
Datum: 19.09.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 63/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:0919.22U63.06.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn vom 16.3.2006 - 12 O 104/04 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, sofern nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Oberlandesgericht Köln

1

Im Namen des Volkes

Urteil

2

In dem Rechtsstreit

3

hat der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

4

auf die mündliche Verhandlung vom 29.8.2006

5

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Q., den Richter am Oberlandesgericht B. sowie die Richterin am Amtsgericht X.	6
für R e c h t erkannt:	7
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn vom 16.3.2006 - 12 O 104/04 - wird zurückgewiesen.	8
Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.	9
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.	10
Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, sofern nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.	11
Die Revision wird nicht zugelassen.	12
<u>Gründe:</u>	13
I.	14
Die Parteien streiten um Restwerklohn für die Lieferung und Montage von Deckensystemen sowie um Mängelbeseitigungskosten.	15
Die Klägerin hatte am 31.5.2002 ein mit Einheitspreisen versehenes Angebot für das Gewerk Deckensysteme im Bauvorhaben O. der Beklagten abgegeben. Am 5.6.2002 schlossen die Parteien schriftlich einen Bauvertrag über die Decken von 14 Geschossen mit einem Gesamtbetrag von 9.813,40 € je Geschoss, woraus sich die Auftragssumme von insgesamt 137.387,60 € ergab. Später wurde die Beklagte mündlich auch mit den Decken der 3 weiteren Geschosse beauftragt.	16
Nach Beendigung der Arbeiten erteilte die Klägerin unter dem 31.12.2002 zwei Schlussrechnungen jeweils pauschal über Material und Montage unter Abzug der Abschlagszahlungen. Die Beklagte reagierte hierauf mit Schreiben vom 14.4.2003, in dem sie der Summe beider Rechnungen von 58.718, 19 € Mängelbeseitigungsansprüche entgegensetzte.	17
Die Rechnungssumme ist Gegenstand der Klage geworden.	18
Die Beklagte hat geltend gemacht, dass die Rechnungen nicht prüfbar seien, weil sie keine Abrechnung nach Einheitspreisen und Aufmaß enthielten. Gemäß Prüfung der Beklagten liege bereits eine Überzahlung vor.	19
Sie hat deshalb Widerklage erhoben, mit der sie eine Überzahlung u. a. wegen einer geltend gemachten Vertragsstrafe sowie Mängelbeseitigungskosten und Kosten eines Wachdienstes, insgesamt 84.133,09 € begehrt.	20
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen im landgerichtlichen Urteil Bezug genommen.	21
Das Landgericht hat nach Zeugenvernehmung und Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen W. mit mündlicher Anhörung des Sachverständigen im Haupttermin von der Klage Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 39.426,79 € abgezogen und die	22

Klage in Höhe der verbleibenden 19.291,40 € zugesprochen und die Widerklage insgesamt abgewiesen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird ebenfalls auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil des Landgerichts verwiesen.	
Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, mit der sie vollständige Klageabweisung begehrt und ihre Widerklage in voller Höhe weiterverfolgt.	23
Die Beklagte wiederholt im wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag und trägt weiter vor:	24
Ein Werklohnanspruch sei mangels prüffähiger Schlussrechnung nicht fällig. Entgegen den Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil hätten die Parteien keinen Pauschalpreis in Höhe von 9.813,40 € je Geschoss vereinbart. Der im Vertrag genannte Preis setze sich aus verschiedenen Einzelpositionen zusammen und sei aus Mengen, Massen und Einheitspreisen ermittelt. Auch die Klägerin sei nicht von einem Pauschalpreis ausgegangen. Diese habe vielmehr die Summe aus den beiden Rechnungen vom 31.12.2002 einschließlich vermeintlicher Nachträge eingeklagt.	25
Die Beklagte beantragt,	26
das Urteil des Landgerichts Bonn vom 16.3.2006 – 12 O 104/04 – teilweise abzuändern und	27
• 1. die Klage in vollem Umfang abzuweisen,	28
• 2. die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, an die Beklagte 84.133,09 €	30
nebst 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.1.2006 zu zahlen.	31
Die Klägerin beantragt,	32
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	33
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Ergänzend stellt sie darauf ab, dass zwischen den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Einigkeit darüber bestanden habe, dass pro Geschoss eine Vergütung von 9.813,40 € pauschal gezahlt werden sollte. Eine Vertragsstrafe sei bereits deshalb nicht verwirkt, weil durch die nachträgliche Beauftragung mit den Decken für 3 weitere Geschosse ein fester Fertigstellungstermin nicht mehr vereinbart gewesen sei.	34
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der zu der Akte gereichten Schriftsätze und Urkunden Bezug genommen.	35
II.	36
Die zulässige Berufung ist nicht begründet.	37
Das Landgericht hat der Klage zu Recht in Höhe von 19.241, 40 € stattgegeben und die Widerklage insgesamt abgewiesen.	38
A) Klage	39
Die Klägerin hat – wie erstinstanzlich zugesprochen – einen Restwerklohnanspruch in Höhe von 19.291, 40 €. Dieser Anspruch findet seine rechtliche Grundlage in dem Bauvertrag, in	40

dem die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben.

- 1.) 41
- Der Senat geht entgegen dem Vorbringen der Beklagten in ihrer Berufung davon aus, dass die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht einen Pauschalpreis in Höhe von 9.831,40 € pro Geschoss unstreitig gestellt haben. Im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils findet sich die entsprechende Feststellung. Gemäß § 314 ZPO kann die Beweiskraft des Tatbestands nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden. 42
- Anderslautende Erklärungen der Parteien finden sich im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21.2.2006 (Bl. 299 ff d.A.) nicht. Die Beklagte hat auch keinen Tatbestandsberichtigungsantrag innerhalb der 2-Wochenfrist des § 320 Abs. 1 ZPO gestellt. Ein solcher Berichtigungsantrag ist auch im Fall von nicht protokollierten, aber in den Tatbestand aufgenommenen Vorgängen nach § 320 ZPO statthaft (Stein-Jonas, ZPO, 21. Auflage, Tübingen 1998, § 320 Rz 3; Zöller-Vollkommer, 25. Aufl., Köln 2005, § 320 Rz 4). 43
- Nach § 529 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO sind der Berufungsentscheidung die im ersten Rechtszug festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, sofern keine konkreten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen ergeben sich hier nicht, da die im Tatbestand des angefochtenen Urteils enthaltene Feststellung der unstreitig gewordenen Pauschalpreisabrede eindeutig ist. 44
- Es ist deshalb von einem Pauschalpreis in Höhe von 9.813,40 € pro Geschoss auszugehen. Die Gesamtauftragssumme belief sich damit auf $17 \times 9.813,40 \text{ €} = 166.827,80 \text{ €}$. 45
- Dass die Klägerin insgesamt nur 157.483,90 € als Gesamtwerklohn verlangt hat, steht der Schlüssigkeit des Werklohnanspruchs nicht entgegen. Die Klägerin sieht von einer weitergehenden Werklohnforderung ab, was sich aus ihrem gesamten vorgerichtlichen und prozessualen Verhalten ergibt. 46
- Einer Prüfung, wie vom Landgericht vorgenommen, ob die Beklagte mit Schreiben vom 14.3.2003 die Forderungshöhe anerkannt hat, bedarf es bei dieser Sachlage nicht. 47
- 2.) 48
- Der Werklohnanspruch ist auch fällig. Grundsätzlich wird der Werklohn bei einem VOB/B-Vertrag fällig, wenn das Werk abgenommen ist und die Voraussetzungen des § 16 Nr. 3 VOB/B gegeben sind (BGH, NJW-RR 1999, 1180). 49
- a) 50
- Dass die in Ziff. 5 des Vertrags vereinbarte förmliche Abnahme nicht durchgeführt worden ist, steht der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs im vorliegenden Fall nicht entgegen. Diese war im Hinblick auf die Kündigung der Beklagten entbehrlich. Die Beklagte hat den Bauvertrag wirksam mit Schreiben vom 9.1.2006 gekündigt. Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B ist eine Kündigung des Vertrags bis zur Vollendung der Leistung jederzeit möglich. Im Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens waren die Bauleistungen noch nicht vollendet, da die Beklagte ihrer Pflicht zur Beseitigung der im Gutachten des Sachverständigen W. aufgezeigten Mängel noch nicht nachgekommen war. 51

Einer Abnahme bedurfte es auch nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.5.2006 (NJW 2006, 2475) nicht, mit dem dieser unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung eine Fälligkeit des Werklohns bei gekündigtem Werkvertrag nunmehr grundsätzlich von dem Vorliegen einer Abnahme abhängig gemacht hat. Auch nach dieser Entscheidung ist eine Abnahme ausnahmsweise entbehrlich, wenn nicht mehr die Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung oder Schadensersatz verlangt wird oder die Abnahme des Werkes ernsthaft und endgültig abgelehnt wurde.

So liegen die Dinge im vorliegenden Fall:

53

Spätestens mit der Erhebung der Widerklage hat die Beklagte eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht mehr die Erfüllung des Vertrags, sondern Schadensersatz begehrt. Einer Abnahme bedurfte es zur Begründung der Fälligkeit mithin nicht mehr. Deshalb bedarf es auch keiner Entscheidung, ob durch die Benutzung des Gebäudes von einer sog. fiktiven Abnahme auszugehen ist.

54

b)

55

Die Klägerin hat auch prüfbar im Sinne von § 14 Nr. 1 VOB/B abgerechnet.

56

Der Einwand der Beklagten, es liege keine prüfbare Schlussrechnung vor, da die Klägerin kein Aufmaß vorgelegt habe und nicht nach Einheitspreisen, Massen und Mengen abrechne, greift nicht durch. Zwar bedarf es grundsätzlich auch bei vorzeitiger Beendigung eines VOB/B-Vertrags zur Fälligkeit der Vergütung für die erbrachten Leistungen der Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Auflage Rz 1301). Beim Pauschalpreisvertrag ist jedoch nur die Endsumme im Rahmen der Schlussrechnung zu kennzeichnen (Werner/Pastor, aaO, Rz 1391). Der Umstand, dass die Klägerin 2 Rechnungen, aufgeteilt in Arbeitslohn und Materialkosten, erteilt hat, ist unschädlich, da sich zweifelsfrei die Gesamtsumme durch Addition der beiden Rechnungsbeträge ergibt.

57

3.)

58

Ausgehend von der Rechnungsendsumme unter Berücksichtigung der unstreitig gezahlten Abschläge ist ein Vergütungsanspruch in Höhe der Klagesumme (58.718,19 €) anzusetzen.

59

Nach Kündigung des Werkvertrags ist jedoch eine Gesamtabrechnung des Werklohns unter Verrechnung von Gegenansprüchen vorzunehmen. Dem Werklohnanspruch der Klägerin steht hier ein Schadensersatzanspruch der Beklagten in Höhe von 39.426,79 € entgegen, so dass der Klägerin insgesamt lediglich 19.291, 40 € zustehen, wie vom Landgericht zugesprochen. Allerdings handelt es sich hierbei um eine Aufrechnungslage, wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23.06.2005 (NJW 2005, 2771) klargestellt hat, so dass auch eine Aufrechnungserklärung erforderlich ist. Im vorliegenden Fall kann von einer konkludent erklärten Hilfsaufrechnung ausgegangen werden, da die Beklagte, nachdem in der mündlichen Verhandlung die Pauschalpreisvereinbarung unstreitig geworden war, ihren Klageabweisungsantrag in vollem Umfang aufrechterhalten hat, woraus sich ergibt, dass sie einem danach eventuell fälligen restlichen Pauschalpreisanspruch in jedem Fall zumindest ihre Gegenforderung auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten entgegenhalten wollte.

60

Im einzelnen:

61

62

a)

Die Beklagte hat einen Anspruch auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Mängelbeseitigungskosten können als Schadensersatz nach § 13 Nr. 7 VOB/B geltend gemacht werden (BGH, NJW 1980, 1952; NJW 1982, 1524; Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Auflage § 13 Nr. 5 VOB/B Rz 98) 63

Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber nach § 13 Nr. 5 VOB/B die Beseitigung der Baumängel mit Fristsetzung verlangt hat. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 9.12.2005 eine Frist zur Beseitigung bis zum 7.1.2006 gesetzt. Diese vierwöchige Frist ist auch angesichts der Weihnachtsfeiertage nicht unangemessen. Zudem hatte die Beklagte der Klägerin bereits mit Schreiben vom 14.11.2002, 15.11.2002, 21.11.2002 und Schreiben vom 26.11.2002 (Bl. 161 - 164 d.A.) jeweils für Nachbesserungsarbeiten bezogen auf einzelne ausdrücklich benannte Etagen eine Nachfrist gesetzt. 64

b) 65

Die Werkleistung der Klägerin war auch mangelhaft. 66

Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil Bezug genommen werden. Wie der Sachverständige W. in seinem Gutachten überzeugend ausgeführt hat, weisen die Deckensysteme erhebliche Mängel auf, die entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht lediglich optische Beeinträchtigungen darstellen. So hat der Sachverständige ausgeführt, dass die seitlichen Auflagerungen aufgrund der eiförmigen Nachformung nicht mehr sicher aufliegen (Bl. 4 des Gutachtens). Weiter hat er festgestellt, dass Niederhaltefedern fehlen und auch dadurch die Decken ebenfalls nicht sicher und fest aufliegen (Bl. 6 des Gutachtens). Die Verformungen der rechteckigen Elemente auf die eiförmige Form des Grundrisses der Geschosse hat zudem auch eklatante optische Beeinträchtigungen hervorgerufen. Drohen Deckenelemente herunterzufallen, ist jedenfalls die Grenze zu einem Mangel, der die Tauglichkeit des Werks zum üblichen Gebrauch beeinträchtigt, überschritten. 67

aa) 68

Nach dem Gutachten W. fallen für das Nacharbeiten der Decken 755 Arbeitsstunden an. Für diese Arbeiten hat das Landgericht zu recht 44,13 € netto als Stundenlohn angesetzt. Soweit die Klägerin die Angemessenheit des Stundenlohns bestreitet und einen Stundensatz von 33 € für erreichbar hält (Bl. 419 f d.A.), kann dem nicht gefolgt werden. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen W. werden Drittfirmen diese Nachbesserungen nicht zu einem solchen Preis durchführen. 69

Einen um Feiertag- bzw. Nachtzuschläge auf 58,84 € erhöhten Stundenlohn kann die Beklagte demgegenüber nicht verlangen. Es ist nicht nachvollziehbar, dass die Mängelbeseitigungsarbeiten ausschließlich außerhalb der Bürozeiten durchgeführt werden können, da die Deckensysteme im Bereich von Fluren montiert worden sind und nur in wenigen Etagen Großraumbüros unter den Deckensystemen eingerichtet sind. Der Sachverständige W. hat im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens (Bl. 302 f d.A.) ausgeführt, dass die Arbeiten in der Regel so durchgeführt werden können, dass eine nennenswerte Störung der Mieter nicht vorkommen werde und keine sicherheitsrelevanten Nachteile zu erwarten seien. Bei den Großraumbüros sei eine Beeinträchtigung von 1 – 2 Stunden durch Abnehmen und Neumontage der Deckenplatten zu erwarten, während der 70

größte Teil der Nachbesserungsarbeiten nicht vor Ort ausgeführt werden müsse. Eine so kurzfristige Beeinträchtigung haben die Mieter der Büros – auch im Interesse ihrer eigenen Sicherheit - jedoch hinzunehmen, ohne dass dadurch die Durchführung der Arbeiten außerhalb der üblichen Arbeitszeit zwingend geboten ist.

bb) 71

Aus den gleichen Gründen kann die Beklagte auch nicht Kosten für Wachpersonal verlangen. Da die Arbeiten während der Bürozeiten durchgeführt werden können, ist die Bewachung der Büros durch eine externe Wachfirma nicht erforderlich. 72

Die Lohnkosten für die Mängelbeseitigung belaufen sich auf $755 \text{ h} \times 44,13 \text{ €/h} = 33.318,15 \text{ €}$. 73

cc) 74

Entgegen der Ansicht der Beklagten hat das Landgericht zu recht davon einen Abzug in Höhe von 25% vorgenommen. Dies ergibt sich daraus, dass der Sachverständige W. in seinem Gutachten zu der Feststellung gelangt ist, dass im Vorgewerk (Trockenbau bzw. Verputzen) teilweise Abweichungen von den nach DIN 18202 erlaubten Schwankungen von +/- 12 mm beim lichten Abstand zwischen 2 Wandflächen auf 3 m Flurbreite anzutreffen sind, und zwar in einer Größenordnung von 25% der von dem Sachverständigen stichprobenartig durchgeführten Messungen (Bl. 6 und 7 des Gutachtens). Diese Schwankungen liegen im Verantwortungsbereich der Beklagten. Denn die Klägerin war nicht verpflichtet, vor Beginn ihrer Arbeiten ein eigenes Aufmaß zu erstellen und eigene Ausführungspläne zu fertigen. Dies ergibt sich daraus, dass die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 15.7.2002 und 17.7.2002 (Bl. 241, 242 d.A.) Ausführungspläne, die auf den 12.7.2002 datieren, übersandt hat. Die Klägerin durfte angesichts des kurzen Zeitraums zwischen dem Erstellen der Pläne und deren Übersendung davon ausgehen, dass diese nach dem zeitnahen Aufmaß die aktuelle Situation wiedergeben. 75

Die Klägerin hat zudem diese Behinderung auch rechtzeitig und schriftlich der Beklagten angezeigt. Der Zeuge L. hat ausgesagt (Bl. 307 d.A.), dass der Bauleitung Behinderungsanzeigen wie bspw. der Regie – Rapport vom 16.7.2002 Bl. 243 d. A. vorgelegt worden seien, diese eine Unterschriftsleistung jedoch verweigert habe. Diese Bekundungen sind glaubhaft. Es ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass der vorgelegte Rapportzettel erst nachträglich gefertigt worden ist. Zudem lagen, wie der Sachverständige W. festgestellt hat, unzulässige Schwankungen in den Maßen der Vorgewerke vor, die eine zügige Montage verhinderten. Der Rapportzettel war danach inhaltlich richtig. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Behinderungsanzeige auch vorgelegt worden ist. Einen Gegenbeweis durch Vernehmung des damals zuständigen Bauleiters hat die Beklagte nicht angetreten. 76

Mit dem Landgericht sind daher von den Arbeitskosten für die Mängelbeseitigung in Höhe von 33.318,15 € 25% abzuziehen, so dass Lohnkosten von 24.988,61 € verbleiben. 77

dd) 78

Hinzukommen Materialkosten in Höhe von 9.000 €, die das Landgericht in voller Höhe angesetzt hat. Ob auch auf die Materialkosten ein Abzug von 25 % vorzunehmen ist, kann dahinstehen, da die Beklagte insoweit durch das Urteil des Landgerichts nicht beschwert ist. 79

Der erstattungsfähige Mängelbeseitigungsaufwand errechnet sich wie folgt: 80

24.988, 61 € (75 % des Montageaufwands) 81

9.000, 00 € (Material)	82
33.988, 61 € (Nettosumme)	83
5.438, 18 € (MWSt)	84
39.426, 79 €	85
Der Restwerklohn errechnet sich demnach auf:	86
58.718, 19 €	87
- 39.426, 79 €	88
	89
19. 291, 40 € .	90
5.	91
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 286 BGB. Wegen der Begründung kann auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen werden.	92

B) Widerklage

Die Widerklage ist demgegenüber nicht begründet.	93
Die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche bestehen nicht oder sind bzgl. der Mängelbeseitigungskosten durch Verrechnung mit der eingeklagten Werklohnforderung untergegangen und können nicht mehr Gegenstand einer Widerklage sein.	94
1.)	95
Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Rückzahlung einer vermeintlichen Überzahlung in Höhe von 14.293,41 €, die auf einer geltend gemachten Vertragsstrafe und auf weiteren offenen Ansprüchen aus dem Bauvertrag beruhen soll.	96
Im einzelnen:	97
a)	98
Eine Vertragsstrafe gemäß Ziff. 7 des Bauvertrags steht der Beklagten nicht zu. Dahinstehen kann, ob die Beklagte sich die Vertragsstrafe rechtzeitig vorbehalten hat. Denn der in Ziff. 3 des Vertrags vereinbarte Fertigstellungstermin am 31.7.2002 galt nur bezüglich der ursprünglich beauftragten 14 Geschosse. Nach Erweiterung des Auftrags um die Deckenmontage in den Etagen 1, 16 und 17 war der v.g. Fertigstellungstermin als Termin für die gesamte Fertigstellung hinfällig. Dass die Parteien einen neuen verbindlichen Termin für die Fertigstellung vereinbart haben, trägt die Beklagte nicht vor. Wegen einer verspäteten Fertigstellung des Gesamtauftrags kann eine Vertragsstrafe deshalb nicht anfallen.	99
b)	100
	101

Die Klägerin hat der Beklagten auch keine Kosten für die Beseitigung von Bauschutt zu erstatten. Der Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe trotz entsprechender Aufforderung durch die Beklagte die Baustelle nicht ordnungsgemäß gesäubert hinterlassen, ist nicht schlüssig und überdies nicht rechtzeitig unter Beweis gestellt.

Mit Schreiben vom 2.8.2002, 30.8.2002 und 31.8.2002 (Bl. 157 ff d.A.) hatte die Beklagte die 102
Klägerin zwar zu einer Beseitigung von Bauschutt aufgefordert. Nachdem die Klägerin unter
Vorlage des Begehungsprotokolls vom 30.8.2002 (Bl. 188 ff d.A.) geltend gemacht hatte,
dass sich aus dem Protokoll gerade ergebe, dass die Klägerin nicht Verursacher der
Verunreinigung sei, hat die Beklagte aber dazu in 1. Instanz nicht weiter vorgetragen,
insbesondere keinen Beweis angetreten. Der erst in der Berufungsbegründung nachgeholte
Beweisantritt ist gemäß § 531 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO nicht zuzulassen. Denn es ist nicht
dargelegt, dass die in erster Instanz unterbliebene Benennung der Zeugen J. und I. nicht auf
Nachlässigkeit beruht.

Soweit die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung weiter ausführt, dass die Klägerin nicht an 103
der in Rede stehenden Begehung am 30.8.2002 teilgenommen habe und sie deshalb nicht
den Inhalt des Protokolls für sich beanspruchen könne, ist dies ohne Belang. In dem Protokoll
ist die Klägerin zu verschiedenen Restarbeiten aufgeführt. Im Zusammenhang mit der
Entsorgung von Bauschutt sind jedoch andere am Bauvorhaben beteiligte Firmen als
verantwortlich genannt.

c) 104

Der von der Beklagten der Klägerin angelastete Betrag „Rechnungsprüfung/Korrektur“ in 105
Höhe von 1.571, 71 € ist aufgrund der Pauschalpreisvereinbarung nicht geschuldet. Eine
Überzahlung liegt demnach auch insoweit nicht vor.

2. 106

Ein Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 62.339, 75 € besteht nicht. 107
Mängelbeseitigungskosten standen der Beklagten lediglich in Höhe von 39.426,79 € zu und
sind mit dem Restwerklohn verrechnet. Weitere Ansprüche hat die Beklagte insoweit nicht.
Ebenso wenig stehen ihr, wie oben ausgeführt, sog. Wachkosten in Höhe von 7.500 € zu.

Die Kostenentscheidung ergeht nach § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige 108
Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 ZPO). Weder weicht der Senat von 109
einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab, noch besteht wegen grundsätzlicher
Bedeutung die Notwendigkeit einer Entscheidung des Revisionsgerichts.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 110

1) Klage: 19.291,40 € zugesprochener Betrag 111

58.718,19 € Hilfsaufrechnung 112

78.009,59 € 113

2) Widerklage: 84.133,09 € 114

3) insgesamt: 103.424,49 € (i. H. v. 58.718,19 € keine Addition) 115

Hinsichtlich der Klage ist die Beklagte durch das angefochtene Urteil neben dem zugesprochenen Betrag zusätzlich dadurch beschwert, dass das Landgericht über den zur Hilfsaufrechnung gestellten Gegenanspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten bis zur Höhe des Klageantrags von 58.718,19 € eine der Rechtskraft fähige Entscheidung i. S. d. §§ 322 Abs. 2 ZPO, 45 Abs. 3 GKG getroffen hat (Thomas-Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 511 Rn. 16 m.w.Nachw.). Die Berufung wendet sich auch gegen diese Beschwer, wie sich aus dem Berufungsvorbringen zur Klage und aus dem Berufungsantrag zur Widerklage ergibt, mit dem der Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten in voller Höhe weiter verfolgt wird. 116

Soweit Hilfsaufrechnung und Widerklage denselben Gegenstand betreffen (58.718,19 €), findet gemäß § 45 Abs. 1 S. 3 GKG keine Wertaddition statt. 117