
Datum: 08.10.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 67/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:1008.24U67.02.00

Vorinstanz: Amtsgericht Köln, 87 O 10/00

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln - 7. Kammer für Handelssachen - vom 26.02.2002 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 02.04.2002 - 87 O 10/00 - wird zurückgewiesen. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten. 3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn die Klägerin nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheit kann auch durch Bürgschaft einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse oder deutschen Großbank geleistet werden.

Gründe

I.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Mit der Berufung verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Im einzelnen rügen sie folgendes:

1. Gewerk Metallbauarbeiten (Schlussrechnung Nr. 7537 vom 12.07.1999, Blatt 34 ff. d. A.)

Das Landgericht habe zu Unrecht die Kürzung der für die Musterfassade in Rechnung gestellten Summe von 27.000,00 DM auf 25.245,00 DM nicht als vertragsgemäß anerkannt. Ein vereinbarter Nachlass sei auch auf etwaige Nachträge zu geben. Die Musterfassade sei, da sie nicht vom Pauschalpreis umfasst werde, als Nachtrag zu werten. Dies gelte auch für

1

2

3

4

5

die übrigen Nachtragspositionen.

Außerdem sei die Nachtragsposition 7 N 4 (Mehrpreis für das Anschluss-Alublech im 2. OG von netto 38.768,00 DM) nicht zu erstatten. Das Landgericht habe insoweit unberücksichtigt gelassen, dass es zu den Aufgaben der Klägerin gehört habe, für eine fachtechnisch ordnungsgemäße und den Regeln der Handwerkskunst angemessene Ausführung "Sorge zu tragen". Entscheidend sei jedoch, dass es die Aussage des Zeugen W. nicht hinreichend berücksichtigt habe. Dieser habe ausgeführt, dass die Zeichnung Blatt 98 d. A. eine Schnittzeichnung darstelle, aus der seiner Einschätzung nach ersichtlich sei, dass im 2. OG eine Halfenschiene nicht vorgesehen gewesen sei. Das stehe im krassen Gegensatz zu den Ausführungen des Sachverständigen S.. Der Sachverständige habe bei seiner mündlichen Anhörung ausgeführt, eine Verkleidung sei ausweislich der baulichen Situation stets erforderlich gewesen. Das ursprünglich vorgesehene Holzprofil sei eine aufwendige Konstruktion gewesen. Im Leistungsverzeichnis seien sowohl eine Verdübelung als auch eine Halfenschiene vorgesehen gewesen. Das lasse - so die Berufung - den Rückschluss zu, dass beide Varianten, nämlich die ursprüngliche Holzkonstruktion ebenso wie die ausgeführte Konstruktion, im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben worden seien. Es sei demnach kein Raum für eine gesonderte Beauftragung der Nachtragsposition gewesen. Selbst wenn man aber einen solchen Nachtragsauftrag annehme, habe die Klägerin entsprechende Minderkosten berechnen müssen. Die von ihr ausgeführte Konstruktion habe sich kostenneutral zu der im Hauptauftrag enthaltenen Holzkonstruktion verhalten. Das Landgericht habe zudem rechtsfehlerhaft angenommen, dass allein schon in dem fehlenden Widerspruch zu dem schriftlichen Nachtragsangebot vom 30.11.1998 (Blatt 43 f. d. A.), das ebenfalls die Pos. 7 N 4 enthalte, eine Bestätigung eines entsprechenden Auftrages zu sehen sei. Dem Schweigen komme nur im Rahmen eines das Verhandlungsergebnis im Grunde korrekt wiedergebenden kaufmännischen Bestätigungsschreibens Bedeutung zu. Das sei nach der Aussage des Zeugen W. nicht der Fall. Zu Unrecht habe sich das Landgericht auf die Aktennotiz des Architekten B. über die Fassadenbesprechung vom 26.8. und 2.9.1998 (Blatt 142 d. A.) gestützt. Der Inhalt des dort wiedergegebenen Gespräches sei gerade streitig gewesen, so dass eine non-liquet-Situation vorgelegen habe.

6

Zu Unrecht habe das Landgericht auch die Schuttbeseitigungskosten nicht klagemindernd berücksichtigt. Die Beklagten rügen, es habe eines richterlichen Hinweises bedurft, soweit das Landgericht ihren Vortrag für zu pauschal gehalten habe. Sie hätten die von der Klägerin verursachten Bauabfälle am 02., 07. und 13.07., am 30.09., am 13., 14. und 20.10.1998 durch die Firma F. entsorgen lassen. Die Klägerin sei mehrfach, so am 01.12.1998 und am 10.02.1999, vergeblich auf ihre Schuttbeseitigungspflicht hingewiesen worden.

7

Soweit das Landgericht die "Kostenbeteiligung von 36.037,96 DM" nicht habe nachvollziehen können, habe es sich um insgesamt 1,39 % Bauumlage gehandelt, wie das Landgericht selbst, wenn auch in anderer Höhe, in Abzug gebracht habe.

8

1. Gewerk Innenfassade (Schlussrechnung Nr. 7538 vom 12.07.1999, Blatt 49 ff. d. A.)

9

Die Beklagten meinen, dass die Schlussrechnung zum Gewerk Innenfassade nicht nachvollziehbar sei. Außerdem sei auch hier der Nachlass auf die nachträglich in Auftrag gegebenen Arbeiten zu gewähren.

10

1. Gewerk Glasbauarbeiten (Schlussrechnung Nr. 7539 vom 12.07.1999, Blatt 54 f. d. A.)

11

Bei dieser Rechnung sei auf die Nachträge ebenfalls der vereinbarte Preisnachlass zu gewähren.

1. Rechnung Nr. 7594 über Ganzglastüren (Blatt 57 d. A.)	13
Hinsichtlich dieser Rechnung bestreiten die Beklagten, dass sie einen entsprechenden Auftrag erteilt hätten. Wie sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Auftragsschreiben vom 29.06.1999 (Blatt 56 d. A.) ergebe, seien die Ganzglastüren von Herrn C., dem Vertreter des Bauherrn, in Auftrag gegeben worden. Dieser sei nicht berechtigt gewesen, für die Beklagte Verträge abzuschließen. Soweit dann ein Bestätigungsschreiben versandt worden sei, könne dies keine Einigung zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits herbeiführen.	14
5. Stundenlohnarbeiten	15
Das Urteil des Landgerichts sei in diesem Punkt nicht nachvollziehbar. Es sei Aufgabe der Klägerin, substantiiert vorzutragen, dass es sich um echte Stundenlohnarbeiten handele, nämlich um solche, die jenseits des ohnehin beauftragten Pauschalauftragsvolumen abzurechnen seien. Da dies nicht erfolgt sei, könnten sich die Beklagten hierzu nicht konkret einlassen.	16
Die Beklagten beantragen,	17
das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt worden sind, an die Klägerin 108.745,42 EUR nebst 5 % Zinsen, mindestens aber 1 % über dem jeweiligen Satz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank, seit dem 22.09.1999 und aus weiteren 40.009,90 EUR vom 22.09.1999 bis zum 02.12.1999 zu zahlen.	18
Die Klägerin beantragt,	19
die Berufung zurückzuweisen.	20
Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.	21
	22
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.	23
II.	24
Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Im einzelnen gilt folgendes:	25
1. Gewerk Metallbauarbeiten	26
a)	27
Dem Landgericht ist darin zu folgen, dass bei den in Rechnung gestellten Nachtragspositionen kein Nachlass abzurechnen ist. Hinsichtlich der Position "Musterfassade" ergibt sich dies schon daraus, dass nach dem Verhandlungsprotokoll vom 17.06.1998 (Blatt 19 d. A.), das die Klägerin nach ihrem Schreiben vom 20.07.1998 (Blatt 11 d. A.) dem unterzeichneten Vertrag über die Metallbauarbeiten beigelegt hat und das	28

unstreitig Vertragsinhalt ist, vereinbart war, dass die Musterfassade mit gesondert 27.000,00 DM vergütet werde. Der im gleichen Protokoll angegebene Nachlass von 151.967,00 DM auf den übrigen Preis umfasste den Preis für die Musterfassade mithin nicht.

Aber auch im Hinblick auf die übrigen Positionen ist kein Nachlass gerechtfertigt. Nach der von den Beklagten angeführten Rechtsprechung ist ein Nachlass auf Zusatzleistungen im Sinne von § 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderlich sind, zu gewähren. Das wird damit begründet, dass in diesem Falle der Nachlass zu den Preisermittlungsgrundlagen gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B rechne (OLG Düsseldorf BauR 1993, 479 = OLGR 1993, 118; OLG Hamm BauR 1995, 564 = NJW-RR 1995, 593 = MDR 1995, 356; zustimmend Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rdn. 1126). Ob dem zu folgen ist (ablehnend Jagenburg in: Beck'scher VOB-Kommentar, VOB Teil B § 2 Nr. 6 Rdn. 95; Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., B § 2 Rdn. 275; Kapellmann, NZBau 2000, 57, 58 f. m.w.N. in Fn. 7), bedarf keiner Entscheidung. Denn dass es sich bei den zusätzlich in Auftrag gegebenen Positionen um solche erforderlichen Zusatzleistungen gehandelt hat, ist nicht dargetan. Bei anderen Nachtragsaufträgen ist die Erstreckung von Nachlässen eine Frage der Vertragsauslegung (vgl. OLG Hamm a.a.O.; Kapellmann, a.a.O. 58). Es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass ein Nachlass auch für Nachfolgeaufträge gilt. Dies gilt nicht, wenn der Preis für die Nachträge konkret und ohne Bezug auf den Hauptauftrag kalkuliert worden ist. Eine Erstreckung des Nachlasses mag dagegen nahe liegen, wenn ein pauschaler Nachlass in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes auf die Hauptauftragssumme vereinbart worden ist. Das lässt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht feststellen. Nach den Notizen vom 02.06.1998 (Blatt 45 ff. d. A.), auf die die Klägerin in ihrem oben erwähnten Schreiben vom 20.07.1998 ebenfalls Bezug genommen hat und in denen die Preisermittlung zusammengefasst ist, wurde ein Preisnachlass auf einen Gesamtpreis von 2.407.063,00 DM in Höhe von 156.459,10 DM bzw. auf einen Gesamtpreis von 2.411.967,00 DM von 156.777,85 DM, das sind jeweils 6,5 %, gewährt. Tatsächlich wurde später ausweislich des Verhandlungsprotokolls vom 17.06.1998 auf einen Vertragspreis von 2.411.967,00 DM ein Nachlass von 151.967,00 DM angerechnet, dies sind rund 6,3 %. Auf welcher Grundlage dieser Nachlass berechnet worden ist, lässt sich nicht ersehen. Dass er nicht nur für die ursprünglich in Auftrag gegebenen Arbeiten kalkuliert worden ist, sondern nach dem Willen der Parteien auch für die weiteren Arbeiten gelten sollte, ist daher nicht feststellbar. Hinzu kommt, dass die Klägerin konkrete Nachtragsangebote abgegeben hat. Diese hat sie in ihrem Bestätigungsschreiben vom 30.11.1998, welches die Beklagten unstreitig erhalten haben, teilweise aufgeführt. Unbestritten ist jedenfalls, dass die Klägerin die Zusatzarbeiten mit konkreten Preisangaben angeboten hat. Dann wäre es Sache der Beklagten gewesen, eine Erstreckung des Nachlasses zu erwirken. Das gilt um so mehr, als die Nachlässe für die einzelnen Gewerke keineswegs einheitlich waren. So betrug der Nachlass für die Metallarbeiten rund 6,3 %, für die Innenfassade rund 3,7 % und für die Glasbauarbeiten rund 12 %. Das alles spricht dafür, dass die jeweiligen Nachlässe konkret in Bezug auf die jeweiligen Ursprungsaufträge kalkuliert worden sind und nicht auf die Nachtragsarbeiten übertragen werden können.

b) 30

Ohne Erfolg wenden sich die Beklagten auch gegen die Berücksichtigung der Nachtragsposition 7 N 4 (Mehrpreis für das Anschluss-Alublech im 2. OG). Dabei kommt es auf ihre Angriffe gegen die Feststellungen des Sachverständigen nicht an. Denn das Landgericht ist unabhängig von den Ausführungen des Sachverständigen aufgrund der Würdigung der Aussagen der Zeugen W. und R. sowie der vorgelegten Unterlagen zur Feststellung gelangt, dass diese Position zu dem in Rechnung gestellten Preis in Auftrag 31

gegeben worden ist. Seine Begründung dafür, dass der Inhalt des Bestätigungsschreibens der Klägerin vom 30.11.1998 maßgebend sei, ist tragfähig. Es ist der Aussage des Zeugen R. gefolgt, der Zeuge W. habe ihm des öfteren mündlich den Auftrag erteilt, die Anschlussfläche auszuführen, er habe das mit Schreiben vom 30.11.1998 bestätigt. Im Hinblick hierauf sowie den Aktenvermerk des Architekturbüros B. über die Fassadenbesprechungen vom 26.08. und 02.09.1998 (Blatt 142 f. d. A.) hat es die - im übrigen sehr vage - Bekundung des Zeugen W., er habe diese Position nicht mündlich in Auftrag gegeben und könne sich an den Erhalt der Auftragsbestätigung vom 30.11.1998 nicht erinnern, als nicht überzeugend angesehen. Entgegen der Auffassung der Berufung liegt damit keine "non-liquet-Situation" vor. Da keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der vom Landgericht aufgrund der Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen ersichtlich sind (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hat der Senat diese zugrunde zu legen. Damit ist davon auszugehen, dass die Pos. 7 N 4 zu einem Preis von 38.768,00 DM netto in Auftrag gegeben worden ist. Auf den Einwand der Beklagten, die Klägerin müsse sich ersparte Minderkosten für die Erstellung einer ursprünglich vorgesehenen Holz-Alu-Konstruktion anrechnen lassen, kommt es deshalb ebenfalls nicht an.

c) 32

Die Beklagten haben keinen gegen die Klageforderung aufrechenbaren Anspruch auf Ersatz von Schuttbeseitigungskosten in Höhe der gemäß den Rechnungen der Firma F. vom 10.11., 28.07. und 12.10.1998 geltend gemachten Beträge von insgesamt 5.272,20 DM (Bl. 116 i. V. m. 128 ff. d.A. = 183 ff. d. A.). Ihr Vorbringen ist auch im Berufungsverfahren völlig unsubstantiiert geblieben. Sie hätten zum einen vortragen müssen, dass die Klägerin mit ihrer Schuttbeseitigungspflicht in schadensursächlicher Weise in Verzug geraten war, und zum anderen hätten sie darlegen müssen, welcher Anteil der Kosten auf die Klägerin entfiel. An beidem fehlt es. Die Beklagten können sich auch nicht auf eine Beweislastumkehrung berufen. Die von ihnen erstinstanzlich angeführte "ergänzende Vereinbarung im Bereich Ausbau - Schutt" vom 20.07.1998 (Blatt 14 = 117 d. A.) bietet hierfür keine Grundlage. Danach sollen zwar die Auftragnehmer mit den Schuttbeseitigungskosten im Verhältnis ihrer Abrechnungssumme belastet werden können. Aber abgesehen davon, dass diese formularmäßige Vereinbarung auch im kaufmännischen Rechtsverkehr unter verschiedenen Gesichtspunkten gegen § 9 AGB-Gesetz verstoßen dürfte, setzt sie nach ihrem eigenen Wortlaut einen "Verzug" mit der Schuttbeseitigung voraus. Dass die Klägerin zu den Zeitpunkten, als die Beklagten den Schutt haben beseitigen lassen, in Verzug war, haben die Beklagten nicht dargetan. Ein Verzug setzt nach § 284 Abs. 1 BGB eine Mahnung voraus. Die vorgelegten Mahnschreiben datieren vom 01.12.1998 und 10.02.1999 (Blatt 126 f. d. A.), während die oben genannten Rechnungen der Firma F. aus einer früheren Zeit stammen. Im übrigen fehlt es an einer Darlegung, ob und wie die Kosten entsprechend der Vereinbarung vom 20.07.1998 im Verhältnis der "Abrechnungssumme auf die am Bau beteiligten Firmen" aufgeteilt worden sind.

d) 34

Unerheblich bleibt auch der Hinweis der Berufung, bei der "Kostenbeteiligung" von 36.037,96 DM, die das Landgericht nicht habe nachvollziehen können, handele es sich um insgesamt 1,39 % Bauumlage. Das Landgericht hat entsprechend der Schlussrechnung der Klägerin 1 % Umlage und 0,39 % Bauwesenversicherung in Anrechnung gebracht, dies ergibt insgesamt die von der Berufung angegebenen 1,39 %.

2. Gewerk Innenfassade 36

37

Der Einwand der Berufung, die Schlussrechnung zu diesem Gewerk sei nicht nachvollziehbar, entbehrt - sofern hierin überhaupt eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung gesehen werden kann - jeder Substanz. Der Umstand, dass die Klägerin in der Klagebegründung einige Korrekturen an der Schlussrechnung vorgenommen hat, beeinträchtigt deren Prüffähigkeit nicht. Was den Preisnachlass für die Nachtragspositionen anbelangt, so gelten die Ausführungen oben zu II. 1. a) entsprechend.

1. Gewerk Glasbauarbeiten

38

Hierzu berufen sich die Beklagten lediglich auf den angeblich vereinbarten Preisnachlass für die Nachträge. Insoweit gelten die Ausführungen oben zu II. 1. a) entsprechend.

39

1. Rechnung Nr. 7594: Ganzglastüren:

40

Soweit die Beklagten im Berufungsverfahren behaupten, diese Türen seien von dem Vertreter des Bauherrn, Herrn C., in Auftrag gegeben worden, und nunmehr bestreiten, dass sie Auftraggeber seien, handelt es sich um neues Vorbringen. Erstinstanzlich hatten sie die Beauftragung der Klägerin nicht bestritten, sondern lediglich behauptet, die Rechnung erst mit der Klageschrift erhalten zu haben. Dieser neue Vortrag ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 - 3 ZPO neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen sind, sind nicht dargetan. Insbesondere haben die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten (vgl. Zöller-Gummer, ZPO, 23. Aufl., § 531 Rdn. 34) nichts dafür vorgebracht, dass sie ihr neues Verteidigungsvorbringen im ersten Rechtszug ohne Nachlässigkeit nicht geltend gemacht haben.

41

Soweit die Beklagten weiterhin die Angemessenheit und Ortsüblichkeit des in Rechnung gestellten Werklohnes bestreiten, ist ihr Vorbringen - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - unsubstantiiert. Unstreitig ist den Beklagten die an sie unter der Anschrift "A. Rathaus H. E. GmbH und Co. KG zu Händen Herrn C./W." gerichtete Auftragsbestätigung vom 29.06.1999 (Bl. 56 d.A.) zugegangen, ohne dass sie diese Position beanstandet hätten. In Anbetracht dessen hätte es einer konkreten Darlegung bedurft, weshalb der in der Auftragsbestätigung angeführte und später in Rechnung gestellte Preis nicht vertraglich vereinbart worden ist. Die Beklagten durften sich nicht auf ein pauschales Bestreiten beschränken.

42

1. Stundenlohnarbeiten

43

Auch in diesem Punkt hat das Landgericht der Klage zu Recht stattgegeben. Erstinstanzlich hatten sich die Beklagten dahin eingelassen, die jeweiligen Rechnungen seien in die Prüfung der Schlussrechnung einbezogen und bezahlt worden, ohne dies jedoch - worauf das Landgericht zutreffend hinweist - näher zu erläutern. Dazu waren sie gehalten, zumal den Schlussrechnungen Baustellen- Tagesberichte beigelegt waren (vgl. Blatt 58 - 72 d. A.). Dagegen sind die Beklagten selbst davon ausgegangen, dass die Stundenlohnarbeiten gesondert zu vergüten sind (vgl. Schriftsatz vom 15.03.2000, S. 5 und 6 = Blatt 91 und 92 d. A.; von den Beklagten korrigierte Schlussrechnung vom 12.07.1999, Blatt 110 d. A.). Ihr jetziges Bestreiten, dass es sich um gesondert beauftragte Stundenlohnarbeiten handele, ist insoweit unsubstantiiert und außerdem - da die Voraussetzungen für die Berücksichtigung neuen Vorbringens nicht dargetan sind - nach § 531 ZPO verspätet.

44

III.

45

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	46
Die Revision wird nicht zugelassen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 1 und 2 ZPO).	47
Berufungsstreitwert und Beschwer der Beklagten: 108.745,42 EUR	48
