
Datum: 06.05.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 79/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0506.11U79.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 85 O 53/04

Tenor:

I.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 1.04.2008 (85 O 53/04) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin 23.966,70 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.953,54 € vom 6.12.2002 bis zum 11.6.2003, aus 185,54 € seit dem 12.6.2003 und aus 23.810,16 € seit dem 18.8.2008 zu zahlen.

II.

Im Übrigen werden die Berufungen der Klägerin und die der Beklagten zurückgewiesen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 95 % und die Beklagte zu 5 %.

Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin zu 96 % und die Beklagte zu 4 %.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Vollstreckung kann jeweils durch Sicherheitsleistung des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages geleistet wird.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt die Zahlung restlichen Werklohnes für die Lieferung und Montage von Lüftungs- und Entrauchungsleitungen in einem neu errichteten Industrie- und Handelszentrum in Berlin aus drei Aufträgen: dem Pauschalvertrag vom 2.7.2001 (Anl. K 10), dem Auftrag vom 14.5.2002 (Anl. K 16, 17) und 7.5.2002 (Anl. K 18). Streitig ist nur der erste Auftrag, den die Klägerin mit der Schlussrechnung vom 21.6.2002 abgerechnet hat (Anl. K 12). In diesem Pauschalvertrag vom 2.7.2001 haben die Parteien einen Pauschalpreis von 650.000,-- DM nebst Mehrwertsteuer für "die Ausführung von Lieferung und Montage von Promatkanälen und Zubehör" in dem besagten Bauvorhaben vereinbart. Nach Nr. 1. des Vertrages waren Grundlagen der Pauschalierung die Entwurfspläne vom März 2001, wobei nach Nr. 2 die in den Entwurfsplänen dargestellte L-90 Ummantelung von Flurkanälen in den Obergeschossen bei der Pauschalierung keine Berücksichtigung gefunden hat. In Anlage 1 wurden die Pauschalierungsmassen für die L-90 Ummantelungen für Unter-, Erd-, erstes und zweitens Obergeschoss sowie für Dachgeschoss und die Schächte auf insgesamt 4.850 qm (3.180 und 1670 qm) festgelegt. In Anlage 2 sind die vereinbarten Einheitspreise aufgeführt. Ferner enthält der Vertrag u.a. folgende Regelungen:

"In den Preisen ist alles enthalten, was zur vollständigen und ordnungsgemäßen Ausführung im einzelnen notwendig ist, auch wenn dies aus der Leistungsbeschreibung oder den Zeichnungen nicht besonders hervorgehen sollte, aber technisch notwendig ist. Massenänderungen – gemäß – VOB sind in der Pauschalierung enthalten.

Sämtliche im Zuge des Baufortschritts vom AG übergebenen Ausführungs- und Montagepläne dienen dem AN rein als Information über die wirklich zu bauenden Verhältnisse und sind nicht Bestandteil der Pauschalsumme.

Die sich daraus gegenüber der Entwurfsplanung ergebenden Änderungen sind als Nachträge zeitnah mit dem Bauverlauf zu stellen."

Die Parteien streiten darüber, wie die vorgenommene Preispauschalierung auf 650.000,-- DM auszulegen ist. Die Klägerin hatte unter dem 18.12.2001 ein Nachtragsangebot vorgelegt, in dem sie "basierend auf den Ausführungsplänen" Mehr- und Minderleistungen in Höhe von

insgesamt 320.767,89 DM netto berechnete (Anl. K 11). Dabei handelte es sich zum einen um Positionen aus dem dem Pauschalvertrag als Anlage 2 angefügten Leistungsverzeichnis (vgl. S. 2 des Nachtragsangebotes) und zum anderen um die mit "N" gekennzeichneten Nachträge, um die unter dem Stichwort "Zubehör" gestritten wird (S. 2 unten und 3 des Nachtragsangebotes). Die Beklagte vertritt den Standpunkt, dass die Pauschalierung alle Positionen des Leistungsverzeichnisses und das Zubehör umfasst, das zur vollständigen und ordnungsgemäßen Ausführung erforderlich ist. Dabei seien Mehr- und Minderleistungen abzurechnen und zwar auf der Basis der Entwurfspläne (1:100). Abweichungen in den Ausführungs- und Montageplänen (1: 50) und in der späteren Ausführung seien nach den im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Einheitspreisen abzurechnen, also hinzuzurechnen oder in Abzug zu bringen. Auf dieser Grundlage hat die Beklagte mit Schreiben vom 1.11.2002 die Schlussrechnung korrigiert (Anl. K 14). Dabei hat sie von den Positionen des Leistungsverzeichnisses die im Nachtragsangebot zusätzlich berechneten Positionen 1.2.1610, 1.2.1620, 1.2.1650 und 1.2.1660 herausgerechnet, weil diese von der Pauschalierung umfasst seien und eine Mehrleistung gegenüber den Entwurfsplänen nicht nachgewiesen sei. Ferner hat sie die Nachträge N 2 bis 9 und N 12 als von der Pauschalierung umfasstes Zubehör nicht anerkannt. Schließlich hat sie noch Minderkosten für L-90 Materialien (8.877,60 €), P (4.604,69 €) und Küchenabluft (4.123,06 €) in Abzug gebracht. Daraus (und den beiden unstreitigen Aufträgen) errechnet sich die erstinstanzlich geltend gemachte Klageforderung. Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Pauschalierung umfasse nur die Positionen 1.2.1550 und 1.2.1560 des Leistungsverzeichnisses; sie habe daher die in ihrem Nachtragsangebot vom 18.12.2001 angebotenen Leistungen zu Recht abgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Dabei ist es der Klägerin insoweit gefolgt, als es hinsichtlich des Leistungsverzeichnisses lediglich eine Teilpauschalierung der Positionen 1.2.1550 und 1.2.1560 annimmt. Dagegen betreffen die Nachträge mit Ausnahme von N 9 Zubehör, das mit dem Pauschalpreis abgegolten sei. Zum Umfang der Verurteilung sowie dem erstinstanzlichen Sach- und Streitstand im Übrigen wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts verwiesen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin zum einen ihren erstinstanzlichen Antrag fort, soweit die Klage abgewiesen worden ist. Darüber hinaus hat sie die Klage in zweifacher Hinsicht erweitert: Die erste Klageerweiterung betrifft den – von der Beklagten unstreitig gestellten - Wegfall der Zug-um-Zug-Beschränkung hinsichtlich der Rückgewähr der Gewährleistungsbürgschaft nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Die weitere Klageerweiterung, mit der zuletzt die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 46.641,06 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit beantragt wird, hat die Minderpositionen zum Gegenstand, die die Klägerin in ihrem Nachtragsangebot vom 18.12.2001 (Anl. K 11) zu Gunsten der Beklagten in Ansatz gebracht hat (Pos. 1.2.1520 etc., vgl. S. 2 des Angebots). Da die Klägerin dem Urteil des Landgericht entnimmt, dass nur die Pos. 1.2.1550 und 1.2.1560 pauschaliert worden seien, meint sie, die übrigen Positionen könne sie nach den Einheitspreisen abrechnen und müsse insofern keine Kürzung entsprechend den Ausführungsplänen vornehmen.

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen das Urteil des Landgerichts, soweit sie über den von ihr anerkannten Betrag von 19.166,36 € hinaus verurteilt worden ist. In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte erklärt, dass sie den Minderposten "Küchenabluft" in Höhe von 4.123,06 € nicht geltend macht.

Beide Parteien beantragen, die Berufung der Gegenseite zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.	12
II.	13
Beide Berufungen sind zulässig. In wesentlichen begründet ist die Berufung der Beklagten, während das Rechtsmittel der Klägerin ohne Erfolg bleibt.	14
1.	15
Was die Pauschalierung der im Leistungsverzeichnis aufgeführten Positionen angeht, so gilt folgendes: Nach dem Pauschalvertrag (Anl. K 10) war die "Lieferung und Montage von Promatkanälen und Zubehör" geschuldet. Grundlage der Pauschalierung waren die " <u>Entwurfspläne vom März 2001</u> ". Dies ist in dem Pauschalpreisvertrag unter Nr. 1. ausdrücklich vereinbart, es wird in dem Vertrag zusätzlich dadurch klargestellt, dass die Ausführungs- und Montagepläne "rein als Information" dienen sollten und "nicht Bestandteil der Pauschalsumme" und dass als Nachträge die sich gegenüber der Entwurfsplanung ergebenden Änderungen zu stellen sein sollten. In der Anlage 1 zu diesem Pauschalvertrag sind dann zwar nur die Massen L-90 mit 4.850 qm ermittelt worden. Dies entspricht den Positionen 1.2.1550 und 1.2.1560 des als Anlage 2 beigefügten Leistungsverzeichnisses. Dass aber nicht nur diese Positionen pauschaliert worden sind, ergibt sich schon aus den Größenordnungen der Preise. Das dem Pauschalpreisvertrag angefügte Leistungsverzeichnis belief sich auf eine Gesamtsumme von 671.479,20 DM netto. Die Positionen 1.2.1550 und 1.2.1560 betrugen dagegen nur 567.770,-- DM netto. Ein Pauschalpreis von 650.000,-- DM ist bei der - nach §§ 133, 157 BGB gebotenen - Auslegung aus der objektiven Sicht des Erklärungsempfängers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessenlage nur bei Einbeziehung sämtlicher Positionen verständlich. Hinzu kommt folgender Gesichtspunkt: In dem dem Pauschalvertrag beigefügten Leistungsverzeichnis sind abweichend von dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis (vgl. Anl. K 1) die Positionen 1.2.1500 und 1.2.1510 jeweils mit Null angesetzt. Der Sachverständige S hat in seinem Ergänzungsgutachten vom 7.12.2005 (S. 14) überzeugend ausgeführt, dass diese beiden Positionen mit den Positionen 1.2.1550 und 1.2.1560 als baugleich (der Unterschied liegt nur in der Materialdicke) zusammengefasst und pauschaliert worden seien. Auch daraus ergibt sich, dass die Pauschalierung nicht nur die letzteren Positionen erfassen kann. Dafür spricht im übrigen auch das eigene Nachtragsangebot der Klägerin vom 18.12.2001. Die dortige Berücksichtigung der Minderleistungen lässt sich plausibel nur daraus erklären, dass die Klägerin selbst davon ausging, dass alle Positionen vom Pauschalpreis umfasst sind und dass auf der Grundlage der tatsächlichen Ausführung eine Berechnung von Mehr- und Minderleistungen entsprechend den Einheitspreisen des dem Pauschalvertrag beigefügten Leistungsverzeichnisses zu erfolgen hat. Der Streit betrifft im Kern allein die Frage, auf welcher Plangrundlage zusätzliche Leistungen zu berechnen sind. Hierzu verweist die Beklagte zutreffend auf die Schreiben der Klägerin vom 5.12.2002 (Bl. 482 d.A.) und der Beklagte vom 13.1.2003 (Bl. 484 d.A.): Die Klägerin meint, die Pläne 1:50 (das sind die Ausführungspläne, die ihr bei Auftragsvergabe vorlagen) seien maßgebend. Demgegenüber ist die Beklagte der Auffassung, dass die Entwurfspläne 1:100 vom März 2001 Grundlage seien, so dass nur Abweichungen gegenüber diesen Plänen zu berücksichtigen seien. Letzteres entspricht dem Pauschalvertrag, der dies – wie ausgeführt - ausdrücklich vorsieht. Daher ist vom Pauschalierungsansatz der Beklagten auszugehen.	16
Die Klägerin ist beweispflichtig dafür, dass gegenüber den Entwurfsplänen Mehrleistungen angefallen sind, während die Beklagte für die Minderleistungen beweispflichtig ist (vgl. KG	17

IBR 2007, 64; Wurm in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 3. Aufl., § 2 VOB/B RdN. 17). Eine entsprechende Darlegung ist die Klägerin schuldig geblieben, so dass sie keine Mehrvergütung verlangen kann. Soweit sie die Mindervergütungen rückgängig machen will (Klagerweiterung mit Klageantrag zu 2.), bleibt ihr Ansatz unverständlich und unschlüssig. Der Hinweis auf § 2 Nr. 7 VOB/B, wonach eine Preisanpassung nur bei Überschreitung der Zumutbarkeitsschwelle in Betracht kommt, geht fehl, weil die Parteien etwas anderes, nämlich eine Anpassung bei jeder Ausführungsänderung gegenüber den Entwurfsplänen mit den Einheitspreisen gem. Anlage 2 zum Pauschalvertrag vereinbart haben. Davon ist die Klägerin in ihrem Nachtragsangebot vom 18.12.2001 auch selbst ausgegangen. Außerdem ist nach diesem Angebot davon auszugehen, dass die Minderleistungen auf einer von der Entwurfsplanung abweichenden Bauausführung beruhen. Sonst gibt ihre Berechnung in dem Nachtragsangebot keinen Sinn.

Die Ausführungen der Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 22.4.2009 geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass. Insbesondere verfängt ihr dortiger Einwand nicht, bei den Positionen 1.2.1500 und 1.2.1510 handle es sich nicht um vertragsgegenständliche Leistungen, sondern um solche in den Obergeschossen, die von der Pauschalierung in Nr. 4 des Pauschalvertrages von der Pauschalierung ausgenommen worden seien. Diese in dem Nachtragsangebot vom 18.12.2001 mit 196,93 und 1.696,82 qm zu Preisen von 22.646,95 DM und 205.315,22 DM angebotenen Positionen hat die Beklagte bei ihrer Schlussrechnungsprüfung als Nachträge ausdrücklich anerkannt und in die von ihr zu begleichende Schlussrechnungssumme einbezogen (Anl. K 14 S. 2). Dies ändert aber nichts daran, dass die Pauschalierungsabrede im Hinblick auf die in der Anlage zum Pauschalvertrag bezeichneten Geschosse umfassend auszulegen ist.

3. 19

Hinsichtlich der Nachträge ist dem Landgericht zu folgen. Mit Ausnahme des Nachtrags N 9 (55,-- DM = 28,12 €) handelt es sich um Arbeiten und Ausführungen, die nach dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen S aus den Entwurfsplänen ersichtlich und die zur vollständigen und ordnungsgemäßen Ausführung notwendig waren. Sie sind daher nach Nr. 9 des Pauschalvertrages von der Pauschalsumme abgedeckt und Zubehör im Sinne der Eingangssatzes des Pauschalvertrages. Das Landgericht verweist hierzu auch überzeugend darauf, dass es der Klägerin nicht gelungen ist, ihren mit Schreiben vom 18.6.2001 (Anl. K 9) unterbreiteten Vorschlag durchzusetzen, nach dem bestimmte Leistungen, die mit den von ihr später geltend gemachten Nachträgen weitgehend übereinstimmen, von der Pauschale ausgenommen werden sollten.

4. 21

Abzug L-90 Minderkosten (8.877,60 €): Diese hat die Bekl. auf S. 3 und 5 des Schreibens vom 1.11.2002 (Anl. K 14) bei ihrer Korrektur der Schlussrechnung konkret berechnet. Die Kl. wendet sich dagegen nur mit den unzutreffenden Hinweis auf § 2 Nr. 7 VOB/B. Aus dem vorgerichtlichen Schreiben vom 5.12.2003 (Bl. 482 f. d.A.) ist zu entnehmen, dass sie den Abzug nicht akzeptiert hat, weil die abgezogenen Massen nicht in den Plänen 1:50, sondern denen 1: 100 enthalten gewesen seien. Letztere waren aber maßgebend. Also ist der Abzug berechtigt.

5. 23

Den vom Landgericht vorgenommenen Abzug von Minderkosten "Küche" (4.123,06 €) macht die Beklagte nicht mehr geltend. 24

6.	25
Die Minderkosten P (4.604,69 €) betreffen Leistungen zu den Positionen 1.2.1500 und 1.2.1510, wie die Beklagte in der Berufungsbegründung (dort S. 8) unstreitig vorgetragen hat. Die Klägerin verweist demgegenüber in ihrer Berufungserwiderung auf das dem Pauschalvertrag beigefügte Leistungsverzeichnis, in dem diese Positionen abweichend vom ursprünglichen Leistungsverzeichnis mit Null angesetzt sind. Es handele sich daher um vom Pauschalvertrag nicht umfasste Zusatzleistungen, so dass deren Nichtausführung nicht zu einem Abzug von der Pauschale berechtigen könne. Dieser Einwand verfängt nicht, da die genannten Positionen mit den Positionen 1.2.1550 und 1.2.1560 gemeinsam pauschaliert worden sind (oben 2.). Dass insoweit gegenüber den maßgebenden Entwurfsplänen Leistungen entfallen sind, hat die Klägerin indes nicht in nachvollziehbarer Weise bestritten.	26
7.	27
Abzug Mängelbeseitigungskosten: Diese hat das Landgericht zu Recht in Höhe von 1.768,-- € anerkannt, weil die Kläger dies nicht substantiiert bestritten hatte. Soweit sie dies im Berufungsverfahren nachholen will, ist die Beklagte dem konkret entgetreten. Da die Klägerin nicht dargetan hat, dass sie die Berechtigung der Mängelbeseitigungskosten in der ersten Instanz ohne Nachlässigkeit nicht bestritten hat, ist ihr jetziges Vorbringen jedenfalls nach § 531 Abs. 2 ZPO verspätet .	28
8.	29
Danach ergibt sich folgende Abrechnung:	30
Schlussrechnungssumme 496.345,80 €	31
Abzüglich	32
von der Pauschale umfasste Positionen 1.2.610 bis 1.2.660 35.396,64 €	33
ungerechtfertigte Nachträge 18.473,96 €	34
Minderkosten L-90 Materialien 8.877,60 €	35
Minderkosten P 4.604,69 €	36
Mängelbeseitigungskosten <u>1.768,00 €</u>	37
427.224,91 €	38
abzüglich 1,5 % Zulage <u>6.408,37 €</u>	39
420.816,54 €	40
zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer <u>67.330,65 €</u>	41
488.147,19 €	42
abzüglich Zahlungen <u>467.540,11 €</u>	43
Restforderung 20.607,08 €	44
	45

Hinzu kommt eine unstreitige Vergütung in Höhe 3.359,62 € für den Altbau, so dass der Klägerin insgesamt 23.966,70 € zuzusprechen sind.

9. 46

Die geltend gemachten Verzugszinsen stehen der Klägerin nur in Bezug auf den Altbau in Höhe der unstreitig sofort fällig gewordenen Höhe von 1.953,54 € ab dem 6.12.2002 zu. Hiergegen hat die Beklagte in der Klageerwidernug allerdings mit ihrem Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 1.768,-- € aufgerechnet, was zur Folge hat, dass der fällige Teil des Anspruch bis auf 185,54 € rückwirkend zum Zeitpunkt der Entstehung des Gegenanspruchs am 11.6.2003 (Rechnungsstellung der Firma V, Anl. B 2) vermindert wurde (§ 389 BGB). Im übrigen ist der Zinsanspruch erst ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (Zustellung der Berufungsbegründung der Klägerin am 18.8.2008, Bl. 468 d.A.) entstanden, da der restliche Werklohn in dieser Höhe erst mit Ablauf der Gewährleistungsfrist ohne Zug-um-Zug-Beschränkung fällig geworden ist 47

III. 48

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 93, 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 49

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach §§ 543 Abs. 2 Satz Nr. 1 und 2 ZPO nicht erfüllt sind. 50

Berufungsstreitwert: 130.418,92 € (102.944,22 € zzgl. 46.641,06 € Klageerweiterung ./.
19.166,36 € Anerkenntnis) 51
52

Berufung der Klägerin: 84.996,84 € (102.944,22 € zzgl. 46.641,06 € Klageerweiterung ./.
36.743,91 und 27.844,53 € vom Landgericht zuerkannte Klagesumme), 53

Berufung der Beklagte: 45.422,08 € (36.743,91 und 27.844,53 € ./.
19.166,36 € Anerkenntnis) 54