachte Leistungen sei nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung auf der Basis der Kalkulation des dort errechneten Einheitspreises gemäß Leistungsverzeichnis errechnet. 28

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei nach höchstrichterlicher Rechtsprechung für eine prüffähige Abrechnung von teilweise fertiggestellten Leistungen ein Aufmaß nicht erforderlich. Das fehlende Aufmaß bei Teilleistungen könne jedenfalls nicht zur fehlenden Prüfbarkeit der Schlussrechnung insgesamt führen, da die nur teilweise erbrachten Positionen nach der Schlussrechnung von den vollständig erfüllten klar abgrenzbar seien. Zumindest insoweit habe das Landgericht nicht von einem Überschuss der Abschlagszahlungen ausgehen dürfen. Im übrigen richteten sich die Anforderungen an die Prüfbarkeit der Schlussrechnung nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Informationsbedürfnis des Bestellers, das bei der Klägerin gering einzuschätzen sei. Im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Fa. G. L. habe die Klägerin von den Gutachten K. und S. Kenntnis erlangt, in dem der Bautenstand festgehalten sei. Außerdem seien Gegenstand des Werkvertrags zwischen der Klägerin und der Fa. G. L. gerade die zur Fertigstellung des Objekts noch erforderlichen Leistungen. Insoweit mache sie sich hilfsweise 29

den Vortrag der Klägerin zueigen, dass die von ihr - der Beklagten - noch zu erbringenden Leistung identisch seien mit denjenigen, die die Klägerin gemäß dem Vertrag vom 18.8.1997 noch habe erbringen müssen. Eine angemessene Verteidigung gegenüber den in Rechnung gestellten Leistungen sei der Klägerin damit möglich gewesen.

Im Anschluss an die Hinweise des Senats vom 25.8.2000 behauptet die Beklagte - teilweise unter Bezugnahme auf Nachunternehmerrechnungen - Aufmaßskizzen von Nachunternehmern, eigene tabellarische Aufstellungen, die Gutachten K. und S., sowie eigene Auflistungen der Klägerin - sie habe die unter den Titeln 0 bis 33 aufgeführten Bauleistungen in dem in Rechnung gestellten Umfang erbracht. Wegen der Einzelheiten des Vorbringens wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 16.10.2000 (Bl. 390-422) Bezug genommen. 30

Sämtliche Mängel - soweit vorhanden - habe sie beseitigt, und zwar noch in diesem Jahr. 31

Die beispielsweise gerügte Isolierung der Heizleitungen im Gewerbebereich seien komplett erneuert worden. Fehlende Brandabschottungsmaßnahmen zwischen Elektroinstallationen und Sanitärleitungen in den Schächten seien komplett hergestellt. Die Verantwortlichkeit für angebliche Wasserschäden im Treppenhaus und Hinterhaus habe sie zu Recht abgelehnt. Gleiches gelte für die angeblich unzureichende Querlüftung im Gewerbebereich, die entsprechend den Architektenplänen hergestellt worden sei. 32

Der geltend gemachte Zinsanspruch bleibe bestritten. 33

Die Beklagte beantragt, 34

1. das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 35
2. hilfsweise ihr die Befugnis einzuräumen, die Vollstreckung gegen eine Sicherheitsleistung, die auch durch die Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Sparkasse erbracht werden kann, abzuwenden.

Die Klägerin und die Streitverkündeten beantragen, 36

die Berufung zurückzuweisen. 37

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie ist der Ansicht, die überreichten Abrechnungen entsprächen wegen fehlender Leistungsnachweise nicht den Anforderungen einer prüfbaren Abrechnung im Sinne des § 14 Nr. 1 S. 1 VOB. Die tatsächlichen Voraussetzungen von Ausnahmefällen, in denen die höchstrichterliche Rechtsprechung Leistungsnachweise für die Überprüfbarkeit der ermittelten Forderung für entbehrlich halte, seien im Streitfall nicht gegeben. Das Gutachten K. ermögliche keine Überprüfung der Schlussrechnung, das Gutachten treffe Feststellungen nicht zu den erbrachten Leistungen, sondern zu den nicht erbrachten. Eine gemeinsame Begehung - so behauptet die Klägerin - habe zur Feststellung des Bautenstands nicht stattgefunden. Weiter trägt sie vor, die Beklagte habe nicht gewerksbezogen, sondern aufgrund einer detaillierten Leistungsbeschreibung nach Art eines Einheitspreisvertrags kalkuliert, deswegen müsse sie auch anhand eines Aufmaßes erbrachte Leistungen nachweisen. Demgegenüber habe die Beklagte Masse- und Mengenangaben sichtlich "ins Blaue hinein" aufgestellt. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe angeblich erbrachte Massen und Mengen, die in keinem einzigen Fall durch Aufmäße unterlegt seien, hochgerechnet, um einen hohen Vergütungsanspruch zu begründen. Sie bestreitet den von der Beklagten angegebenen 38

Umfang der Bauleistungen; zum ersten Nachauftrag behauptete die Beklagte pauschal erbrachte Leistungen, ohne im einzelnen darzulegen, was sich dahinter als Leistung verberge. Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Klägerin zum Leistungsumfang wird auf den Schriftsatz vom 23.11.2000 (Bl. 435-438) verwiesen.

Die Klägerin trägt vor, soweit die Beklagte Mängelbeseitigung behauptete, betreffe dies nur sichtbare Mängel in dem immer noch nicht fertiggestellten Bereich des Erdgeschosses und 1. Obergeschosses. Die Mängel, die in den Gutachten im Jahre 1997 nach Beendigung der Arbeiten festgestellt worden seien, insbesondere Mängel im Dachbereich, Schallschutz, Mängel im Wärmeschutz der Außenfassaden und in der Statik habe die Beklagte demgegenüber nicht beseitigt. 39

Die Streitverkündeten schließen sich den Ausführungen der Klägerin an. Ergänzend bringen sie vor, der als solcher zutreffende Hinweis der Beklagten, dass jedenfalls hinsichtlich der Leistungspositionen, die nach der Schlussrechnung zu 100% erbracht seien, eine prüffähige Abrechnung vorliege, könne der Berufung im Ergebnis nicht zum Erfolg verhelfen. Die Teilsummen der angeblich zu 100% erbrachten Leistungen ergäben einen Betrag, der bereits um rund 100.000,00 DM unterhalb der unstreitig geleisteten Abschlagszahlungen von 3.880.717,00 DM angesiedelt sei. Weitere Abzüge seien vorzunehmen, und zwar in Höhe von 575.000,00 DM brutto wegen angeblich vollständig erbrachter Arbeiten im Zusammenhang mit dem ersten Nachauftrag. Insoweit sei nicht ersichtlich, welche Arbeiten in welchen Bereichen und zu welchen Einzelbeträgen in dieser Position erfasst seien. Weiter stehe die Behauptung der Beklagten, die im Titel 1.0 (Baustelleneinrichtung) angeblich zu 100% erbracht zu haben, bereits im Widerspruch zu den Ermittlungen des Sachverständigen K.. Es sei im übrigen evident, dass bei vorzeitiger Beendigung der Bautätigkeit die auf die Gesamtbauleistung bezogenen Leistungen der Baustelleneinrichtung nicht vollständig erbracht worden sein könnten. Diese Position sei zumindest um 30%, mithin um 101.980,05 DM brutto zu kürzen. 40

Die Streitverkündeten sind der Ansicht, dass Vorbringen der Beklagten sei insgesamt auch insoweit unschlüssig, weil die Beklagte trotz gerichtlicher Auflage nicht dargelegt habe, wie die einzelnen Titelpreise der Schlussrechnung zustande gekommen seien. Eine lineare Kürzung auf alle 34 Leistungstitel im Verhältnis der ursprünglichen Angebotssumme von 6.550.505,54 DM brutto zum letztendlich vereinbarten Preis von 5.900.582,60 DM scheide aus. Die Streitverkündeten behaupten, angesichts der Vielzahl der sich aus den Gutachten ergebenden Mängel sei die Behauptung der Beklagten, angeblich sämtliche Mängel beseitigt zu haben, inhaltlich falsch. 41

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien und der Streitverkündeten wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze und Anlagen ergänzend Bezug genommen. 42

Die Beklagte hat mit einem ihr nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 4.12.2000 weitere Unterlagen zu den Akten gereicht. 43

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 44

Die Berufung ist zulässig. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg. 45

Zu Unrecht wendet die Beklagte gegenüber der landgerichtlichen Entscheidung ein, die Kammer habe auch im Rahmen des Hauptanspruchs darüber entscheiden müssen, ob der Bauvertrag zwischen L. und der Beklagten durch eine außerordentliche Kündigung oder 46

durch ein freies Kündigungsrecht beendet worden sei, weil im letztgenannten Fall der vertraglich vereinbarte Vergütungsanspruch gemäß § 8 Nr. 1 VOB/B fortbestehe und deswegen für die Feststellung des anteiligen Pauschalpreises für erbrachte Leistungen kein Bedarf bestehe und es auch nicht zu einer Überzahlung durch Abschlagszahlungen kommen könne. Die Beklagte lässt außer Acht, dass sie dem Klageanspruch aus teilweise Rückzahlung der Abschlagszahlungen nicht einen Vergütungsanspruch gemäß § 8 Nr. 1 VOB entgegenhält, sondern mit den Schlussrechnungen vom 16.12.98 und 30.08.99 nur den Werklohn für tatsächlich erbrachte Leistungen beansprucht. Unter dieser Voraussetzung kommt es im Rahmen des Hauptanspruchs auf die Kündigungsgründe nicht streitentscheidend an (Düsseldorf NJW-RR 92, 1373). Im übrigen bedarf des auch für den Vergütungsanspruch gem. § 8 Nr. 1 VOB einer Feststellung des anteiligen Pauschalpreises für erbrachte Leistungen, weil sich der Auftragnehmer beim Vergütungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen ersparte Kosten und anderweitigen Erwerb anrechnen lassen muss.

Die Klägerin ist aus abgetretenem Recht der Fa. G. L. berechtigt, von der Beklagten in der geltend gemachten Höhe von 1.000.000,00 DM geleistete Abschlagszahlungen zurückzufordern. 47

Anspruchsgrundlage für das Rückzahlungsverlangen ist - wie der Bundesgerichtshof in einer neueren Entscheidung (BauR 1999, 635 = NJW 1999, 1867) klargestellt hat - die Vereinbarung von Abschlagszahlungen, die den Auftragnehmer auch ohne ausdrückliche Abrede verpflichtet, seine Leistungen abzurechnen und dem Auftraggeber überschüssige Abschlagszahlungen zurückzugewähren. 48

Die Klägerin hat mit einem berücksichtigten Leistungsanteil der Beklagten von 1/3 der Vertragsleistungen den errechneten Anspruch auf teilweise Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen von 1.676.956,14 DM hinreichend dargelegt (Bl. 94 GA). 49

Hat der Auftragnehmer - wie hier - in angemessener Frist keine Schlussrechnung vorgelegt, kann der Auftraggeber die Klage auf Zahlung des Überschusses bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen nach seinem Kenntnisstand begründen. Dabei kommen dem Auftraggeber Darlegungserleichterungen zugute, wenn die Abrechnung wegen der fehlenden Schlussrechnung des Auftragnehmers erschwert ist (BGH BauR 1999, 635, 640; KG BauR 1998, 348). Diesen Anforderungen genügt die Berechnung der Klägerin. Sie stützt sich auf das Sachverständigengutachten K. (Anlage K (d.h. von der Klägerin überreicht) 17), in dem der Anteil der per 20.1.1998 noch nicht erbrachten vertraglichen Bauleistungen der Beklagten mit ca. 27% bemessen wird. Den Wert dieses Anteils beziffert die Klägerin in Höhe der Auftragssumme von 2.620.000,00 DM, die sie am 19.März 1998 zur Fertigstellung des Bauwerks vereinbarte (Anlage K 13). Mit dem Behaupten, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe sich bei der Vereinbarung des Pauschalpreises verkalkuliert, die übliche und angemessene Pauschalvergütung habe nicht unter 8,5 Mio. DM liegen dürfen, errechnet sie aus einem Wert der Restleistungen von 2.620.000,00 DM zuzüglich der gegenüber der Fa. G. L. abgerechneten Leistungen bis zum 15.12.1997 (Rechnung vom 23.4.1998 Anlage K 14 ca. 3 Mio. DM) einen mängelfrei erbrachten Leistungsanteil der Beklagten von maximal 1/3. Die Beklagte hat die Art und Weise, in der die Klägerin die Klageforderung ermittelt hat, mit ihrem Berufungsvorbringen nicht mehr angegriffen. Sie beschränkt sich darauf, sich gegenüber der Klageforderung mit einem Werklohnanspruch gemäß der Schlussrechnung vom 30.8.1999 zu verteidigen. 50

Dem geltend gemachten Anspruch auf teilweise Rückzahlung der Abschlagszahlungen hat die Beklagte als Auftragnehmerin mit einer endgültigen, den vertraglichen Anforderungen entsprechenden Abrechnung entgegenzutreten, die - wie hier - beim VOB-Vertrag regelmäßig 51

die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung erfordert. Aus ihr muss sich ergeben, dass ihr zumindest in Höhe der erhaltenen Abschlagszahlungen eine endgültige Vergütung zusteht. Der Auftragnehmer trägt auch im Prozess des Auftraggebers auf Zahlung eines Überschusses die Darlegungslast für seinen Vergütungsanspruch, er hat nachzuweisen, dass er berechtigt ist, die Abschlagszahlungen endgültig zu behalten (BGH BauR 1999, 635, 640). Diese Voraussetzungen hat die Beklagte in mehrfacher Hinsicht nicht dargelegt.

Die Beklagte hat auch mit der vervollständigten Schlussrechnung vom 30. August 1999 von ihr erbrachte Bauleistungen nicht prüffähig abgerechnet. Sie hat nicht hinreichend dargelegt, dass sie den Pauschal festpreis, der sich zuletzt, im Anschluss an den Nachtrag gemäß dem von der Rechtsvorgängerin der Beklagten gegengezeichneten Schreiben der Fa. Ch. & N. AG vom 13. August 1996 (Anlage K 3) auf 5.748.941,93 DM netto (6.611.282,60 DM brutto) belief, in den einzelnen Titeln der Schlussrechnung ordnungsgemäß gewerks- und leistungsbezogen aufgliedert hat.

52

Dahingehende Bedenken ergeben sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht deswegen, weil Grund zu der Annahme bestehen würde, dass die Beklagte nach ihren Angaben zu 100% erbrachte Leistungen durch übersetzte Massen im Ergebnis im Verhältnis zu den ausgewiesenen Teilleistungen überhöht in Ansatz gebracht hätte. Ein dahingehender Manipulationsversuch wird eindeutig dadurch ausgeräumt, dass in der Schlussrechnung unter der Rubrik "zu erbringende Leistung" aufgeführte Endpreise der Titel 0-34 zueinander in demselben Verhältnis stehen, wie entsprechende Preise der Kostenzusammenstellung des Vertragsangebots der Beklagten vom 21. November 1994, das als Anlage zum Generalunternehmervertrag vom 21.12.1994/ 13.2.1995 (Anlage K 1) genommen worden ist. Dies ergibt sich eindeutig aus einem Vergleich der 34 Titelpreise, der eine gleichmäßige Kürzung der Angebotspreise aufzeigt. Die in der Schlussrechnung ausgewiesenen Titelpreise belaufen sich einheitlich auf 90,07% der Angebotspreise. Eine entsprechende Relation ergibt sich für die Angebotssumme von 6.550.505,54 DM brutto zu dem ursprünglichen Pauschalpreis von 5.900.582,62 DM.

53

Bedenken gegen eine ordnungsgemäße Aufgliederung des zuletzt geltenden Pauschal festpreises von 6.611.282,61 DM brutto, der auch als solcher in die Schlussrechnung aufgenommen worden ist, bestehen deswegen, weil die Beklagte den Gegenstand des sogenannten "1. Zusatzauftrags" von 500.000,00 DM netto (575.000,00 DM brutto) nicht ausreichend dargelegt hat. Hierauf hat der Senat bereits in der Sitzung vom 25. August 2000 hingewiesen. Der Gesichtspunkt ist auch von der Klägerin und den Streitverkündeten in nachfolgenden Schriftsätzen (Bl. 438, 428) aufgegriffen worden. Durch die Aufgliederung des Pauschalpreises in sechs Einzelpositionen wird der Gegenstand des Nachtrags in der Schlussrechnung der Beklagten vom 30. August 1999 (S. 53) schon deswegen nicht nachvollziehbar aufgeschlüsselt, weil im Schreiben der Fa. G. L. vom 13.6.1999 ausgeführt wird, dass "zur Begleichung aller finanziellen Forderungen und Gegenforderungen aus der Kostengruppe 1-9 gemäß Schreiben vom 16. Juli 1996 eine Pauschalvergütung von 500.000,00 DM netto vereinbart" wird. Schon danach bleibt unklar, ob, gegebenenfalls welche der in Unterpositionen 0-34 der Schlussrechnung aufgeführten Leistungsbereiche von der Pauschalpreiserhöhung betroffen sind. Erfolglos hat die Beklagte demgegenüber in der mündlichen Verhandlung vom 1.12.2000 eingewandt, dass es auf eine konkrete Zuordnung zu einzelnen Titeln und Unterpositionen nicht ankommen könne, weil der Senat - wie nachfolgend noch ausgeführt wird - die Auffassung vertrete, dass zu 100% angegebene Leistungen der Schlussrechnung - wie dies für sämtliche Positionen des Nachtragsauftrags der Fall sei - keine Bedenken gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung herzuleiten seien. Die Beklagte lässt insoweit den Widerspruch zwischen

54

der Aufgliederung der Schlussrechnung und dem Inhalt des Schreibens vom 13. August 1996 unberücksichtigt; im übrigen bleibt auch unklar, welche Mehrleistungen von der Schlussrechnungsposition "IBB-Förderung" erfasst werden und ob diese eventuell in der Schlussrechnung aufgeführten Teilleistungen zuzurechnen sind, die - wie noch ausgeführt wird - wegen fehlender Aufmaße nicht prüffähig dargelegt sein können.

Die mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 4. Dezember 2000 (Bl. 442 ff.) vorgelegten Unterlagen geben keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. § 156 ZPO. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht gegeben, da die Beklagte schon in der mündlichen Verhandlung vom 25. August 2000 unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 13. August 1996 auf den unklaren Gegenstand des zusätzlichen Pauschalpreises von 500.000,00 DM netto hingewiesen worden ist. Der Senat hat der Beklagten aufgegeben zu erläutern, wie die "Titelpreise" zustande gekommen sind. Sowohl die Klägerin als auch der Streitverkündete haben die Problematik in nachfolgenden Schriftsätzen aufgegriffen. Die Beklagte hat zu alledem nicht Stellung genommen. 55

Darüber hinaus rechtfertigen die ohne jedwede Erläuterung mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2000 übermittelten Unterlagen auch keine abweichende Entscheidung. Das nunmehr vorgelegte Schreiben der Fa. Ch. & N. AG vom 16. Juli 1996 (Bl. 442), auf das im Schreiben der Fa. G. L. vom 13. August 1996 Bezug genommen wird, stützt die Bedenken des Senats. Danach waren neben den in der Schlussrechnung aufgeführten sechs Leistungspositionen drei weitere Forderungen "Mehrkosten allgemein 97.600,00 DM, Schaden Baustillstand 263.521,49 DM, Sicherung der behördlichen Schlussabnahme zum 20. Dezember 1996 390.000,00 DM" Gegenstand des Pauschalpreises. Es bleibt offen, mit welchen Teilbeträgen diese Positionen jeweils in die Pauschale von 500.000,00 DM eingeflossen sind, hinsichtlich der Position "Mehrkosten" ist insbesondere nicht festzustellen, welche Leistungen damit abgegolten werden sollen und ob darin auch Teilleistungen der Titel 0-34 erfasst werden, die in der Schlussrechnung nicht prüffähig abgerechnet werden. Die als Anlage beigefügte, nicht näher erläuterte "Aufstellung", bei der es sich um eine Aufgliederung des Pauschalpreises handeln dürfte, bleibt vor dem Hintergrund des Inhalts der Schreiben vom 13.8.1996 und 16.7.1996 unverständlich, vor allem der Abzugsposten "Mehr- und Minderkosten", für den nach dem Schreiben vom 16.7.1996 kein Anhalt besteht. Gleiches gilt für die gesondert, außerhalb der Aufgliederung aufgeführte Schadensersatzforderung, die dem Schreiben vom 13.8.1996 zufolge als eine der erwähnten 9 Kostengruppen in dem Pauschalbetrag von 500.000,00 DM enthalten sein müsste. 56

Die Beklagte hat eine die erbrachten Abschlagszahlungen überschreitende Werklohnforderung selbst dann nicht hinreichend dargetan, wenn die fehlende ordnungsgemäße Aufgliederung des Pauschalpreises außer Acht gelassen und der "1. Nachauftrag" als gesondert abrechenbare Leistung berücksichtigt wird. 57

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist unter dieser Voraussetzung jedoch in der Schlussrechnung vom 30.8.1999 der anteilige Werklohn für erbrachte Leistungen in einer Höhe prüffähig abgerechnet, der die Abschlagszahlungen deutlich übersteigt. Eine Vielzahl von Leistungspositionen ist auch ohne Aufmassunterlagen als prüffähig zu bewerten, nämlich solche, die nach Angaben der Beklagten zu 100% erbrachte Leistungen betreffen und auch diejenigen, die die Klägerin nach eigenem Kenntnisstand überprüfen kann. 58

Die Schlussrechnung vom 30.08.1999 entspricht rechnerisch den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen zur Abrechnung erbrachter Leistungen eines durch Kündigung beendeten Pauschalpreisvertrags. Danach muss der Unternehmer das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes zum 59

Pauschalpreis im einzelnen darlegen (ständige Rechtsprechung des BGH BauR 1998, 121; BauR 1999, 644 m.w.N.).

Der Generalunternehmervertrag der Firma Ch. & N. und der Firma L., aus dem die Beklagte ihre Werklohnansprüche herleitet, liegt ein nicht näher aufgegliederter Pauschalfestpreis von 5.748.941,40 DM netto (brutto 6.611.282,61 DM) zugrunde. In der Schlussrechnung vom 30.08.99 hat die Beklagte unter der Rubrik "Zu erbringende Leistung" Kalkulationsgrundlagen des Pauschalpreises offengelegt. Sie hat den Preis nach Arbeitsabschnitten/Gewerken und weiter in Einzelpositionen aufgeschlüsselt, in denen im einzelnen beschriebene Leistungen, Massen/Mengen, Einzelpreise und Gesamtpreise zugeordnet werden. Die zu den Einzelpositionen angegebene Leistungsbeschreibung ist aus vertraglich vereinbarten Leistungsverzeichnissen übernommen. Soweit dort Massen/Mengen angegeben sind (so LV Elektroinstallation Anlage K 39) werden diese als geschuldete Sollmenge übernommen. Ansonsten beruhen die Sollmengen auf eigenen Preisermittlungsgrundlagen der Beklagten. 60

In einer weiteren Rubrik "Erbrachte Leistung" wird für jede Leistungsposition die erbrachte Menge/Masse beziffert und hierfür unter Berücksichtigung des Einzelpreises ein Gesamtpreis errechnet. Darüber hinaus wird zu jeder Position der Fertigstellungsgrad als Prozentanteil der jeweiligen Solleistung angegeben, weiter wird die erbrachte Leistung als Prozentanteil des Gesamtpauschalpreises ausgewiesen. Rechnerisch ist danach die Schlussrechnung nicht zu beanstanden. 61

Darüber hinaus hat die Beklagte in ihrer Schlussrechnung vom 30.08.1999 erbrachte Leistungen in einem erheblichen Umfang von jedenfalls 3.778,419,49 DM netto = 4.335.182,41 DM brutto auch prüffähig abgerechnet. 62

Der Prüffähigkeit der Abrechnung steht insoweit nicht entgegen, dass der Schlussrechnung im wesentlichen keine Aufmassunterlagen oder sonstigen Belege beigelegt wurden. 63

Welche Anforderungen an die Darlegung im Einzelfall zu stellen sind, hängt von dem Vertrag, den seinem Abschluss, seiner Durchführung und Abwicklung zugrundeliegenden Umständen und vom Informationsbedürfnis des Bestellers ab. Prüffähig ist die Abrechnung, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Berechtigung der Forderung, gemessen an den vertraglichen Vereinbarungen zu überprüfen (BGH BauR 1999, 632, 634; BGH BauR 1999, 635, 637). 64

Aus diesen Grundsätzen lässt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht ableiten, dass die Klägerin nach ihrem Informationsstand in der Lage wäre, die Schlussrechnung insgesamt - auch ohne Aufmassunterlagen - zu prüfen. Die Schlussrechnung ist sehr detailliert. Infolgedessen vermitteln die Gutachten K. (Anlage K 37), das Bestandsaufnahmegutachten S. (Anlage K 39), das Bestandsaufnahmegutachten L. (Anlage K 40) in Verbindung mit den vertraglichen Leistungsverzeichnissen keine ausreichenden Informationen. Der Bautenstand im Juli 1997 wird in den genannten Gutachten in eine zu wenig konkretisierten Art und Weise festgehalten, worauf auch das Landgericht zu Recht hingewiesen hat. Allein der Umstand, dass die Klägerin als Generalunternehmerin das Bauvorhaben nach Beendigung der Tätigkeit der Beklagten fertiggestellt hat, kann nicht dazu führen, die Beklagte davon zu befreien angegebene Teilleistungen anhand von Aufmassunterlagen nachvollziehbar darzulegen. Die Klägerin hat die Arbeiten weit überwiegend (bis auf die Gewerke Heizung, Sanitär, Lüftung) durch Subunternehmer durchführen lassen. Es ist der Klägerin insoweit nicht zumutbar, in der Schlussrechnung zu Teilleistungen angegebene Mengen/Massen mit - etwaigen - Aufmassunterlagen und Rechnungen ihrer Subunternehmer abzugleichen. Die Rechtsprechung des 65

Bundesgerichtshofs (BauR 1999, 632, 634) steht dem nicht entgegen. Dort war die Prüfbarkeit einer Schlussrechnung zu beurteilen, die bei weitem nicht so detailliert aufgegliedert war wie hier im Streitfall. Deswegen ist die Auffassung des Bundesgerichtshofs, bei einer gemeinsamen Begehung getroffene Feststellungen sowie der insbesondere durch Fotos der Sachverständigen dokumentierte Leistungsstand vermittle ausreichende Kenntnisse über die tatsächlich erbrachten Leistungen, für den hiesigen Rechtsstreit nicht einschlägig.

Nach eigenem Kenntnisstand prüfbar ist für die Klägerin die Abrechnung der Gewerke Sanitär (Titel 30), Heizung (Titel 31) und Raumluftechnik (Titel 32). Insoweit hat die eigene Tätigkeit der Klägerin das notwendige Wissen vermittelt, um die Rechnungspositionen insgesamt zu überprüfen zu können. Die Klägerin selbst hatte schon das Leistungsverzeichnis erstellt, sie hat auch nach Beendigung der Tätigkeit der Beklagten in einem Gutachten den Leistungsstand dokumentiert und hat - was letztlich ausschlaggebend ist - die Arbeiten zunächst im Auftrag der Generalunternehmer L. und sodann im Auftrag des Eigentümers H. fertiggestellt. Nach ihrem eigenem Vortrag lag den Arbeiten der Klägerin dasselbe - von ihr selbst erstellte - Leistungsverzeichnis zugrunde, dass auch den Leistungsgegenstand der Arbeiten der Beklagten bestimmt hat. 66

Ohne Aufmassunterlagen prüfbar sind weiterhin Leistungen, die nach den Angaben der Schlussrechnung vollständig, zu 100 % erbracht wurden. 67

Aus den Besonderheiten des Pauschalpreisvertrages folgt, dass die Mengen und Massen, die im Zusammenhang mit vollständig erbrachten Einzelleistungen aufgeführt werden, zum Zweck der Abrechnung der Leistung - anders beim Einheitspreisvertrag - keines Aufmasses bedürfen. Sie sind nicht preisbildender Faktor. 68

Soweit in den Leistungsverzeichnissen zu den betreffenden Positionen keine Mengen und Massen genannt sind, sind Mengen und Massen die in der Schlussrechnung aufgeführt sind schon kein Vertragsgegenstand, sondern Preisermittlungsgrundlage. Soweit bei vollständig erbrachten Leistungen in Einzelpositionen Mengen und Massen aus dem Leistungsverzeichnis übernommen werden, sind diese nicht mehr als eine konkretisierende Leistungsbeschreibung. Der Preis steht fest. Ebenso wie die prüfbare Abrechnung eines vollständig durchgeführten Pauschalpreisvertrags kein Aufmass erfordert (Ingenstau-Korbion VOB 13. Auflage 1996 § 14 Rz. 27; § 2 Rz. 190) ist dies im Zusammenhang mit vollständig ausgeführten Einzelleistungen nicht notwendig. Die Leistungen sind durch die aus dem Leistungsverzeichnis übernommene Beschreibung hinreichend individualisiert, die Klägerin wird dadurch in die Lage versetzt, sich sachgerecht zu verteidigen und zu überprüfen, ob die Leistung vertragsgerecht erbracht ist. Soweit die Klägerin die Richtigkeit von ausgewiesenen Massen/Mengen bestreitet, betrifft der Einwand nicht die Substantiierung, sondern die tatsächliche Ausführung der Leistung. Es handelt sich nicht um eine Frage der Prüfbarkeit der Abrechnung, sondern ihrer sachlichen Berechtigung. 69

Beim Pauschalpreisvertrag kommen Mengen und Massen nur dann eine preisbildende Funktion zu, wenn Teilleistungen zu bewerten sind, wenn erbrachte und nicht erbrachte Leistungsteile voneinander abzugrenzen sind. In diesem Fall ist auch beim Pauschalpreisvertrag das Aufmass grundsätzlich erforderlich (Ingenstau-Korbion a.a.O. § 8 Rz. 158; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1373). Dementsprechend scheidet eine prüffähige Abrechnung für diejenigen Positionen der Schlussrechnung der Beklagten aus, die Teilleistungen ausweisen. 70

Unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dagegen, von anderen Positionen klar abgrenzbare Einzelleistungen aus der Schlussrechnung unbeschadet der fehlenden Prüfbarkeit anderer Positionen zur Verteidigung gegen den Abschlagsrückzahlungsanspruch zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (WM 1997, 727) kommt in Betracht, dem Werkunternehmer abgrenzbare, prüfbar berechnete und sachlich begründete oder unstreitige Einzelpositionen der Schlussrechnung insoweit zuzuerkennen, als diese Einzelpositionen die Summe der Abschlagszahlungen übersteigen. Erst recht hat dies dann zu gelten, wenn es - wie hier - nicht um die Endabrechnung eines Bauvorhabens geht, sondern die Schlussrechnung in erster Linie dazu dient, die Rückforderung von Abschlagszahlungen abzuwehren.

Nach Auffassung des Senats sind aus der Schlussrechnung neben den als vollständig erbracht angegebenen Leistungen einzelner Titel auch Einzelpositionen mit einem angegebenen Erfüllungsgrad von 100% zu berücksichtigen, soweit sie sich auf Leistungen beziehen, die von Teilleistungen abgrenzbar sind und eine selbständige Einzelleistung darstellen. 72

Danach sind folgende Rechnungspositionen als prüfbar in Ansatz zu bringen: 73

Titel 0 - Herrichten des Grundstücks 26.688,84 DM 74

Titel 1 - Baustelleneinrichtung 295.594,34 DM 75

Titel 3 - Erdarbeiten 194.814,07 DM 76

Titel 4 - Verbauarbeiten 62.071,80 DM 77

Titel 5 - Wasserhaltungsarbeiten 53.141,73 DM 78

Titel 6 - Dränarbeiten 7.560,95 DM 79

Titel 7 - Maurerarbeiten Positionen 80

1, 2, 3, 5, 6, 7, 9 77.668,90 DM 81

Titel 8 - Beton- und Stahlbetonarbeiten 1.168.155,97 DM 82

Titel 11 - Zimmer- und Holzbauarbeiten 65.346,84 DM 83

Titel 12 - Abdichtungsarbeiten 13.947,72 DM 84

85

Titel 13 - Dachdeckungs- und Abdichtungs- 86

87

arbeiten Positionen 2, 4, 5 113.984,00 DM 88

Titel 14 - Klempnerarbeiten Position 1 6.796,95 DM 89

90

91

Titel 15 - Putz- und Stuckarbeiten	92
Position 5 (abgrenzbar von	93
	94
Teilleistungen, da Außenwand) 97.855,54 DM	95
Titel 16 - Fliesen- und Plattenarbeiten	96
Position 5 1.765,46 DM	97
Titel 17 - Estricharbeiten Position 1 13.256,73 DM	98
Titel 18 - Gussasphaltarbeiten	99
Positionen 1, 2, 4 16.824,77 DM	100
Titel 19 - Tischlerarbeiten	101
Positionen 6, 8 76.076,21 DM	102
Titel 20 - Akustik- und Trockenbau-	103
arbeiten Position 4 2.796,97 DM	104
Titel 21 - Metallbauarbeiten	105
Positionen 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 287.234,45 DM	106
Titel 22 - Schlosserarbeiten	107
Positionen 3, 4, 5 103.923,92 DM	108
Titel 23 - Türen und Tore Position 1 7.874,78 DM	109
Titel 28 - Aufzugsanlage Position 1 86.319,61 DM	110
Die in Höhe von 95 % des Einheits-	111
preises abgerechnete Position Auf-	112
zugsanlage ist prüfbar. Die Par-	113
teien streiten nur über den Umfang	114
der Fertigstellung (Bl. 235, 248).	115
Der Streit betrifft nicht die Prüf-	116
barkeit, sondern das Ergebnis einer	117
erfolgten Prüfung.	118
	119

Titel 30 - Sanitäre Installation 173.774,72 DM	
Titel 31 - Heizungsinstallation 141.172,80 DM	120
Titel 32 - Raumluftechnik 22.613,60 DM	121
Titel 33 - Elektroinstallation	122
Positionen 3, 7, 9 43.157,82 DM	123
Titel 35 - Technische Planung 118.000,00 DM	124
Erster Nachauftrag 500.000,00 DM	125
3.778.419,49 DM	126
15% MwSt 556.762,92 DM	127
4.335.182,41 DM	128
Da die Gesamtsumme der zu 100% abgerechneten oder aus sonstigen - oben ausgeführten - Gründen prüffähig abgerechneten Leistungen die erbrachten Abschlagszahlungen bereits bei weitem übersteigt, kann dahinstehen, ob die Beklagte hinsichtlich vereinzelter Teilleistungs-Positionen im Laufe des Rechtsstreits durch Vorlage von Aufmassunterlagen oder Aufstellungen auch insoweit die Prüffähigkeit von in Rechnung gestellten Leistungen herbeigeführt hat.	129
Trotz prüffähiger Abrechnung der aufgeführten Leistungen ist schon nach eigenem Vortrag der Beklagten nicht festzustellen, dass ihr ein weitergehender Werklohnanspruch zusteht, als er von der Klägerin in Höhe von 1/3 der Auftragssumme zugestanden wird.	130
Im Rahmen der schlüssigen Darlegung des Vergütungsanspruchs für erbrachte Leistungen hat der Unternehmer darzulegen und zu beweisen, dass seine Leistung mangelfrei erbracht ist (Palandt-Sprau 60. Auflage § 649 Rz. 6 m.w.N.). Eine Abnahme der Bauleistungen, die zur Umkehr der Darlegungs- und Beweislast führen würde, ist unstreitig nicht erfolgt.	131
Die Beklagte ist ihrer Darlegungspflicht für die mangelfreie Ausführung der Bauleistungen auch mit ihrem ergänzenden Vorbringen im Anschluss an einen Hinweis des Senats vom 25.August 2000 nicht annähernd nachgekommen. Ihre beispielhaft benannten Mangelbeseitigungsarbeiten (Bl. 399f.) geben nicht zu erkennen, dass sie den in Betracht kommenden Mangelbeseitigungspflichten nachgekommen wäre. Ihre pauschale Behauptung, sämtliche Mängel - soweit vorhanden - beseitigt zu haben, reicht nicht aus. Nach dem Sach- und Streitstand bestehen konkrete Anhaltspunkte, denen zufolge die Beklagte das unfertige Bauobjekt nach der Kündigung im Juli 1997 mit zahlreichen Baumängeln behaftet zurückgelassen hat. Nach der Kündigung des Bauvertrags sind zum Zustand des Objekts eine Reihe von Gutachten und sachverständigen Stellungnahmen eingeholt worden, in denen eine Vielzahl von Baumängeln festgehalten sind. Gleiches gilt für das schriftliche Ergebnis einer Bestandsaufnahme vom 29.Juli 1997, das von der Fa. G. L. im Anschluss an eine Begehung der Baustelle gefertigt worden ist, die im Beisein von Vertretern der Parteien stattfand. Nach den Feststellungen der Gutachter bzw. der Fa. L. ergeben sich für alle Leistungsbereiche, die von der Schlussrechnung erfasst werden, Mängel. Neben dem Bestandsaufnahmeprotokoll der Fa. L. ist zu verweisen auf die Gutachten K. (Anlage K 37), W. (HSL Anlage K 38), S. (Elektroarbeiten Anlage K 39) sowie auf die weiterführenden	132

Detailgutachten B. (betreffend die Standsicherheit der Dächer, Anlage K 19), Z. (betreffend die Holz-Dachkonstruktion Anlage K 21), M. (betreffend den Schallschutz Anlage K 20a, 20b), B. (betreffend Trockenbauarbeiten Anlage K 22). Der Senat hat im Rahmen seines Hinweises auf fehlenden Vortrag zur Mangelfreiheit der Bauleistungen ausdrücklich auf die vorliegenden Gutachten Bezug genommen. Vor diesem Hintergrund hätte es der Beklagten oblegen, entweder darzulegen, dass die aufgeführten Mängel tatsächlich nicht vorhanden waren oder seitens der Beklagten beseitigt wurden oder aber, dass auch unter Berücksichtigung von notwendigen Mangelbhebungsmaßnahmen noch ein Werklohnanspruch zu ihren Gunsten verbleibt, der 1/3 der Auftragssumme übersteigt.

Die Beklagte ist seitens der Fa. G. L. durch Schreiben vom 21.8.1997 (Anlage K 44) unter 133
Bezugnahme auf die ihr mit Schreiben vom 21.8.1997 (Anlage K 43) u.a. übermittelten
Gutachten K., W., S. und auf die übersandte Bestandsaufnahme der Fa. L. zur
Mängelbeseitigung aufgefordert worden. Dementsprechend ist es unrichtig, wenn die
Beklagte in erster Instanz vorgebracht hat, im Anschluss an die Kündigung sei ihr keine
Gelegenheit zur Mängelbeseitigung gegeben worden. Die erstinstanzlichen Ausführungen der
Beklagten (Bl.135) zu Mängelbeseitigungsarbeiten, die im Anschluss an eine gerichtliche
Auflage erfolgten (Bl.109 R) geben nicht zu erkennen, dass Mängel nennenswerten Umfangs
behooben worden wären.

Die somit begründete Klageforderung ist im zuerkannten Umfang zu verzinsen. Der 134
entsprechende Anspruch wird belegt durch eine Bescheinigung der D. Bank AG vom
1.9.1998 (Anlage K 18). Danach nimmt die Klägerin ständig Kredit in Höhe von 1 Mio. DM in
Anspruch, den sie im Kontokorrent seit dem 1. 1.1996 mit 8,25% p.a. zu verzinsen hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige 135
Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 18, 711 ZPO.

Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer der Beklagten: 1.000.000,00 DM 136