
Datum: 10.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 55/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0210.11U55.08.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 41 O 133/07

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 11.11.2009 - 11 U 55/08 - wird aufrechterhalten mit der Maßgabe, dass die Berufung der Klägerin gegen das am 12. Februar 2008 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen - 41 O 133/07 - als derzeit unbegründet zurückgewiesen wird.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird gestattet, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleitung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

A.

Die Klägerin nimmt mit der vorliegenden Klage die Beklagte auf Zahlung restlichen Werklohns mit der Behauptung in Anspruch, Bauleistungen in den Gewerken Elektro, Sanitär und Heizung für das Bauvorhaben D. in E. erbracht zu haben.

1

2

3

4

Grundlage für die Einforderung des Werklohns ist ein schriftlicher Vertrag vom 08.11.2005, der die Anwendbarkeit der VOB Teile B und C vorsieht. Parteien dieses Vertrages waren auf Auftraggeberseite die Firma L.-Grundstücksvermögensverwaltungs GmbH & Co. KG und auf Auftragnehmerseite die Firma F. G. in K., der jetzige Geschäftsführer der zum 15.02.2006 gegründeten Klägerin, der bei Abschluss des Vertrages als Einzelkaufmann im Bereich Mess-, Regel- und Klimatechnik tätig war. Der Vertrag, nach welchem Leistungen für das Bauvorhaben D. E., 2. Obergeschoss Praxis Dr. S. und Dr. N. sowie 1. Obergeschoss Praxis Dr. C./Dr. H. erbracht werden sollten, enthält einen undatierten, von einem Geschäftsführer der Beklagten unterschriebenen Zusatz, wonach der Auftragnehmer einen Nachlass von 6 % auf alle Einheitspreise ausgenommen die Stundensätze im Teil 8 gewährt. In einer vom 15.11.2005 datierenden Urkunde (Anlage K 2 – GA 10) der Beklagten, die von deren Geschäftsführern unterzeichnet ist, ist auf ein der Geschäftsführung der Beklagten eingeräumtes Mitspracherecht bei der Auftragsvergabe Bezug genommen. Im Objekt D. wurden in der Folgezeit Arbeiten im Rahmen der Gewerke Lüftung, Heizung, Elektro und Sanitär unter anderem in den Praxisräumen Dr. C., Dr. H. und Frau Dr. O., eines Kosmetikstudios X. sowie im Haus allgemein ausgeführt, wobei zwischen den Parteien strittig ist, wer die Arbeiten ausgeführt hat und für wen diese erbracht worden sind. Die Klägerin rechnete diese Arbeiten mit Schlussrechnungen vom 01.03.2006 und 11.04.2006 ab, auf deren Inhalt (Anlagen K 3 bis K 7 zur Klageschrift) im Einzelnen verwiesen wird.

Eine Zusammenstellung der Stunden und Materialien übersandte die Einzelfirma G. auf Nachfrage des Architekten der Beklagten. 5

Die Klägerin begehrt nunmehr von der Beklagten die Bezahlung des nach ihrer Berechnung aufgrund der erteilten Schlussrechnungen Anlagen K 3 bis K 7 zur Klageschrift noch offenen Vergütungsrestbetrages von 169.326,48 €. 6

Wegen des Sachvorbringens der Parteien im ersten Rechtszug und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. 7

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, zwar sei bereits die Aktivlegitimation der Klägerin zweifelhaft. Jedenfalls sei die Passivlegitimation der Beklagten nicht gegeben. Die eingeklagten Forderungen seien auch nicht fällig, weil es an einer Schlussrechnung im Sinne von § 14 VOB/B fehle. Diese habe allein vom Auftragnehmer der Beklagten erteilt werden dürfen. Auftragnehmerin der Beklagten sei jedoch nicht die Klägerin gewesen, sondern die Einzelfirma G.. 8

Gegen das Urteil des Landgerichts, auf dessen Inhalt im Übrigen Bezug genommen wird, wendet sich die Berufung der Klägerin, mit welcher das Klagebegehren weiterverfolgt wird. Nach Erteilung von Hinweisen durch den Senat hat die Klägerin zunächst mit Schriftsätzen vom 30.09.2008 und vom 12.03.2009 neu gefasste Rechnungen vorgelegt. Mit Schriftsatz vom 06.11.2009 hat die Klägerin wiederum neu gefasste Rechnungen – datierend auf den 01.03.2006 und den 31.03.2006 - vorgelegt, die sie zum Gegenstand ihres Sachvortrags macht. Wegen der Einzelheiten dieser Rechnungen wird auf die Anlagen zum Schriftsatz vom 06.11.2009 verwiesen. 9

Die Beklagte erwirkte im Verhandlungstermin vom 11.11.2009 vor dem Senat ein Versäumnisurteil, durch welches die Berufung der Klägerin gegen das angefochtene Urteil des Landgerichts zurückgewiesen worden ist. Gegen dieses, ihr am 17.11.2009 zugestellte Versäumnisurteil hat die Klägerin mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 30.11.2009, bei Gericht eingegangen am 01.12.2009, Einspruch insoweit eingelegt, als die Berufung hinsichtlich der Abweisung eines Klageforderungsbetrages in Höhe von 144.582,24 10

€ nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.11.2009 zurückgewiesen worden ist.

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, das Klagebegehren werde nunmehr auf die mit 11
Schriftsatz vom 06.11.2009 vorgelegten Rechnungen gestützt, aus denen sich ein
Forderungsbetrag von lediglich 144.582,24 € ergebe. Die ursprünglich der Einzelfirma G. in
Auftrag gegebenen Arbeiten seien nach erfolgter Gründung von ihr fortgeführt worden. Der
Beklagten sei dies anlässlich einer Baubesprechung mitgeteilt worden. Zudem seien alle
Ansprüche der Einzelfirma G. mit Erklärung vom 20.02.2006 (Anlage K 53), auf die im
Einzelnen verwiesen wird, an die Klägerin abgetreten worden. Die Passivlegitimation der
Beklagten ergebe sich aus diversen Schriftstücken. Die abgerechneten Leistungen seien
erbracht worden. Die Beauftragung sei, soweit nicht Leistungsverzeichnisse vorlägen, jeweils
mündlich vor Ort durch den bauleitenden Architekten M. erfolgt.

Die Klägerin beantragt, 12
unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 11.11.2009 die Beklagte zu verurteilen, an sie
144.582,24 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem
07.11.2009 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 14
unter Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils die Berufung zurückzuweisen. 15

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Ergänzend führt sie aus, die nunmehr vorgelegten 16
Schlussrechnungen seien zumindest im Umfang der Klageforderung nicht prüfbar und
inhaltlich nicht schlüssig. Ganz überwiegend seien in den Rechnungen Nachtragspositionen
aufgeführt, die jeweils Nachtragsvergütungen für geänderte oder zusätzliche Leistungen
beträfen. Hinsichtlich solcher Positionen sei dem Vortrag der Klägerin nicht zu entnehmen,
wann, wer, wo und wie solche geänderten oder zusätzlichen Leistungen angeordnet worden
sein sollen und welchem Leistungsverzeichnis die berechneten Arbeiten zuzuordnen seien.
Entsprechende Mehrkosten seien auch zu keiner Zeit von der Klägerin angemeldet worden.
Außerdem habe die Klägerin keine Urkalkulation vorgelegt, so dass eine Prüfung der ganz
überwiegend in Rechnung gestellten Nachtragspositionen nicht möglich sei. Die mit
Schriftsatz vom 15.12.2009 vorgelegten Unterlagen beträfen nach eigenem Vortrag der
Klägerin allein die Berechnung der Nachträge und ließen den Preisbildungsprozess selbst
nicht erkennen. Schließlich sei der vereinbarte Nachlass von 6 % unberücksichtigt geblieben.

Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren 17
gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B. 18

Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 11.11.2009 ist form- und Gericht eingelegt 19
worden.

Die gemäß § 343 ZPO durchzuführende Verhandlung führt im Umfang der Anfechtung zur 20
Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils, weil die zulässige, mit dem Einspruch auf den
Betrag von 144.582,24 € nebst Zinsen beschränkte Berufung der Klägerin in der Sache
weiterhin keinen Erfolg hat.

Die Klägerin kann nicht von der Beklagten gemäß §§ 631, 632 BGB die Zahlung von – noch – 21
144.582,24 € verlangen, weil die zur Stützung des Klagebegehrens herangezogenen, mit

Schriftsatz vom 06.11.2009 vorgelegten Rechnungen nicht prüfbar sind und die Klageforderung deshalb als zur Zeit unbegründet abzuweisen ist.

1. 22

Die Klägerin ist zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Vergütungsforderung aktivlegitimiert. 23

Dabei kann offenbleiben, ob anlässlich einer Baubesprechung im Februar 2006 der Geschäftsführung der Beklagten Mitteilung von der Fortführung des von der Einzelfirma G. mit der Voreigentümerin der Beklagten, der Firma L. Grundstücksvermögensverwaltungs-GmbH & Co. KG, geschlossenen Bauvertrages gemacht worden ist und diese sich hiermit einverstanden erklärt hat, wie die Klägerin behauptet. Denn die Klägerin kann sich zur Begründung ihrer Forderungsberechtigung mit Erfolg auf die von ihr vorgelegte Abtretung vom 20.02.2006 berufen. Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 02.02.2009 ausgeführt hat, ist nach den im Berufungsverfahren vorgelegten Unterlagen (Gesellschaftsvertrag vom 15.02.2006; Eintragungsnachricht des Handelsregisters vom 29.03.2006) davon auszugehen, dass der Geschäftsführer der Klägerin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit (gewesen) ist. Der Abtretungsvereinbarung vom 20.02.2006 steht deshalb der Einwand der fehlenden Berechtigung zur Vornahme eines In-Sich-Geschäfts nicht entgegen. Die erklärte Abtretung umfasste nicht nur diejenigen Vergütungsansprüche, die bis zum Zeitpunkt der Abtretung begründet waren, sondern nach dem Inhalt der Abtretungsvereinbarung vom 20.02.2006 auch diejenigen – künftigen - Vergütungsansprüche hinsichtlich der noch durchzuführenden Restfertigstellungsarbeiten, zu deren Erfüllung sich der Geschäftsführer der Klägerin als Einzelkaufmann und Vertragspartner der Beklagten der Klägerin als Erfüllungsgehilfin bedienen durfte und bedient hat. 24

2. 25

Auch ist die Beklagte als passivlegitimiert anzusehen. 26

Insoweit gelten weiterhin die Ausführungen des Senats in seinem Hinweisbeschluss vom 03.09.2008, gegen die erhebliche Einwendungen nicht vorgetragen worden sind: 27

"Für eine Fortführung des am 08.11.2005 abgeschlossenen Werkvertrages auf Seiten der Firma L. GmbH & Co. KG als Auftraggeberin durch die Beklagte sprechen bereits die im Rechtsstreit vorgelegten Unterlagen. Zwar wirkt die in dem notariellen Erwerbsvertrag vom 15.02.2006 von der Beklagten als Grundstückserwerberin übernommene Verpflichtung zur Freistellung des Veräußerers, der Firma L. GmbH & Co. KG, von den Verpflichtungen aus den laufenden Bauverträgen nur im Innenverhältnis der Parteien dieses Erwerbsvertrages. Die Beklagte hatte jedoch alsbald nach Abschluss des Erwerbsvertrages mit der Umsetzung dieser Verpflichtung nach außen begonnen, indem sie vorliegend "die Firma G." anschrieb und dieser unter dem 01.03.2006 (Anlage K 14) mitteilte, dass ihre Baufinanzierung nunmehr gesichert sei und "in der weiteren Abwicklung der Baumaßnahmen ein geordneter Finanzierungsplan eingehalten werden" könne, verbunden mit einem Angebot auf Erstattung etwa entstandener Verzugszinsen. Auch weitere, an die Firma G. gerichtete Schreiben der Beklagten vom 11.04.2006 (Anlage K 16) und des von ihr eingesetzten Controllers Q. vom 25.02.2006 (Anlage K 55), in welchem gebeten wird, "aufgrund der neuen Besitzverhältnisse eine Teil-Schlussrechnung unter Berücksichtigung der einzelnen Bereiche an die Beklagte zu erstellen", sprechen maßgeblich für eine Fortführung der bestehenden, mit der Fa. L. GmbH & Co. KG geschlossenen Bauverträge durch die Beklagte. Die Beklagte hatte zudem bereits 28

im Bauvertrag selbst Einfluss auf die Vertragskonditionen genommen und einen Preisnachlass von 6 % auf die Einheitspreise durchgesetzt. Dessen hätte es aber nicht bedurft, wenn nicht die Übernahme der vertraglichen Verpflichtungen auf Auftraggeberseite damals schon ins Auge gefasst worden wäre."

3. 29

Auch sind die von der Klägerin in Rechnung gestellten Werkleistungen von der Beklagten abgenommen worden. Die Klägerin war aufgrund der Abtretung der Vergütungsansprüche zur Vertragsabrechnung berechtigt. Spätestens in der Übergabe der ursprünglichen Klagerechnungen an den Architekten S. der Beklagten, die unstreitig am 12.04.2006 erfolgt war (GA 4/54), ist eine Mitteilung über die Fertigstellung der Werkleistung und sonach eine die Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 2002 auslösende Abnahmefiktion zu sehen. 30

Daran ändert auch nichts der Umstand, dass die Vergütungsklage nunmehr auf die mit Schriftsatz vom 06.11.2009 vorgelegten Rechnungen (Anlagen zu diesem Schriftsatz) gestützt wird. Die Ersetzung der der Klageforderung ursprünglich zugrunde gelegten Rechnungen durch neue Rechnungen stellt keine Klageänderung dar, weil die neuen Rechnungen den gleichen Lebenssachverhalt betreffen, aus dem sich der Klageanspruch ergeben soll, und daher der Streitgegenstand nicht verändert wird (BGH NJW-RR 2005, 1687 = BauR 2005, 1959; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1401 m.w.N. in FN 355); das gilt auch dann, wenn die Vorlage neuer Schlussrechnungen erstmals in einem Berufungsverfahren erfolgt (BGH NJW-RR 2004, 526; Werner/Pastor, a.a.O., m.w.N. auch zur Gegenmeinung in FN 354). 31

Trotz der festzustellenden Abnahme der Werkleistungen ist eine Fälligkeit der eingeklagten Vergütungsforderungen nicht eingetreten, weil bei einem VOB-Bauvertrag – wie das hier der Fall ist – neben der Abnahme der Werkleistung(en) das Vorliegen einer prüffähigen Schlussrechnung nach § 14 VOB/B 2002 weitere Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruchs des Auftragnehmers auf Zahlung der vereinbarten Vergütung ist (BGHZ 140, 365 = NJW 1999, 1867; Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1394 m.w.N. in FN 295; Locher, in: Ingenstau/Korbion, VOB/B, 16. Aufl., § 14 Nr. 1 Rn. 5 m.w.N. in FN 4). Eine solche Prüffähigkeit nur dann gegeben, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Forderung, gemessen an den vertraglichen Vereinbarungen, zu überprüfen (BGH NJW-RR 2005, 1103; Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1393). 32

Mit dem Einwand der fehlenden Prüffähigkeit ist die Beklagte vorliegend nicht ausgeschlossen, weil er innerhalb der Frist des § 16 Nr. 3 VOB/B 2002 erhoben worden ist. Gegenstand der Klage und rechtlichen Beurteilung sind die Rechnungen der Klägerin vom 11.03. und 31.03.2006, die mit Schriftsatz vom 06.11.2009 als deren Anlage vorgelegt worden sind. Die Prüfbarkeit dieser Rechnungen, die der Beklagten unter dem 10.11.2009 zugeleitet worden sind, hat die Beklagte mit am 29.12.2009 bei Gericht eingegangenen und an die Klägerin weitergeleitetem Schriftsatz vom 23.12.2009 – und damit innerhalb der Frist des § 16 Nr. 3 VOB/B 2002 - beanstandet. 33

Mit den – neuen – Rechnungen werden teilweise ausschließlich, ansonsten überwiegend Zusatzvergütungen für zusätzliche oder geänderte Leistungen geltend gemacht, die ausdrücklich dort als "Nachtrag" bezeichnet sind und insoweit neuen Sachvortrag darstellen. Zu allen Rechnungen fehlt ein Vortrag dazu, wer, wann und unter welchen Umständen die geänderte oder zusätzliche Leistung angeordnet haben soll. Eine Anmeldung von Mehrkosten oder deren Entbehrlichkeit wird in keinem dieser Fälle nachprüfbar behauptet. 34

Das Sachvorbringen erster Instanz nebst Beweisanerbieten zu den mündlichen Beauftragungen und die in der Berufungsbegründung hierzu enthaltene Bezugnahme stellt angesichts des sich aus den Anlagen zum Schriftsatz vom 06.11.2009 nahezu ausschließlich ergebenden Ansatzes von Nachträgen bzw. Nachtragspositionen bloß pauschalen, substanzlosen Sachvortrag dar, der nicht Grundlage für eine Aufklärung sein kann, so dass die Erhebung der hierzu angetretenen Beweise auf eine prozessual unzulässige Ausforschung des Sachverhalts hinausliefe.

Auch der Höhe nach ist die beschränkte Klageforderung nicht nachvollziehbar. Die mit Schriftsatz vom 06.11.2009 vorgelegten – neuen – Rechnungen sind – worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 13.01.2010 hingewiesen hat – allesamt nicht prüfbar. 36

Bei allen Rechnungen der Anlagen zum Schriftsatz vom 06.11.2009 ist eine Zuordnung der abgerechneten Leistungen – auch der als "Nachträge" bezeichneten Nachtragsleistungen - zu einem bestimmten Leistungsverzeichnis - auf welches dort Bezug genommen wird: "...aus dem Leistungsverzeichnis..." - nicht vorgenommen. Nach dem Vortrag der Klägerin kommen mehrere Leistungsverzeichnisse in Betracht. Zu dem Teil der abgerechneten Massen, die Unterputzarbeiten betreffen, fehlen Aufmaßskizzen oder Aufmaße. Hinsichtlich beanspruchter Stundenlohnvergütungen fehlt weiterhin jeder konkrete Sachvortrag zu entsprechenden Vereinbarungen. Außerdem ist nicht ersichtlich, dass – was die Beklagte weiter beanstandet - der im schriftlichen Bauvertrag vom 08.11.2005 (Anlage K 1) vereinbarte Nachlass von "6 % auf alle Einheitspreise, ausgenommen (auf bestimmte Stundensätze)" bei der Rechnungsstellung Berücksichtigung gefunden hätte. 37

Die Grundlagen der Preisermittlung für die Nachträge sind nicht in ausreichender Form mitgeteilt. Ob die jeweilige Zusatzleistung in einem kalkulatorischen Verhältnis zur vertraglichen Leistung steht, kann anhand des Klagevorbringens nicht beurteilt werden. Eine Urkalkulation bzw. eine Kalkulation für die Zusatzleistung wurde nicht vorgelegt, so dass der Preisbildungsprozess von einem Außenstehenden nicht nachvollzogen werden kann. 38

Die mit Schriftsatz vom 15.12.2009 eingereichten Unterlagen entsprechen nicht den Anforderungen an eine Urkalkulation. Es fehlt die Darstellung von ursprünglichen Gemeinkosten, allgemeinen Kosten wie auch von Wagnis und Gewinn. Die Unterlagen betreffen auch allein die Berechnung der Vergütungen für die Nachträge und lassen die Herstellung eines Bezugs zur Ursprungskalkulation zwecks Verdeutlichung der Preisbildung nach § 2 Nr. 5 bzw. 6 VOB/B offen. 39

4. 40

Sind aber auch die – neuen – Schlussrechnungen nicht prüfbar, ist die Vergütungsforderung nicht fällig und die darauf gestützte Vergütungsklage als derzeit unbegründet abzuweisen (vgl. BGH BauR 2000, 1191, 1192; zur Honorarschlussrechnung des Architekten: BGH NJW 1995, 399, 400). 41

Die von der Beklagten – für ihre gegenteilige Auffassung - zitierten Entscheidungen sind für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. Allen Entscheidungen liegt zugrunde, dass gegen die jeweils erstellte Schlussrechnung des Architekten (OLG Düsseldorf IBR 2009, 657 = NJW-RR 2010, 28 ff.) bzw. des Unternehmers/Auftragnehmers (BGH NJW-RR 2006, 455, 456 = BauR 2006, 678 ff. sowie OLG Celle OLGR 2008, 509, 510 = BauR 2008, 1657, 1658) innerhalb der zweimonatigen Prüfungsfrist keine Einwendungen vom Auftraggeber gegen deren Prüfbarkeit erhoben worden waren. Vorliegend hatte die Beklagte jedoch innerhalb der zweimonatigen Prüfungsfrist die fehlende Prüfbarkeit der – neuen – Schlussrechnungen 42

ausdrücklich beanstandet, so dass die Beklagte mit diesem Einwand nicht ausgeschlossen war und dieser Einwand bei der gerichtlichen Entscheidung zu beachten war.

III. 43

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 44