
Datum: 21.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 34/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1221.19U34.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 7 O 1/09

Tenor:

I. Die Berufung des Klägers gegen das am 03.02.2010 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 7 O 1/09 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz vom Kläger zu 57 % und von der Beklagten zu 43 % zu tragen sind.

II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der jeweils vollstreckbaren Kosten abwenden, wenn nicht der jeweilige Gegner Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

III. Im Hinblick auf die fortdauernde Parteistellung des Klägers wird die Revision zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der in Stadtlohn geschäftsansässigen D GmbH (nachfolgend: Insolvenzschriftnerin). Das Insolvenzverfahren wurde am 01.08.2006 eröffnet. Mit Schreiben vom 05.09.2006 zeigte der Kläger an, dass die Insolvenzmasse voraussichtlich nicht ausreichen werde, um über die Kosten des Insolvenzverfahrens hinaus auch die sonstigen Masseverbindlichkeiten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu befriedigen.	3
Unter dem 05.11.2005 schlossen die Insolvenzschriftnerin und die Beklagte unter Bezugnahme auf das Angebot der Insolvenzschriftnerin vom 07.10.2005 und das – die vorherige Offerte teils modifizierende, teils ergänzende – Angebot vom 20.10. 2005 nebst den davon umfassten Leistungsverzeichnissen einen formularmäßigen Bauvertrag über den teilschlüsselfertigen Neubau eines Einfamilienhauses in der K-Str. 48 in C. Danach hatte die Insolvenzschriftnerin Zimmer- und Holzbauarbeiten, Sanitär-, Heizungs- und Elektroinstallationsarbeiten sowie Leistungen zur Dachbegrünung zu erbringen, die Blitzschutzanlage anzubringen sowie Holzfenster und –türen zu liefern. Hierzu vereinbarten die Parteien die Geltung der VOB/B.	4
In § 2 des Bauvertrags fand sich folgende Regelung:	5
<i>„Vergütung lt. Angeboten ca. 225.000,00 € inkl. 16% MWSt. ... Die Abrechnung erfolgt nach Aufmaß der tatsächlich ausgeführten Leistungen und nach den vereinbarten Einheitspreisen. ...“</i>	6
Diesbezüglich waren in dem dem Angebot vom 07.10.2005 beigefügten Leistungsverzeichnis für Zimmer- und Holzbauarbeiten nach Maßen und/oder Mengen berechnete Einheitspreise vorgesehen. Demgegenüber war in den Leistungsverzeichnissen für die Sanitär- und Heizungsinstallationen sowie für die Elektroinstallationen und die Blitzschutzanlage für die jeweilige Leistungsposition ein Einheitspreis ausgewiesen, der pauschal (1 Psch) festgesetzt worden war und in Folge dessen mit dem Gesamtpreis der jeweiligen Position übereinstimmte. Entsprechend war im Angebot vom 20.10.2005 für die Dreifachverglasung der (im Angebot vom 07.10.2005 nach Stückpreisen ausgewiesenen) Fenster, die Lüftungsanlage und die Dachbegrünung jeweils ein Pauschalpreis ausgewiesen. In den besonderen Vertragsbedingungen der Leistungsverzeichnisse für die Gewerke Zimmer- und Holzbauarbeiten, Sanitär-, Heizungs- und Elektroinstallationen sowie die Blitzschutzanlage war außerdem für den Fall der Bereitstellung von Bauwasser und –strom seitens des Rohbauunternehmers oder der Bauherrschaft die Berechnung einer Umlage von 1 % der Nettoabrechnungssumme vorgesehen.	7
Nach § 3 des Bauvertrags sollten bis zum Ende der fünften Kalenderwoche die Elektro-, Sanitär- und Heizungsinstallationsarbeiten fertig gestellt sowie die Blitzschutzanlage montiert sein. Bei Überschreitung des Fertigstellungstermins war gemäß § 4 des Bauvertrags für jeden Arbeitstag der Verspätung eine Vertragsstrafe von 0,3 %, insgesamt maximal 10 % der Bruttoabrechnungssumme festgelegt. Darüber hinaus war in § 7 des Bauvertrags ein Gewährleistungseinbehalt in Höhe von 5 % der Bruttoabrechnungssumme der Schlussrechnung für die Dauer des vereinbarten Gewährleistungszeitraums vorgesehen. Letzterer sollte sich gemäß § 5 des Bauvertrags nach § 13 VOB/B richten und mit der vorgeschriebenen förmlichen Abnahme des Gewerks beginnen.	8
Auf die Anfrage des von der Beklagten eingeschalteten Architekturbüros L unterbreitete die Insolvenzschriftnerin unter dem 16.12.2005 ein weiteres Angebot über die Lieferung und Montage einer Lüftungsanlage Vitovent 300 zum Pauschalpreis von 6.615,00 EUR netto. Mit Schreiben vom 17.01. 2006 bestätigte der Architekt T (der Ehemann der Beklagten), dass jenes Nachtragsangebot Bestandteil des Angebots „Sanitär- und Heizungsinstallationen“ vom	9

07.10.2005 und des Bauvertrags vom 04.11.2005 einschließlich aller darin enthaltenen Rechte und Verpflichtungen werde.

Als sich Ende Januar 2006 abzeichnete, dass die Insolvenzschildnerin die Elektro-, Sanitär- und Heizungsinstallationsarbeiten nicht zum 03.02.2006 werde abschließen können, erklärte sich die Beklagte am 24.01.2006 mit einer Verlängerung des vertraglich vorgesehenen Fertigstellungstermins bis zum 03.03.2006 einverstanden. Mit Schreiben vom 27.03.2006 wies die Beklagte darauf hin, dass das Gebäude noch immer nicht bezugsfertig sei, und setzte der Insolvenzschildnerin eine letzte Frist zur Fertigstellung der Arbeiten bis zum 07.04.2006. Mit der Insolvenzschildnerin am Nachmittag des Folgetags zugegangenem Schreiben vom 06.04.2006 kündigte die Beklagte sodann den Bauvertrag.

Unter dem 01.08.2006 erstellte die Insolvenzschildnerin eine Schlussrechnung, in der sie den Wert der bis dahin erbrachten Leistungen auf 141.318,68 EUR netto bezifferte und unter Abzug des fünfprozentigen Gewährleistungseinbehalts sowie der von der Beklagten geleisteten Abschlagszahlungen über insgesamt 85.721,34 EUR einen von letzterer innerhalb von zehn Wochentagen noch zu zahlenden Bruttobetrag in Höhe von 56.296,43 EUR errechnete. In der Schlussrechnung waren die Leistungspositionen für Zimmer- und Holzbauarbeiten nach konkreten Maßen und/oder Mengen abgerechnet. Demgegenüber waren für die jeweiligen Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallationsleistungen Pauschalen in Höhe teils einer ganzen, teils einer anteiligen Einheit - so beispielsweise

„Pos. Nr.	Bezeichnung GP	Menge	EP	12
-----------	-------------------	-------	----	----

Elektro-				13
----------	--	--	--	----

installation				14
--------------	--	--	--	----

01.3	HA-/Technikraum	1 psch	2.852,10	15
€	2.852,10 €			

	gem. Aufm.Bl. Nr. 6-017-E01			16
--	-----------------------------	--	--	----

...				17
-----	--	--	--	----

- ausgewiesen. Für die Dachbegrünung und die Lüftungsanlage Vitovent 300 stellte die Insolvenzschildnerin der Beklagten einen Anteil von 0,85 der vorgesehenen Pauschale in Rechnung. Wegen der weiteren Einzelheiten der Abrechnung wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung der Schlussrechnung vom 01.08.2006 (Anlage K 6, Bl. 16 ff. GA) Bezug genommen.

In der Folgezeit forderten die Insolvenzschildnerin, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Kläger mit Schreiben vom 09.08.2006 sowie die Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Schreiben vom 12.09.2006 die Beklagte vergeblich zur Begleichung der Schlussrechnung auf.

Der Kläger hat die Kündigung der Beklagten für unberechtigt gehalten. Hierzu hat er behauptet, soweit sich der Bauablauf verzögert habe, habe dies auf der schleppenden Freigabe von Ausführungsformen und Bauteilen sowie der wiederholten Anmeldung von Änderungs- und Überarbeitungswünschen seitens des Architekturbüros L beruht. Unbeschadet dessen habe die Insolvenzschildnerin in der Schlussrechnung nur die bis zur Kündigung ausgeführten Leistungen abgerechnet. Die Anlagen seien Anfang April 2006 so

gut wie fertig gewesen.

Der Kläger hat beantragt, 21

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 56.296,43 EUR sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten 22
in Höhe von 1.479,90 EUR jeweils nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 23

die Klage abzuweisen. 24

Sie hat gemeint, der Insolvenzschuldnerin stehe angesichts der mangelnden Fertigstellung 25
auch nur eines der geschuldeten Gewerke, der teils unzutreffenden Abrechnung und teils
mangelhafter Erstellung der Gewerke sowie wegen der Mehrkosten, die für die Fertigstellung
des Bauobjekts durch andere Unternehmen an Stelle der Insolvenzschuldnerin angefallen
seien, kein Restwerklohn mehr zu.

Wegen der Erbringung der konkret abgerechneten Leistungseinheiten teilweise in – so hat 26
die Beklagte behauptet - geringerem Umfang als abgerechnet sowie der größtenteils
mangelnden Prüfbarkeit des Bautenstands der pauschal abgerechneten Einheiten für die
Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallationsarbeiten, die Lüftungsanlage und die
Dachbegrünung sei nur eine Schlussrechnungssumme von 103.603,80 EUR netto
gerechtfertigt, woraus sich unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen ein
noch offener Restwerklohn von 17.882,45 EUR netto / 20.743,64 EUR brutto ergebe.

Im Hinblick darauf hat die Beklagte in einer Gesamthöhe von 74.778,14 EUR die 27
Aufrechnung mit diversen angeblichen Ansprüchen auf Erstattung von Mehrkosten wegen
Ersatzvornahmen und auf Schadensersatz wegen Mängelbeseitigungsarbeiten erklärt sowie
sich auf die Berechtigung zu Rechnungskürzungen und/oder Minderungen berufen.

Hierzu hat sie behauptet, für die Errichtung der Garage seien Mehrkosten in Höhe von 28
1.062,07 EUR netto sowie für die Erstellung des Außenputzes solche von 4.597,11 EUR
netto angefallen. Für die Nachspachtelung von Beschädigungen und Löchern in der von der
Insolvenzschuldnerin erstellten Gipskartonverschalung der Decken und Wände seien Kosten
über 335,75 EUR netto entstanden. Für den (unstreitig) noch fehlenden, ursprünglich von der
Insolvenzschuldnerin zu übernehmenden Einbau der Haustür und des feststehenden
Seitenteils nebst Bodenriegel seien Mehrkosten von 1.876,99 EUR netto sowie für den
Austausch der von der Insolvenzschuldnerin montierten, entgegen der vertraglichen
Vereinbarung nicht WK-2-konformen Fenster- und Türbeschläge durch Beschläge mit
entsprechendem Sicherheitsstandard Kosten über 2.516,41 EUR netto angefallen. Wegen
der von der Insolvenzschuldnerin teilweise nicht und teils mangelhaft ausgeführten
Elektroinstallationsarbeiten seien Mehr- bzw. Mängelbeseitigungskosten über insgesamt
2.076,30 EUR netto sowie für die Fertigstellung der Heizungs- und der Sanitärinstallationen
Zusatzaufwendungen von 1.295,99 EUR netto und 4.008,32 EUR netto entstanden. Im
Hinblick auf die Lüftungsanlage Vitovent 300 beliefen sich die Mehr- und
Mängelbeseitigungskosten auf insgesamt 1.443,96 EUR netto. Für die Vollendung der
Dachbegrünung habe sie – die Beklagte - einen Zusatzbetrag von 936,00 EUR netto
aufwenden müssen. Insgesamt macht sie mit den vorstehenden Positionen Mehrkosten von
21.314,90 EUR netto = 24.725,28 EUR brutto geltend.

Zudem seien die sich aus den Leistungsverzeichnissen ergebenden Bruttorechnungssummen für die Elektro-, Heizungs-, Sanitär- und Lüftungsinstallationen mangels - von der Insolvenzschriftnerin im Rahmen der übernommenen Planungsleistungen geschuldeter - Erstellung eigener den Fachunternehmen zur Verfügung gestellter Werkpläne sowie wegen Fehlens von Gütenachweisen, Prüfzeugnissen, Fachunternehmerbescheinigungen und Dokumentationen jeweils um 10 % zu kürzen. Des Weiteren habe das von ihr, der Beklagten, beauftragte Architekturbüro L im Rahmen der anderweitigen Fertigstellung des Bauobjekts für die Einholung und Auswertung der Angebote von Drittunternehmen, die Mitwirkung bei der anschließenden Auftragsvergabe, die in der Folgezeit durchgeführte Bauleitung sowie die Prüfung der Rechnungen der ersatzweise beauftragten Unternehmen einen Betrag von 11.977,22 EUR abgerechnet. Darüber hinaus sei von der Schlussrechnung die vereinbarte Baunebenkostenumlage in Höhe eines Prozents der Schlussrechnungssumme, mithin von 1.639,29 EUR, der fünfprozentige Gewährleistungseinbehalt über 8.196,49 EUR sowie eine zehnprozentige Konventionalstrafe wegen verzögerter Bauausführung in Höhe von 16.392,96 EUR abzuziehen. Überdies sei wegen Farbabweichungen an den Fenstern eine 0,5-prozentige Minderung um 185,27 EUR angezeigt, zur Anbringung der am Haustürsockel fehlenden Abdichtung ein Kostenaufwand von 251,72 EUR zu veranschlagen, wegen des Einbaus eines geringerwertigen Heizkessels ein Abzug von 850,00 EUR vorzunehmen, für das Aufräumen der Baustelle und die Entsorgung des von der Insolvenzschriftnerin zurückgelassenen Materials Aufwendungen über 753,34 EUR angefallen sowie im Hinblick auf die von der Insolvenzschriftnerin fachwidrig zugespachtelte Trennfuge der Schallschutzdecke Mängelbeseitigungskosten von 654,24 EUR anzusetzen. Außerdem habe, nachdem die Insolvenzschriftnerin im Anschluss an die Kündigung das von ihr gestellte Gerüst demontiert habe, die M Gerüstbau GmbH, so hat die Beklagte behauptet, ein Gerüst zur Durchführung der Außenputzarbeiten aufgestellt und hierfür einen Betrag von 1.869,20 EUR in Rechnung gestellt. Wegen der durch die Bauverzögerung erforderlich gewordenen Verschiebung des vereinbarten Termins für die Lieferung der bestellten Küche habe sie, die Beklagte, einen zusätzlichen Betrag von 250,00 EUR aufbringen müssen. Für das TÜV-Gutachten zur Ermittlung des während der Laufzeit des Vertrags mit der Insolvenzschriftnerin erreichten Bautenstands habe sie einen Betrag von 580,00 EUR entrichtet. Schließlich habe sie die ursprünglich zu Ende Februar 2006 gekündigte Mietwohnung wegen der verzögerten Errichtung des Einfamilienhauses zwei Monate länger bewohnen müssen, wofür zusätzliche Mieten von insgesamt 1.588,22 EUR angefallen seien.

Mit Beschluss vom 19.10.2007 hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass die von der Insolvenzschriftnerin nur teilweise erbrachten Pauschalpreispositionen – wie etwa die Lüftungsanlage Vitovent 300 und die Dachbegrünung – nach den Grundsätzen des vorzeitig gekündigten Pauschalpreisvertrags abzurechnen seien. Der Kläger hat daraufhin jeweils auf den 01.12.2007 datierte Schlussrechnungen der Insolvenzschriftnerin bezüglich der Dachbegrünung nebst der damaligen Kalkulation der Insolvenzschriftnerin und hinsichtlich der Lüftungsanlage Vitovent 300 einschließlich des seinerzeitigen Angebots der ausführenden Nachunternehmerin Gebr. M2 GmbH & Co. vom 15.12.2005 vorgelegt.

30

Das Landgericht hat über den Leistungsstand der Gewerke Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallation sowie Dachbegrünung am 07.04.2006 Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 28.11.2008 (Bl. 753 ff. GA) Bezug genommen.

31

In der mündlichen Verhandlung vom 04.11.2009 hat das Landgericht ergänzend darauf hingewiesen, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme das Bauvorhaben insgesamt –

32

insbesondere hinsichtlich der Gewerke Sanitär-, Heizungs- und Elektroinstallationen - zum Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten nicht abgeschlossen gewesen sei. Der Kläger habe deshalb im Hinblick auf die Pauschalpreisvereinbarung die geleisteten und nicht geleisteten Arbeiten voneinander abzugrenzen und vorzutragen, welche Arbeiten noch nicht durchgeführt worden seien. Diesen Anforderungen genügten sein bisheriger Vortrag sowie der Verweis auf die Schlussrechnungspositionen nicht.

Mit Urteil vom 03.02.2010, auf das wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, hat das Landgericht sodann die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen nicht schlüssig dargelegt. Sofern die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung – wie der Kläger geltend gemacht habe - als eine freie zu bewerten sei, habe letzterer grundsätzlich Anspruch auf Zahlung des Werklohns abzüglich der ersparten Aufwendungen. Der Kläger könne die vertraglich vorgesehene Vergütung nicht verlangen, da die Arbeiten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht nahezu gänzlich abgeschlossen, sondern die maßgeblichen Gewerke Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallationen sowie Dachbegrünung nach den Aussagen der vom Kläger benannten Zeugen nur teilweise vollendet gewesen seien. 33

Dem zufolge sei nach höchstrichterlicher Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu berechnen. Der Kläger sei daher gehalten gewesen, die Kalkulation seiner Pauschalpreisansätze für die streitigen Positionen offen zu legen sowie die erbrachten und die nicht erbrachten Leistungen ins Verhältnis zum diesbezüglich kalkulierten Gesamtentgelt der Pauschalpreispositionen zu setzen. Dass der zwischen der Insolvenzschuldnerin und der Beklagten geschlossene Vertrag eine ca.-Summe als Endpreis und die Abrechnung nach Einheitspreisen vorgesehen habe, ändere nichts daran, dass die streitigen Positionen Sanitär-, Elektro- und Heizungsinstallationen sowie Dachbegrünung als Pauschalposten veranschlagt und bei vorzeitiger Vertragsbeendigung dementsprechend abzurechnen seien. 34

Gegen dieses ihm am 09.02.2010 zugestellte Urteil hat der Kläger mit am 01.03.2010 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz vom 26.02.2010 Berufung eingelegt und vorab beantragt, ihm für das Berufungsverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen. 35

In der Sache macht der Kläger geltend, entgegen der Ansicht des Landgerichts habe keine Abrechnung nach den Grundsätzen des vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrags erfolgen müssen, da die Insolvenzschuldnerin und die Beklagte einen Einheitspreisvertrag geschlossen hätten und im Übrigen ein gekündigter Pauschalpreisvertrag nach der Rechtsprechung des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs dergestalt abgerechnet werden könne, dass von dem vereinbarten Pauschalpreis ein auf die nicht ausgeführten Arbeiten entfallender Betrag in Abzug gebracht werde. 36

Jedenfalls aber habe das Landgericht außer acht gelassen, dass er (der Kläger) auf den gerichtlichen Hinweis vom 19.10.2007 hinsichtlich der Lüftungsanlage Vitovent 200 und der Dachbegrünung nach den Grundsätzen des gekündigten Pauschalpreisvertrags erstellte Schlussrechnungen vorgelegt habe. 37

Der Kläger hat angekündigt zu beantragen, 38

das am 03.02.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 7 O 1/09 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 56.296,43 EUR sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in 39

Höhe von 1.479,90 EUR jeweils nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 40

die Berufung zurückzuweisen. 41

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und erwidert, das Landgericht habe zu Recht darauf 42
abgestellt, dass die Leistungspositionen Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallationen,
Lüftungsanlage und Dachbegrünung in der Schlussrechnung vom 01.08. 2006 pauschal
abgerechnet worden seien. Eine solche Abrechnung sei auch nach der Rechtsprechung des
X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs mangels jeglicher Darlegungen, wie die pauschalen
Ansätze zu Stande gekommen seien und welche konkreten Restleistungen noch offen
gestanden hätten, unzulässig.

Im Hinblick auf die nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht fertig 43
gestellten Gewerke Elektro-, Heizungs- und Sanitärinstallation habe der Kläger den - nur
durch Angabe von Anteilen pauschal behaupteten - Leistungsstand nicht im Einzelnen
dargelegt, so dass sie (die Beklagte) zu einer konkreten Stellungnahme außer Stande sei.
Die vom Kläger ergänzend vorgelegten Abrechnungen zur Lüftungsanlage und zur
Dachbegrünung genügten nicht den Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag, da
die ihnen zu Grunde gelegten Angebote bzw. Kalkulationen ebenfalls pauschal gehalten
gewesen seien und keine Aufmaße enthalten hätten.

Mit Beschluss vom 07.06.2010 hat der Senat den Antrag des Klägers auf Bewilligung von 44
Prozesskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht der Berufung zurückgewiesen. Auf
den nachfolgenden Hinweis des Senats vom 26.07.2010, dass er von einer unbedingten
Berufungseinlegung ausgehe, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 04.08.2010 ausgeführt, er
habe mit Schriftsatz vom 26.02.2010 lediglich Prozesskostenhilfe beantragt. Hilfsweise hat
der Kläger die streitgegenständlichen Forderungen gegen die Beklagte aus der
Insolvenzmasse frei gegeben. Hierzu vertritt er die Ansicht, in Folge der Freigabe der
Klageforderungen sei an seiner Stelle die Insolvenzschuldnerin in den Rechtsstreit
eingetreten und im Hinblick darauf der Rechtsstreit unterbrochen worden, weswegen der
Rechtsstreit äußerst hilfsweise auszusetzen sei.

Der Kläger beantragt nunmehr, 45

das am 03.02.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 7 O 1/09 – abzuändern und die 46
Beklagte zu verurteilen, an die D GmbH, Estr. 7, T2 56.296,43 EUR sowie vorgerichtliche
Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.479,90 EUR jeweils nebst Zinsen in Höhe von fünf
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 47

die Berufung zurückzuweisen. 48

Sie vertritt die Ansicht, der Kläger sei unbeschadet der Freigabe der Klageforderungen 49
prozessführungsbefugte Partei des Rechtsstreits geblieben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den 50
Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat Beweis
erhoben durch Vernehmung der Zeugen T, S, L2 und K2. Diesbezüglich wird auf die
Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 11.11.2011, Bl. 994 GA, und vom 20.12.2011,

Bl. 1025 GA, verwiesen. Ferner hat der Senat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen C2 vom 15.05.2012, Bl. 1098 ff. GA, sowie auf seine ergänzenden Angaben bei seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2012, Bl. 1126 ff. GA, Bezug genommen.

II. 51

Die zulässige, unter Einhaltung der Frist- und Formerfordernisse der §§ 517, 519 ZPO eingelegte und rechtzeitig begründete Berufung des Klägers hat in der Hauptsache keinen Erfolg. Der Insolvenzschuldnerin ist ein Restwerklohnanspruch nicht in Höhe der geltend gemachten 56.296,43 EUR, sondern nur über 19.097,42 EUR erwachsen, welcher in Folge der von der Beklagten erklärten (Hilfs-)aufrechnung aber rückwirkend in voller Höhe erloschen ist. 52

A. Der Kläger hat, da er zusätzlich zu seinem Prozesskostenhilfeantrag ausdrücklich Berufung eingelegt und einen Rechtsmittelantrag angekündigt hat, nicht nur einen isolierten Prozesskostenhilfeantrag gestellt. Davon ist der Kläger vor dem Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Senats vom 07.06.2010 selbst ausgegangen, indem er den Schriftsatz vom 26.02.2010 in seinem nachfolgenden Schriftsatz vom 18.05.2010 selbst als „Berufungsschriftsatz“ und die „eingelegte Berufung“ als erfolversprechend bezeichnet hat. 53

Ebenso wenig hat der Kläger ein bedingtes – und als solches unzulässiges (vgl. BGH vom 20.07.2005 – XII ZB 31/05 – Rn. 7, zitiert nach juris; Geimer in: Zöller, ZPO, 29. Auflage, § 119 Rn. 52) - Rechtsmittel, sondern unbedingt Berufung eingelegt. Verbindet der Rechtsmittelführer die Einlegung des Rechtsmittels mit einem Prozesskostenhilfegesuch, so muss er zwar alles vermeiden, was den Eindruck erweckt, er wolle eine (künftige) Prozesshandlung nur ankündigen und sie von der Gewährung von Prozesskostenhilfe abhängig machen. Wenn die gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsschrift erfüllt sind, kommt die Deutung, dass der Schriftsatz nicht als unbedingte Berufung bestimmt war, aber nur in Betracht, wenn sich dies aus den Begleitumständen mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Deutlichkeit ergibt. Mit Rücksicht auf die schwerwiegenden Folgen einer bedingten und damit unzulässigen Berufungseinlegung ist für die Annahme einer derartigen Bedingung eine ausdrückliche zweifelsfreie Erklärung erforderlich (vgl. BGH vom 17.12.2008 – XII ZB 185/08 – Rn. 9; vom 21.12.2005 – XII ZB 33/05 – Rn. 13; vom 20.07.2005 – XII ZB 31/05 – Rn. 7; vom 19.05.2004 – XII ZB 25/04 – Rn. 11; jeweils zitiert nach juris). 54

Der innerhalb der Berufungsfrist eingegangene Schriftsatz des Klägers vom 26.02. 2010 erfüllt alle Anforderungen an eine Berufungs- und Berufungsbegründungsschrift. Er ist mit dem Begriff „Berufung“ überschrieben und mit einem vollständigen Rubrum versehen, in dem die Parteien auch mit ihrer Stellung im Berufungsverfahren bezeichnet sind. Des Weiteren wird im Schriftsatz vom 26.02.2010 das angefochtene Urteil unter Beifügung einer Ausfertigung des erstinstanzlichen Urteils konkret bezeichnet (§ 519 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 ZPO) und erklärt, dass dagegen Berufung eingelegt werde (§ 519 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Überdies enthält der Schriftsatz Berufungsanträge (§ 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) sowie Ausführungen zu angeblichen Rechtsverletzungen des Landgerichts (§ 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO). 55

Im Hinblick darauf lassen sich dem Schriftsatz vom 26.02.2010 keine eindeutigen Anhaltspunkte entnehmen, die ohne jeglichen vernünftigen Zweifel eine unbedingte Berufungseinlegung ausschließen. Dem steht bereits entgegen, dass der Schriftsatz des 56

Klägers vom 26.02.2010 mit „Berufung“ überschrieben ist sowie die ausdrückliche und einschränkungslose Erklärung enthält, es werde Berufung eingelegt (vgl. BGH vom 21.12.2005 – XII ZB 33/05 – Rn. 14; vom 19.05.2004 – XII ZB 25/04 – Rn. 12; jeweils zitiert nach juris). Dass der Kläger den Berufungsantrag mit der im Futur gehaltenen Formulierung „wir werden beantragen“ eingeleitet und „vorab“ die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt hat, spricht nicht für eine Deutung als bedingte Berufungseinlegung. Derartige Wendungen sind übliche Formulierungen, mit denen der Umfang des Berufungsbegehrens gekennzeichnet und zugleich angekündigt wird, welcher Antrag demnächst in der mündlichen Berufungsverhandlung verlesen werden soll. Die temporale Staffelung ist deshalb mangels konkreter entgegenstehender Anhaltspunkte nicht im Sinne einer Bedingung, sondern als Ausdruck des Wunschs zu verstehen, über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe möge vorab entschieden werden, gegebenenfalls verbunden mit der Ankündigung, die weitere Durchführung des Rechtsmittels solle vom Umfang der Bewilligung abhängig gemacht werden (vgl. BGH vom 21.12.2005 – XII ZB 33/05 – Rn. 21, zitiert nach juris). Dementsprechend kann auch der Hinweis des Klägers, der Berufungsantrag erfahre erst nach und im Umfang der Bewilligung von Prozesskostenhilfe Geltung, als Erklärung dahin verstanden werden, dass nur die weitere Durchführung des Rechtsmittelverfahrens von der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abhängig gemacht werde (vgl. auch BGH vom 19.05.2004 – XII ZB 25/04 – Rn. 13-15, 19, zitiert nach juris). Unter diesen Umständen ergibt sich auch aus dem Verweis des Klägers auf das „beabsichtigte Berufungsverfahren“ eingangs der Begründung seines Prozesskostenhilfeantrags kein eindeutiger Hinweis darauf, dass noch keine (unbedingte) Berufung eingelegt werden solle (vgl. dazu auch BGH vom 17.12.2008 – XII ZB 185/08 – Rn. 11, zitiert nach juris). Mit dieser Wortwahl hat der Kläger lediglich die in § 114 S. 1 ZPO vorgesehene Formulierung aufgegriffen. Demgegenüber spricht die gleichrangige Gliederung seines schriftsätzlichen Vorbringens in die Begründung des Prozesskostenhilfeantrags unter Ziffer I. und die Begründung seines Rechtsmittels unter Ziffer II. dafür, dass beide Begehren nebeneinander und gleichzeitig gelten sollen.

Im Übrigen ist im Zweifel anzunehmen, dass ein inhaltlich den Anforderungen an eine Berufungsbegründung genügender Schriftsatz auch als Berufungsbegründung dienen soll, wenn eine solche erforderlich und nicht ein anderer Wille des Rechtsmittelführers erkennbar ist (vgl. BGH vom 21.12.2005 – XII ZB 33/05 – Rn. 16, zitiert nach juris). Selbst wenn deshalb noch Zweifel verbleiben sollten, ob die Berufung schon mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe eingelegt werden sollte, ist zu Gunsten des Rechtsmittelführers anzunehmen, dass er eher das Kostenrisiko einer ganz oder teilweise erfolglosen Berufung auf sich nehmen wollte, als zu riskieren, dass seine Berufung als unzulässig verworfen wird (vgl. BGH vom 17.12.2008 – XII ZB 185/08 – Rn. 12, zitiert nach juris).

B. Der Kläger ist unbeschadet dessen, dass er im Anschluss an den Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Senats vom 07.06.2010 die streitbefangenen Ansprüche der Insolvenzschuldnerin aus der Insolvenzmasse frei gegeben hat, Partei des Rechtsstreits geblieben. Hierdurch hat er zwar die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis sowie damit auch seine Befugnis zur Prozessführung in gesetzlicher Prozessstandschaft nach § 80 InsO verloren und ist die Insolvenzschuldnerin wieder verfügungs- und klagebefugt geworden (vgl. BGH ZIP 2005, 1034; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Rn. 10.43). Der Kläger ist jedoch als gesetzlicher Prozessstandschafter nunmehr analog § 265 Abs. 2 ZPO weiterhin prozessführungsbefugt geblieben und muss deshalb den Rechtsstreit fortführen.

Der Begriff der Abtretung in § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO ist weit auszulegen, so dass jene Vorschrift auch bei einem Wechsel der Prozessführungsbefugnis jedenfalls in analoger Anwendung in Betracht kommt (vgl. OLG Nürnberg vom 02.02.1993 – 3 U 3157/92 – Rn. 37;

LG Hamburg vom 20.09.2001 – 327 S 125/00 – Rn. 6; jeweils zitiert nach juris; Foerste in: Musielak, ZPO, 8. Auflage, § 265 Rn. 7). Ein Rückgriff auf die vorgenannte Regelung erscheint insbesondere bei Übergang der Prozessführungsbefugnis vom Insolvenzverwalter auf den Insolvenzschuldner in Folge der Freigabe des streitbefangenen Anspruchs aus der Insolvenzmasse sachgerecht.

Die Vorschrift des § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO soll verhindern, dass sich eine Partei durch eine willkürliche Verfügung über den streitbefangenen Anspruch ihrer Sachlegitimation begibt und damit den Gegner zu einem neuen Prozess gegen den Rechtsnachfolger, der ggf. zur Begleichung der bisher aufgelaufenen Prozesskosten nicht in der Lage ist, nötigt (vgl. OLG Nürnberg a.a.O. Rn. 36; LG Hamburg a.a.O.; Greger a.a.O. § 265 Rn. 1). Eine solche Konstellation entsteht indessen auch und insbesondere, wenn sich der Insolvenzverwalter, nachdem er die Aussichtslosigkeit des von ihm geführten Prozesses erkennt, aus dem Prozess zurückzieht (vgl. Windel in: Jaeger, Insolvenzordnung, § 80 Rn. 211; Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Auflage, § 80 Rn. 135 f.; Ott in: Münchener Kommentar, InsO, § 80 Rn. 80; Kuleisa in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Auflage, § 80 InsO Rn. 44). Es erscheint jedoch nicht sachgerecht, dem Insolvenzverwalter zu ermöglichen, für die Masse über mehrere Instanzen einen Prozess zu führen und, wenn er im Laufe des Rechtsstreits die Aussichtslosigkeit seines Klagebegehrens erkennt, sich durch Freigabeerklärung dem voraussichtlichen Prozessergebnis ohne die (vollen) mit einem Unterliegen verbundenen Kostenfolgen zu entziehen (vgl. OLG Nürnberg a.a.O.; LG Hamburg a.a.O.; Ott a.a.O.; Windel a.a.O.).

60

Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass dem Insolvenzverwalter in den §§ 85 Abs. 1, 86 Abs. 1 InsO das Recht eingeräumt worden ist, die Aufnahme eines bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon anhängigen Rechtsstreits über die Insolvenzmasse abzulehnen. Wenn es aber einer ausdrücklichen Anordnung bedarf, um den Insolvenzverwalter zu berechtigen, die Insolvenzmasse aus bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens anhängigen Prozessen herauszuhalten, so kann der Insolvenzverwalter ohne gesetzliche Anordnung kaum berechtigt sein, aus selbst anhängig gemachten Prozessen einseitig durch Freigabeerklärung auszuscheiden (vgl. Uhlenbruck a.a.O. Rn. 136).

61

Der vom Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 19.12.1966 vertretenen Ansicht, dass bei Freigabe eines Anspruchs aus der Insolvenzmasse die Vorschrift des § 265 Abs. 2 ZPO mangels einer Nachfolge in das – durchgehend beim Insolvenzschuldner verbliebene – Recht unanwendbar sei und darum nicht nur eine Veränderung der Prozessführungsbefugnis, sondern weitergehend ein Parteiwechsel statfinde (vgl. BGHZ 46, 249, 251 f.; i. E. auch Greger a.a.O. Rn. 5a; Roth in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Auflage, § 265 Rn. 13), ist deshalb nicht zu folgen. Für diese Auffassung spricht allerdings die gesetzliche Wertung des § 85 Abs. 1 S. 2 ZPO, der bei einer Verzögerung der Aufnahme von bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens anhängigen Prozessen seitens des Insolvenzverwalters auf die Regelung des § 239 Abs. 2 bis 4 ZPO und damit auf eine den gesetzlichen Parteiwechsel betreffende Vorschrift verweist. Der Annahme, dass der Insolvenzverwalter im Fall der Freigabe eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse als Partei durch den Insolvenzschuldner ausgetauscht werde, steht jedoch das Interesse des Prozessgegners entgegen, den Insolvenzverwalter als Kostenschuldner zu behalten und nicht an seiner Stelle den regelmäßig zur Begleichung der Prozesskosten finanziell unfähigen Insolvenzschuldner aufgedrängt zu bekommen (vgl. Uhlenbruck a.a.O. Rn. 135; Häsemeyer a.a.O.). Dieses Interesse überwiegt gegenüber dem – aus der Aufgabe der bestmöglichen Verwertung der Insolvenzmasse resultierenden - Interesse des Insolvenzverwalters, einen Gegenstand bei nutzlosem Aufwand für die Insolvenzmasse freizugeben (vgl. dazu BGHZ 46, 249, 252; Windel a.a.O. Rn. 28). Dafür spricht vorliegend

62

umso mehr, als nicht die Beklagte, sondern der Insolvenzverwalter den Rechtsstreit angestrengt sowie in die zweite Instanz gebracht und damit die angefallenen Kosten maßgeblich verursacht hat. Im Hinblick darauf befindet sich die Beklagte gerade nicht in derselben Lage, wie wenn das Insolvenzverfahren nicht eröffnet oder beendet worden wäre (so aber BGHZ 46, 249, 253; vgl. auch BGH NJW 1993, 3072, 3073).

C. Der Kläger hat auf Grund der verlorenen eigenen und wieder hergestellten Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Insolvenzschildnerin seinen Antrag wegen des Wechsels in der Aktivlegitimation auf Zahlung an die – nunmehr wieder (allein) materiell berechnigte - Insolvenzschildnerin umgestellt (vgl. OLG Nürnberg a.a.O. Rn. 34). Die Insolvenzschildnerin kann von der Beklagten indessen wegen der Arbeiten an dem Bauvorhaben K-Str. 48 in C keine Zahlung von 56.296,43 EUR verlangen. Insoweit stand dieser zum Zeitpunkt der Kündigung gemäß § 631 Abs. 1 BGB zwar noch Restwerklohn in Höhe von EUR zu. Dieser Anspruch ist auf Grund der von der Beklagten erklärten Hilfsaufrechnungen mit Ansprüchen auf Erstattung der ihr für die Fertigstellung des Einfamilienhauses durch Drittunternehmer entstandenen Kosten gemäß § 389 BGB rückwirkend erloschen. 63

1. Der Insolvenzschildnerin hat gegen die Beklagte aus § 631 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Zahlung weiterer Vergütung in Höhe von 20.294,73 EUR brutto (unter Berücksichtigung der Baunebenkostenumlage in Höhe von 19.097,42 EUR brutto) zugestanden. 64

In ihrer Schlussrechnung vom 01.08.2006 hat die Insolvenzschildnerin – entsprechend den zu Grunde liegenden Leistungsverzeichnissen – teils nach Einheits-, teils nach Pauschalpreisen abgerechnet. 65

a) Soweit sie Einheitspreise angesetzt hat, ist den Anforderungen an eine prüfbare Abrechnung in Höhe eines Betrags von 103.216,80 EUR netto Genüge getan worden. Bei der vorzeitigen Beendigung eines Einheitspreisvertrags kann der Vergütungsanspruch im Fall der vom Kläger angenommenen freien Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B dergestalt abgerechnet werden, dass die vereinbarten Einheitspreise mit den durch Aufmaß ermittelten Mengen zu vervielfältigen und daraus die sich aus den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses ergebenden Ansprüche zu errechnen sind (vgl. Vygen in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 17. Auflage, § 8 Nr. 1 Rn. 29). Entsprechendes gilt für den Fall einer außerordentlichen Kündigung im Sinne der §§ 8 Nr. 3 S. 1, 5 Nr. 4 VOB/B, auf welche die Beklagte ihre Kündigung gestützt hat. Auch die berechnigte außerordentliche Kündigung lässt den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers grundsätzlich in dem Umfang unberührt, in dem dieser seine Leistungen (mangelfrei) erbracht hat (vgl. BGH vom 26.07.2001 – X ZR 162/99 – Rn. 13, zitiert nach juris). 66

Dergestalt ist die Insolvenzschildnerin hinsichtlich der nach Einheitspreisen abgerechneten Leistungspositionen verfahren. Der Beklagten ist die Prüfung insoweit auch weitgehend möglich gewesen, wie das Abhaken einerseits und die Modifizierung einzelner Leistungspositionen andererseits sowie der Vermerk „In allen Teilen geprüft und mit den ersichtlichen Änderungen für richtig befunden“ auf ihrem Exemplar der Schlussrechnung zeigt. Dementsprechend hat die Beklagte ausweislich der Rechnungsprüfung des von ihr beauftragten Architekturbüros L vom 29.09.2006 selbst einen Nettobetrag von 103.603,80 EUR für berechnigt erachtet. Berücksichtigt man, dass in der vorgenannten Summe eine Teilsumme von 444,37 EUR enthalten ist, die im Hinblick auf die Leistungspositionen 02.01.28, 02.01.31, 02.01.34, 02.02.14 und 02.02.21 über den vom Kläger geltend gemachten Einheitspreisen liegt, so hat dieser gemäß der Schlussrechnung der Insolvenzschildnerin auch unter Zugrundelegung der Prüfung der Beklagten einen abrechenbaren Nettobetrag von 103.159,43 EUR nachvollziehbar dargelegt. Sofern die 67

Beklagte die Schlussrechnung bezüglich der Leistungspositionen 02.01. 29, 02.01.32, 02.02.15 und 02.02.18 wegen angeblich in geringerem Umfang ausgeführten Flächen und Längen Kürzungen in Höhe eines Gesamtnettobetrags von 57,37 EUR vorgenommen hat, hat sie die Behauptung eines abweichenden Aufmaßes in der mündlichen Verhandlung vom 21.01.2011 aufgegeben.

Demgegenüber nicht schlüssig dargelegt hat der Kläger die – von der Beklagten gestrichenen – Positionen 02.03.7 (Haustür) und 5 (Vierloch-Badebatterie). Auf Grund welcher Umstände die Abrechnung jener Einheiten mit jeweils 0,5 Stück gerechtfertigt sein soll, hat der Kläger nicht näher dargelegt. Sein auf den entsprechenden Hinweis des Landgerichts erfolgter allgemeiner Hinweis, die Haustür sei wertmäßig wenigstens zur Hälfte fertig gestellt gewesen, genügt nicht den Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag, welcher der Beklagten eine sachgerechte Überprüfung der erfolgten Abrechnung ermöglichen könnte. 68

b) Soweit die Insolvenzschuldnerin im Übrigen nach Pauschalpreisen abgerechnet hat, hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass der Kläger den Anfall der ausgewiesenen Entgelte nicht schlüssig dargetan hat. 69

Sofern die Insolvenzschuldnerin in ihrer Schlussrechnung bezüglich der Elektro- sowie der Heizungs- und Sanitärinstallation die in den jeweiligen Leistungsverzeichnissen ausgewiesenen Pauschalen („1 psch“) eingestellt hat, hat der Kläger die angeblich erbrachten Leistungen nicht nachvollziehbar dargelegt, weshalb insoweit keine prüffähige und deshalb fällige Rechnung vorliegt. 70

Die erstinstanzliche Beweisaufnahme hat die Behauptung des Klägers, die entsprechenden Arbeiten seien vollständig erbracht worden, nicht bestätigt. Dann aber hatte die Insolvenzschuldnerin, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, hinsichtlich der pauschalierten Leistungspositionen nach den Grundsätzen des vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrags abzurechnen. § 2 des formularmäßigen Bauvertrags vom 05.11.2004 enthält zwar den Hinweis, dass die Abrechnung nach Aufmaß der tatsächlich ausgeführten Leistungen und nach den vereinbarten Einheitspreisen erfolge. In den zugehörigen Leistungsverzeichnissen vom 07.10.2005 waren für die Gewerke „Sanitär- und Heizungsinstallationen“ sowie „Elektroinstallationen“ aber – abweichend von den anderen Gewerken - keine an Hand von Maßen zu ermittelnden Entgelte oder Stückpreise, sondern Pauschalen („1 Psch“) ausgewiesen. Dass die Pauschalpreise formal unter der Rubrik „Eh.-Preis“ aufgeführt waren und hierzu – nur Pauschalen ohne Feststellungen zum konkreten Umfang der im Einzelnen ausgeführten Bauleistungen (§ 14 Nr. 2 VOB/B) ausweisende – Aufmaßblätter existieren, ändert nichts daran, dass die jeweiligen Arbeiten nebst den zu verwendenden Materialien und zu verbauenden Produkten inhaltlich zu einem Pauschalpreis zusammen gefasst waren. 71

Dann aber war die Insolvenzschuldnerin gehalten, die bis zur Kündigung der Beklagten erbrachten Leistungen im Einzelnen darzulegen, von den noch ausstehenden Restarbeiten abzugrenzen sowie sodann den Wert der erbrachten Teilleistung im Verhältnis zu dem kalkulierten Pauschalpreis der jeweiligen Leistungsposition zu setzen (vgl. BGH vom 11.03.1999 – VII ZR 371/97 – Rn. 7; vom 04.07.1996 – VII ZR 227/93 – Rn. 28; jeweils zitiert nach juris; Vygen a.a.O. Rn. 31). Etwas anderes ergibt sich nicht aus der vom Kläger angeführten Entscheidung des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 19.04.2005 – X ZR 191/ 02 – (NJW-RR 2005, 1103). Anders als in dem dort zu Grunde liegenden Fall (Lieferung und Montage von 66 Fenstern, dabei 66 Fenster geliefert und 42 eingebaut) waren die von den jeweiligen Pauschalpreisen erfassten Leistungen vorliegend nicht ohne Weiteres nach Anzahl der erfassten Waren und Arbeitsschritten voneinander abgrenzbar. Die 72

Insolvenzschuldnerin hatte die einzelnen Teilleistungen deshalb aufzusplitten und entsprechend abzurechnen, um der Beklagten eine Überprüfung der Berechtigung der abgerechneten (Teil-)Vergütung an Hand des bis zur Kündigung erbrachten Leistungsstands zu ermöglichen. Dies gilt umso mehr, als der Kläger (anders als die klagende Partei in dem vom X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschiedenen Fall) gerade nicht bereit ist, die von der Beklagten angegebenen Kosten für die Fertigstellung der Arbeiten durch Drittunternehmen von den in der Schlussrechnung veranschlagten Pauschalpreisen in Abzug zu bringen.

c) Hinsichtlich des in der Schlussrechnung vom 01.08.2006 jeweils mit einem 0,85-prozentigen Anteil der vereinbarten Pauschale veranschlagten Entgelts für die Lüftungsanlage Vitovent 300 und die Dachbegrünung hat der Kläger ebenfalls keine nachvollziehbare und deshalb prüffähige Abrechnung vorgelegt. Die im Lauf des erstinstanzlichen Verfahrens ergänzend vorgelegte Schlussrechnung bezüglich der Lüftungsanlage Vitovent 300 vom 01.12.2007 genügt schon deshalb nicht den Anforderungen an eine prüffähige Abrechnung, weil die ausgewiesenen Preise für die angeblich (allein) nicht ausgeführten Positionen nicht wiedergeben, welchen wertmäßigen Anteil sie im Verhältnis zu den weiteren Elementen der Lüftungsanlage einnehmen. Insoweit reicht es – worauf schon das Landgericht in seinem Beschluss vom 21.04.2008 hingewiesen hat - nicht aus, dass die nicht erbrachten Leistungen bezeichnet und mit einem nicht näher erläuterten Preis bewertet werden. Denn damit ist es dem Auftraggeber nicht möglich zu überprüfen, inwieweit diese Bewertung sich an dem Vertrag und dem darin vereinbarten Pauschalpreis orientiert (vgl. BGH NJW 1996, 3270, 3272). Hinzu kommt, dass der in der Schlussrechnung vom 01.12.2007 errechnete anteilige Nettopauschalpreis von 6.363,63 EUR deutlich über dem in der Schlussrechnung vom 01.08.2006 ausgewiesenen anteiligen Nettopreis von 5.622,75 EUR liegt. Sachlich nachvollziehbare Gründe für jene Abweichung hat der Kläger trotz entsprechender Beanstandung der Beklagten nicht aufgezeigt. 73

Vergleichbares gilt für die Schlussrechnung bezüglich der Dachbegrünung vom 01.12.2007. Insoweit hat der Kläger zwar eine interne Kalkulation der Insolvenzschuldnerin an Hand von Flächen und Einheitspreisen vorgelegt, auf der das Angebot vom 20.10.2005 basiert haben mag. Jene Kalkulation ist indessen nicht Gegenstand eines entsprechenden – später pauschalierten – Angebots der Insolvenzschuldnerin gegenüber der Beklagten geworden. Dann aber ist auch insoweit nicht nachvollziehbar und prüfbar, an Hand welcher Grundlagen die Insolvenzschuldnerin die Einheitspreise ermittelt hat (vgl. hierzu BGH a.a.O.). 74

Demnach hat der Kläger die Erbringung von Arbeiten nicht über 141.318,68 EUR netto, sondern nur im Wert von 103.216,80 EUR netto hinreichend dargelegt. Auch wenn die Schlussrechnung im Übrigen nicht prüfbar ist, so ist doch der Teil der Werklohnforderung fällig, der prüfbar abgerechnet worden ist (vgl. *Werner/Pastor*, *Der Bauprozess*, 13. Auflage, Rn. 1867). Hiervon sind von der Beklagten geleistete Teilzahlungen in Höhe von 85.721,34 EUR netto in Abzug zu bringen. Danach verbleibt ein noch offener Werklohn über **17.495,46 EUR** netto. 75

Der Werklohn ist unbeschadet dessen fällig geworden, dass die Beklagte die Werkleistungen der Insolvenzschuldnerin bislang nicht förmlich abgenommen hat. Denn im Hinblick darauf, dass die Beklagte im Hinblick auf die gerügten Mängel keine (Nach-)Erfüllung verlangt, sondern dem eingeklagten Restwerklohnanspruch Ansprüche auf Erstattung von Aufwendungen für die (eigene) Mängelbeseitigung sowie Minderungsrechte entgegen hält, hat sich das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis gewandelt (vgl. BGH NJW 2003, 288; 2002, 3019, 3020; NJW-RR 2002, 160, 162). 76

2. Von dieser Restwerklohnforderung ist die vertraglich vorgesehene Umlage für Baunebenkosten in Höhe von **1.032,17 EUR** vorab in Abzug zu bringen. Da es um einen Abzug auf Grund von vertraglichen Absprachen der Insolvenzschuldnerin und der Beklagten im Zusammenhang mit der Abrechnung des der Insolvenzschuldnerin zustehenden Werklohns handelt, ist die entsprechende Kürzung – ungeachtet dessen, dass die Beklagte aus dieser Position einen nachrangig aufrechenbaren Anspruch hergeleitet hat - nicht als aufrechenbarer Gegenanspruch der Beklagten, sondern im Rahmen der Berechnung des fälligen Restwerklohns ohne Weiteres zu berücksichtigen. 77

Die Berechtigung der Baunebenkostenumlage von 1 % der Nettoabrechnungssumme des jeweiligen Gewerks ergibt sich aus den Besonderen Vertragsbedingungen LV Zimmer- und Holzbauarbeiten, Bl. 140 GA, LV Sanitär- und Heizungsinstallation, Bl. 191 GA, LV Elektro und Blitzschutz, Bl. 219 GA. Es ist unstreitig, dass der Insolvenzschuldnerin und deren Nachunternehmern das Bauwasser und der Baustrom zur Verfügung gestellt worden sind. Der Höhe nach berechnet sich die 1%ige Umlage nach den berechtigten geltend gemachten Baukosten in Höhe von 103.216,80 EUR netto (s.o.). 78

Es ergibt sich daher ein fällige Restwerklohnforderung von 16.463,29 EUR netto = **19.097,42 EUR brutto**. 79

3. Gegenforderungen der Beklagten 80

An Mehrkosten für die Fertigstellung der Gewerke 1. Holzbauarbeiten, 2. Außenputz, 3. Trockenbau, 4. Fenster und Türen, 5. Elektroarbeiten, 6. Heizung, 7. Sanitär, 8 Lüftung, 9. Dachbegrünung stehen der Beklagten aufrechenbare Gegenansprüche in der von ihr im Schriftsatz vom 16.07.2007, Bl. 287 ff. GA zur Pos I. vorgegebenen Reihenfolge Höhe von **14.013,38 EUR** brutto zu. Soweit die Beklagte für diese Gewerke einen Mehraufwand von insgesamt 24.725,28 EUR brutto = 21.314,90 EUR netto (Bl. 295 GA) geltend macht, so war dieser insofern nicht gerechtfertigt, als sie bei den einzelnen Positionen zugleich Kosten der Ersatzvornahme für Mängelbeseitigungsarbeiten geltend macht. 81

a) Denn die Voraussetzungen für Ansprüche aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B 2002 hat die Beklagte nicht dargetan. Es fehlt an der erforderlichen Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung. Darauf hat der Senat bereits im Hinweisbeschluss vom 18.03.2011, Ziffer II. 1, Bl. 932 f. GA, hingewiesen. Die Beklagte gesteht insoweit zu, dass sie der Insolvenzschuldnerin in Bezug auf die hier geltend gemachten Mängel jedenfalls nach der Kündigung keine Fristen zur Beseitigung gesetzt hat. Sofern sich die Beklagte darauf beruft, sie habe die Insolvenzschuldnerin vor Kündigung des Bauvertrags immer wieder zur Mängelbeseitigung aufgefordert (Bl. 973 f. GA), kann aus der nur schleppenden Bearbeitung bzw. Untätigkeit der Insolvenzschuldnerin keine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nachbesserung gefolgert werden. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Verhalten des Auftragnehmers eindeutig darauf schließen lässt, dass er die Nacherfüllung nicht vornehmen wird (vgl. Wirth in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Auflage, § 13 Abs. 5 VOB/B Rn. 142). Die bloße Vorlage der schriftlichen Aufforderungsschreiben zwischen dem 21.11.2005 und 02.04.2006 (Bl. 977 ff. GA) genügt nicht den Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag für eine konkrete Mängelrüge. Ein Bezug zwischen den in diesen Schreiben aufgeführten Missständen, insbesondere die verzögerte Bauausführung und die mangelnde Koordination der Gewerke, zu den mit der Hilfswiderklage geltend gemachten Mängeln ist nicht zu erkennen. Selbst wenn die Insolvenzschuldnerin auf sämtliche Schreiben nur zögerlich oder gar nicht reagiert hat und ihre Arbeiten nicht im Hinblick auf den vereinbarten Fertigstellungsgrad vorangetrieben hat, kann darin keine unmissverständliche und ernsthafte Erfüllungsverweigerung gesehen werden. 82

Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung war auch nicht aus anderen Gründen entbehrlich. Insbesondere war der Beklagten die Nacherfüllung durch die Insolvenzschriftnerin nicht unzumutbar (vgl. zu den Voraussetzungen: Wirth a.a.O. Rn. 150). Aus den im Hinweis- und Beweisbeschluss vom 18.03.2011 angeführten Gründen (Bl. 932 f. GA) liegen dafür nach wie vor keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. 83

Soweit die Beklagte anführt, eine Nacherfüllung seitens der Insolvenzschriftnerin habe sich als unrealistisch und eine Fristsetzung deswegen als offenkundig aussichtslos dargestellt, weil die von der Insolvenzschriftnerin beauftragten Subunternehmer ihre Arbeiten mangels Entlohnung eingestellt hätten, so führt dies nicht zu einer anderen Sicht. Auch bei dieser Sachlage kann die Setzung einer Frist zur Mängelbeseitigung gegenüber der Insolvenzschriftnerin nicht als bloße Förmerei angesehen werden. Auch wenn offenkundig die wirtschaftliche Lage der Insolvenzschriftnerin angespannt war und diese nicht über liquide Zahlungsmittel verfügte, war zum damaligen Zeitpunkt das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschriftnerin noch nicht eröffnet. Der Eröffnungsbeschluss vom 01.08.2006 lag vielmehr Wochen bis Monate nach der Auftragsvergabe an die Drittunternehmen. Dann aber war jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Insolvenzschriftnerin kurzfristig und/oder vorübergehend über finanzielle Mittel verfügen würde, mit denen sie ihre Subunternehmer zur Beseitigung der Mängel hätte bewegen können. 84

b) Die Beklagte kann aber die Mehraufwendungen, die sie nach Kündigung des Vertrags mit der Insolvenzschriftnerin im Zusammenhang mit der Fertigstellung der verschiedenen Gewerke hatte, gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B der Klageforderung im Wege der Aufrechnung entgegenhalten. Der Senat hat dazu bereits im Beschluss vom 07.06.2010 ausgeführt, dass die der Insolvenzschriftnerin am 07.04.2006 zugegangene außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 06.04.2006 nach § 8 Nr. 3 Abs. 1, § 5 Nr. 4 VOB/B 2002 gerechtfertigt war: 85

Die Insolvenzschriftnerin befand sich mit der Fertigstellung der geschuldeten Werkleistungen gemäß § 5 Nr. 4 VOB/B in Verzug. Die Parteien haben in § 3 des Bauvertrags die Fertigstellung der Elektro- sowie Sanitär- und Heizungsinstallation bis zum 03.02.2006 (Ende der 5. Kalenderwoche 2006) vereinbart und diesen Termin sodann am 24.01.2006 einvernehmlich auf den 03.03.2006 verschoben. In der Folgezeit hat die Beklagte der Insolvenzschriftnerin mit Schreiben vom 27.03.2006 (Bl. 36 f. GA) eine letzte Frist zur Fertigstellung bis zum Nachmittag des 07.04.2006 gesetzt. Nichts desto trotz waren die Elektro- sowie Heizungs- und Sanitärinstallationen bis zu diesem Zeitpunkt ausweislich der Aussagen der Zeugen L2 und K2 immer noch nicht fertig gestellt. Der Kläger beruft sich zwar darauf, die Insolvenzschriftnerin habe die Verzögerungen nicht zu vertreten gehabt (§ 286 Abs. 4 BGB). Sein allgemeiner Sachvortrag, die Beklagte und die von ihr beauftragten Architekten hätten die Arbeiten dergestalt konterkariert, dass sie Entscheidungsprozesse über Wochen und Monate hinausgezögert, überzogene und unrichtige Kritik geübt sowie der Insolvenzschriftnerin wiederholt die Weiterarbeit auf der Baustelle untersagt hätten (Bl. 65 ff. GA), genügt jedoch mangels konkreter Darlegung der Geschehensabläufe im Einzelnen zu den jeweiligen Gewerken nicht zu einer Entlastung der Insolvenzschriftnerin. Hierauf hat bereits die Beklagte erstinstanzlich hingewiesen (Bl. 250 GA), ohne dass der Kläger daraufhin sein Vorbringen konkretisiert hat (Bl. 282 ff. GA). 86

c) Dies vorausgeschickt ergibt sich für die im Schriftsatz der Beklagten vom 16.07.2007 unter Position I. geltend gemachten Mängelbeseitigungs- und Fertigstellungskosten Folgendes: 87

1. Holzbauarbeiten, LV 02.01.1 bis 34 88

89

Die Beklagte macht Mehrkosten für Fertigstellung der Überdachung der Garage auf Grundlage der Rechnung der Fa. C2 und Zimmerei und Holzbau (Anlage B 14, Bl. 301 GA) in Höhe von **1.232,01 EUR brutto** geltend. Dieser Betrag steht ihr auch zu. Unstreitig hat die Insolvenzschuldnerin die Arbeiten nicht ausgeführt. Die Beklagte hat die Netto-Mehrkosten im Vergleich zu den von der Insolvenzschuldnerin zu erbringenden Leistungen in ihrer Aufstellung Anlage B 15, Bl. 302 GA, schlüssig dargelegt. Der Kläger hat die Erforderlichkeit und Angemessenheit des Mehraufwands nicht substantiiert bestritten. Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 09.08.2007 behauptet hat, die Einzelpreise der Zimmerei C2 seien überhöht, die Konstruktion aufwändiger und ein Hobeln und Schleifen des Holzes in der Garage sei nicht erforderlich (Bl. 531 GA), so ist dem hinsichtlich der Preise zunächst entgegenzusetzen, dass der Auftraggeber bei der Beauftragung eines Dritten nur dann gegen seine Obliegenheit, den Mehraufwand in vertretbaren Grenzen zu halten, verstößt, wenn er ein besonders teures Unternehmen mit der Leistungsfortführung beauftragt, obwohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht vertrauenswürdige andere Unternehmer zur Verfügung stehen. Hierfür ist der gekündigte Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig (Vygen, a.a.O. § 8 Abs. 3 VOB/B Rn. 47). Diesen Anforderungen genügt der Vortrag des Klägers nicht. Zudem hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 28.09.2007, Bl. 555 d.A. ergänzend ausgeführt, dass der höhere Einzelpreis aus der Kleinmenge resultiere. Die von der Beklagten für das Erfordernis des Schleifens und Hobeln des Holzes angeführte Sichtbauweise hat der Kläger nicht bestritten. Das Hobeln und Schleifen von sichtbar bleibendem Bauholz war auch im LV Zimmer- und Holzbauarbeiten, Pos. B 02.01.18 + 21, Bl. 154, 155 GA, vorgesehen.

2. Außenputz

90

Die Beklagte macht für die Fertigstellung des Außenputzes durch die Fa. L3 Mehrkosten in Höhe von 4.597,11 EUR netto = 5.323,65 EUR brutto geltend. Sie legt dazu Rechnung der Fa. L3. Bl. Anlage B 17, Bl. 304 ff. GA, sowie ihre Vergleichsberechnung, Anlage B 16, Bl. 303 GA, vor. Der geltend gemachte Betrag steht der Beklagten überwiegend in Höhe von 3.737,11 EUR netto = **4.335,05 EUR brutto** zu:

91

Soweit die Beklagte zunächst für den Leistungsteil Außenputz nach den mit der Insolvenzschuldnerin vereinbarten Leistungsumfang und -preis einen Betrag von 9.986,28 EUR ansetzt, ist dies nicht zu beanstanden. Der Einwand des Klägers im Schriftsatz vom 09.08.2007, Bl. 531 GA, die Beklagte habe bei den Pos. 02.01.4a und 02.01.5a die falschen Einheitspreise angesetzt, greift nicht. Die Parteien sind sich über die Bewertung des Anteils des Außenputzes an der Gesamtleistung der genannten Positionen einig. Soweit der Kläger behauptet, die Einheitspreise für Gesamtleistung betrügen 166,- EUR bzw. 188,- EUR, so ist die Beklagte dem substantiiert damit entgegengetreten, dass man sich gemäß Angebot vom 20.10.2005 (Anlage B 37, Bl. 569 d.A.) nachträglich auf Preise von 158,- EUR und 179,- EUR geeinigt habe. Von diesen Preisen geht die Insolvenzschuldnerin auch in ihrer Schlussrechnung selbst aus, wie z.B. die Addition des von ihr in den Pos. 02.01.4 berechneten Einheitspreises von 108,95 EUR (Bl. 51 GA) mit dem von der Beklagten in der Anlage B 16 angesetzten Einheitspreis von 49,05 EUR (= 158,- EUR) zeigt.

92

Auch den in der Rechnung der Fa. L3 ausgewiesenen Flächen ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten. Denn die Beklagte hat nachvollziehbar dargelegt, dass zum flächenbezogenen Putzauftrag auch die Laibungsflächen der Fenster und Türen gerechnet werden müssen und daher die Wandflächen aus den Positionen des LV allein kein Maßstab sein können.

93

94

Die streitige Frage, ob die Insolvenzschildnerin eine Außenfensterbank eingebaut hat, spielt im Ergebnis keine Rolle, weil die Beklagte in ihrer Vergleichsberechnung zu Gunsten der Insolvenzschildnerin einen Betrag von 404,69 EUR angesetzt hat und die Fa. L3 unter der Pos. 1.019 demgegenüber nur 275,- € abgerechnet hat.

Soweit der Kläger auch die für Stundenlohnarbeiten angesetzten Positionen 1.014 bis 1.018 der Rechnung L3 angreift, so hat dies teilweise Erfolg. Zwar hat die Beweisaufnahme ergeben, dass die angesetzten Stunden für die abgerechneten Arbeiten angefallen sind. Der Zeuge S hat bei seiner Vernehmung Bl. 1009 ff. GA, glaubhaft angegeben, dass er den Stundenaufwand der Fa. L3 – wenn er sich auch nicht mehr konkret erinnern konnte, ob ihm Stundezettel vorlagen – überprüft, für zutreffend erachtet und dementsprechend die Rechnungspositionen abgehakt hat. Angesichts des in den Positionen beschriebenen und von den Zeugen T und S beobachteten und erläuterten Arbeitsaufwand, erscheint der jeweilige Stundenansatz auch plausibel. Nicht geltend machen kann die Beklagte aber den Aufwand, soweit die Stundenlohnarbeiten Mängelbeseitigungsarbeiten betreffen (siehe oben). Um Mängelbeseitigung handelt es sich bei der

Position 1.014 (Entfernen Bitumenbeschichtung: Die Insolvenzschildnerin hatte Öffnungen fälschlicherweise mit Bitumen geschlossen, die wieder geöffnet werden mussten) = 460,- EUR 96

Position 1.015 (gestückelte Dämmplatte entfernen und durch neue ersetzen) = 40,- EUR 97

Position 1.017 (Dämmplatten wegen falschem Wandanschluss entfernen und wieder anbringen) = 220,- EUR 98

Position 1.018 (Ausbesserung Putz wegen fehlerhaft angebrachten Lüftungsanlage) = 60,- EUR 99

Position 1.022 (Reparatur Laibung Eingangstürrahmen) = 80,- EUR 100

Bringt man diese Positionen, die insgesamt 860,- EUR ausmachen, von den mit der Rechnung L3 geltend gemachten Ersatzvornahmekosten von 14.583,39 EUR (Anlage B 16, Bl. 303 GA) in Abzug, erhält man einen Betrag von 13.723,39 EUR. Zieht man davon wiederum den Betrag in Höhe von 9.986,28 EUR ab, den die Beklagte bei Fertigstellung durch die Insolvenzschildnerin an diese hätte zahlen müssen, ergibt sich ein Mehraufwand von 3.737,11 EUR netto = **4.335,05 EUR brutto**, den die Beklagte der Klageforderung im Wege der Aufrechnung entgegen halten kann. 101

3. Trockenbau 102

Die Beklagte macht aus der Rechnung L3 vom 07.11.06, Anlage B 18, Bl. 306 GA, 335,75 EUR netto für die Mängelbeseitigung (Nachspachteln von Beschädigungen und Löchern in der Gipskartonschale der Decken und Wände) geltend. Diese Position ist mangels Fristsetzung zur Nachbesserung nicht ersatzfähig. 103

4. Fenster und Türen 104

Die Beklagte macht Mehrkosten für den Einbau von Haustür- und Fensterelementen durch die Fa. D Schreinerei GmbH vom 21.12.2006 (Rechnung Bl. 443 f GA) durch Vergleichsberechnung Anlage B 21, Bl. 446 GA, in Höhe von 4.393,40 EUR netto = 5.096,34 EUR brutto geltend. Die Ersatzvornahmekosten stehen ihr nicht zu, soweit Mängelbeseitigungsarbeiten betroffen sind. Dies betrifft unstreitig die Positionen 03, 04 und 105

05 der Rechnung D unter Titel 2, Fenstersicherungen (so auch Beklagte Bl. 975 d.A.). Soweit sie behauptet, auch die Positionen unter Titel 3, Zusatzarbeiten Pos. 06 und 07 beträfen reine Fertigstellungsarbeiten, kann dem nicht gefolgt werden. Denn bei dem „Richten der Blendrahmenanlage“ und dem Auswechseln einer falschen Schließleiste handelt es sich der Beschreibung nach eindeutig um Mängelbeseitigungsarbeiten. Insofern hat die Klägerin aus der Vergleichsberechnung Mehrkosten bezüglich der Positionen 01 und 02, die die Haustüranlage und die Drückeranlage betreffen und unstreitig von der Insolvenzschildnerin nicht geliefert wurden, schlüssig dargelegt. Diese machen 1.870,19 EUR netto (Pos. 1) und 6,80 EUR netto (Pos. 2) aus. Soweit der Kläger geltend macht, die durch die Fa. D eingebaute Haustür (Türblatt und Seitenteil) sei überteuert, so ist sein Einwand angesichts der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast, dass der Preis der Fa. D völlig aus dem Rahmen fällt und der Beklagten angesichts des Übermaßes von Türblatt und Seitenteils jederzeit andere gleichwertige Angebote günstiger zur Verfügung standen, nicht hinreichend substantiiert.

Der Beklagten steht demnach für die Haustüranlage ein Anspruch auf Ersatz von Mehrkosten in Höhe von 1.876,99 EUR netto = **2.177,31 EUR brutto** zu.

5. Elektroarbeiten

Die Beklagte macht Mehrkosten für die Elektrofertiginstallation durch die Fa. T3 von 2.076,30 EUR netto = 2.408,51 EUR brutto geltend und verweist dazu auf die Rechnung T3 vom 31.12.06, Anlage B 24, Bl. 450 ff. und ihre Vergleichsberechnung Anlage B 23, Bl. 448 GA. Ferner macht sie wegen nach ihrer Behauptung nicht ausgeführter, aber in der Schlussrechnung der Insolvenzschildnerin abgerechneter Positionen einen Abzug von 1.166,- EUR netto geltend, wozu sie ebenfalls auf die Anlage B 23 verweist.

Ein aufrechenbarer Gegenanspruch steht der Beklagten aber nur in der Höhe der vom Kläger zugestandenen Mehrkosten in Höhe von 430,- EUR für die von der Insolvenzschildnerin nicht gelieferte Schaltzentrale für die Elektro-Raffstoren zu (Bl. 537 d.A.). Bei den anderen als Mehrkosten geltend gemachten Positionen konnte eine Abgrenzung von reinen Fertigstellungsarbeiten zu Mängelbeseitigungsarbeiten nicht getroffen werden. Da der Beklagten mangels Fristsetzung zur Mängelbeseitigung die damit verbundenen Ersatzvornahmekosten nicht zustehen, können folglich die im Bereich Elektro geltend gemachten Mehrkosten insgesamt über den zugestandenen Betrag hinaus nicht zuerkannt werden.

Soweit die Beklagte auf den Hinweis des Senats mit Beschluss vom 18.03.2011, Ziffer II 2, Bl. 933 GA, mit Schriftsatz vom 20.05.2011 vorgetragen hat, dass es sich mit Ausnahme der Pos. 01.4 der Rechnung T3 (16 Zuleitungskabel montiert ...) um Fertigstellungsarbeiten handele, so überzeugt dies nicht. Dieses Vorbringen lässt sich mit der erstinstanzlichen Behauptung der Beklagten, die NYM-Elektroverkabelung sei technisch unzulässig – also mangelhaft – und der Anschluss des Sonnenschutzes deshalb technisch unmöglich gewesen (Bl. 290, 423; 536 GA), nicht in Einklang bringen. Auch soweit die Beklagte erstinstanzlich die Notwendigkeit des Einbaus einer zweiten Schaltuhr behauptet hat, weil die zentrale Sonnenschutzsteuerung nicht über eine Schaltuhr steuerbar gewesen sei (Bl. 290, 422; 536 GA), macht sie Mängelbeseitigungskosten wegen der unzulänglichen Planung der Insolvenzschildnerin mit nur einer Schaltuhr und keine Fertigstellungskosten geltend.

Ob es sich bei den weiteren Leistungspositionen um Fertigstellungs- oder Mängelbeseitigungskosten handelt lässt sich nicht beurteilen. Es ist der dazu vorgelegten Aufstellung, Anlage B 23, Bl. 448, und auch Rechnung der Fa. T3 nicht zu entnehmen,

welche konkreten Arbeiten von der Fa. T3 abgerechnet worden sind, die die Insolvenzschuldnerin schuldete und die diese nach Kündigung nicht mehr erbracht hat.

Soweit die Beklagte Minderleistungen im Verhältnis zu dem von der Klägerin für Elektroinstallation in ihrer Schlussrechnung abgerechneten Positionen (Pos. 01.3-01.18, Bl. 17 GA) in Höhe von 1.166,- EUR geltend macht, geht dieser Anspruch schon ins Leere, weil die Insolvenzschuldnerin für diesen Rechnungsteil mangels schlüssiger Abrechnung des vor Kündigung erbrachten Leistungsteils auf Grundlage eines Pauschalpreises gar keinen Werklohn beanspruchen kann. 112

Die Beklagte kann dem Kläger daher für die Arbeiten im Bereich Elektroinstallation nur Mehrkosten in Höhe von 460,- EUR netto = **533,60 EUR brutto** entgegenhalten. 113

6. Heizung 114

Die Beklagte macht Mehraufwendungen für die Heizungsinstallation durch die Fa. E2 (Rechnung Anl. B 26, Bl. 461 ff.) geltend. Sie behauptet dazu, die Insolvenzschuldnerin habe im Gegensatz zum vereinbarten Leistungsumfang im Vergleich zum Leistungsstand bei Kündigung lediglich 3.059,56 EUR weniger berechnet. Tatsächlich habe die Beklagte für die Fertigstellung der Arbeiten aber 4.355,55 EUR aufwenden müssen, so dass eine Differenz von 1.295,99 EUR netto verbleibe, die sie im Wege der Aufrechnung der Klageforderung entgegenhält. Sie legt dazu die Anlage B 27 „Zusammenführung Abrechnung HSL Fa. E2 mit Leistungspositionen HSL D GmbH“, Anlage B 27, Bl. 475 GA vor. Die Berechnung ist nicht nachvollziehbar. Es ist nicht verständlich, an Hand welcher Kriterien die Beklagte die Einzelpreise der Positionen in der Schlussrechnung der Fa. E2 vom 13.12.2006 anteilig den jeweiligen Pauschalen in dem für die Insolvenzschuldnerin geltenden Leistungsverzeichnis zugeordnet hat. Darauf hat der Senat mit Beschluss vom 18.03.2011, Bl. 931 ff. GA, unter Ziffer II 3 hingewiesen. Die Beklagte hat ihren Vortrag nicht näher konkretisiert, so dass die Klageforderung insoweit nicht im Wege der Aufrechnung untergegangen ist. 115

7. Sanitär 116

Der Beklagten steht für die Mehraufwendungen im Zusammenhang mit der Fertigstellung der Sanitärinstallation ebenfalls durch die Fa. E2 ein Betrag von 4.008,32 EUR netto = 4.649,65 EUR brutto zu, die sie der Klageforderung im Wege der Aufrechnung entgegenhalten kann. Sie verweist wegen der Ersatzvornahmekosten auf die Anlage B 28, Bl. 479 GA und den dort ausgewiesenen Betrag von 5.751,47 EUR, von dem sie die Differenz zwischen Auftragssumme und Schlussrechnung in Höhe von 1.753,15 EUR abzieht. Der Kläger hat gegen die Berechnung der Beklagten keine Einwendungen erhoben, sondern der Rechnung E2 lediglich entgegengehalten, die Preise seien zu mindestens 50 % überhöht. Dieser Einwand ist indes nicht hinreichend substantiiert, worauf der Senat bereits mit Beschluss vom 07.06.2010, Seite 10 unter c), Bl. 870 R GA, hingewiesen hat. Der Kläger hätte im Einzelnen darlegen müssen, dass es der Beklagten in der konkreten Situation nach Kündigung ohne weiteres möglich gewesen wäre, die Leistung günstiger zu erhalten als bei der Fa. E2. Die Klageforderung ist daher in Höhe eines weiteren Betrages in Höhe von **4.649,65 EUR brutto** im Wege der Aufrechnung erloschen. 117

8. Lüftungsanlage Vitovent 300 118

Die Beklagte hat die geltenden gemachten Mehrkosten in Höhe von 1.443,96 EUR netto nicht schlüssig darlegt. Da sie sich zur Begründung dieser Position ebenfalls auf die Anlage B 27, Bl. 478 GA, beruft, kann auf die Ausführungen oben unter 6. „Heizung“ sowie den 119

Hinweisbeschluss vom 18.03.2011, Bl. 933 GA, verwiesen werden. Zudem beruhen die Mehrkosten nach dem eigenen Vortrag der Beklagte im Wesentlichen auf Mängelbeseitigungsarbeiten (Außenanschluss unsachgemäß gedämmt, Zuluftgitter nicht fachgerecht eingebaut, Wärmefühler falsch eingebaut). Eine weitere Aufschlüsselung der Positionen durch die Beklagte ist nicht erfolgt.

9. Dachbegrünung 120

Der Beklagten steht für die Fertigstellung der Dachbegrünung ferner ein aufrechenbarer Gegenanspruch in Höhe von 936,- EUR netto = **1.085,76 EUR** brutto zu. Die Beklagte hat ihre Aufwendungen durch Vorlage der Rechnung Dachdeckermeister X, Anlage B 29, letzte Position 1.200,- EUR netto, Bl. 481 GA, substantiiert dargelegt und davon Sowiesokosten von 264,- € abgesetzt. Soweit der Kläger sich darauf berufen hat, dass die Dachbegrünung fast vollständig fertiggestellt gewesen und der in der Aufstellung der Beklagten Anlage B 19 unter der Position 99 auf dem Foto 2 gezeigte Ausschnitt des Daches nicht repräsentativ gewesen sei, so hat die Beweisaufnahme das Gegenteil ergeben. Die Zeugen L2 und K2, Bauleiter und Bautechniker der Insolvenzschuldnerin, haben selbst bestätigt, dass das Dach an allen Stellen, an den Dachdurchdringungen (z.B. durch die Lüftungsanlage) vorhanden waren, der Kies und das Substrat noch nicht verteilt waren und dass die Fotos Bl. 358 GA den Zustand zutreffend wiedergeben. Der Zeuge K2 hat bestätigt, dass Pflanzen noch nicht eingesetzt waren, während der Zeuge L2 zu den Pflanzen keine Angaben machen konnte. Auf dem Foto 2, Bl 358 GA, ist aber ersichtlich, dass noch keine Bepflanzung vorhanden ist. Der von der Beklagten dargelegte Fertigstellungsmehraufwand ist daher nicht widerlegt. Der Beklagten steht ein aufrechenbarer Anspruch in Höhe von **1.085,76 EUR** zu. 121

10. Ergebnis zu den Abzüge Position I.: 122

1. 1.232,01 EUR 123
2. 4.335,05 EUR 124
3. ./ 125
4. 2.177,31 EUR 126
5. 533,60 EUR 127
6. ./ 128
7. 4.649,65 EUR 129
8. ./ 130
9. 1.085,76 EUR 131

14.013,38 EUR 132

Der Anspruch des Klägers ist daher in Höhe von 14.013,38 EUR im Wege der Aufrechnung erloschen. 133

4. Weitere Gegenansprüche/Abzüge: 134

a) Fehlende Planungsleistung und Dokumentation 135

136

Wegen fehlender Planungsleistung und Dokumentation der Insolvenzschuldnerin steht der Beklagten ein Anspruch auf Minderung in Höhe von **1.698,77 EUR** zu. Der Senat schätzt den Wert der von der Insolvenzschuldnerin nicht erbrachten Leistung im Vergleich zum vereinbarten Leistungsumfang gem. § 287 ZPO in Anlehnung an das Gutachten des Sachverständigen C2 vom 15.06.2012, Bl. 1097 ff. GA, und dessen Erläuterungen im Termin vom 23.11.2012, Bl. 1122 ff. GA, auf 3,5 % der Bruttoauftragssummen für die Gewerke Elektro, Heizung, Sanitär und Lüftung von gesamt 48.536,24 EUR. Wegen dieses Betrages wird auf die Aufstellung der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 16.07.2007, Seite 10, Bl. 296 GA und die Leistungsverzeichnisse, Bl. 216 und 239 GA, verwiesen. Soweit die Beklagte hier einen Betrag von 10 % der Bruttoauftragssummen = 4.864,91 EUR ansetzt, so überzeugt dies nicht. Die Minderleistung der Insolvenzschuldnerin ist vor dem Hintergrund der Leistungsbeschreibung vielmehr geringer, und zwar mit insgesamt nur 3,5 % zu bewerten:

aa) Unstreitig hat die Insolvenzschuldnerin keine Gütenachweise, Prüfzeugnisse, 137
Fachunternehmerbescheinigungen und Dokumentationen im Bereich der vorgenannten Gewerke übergeben. Der Sachverständige C2 schätzt den Aufwand für das Zusammenstellen der im Zuge der Baumaßnahmen anfallenden Unterlagen auf ca. 5 Arbeitsstunden à 46,20 € = 231,- EUR netto. Soweit die Beklagte vorträgt, der Aufwand betrage insofern mindestens 8 Stunden, so trägt sie Umstände, die einen größeren Zeitaufwand rechtfertigen würden, nicht vor.

bb) Die Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen T, S und L2 hat ergeben, dass die 138
Insolvenzschuldnerin im Rahmen der durch ihre Subunternehmer ausgeführten Arbeiten in den Bereichen Elektro, Heizung, Lüftung, Sanitär selbst keine Ausführungsleistungen im Sinne der Fortführung der Pläne erbracht hat, sie vielmehr die Pläne der Architekten der Beklagten, die zu den einzelnen Gewerken schon Ausführungsdetails enthielten, an die ausführenden Fachunternehmen 1:1 weitergereicht hat. Diese haben dann mit diesen Plänen und/bzw. teilweise auf konkrete Anweisung des Zeugen S, wo z.B. Leistungen verlegt werden sollten, ihre Arbeiten ausgeführt. Die tatsächliche Ausführung ist aber in den Plänen nicht oder nur unzureichend vermerkt. Sie dienen daher – weil sie nicht im Sinne der tatsächlichen Ausführung fortgeschrieben und zwischenzeitliche Planungsänderungen nicht berücksichtigt wurden - nur eingeschränkt als Revisionspläne.

Der Senat bewertet den Anteil der von der Insolvenzschuldnerin nicht erbrachten Leistung im 139
Vergleich zu dem nach dem Bauvertrag geschuldeten Leistungsumfang mit dem Sachverständigen C2 auf 3 % der Auftragssumme. Soweit die Beklagte dem entgegengetreten und der Ansicht ist, die von der Insolvenzschuldnerin geschuldete Ausführungsplanung bzw. Werksplanung sei in Anlehnung an den prozentualen Ansatz der Leistungsphasen 5 bis 9 HOAI des § 73 HOAI bei anrechenbaren Kosten von netto 41.841,59 € und der Honorarzone II wesentlich höher zu bewerten, so überzeugt dies nicht. Aus der dem Bauvertrag mit der Insolvenzschuldnerin zugrundeliegenden Leistungsbeschreibung ergibt sich nicht, dass die Insolvenzschuldnerin die komplette Ausführungsplanung im Sinne der HOAI schuldet. Diese haben vielmehr die Architekten der Beklagten, das Architektenbüro L, zum Teil vereinbarungsgemäß selbst erbracht. So sieht beispielsweise das Leistungsverzeichnis Sanitär, Bl. 191, 206 GA vor, dass Basis der Ausschreibung die Werkpläne seien, die im Büro der Architekten der Beklagten eingesehen werden könnten. Zur Kalkulation seien Grundrisszeichnungen, Schnittzeichnungen und Ansichtszeichnungen im Maßstab 1:100 beigelegt. Entsprechendes gilt für den Bereich Elektro. Dort wird im Leistungsverzeichnis auch darauf verwiesen, dass Ausführungshinweise vorlägen und zu beachten seien (Bl. 223 GA). Dies und auch die Ausführungen des Sachverständigen in seinem Gutachten vom 15.06.2012, nach denen Ausführungspläne vorgelegen haben müssen

(dies schließt er nachvollziehbar aus der nicht alltäglichen Anordnung der Steckdosen, Schalter und Heizkörper und aus der Aussage des Zeugen T, dass (Revisions-)pläne vorlagen, die aber nicht im Sinn der tatsächlichen Ausführung fortgeschrieben worden seien), zeigen, dass die von der Insolvenzschuldnerin vertraglich geschuldete Leistung geringer als von der Beklagten behauptet zu bewerten ist. Der vom Sachverständigen gewählte Ansatz von 3 % für die Abstimmung der Werkpläne und Fortschreibung der Revisionspläne erscheint angemessen und ausreichend.

cc) Da die Beklagte selbst einen pauschalen Prozentbetrag für Minderleistung der Insolvenzschuldnerin im Bereich der Ausführplanung ansetzt, erscheint es zweckmäßig, den Aufwand für das Überlassen von Gütenachweisen, Prüfzeugnissen und Dokumentationen nicht nach Stunden aufzuschlüsseln, sondern die Minderleistung insofern gem. § 287 ZPO mit einem Aufschlag von 0,5 Prozentpunkten auf den unter b) genannten Prozentsatz zu bewerten, so dass sich insgesamt ein Minderbetrag von 3,5 % von 48.538,24 EUR = **1.698,83 EUR** ergibt, der der Klageforderung gem. § 13 Nr. 6 VOB/B – da eine Mängelbeseitigung nicht möglich ist - entgegengehalten werden kann und insoweit zur Verringerung der Klageforderung im Wege der Aufrechnung führt. 140

b) Architektenkosten 141

Die Beklagte hat einen Aufwand von 11.977,22 EUR für kündigungsbedingten Planungs- und Koordinierungsmehraufwand ihrer Architekten auf Grundlage der Anlage B 30, Bl. 482 GA, nicht schlüssig dargelegt. Der Senat hat bereits mit Beschluss vom 18.03.2011, Bl. 931 ff. unter II.4 darauf hingewiesen, dass die von der Beklagten verlangten Architektenkosten ausweislich der als Anlage B 30 vorgelegten Rechnung vom 14.06.2007 für besondere und zusätzliche Leistungen des Architekturbüros L nicht nur im Zusammenhang mit der Fertigstellung des Gewerks durch Drittunternehmer, sondern auch im Zusammenhang mit Mängelbeseitigungsarbeiten angefallen sind. Eine Aufschlüsselung der angefallenen Architektenleistungen auf diese beiden Bereiche ist indes nicht erfolgt. Die Beklagte hat auch nach dem Hinweis des Senats vom 18.03.2011 dazu nicht näher vorgetragen und keine Stundenzettel eingereicht. Auch die Schätzung eines Mindestaufwands ist dem Senat ohne nähere Aufschlüsselung und Beschreibung der Tätigkeiten nicht möglich. 142

c) Vertragsstrafe 143

Die von der Beklagten geltend gemachte Vertragsstrafe in Höhe von 16.392,96 EUR steht ihr nicht zu. Die Bestimmung einer Vertragsstrafe von bis zu 10 % der Bruttoabrechnungssumme bei Überschreitung der Ausführungsfristen in § 4 des formularmäßigen Bauvertrages ist gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam. Zur näheren Begründung wird auf die Ausführungen des Senats im Beschluss des Senats vom 07.06.2010, Seite 7, Bl. 860 ff. GA, verwiesen. 144

d) Minderung wegen Farbabweichungen an den Fenstern 145

Die Beklagte kann keinen Minderungsbetrag von 185,27 EUR wegen Farbabweichungen an den Blendrahmen von 3 Fenstern bzw. Türen mit Erfolg geltend machen. Die Voraussetzungen des § 13 Nr. 6 VOB/B 2002 sind nicht dargetan. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass sie die Insolvenzschuldnerin zur Mängelbeseitigung aufgefordert hätte und diese die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands verweigert hätte. 146

e) Fehlende Abdichtung Hautürsockel 147

Der Beklagten steht ein Gegenanspruch wegen eines Mängelbeseitigungsaufwands von 251,72 EUR nicht zu. Es handelt sich nicht um Fertigstellungs- sondern um Mängelbeseitigungsaufwand, für den die Beklagte mangels Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gem. § 13 Nr. 5 VOB/B keinen Ersatz verlangen kann.

f) Geringerwertiger Heizkessel

149

Der Beklagten steht aber wegen des unstreitig einvernehmlich eingebauten geringerwertigen Heizkessels „Vitodens 200“ anstatt des angebotenen und abgerechneten Heizkessels des Typs „Vitodens 333“ ein Abzug von **850,- EUR** zu. Die Beklagte hat wegen der Preisdifferenz auf die Anlage B 31, Bl. 484 ff. GA, verwiesen. Der Kläger ist der Preisdifferenz nicht substantiiert entgegen getreten. Ein einfaches Bestreiten reicht angesichts der von der Beklagten vorgelegten Unterlage nicht aus; soweit er rügt, die Preisdifferenz sei doppelt geltend gemacht worden, so ist dies nach den Ausführungen zu oben 3.6 nicht der Fall. Mehraufwendungen im Bereich der Heizungsinstallation wurden der Beklagten nicht zuerkannt. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist davon auszugehen, dass die Parteien, hätten sie sich sogleich für das später eingebaute Heizkessel-Modell entschieden, sich auf einen entsprechend um **850,- EUR** niedrigeren Preis geeinigt hätten.

g) Aufräumen der Baustelle

151

Für die durch den Zeugen S2 berechneten Arbeiten in Höhe von 753,34 EUR brutto für das Aufräumen der Baustelle und Entsorgung von Material (Anlage B 332, Bl. 486 GA, stehen der Beklagten keine aufrechenbaren Ersatzansprüche zu. Zum einen ist der Beklagtenvortrag mangels Darlegung zur Art und Ausmaß des zurückgelassenen Restmaterials/Bauschutts nicht hinreichend substantiiert, insbesondere weil unstreitig nach Kündigung des Bauvertrages etliche andere Firmen am Objekt gearbeitet haben. Helferstunden und Entsorgungskosten werden trotz Bestreitens des Klägers nicht nachgewiesen. Zudem wurde der Insolvenzschuldnerin keine Frist zum Aufräumen der Baustelle gesetzt. Eine solche Fristsetzung war auch nicht entbehrlich, obwohl die Insolvenzschuldnerin eine Bautür trotz Aufforderung nicht abgeholt hat.

h) Mängelbeseitigung Trennfuge

153

Ein Ersatzanspruch in Höhe von 654,24 EUR steht der Beklagten nicht zu. Zwar hat sie einen entsprechenden Mangel mit Schreiben vom 29.03.2006, Anlage B 44, Bl. 593 GA gerügt. Es fehlt aber auch hier an der erforderlichen Fristsetzung im Sinne des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B.

i) Gerüstkosten

155

Die Beklagte hat aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B 2002 einen Anspruch auf Ersatz von Gerüstgestellungskosten gem. Rechnung der Fa. M vom 10.07.2006, Bl. 277 GA, in Höhe von 1.611,38 EUR netto = **1.869,20 EUR** brutto. Das erneute Aufstellen eines Gerüsts war zur Fertigstellung der Bauvorhabens (Außenputz, Dach) erforderlich, nachdem die Insolvenzschuldnerin ihr Gerüst nach der berechtigten Kündigung der Beklagten abgebaut und daher deren Nutzungsrecht nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B 2002 vereitelt hatte. Der Kläger ist bereits mit Beschluss des Senats vom 07.06.2010, Seite 9 unter b), Bl. 870 GA, darauf hingewiesen worden, dass sein pauschales Bestreiten dem „Grunde und der Höhe nach“ unsubstantiiert ist. Auch danach hat er seine Einwendungen gegen die Rechnung nicht konkretisiert.

j) Verzögerungsschaden Küchenlieferung

157

Ein Schadenersatzanspruch wegen eines von der Fa. B erhobenen Verspätungszuschlags von 250,- EUR (Anlage B 33, Bl. 497 GA) steht der Beklagten nicht zu. Zwar sind die verzögerte Baufertigstellung und damit auch die Verschiebung des Liefertermins für die Küche von der Insolvenzschriftführerin zu vertreten. Die Beklagte hat aber nichts dazu vorgetragen, dass die Fa. B aufgrund der Vertragsbedingungen oder aus anderen Gründen zur Erhebung von Kosten in Höhe von 250,- € wegen der Lieferterminverschiebung berechtigt war.

k) Kosten TÜV-Gutachten 159

Die Beklagte hat aus den §§ 8 Nr. 3 Abs. 2, § 5 Abs. 4, § 6 Nr. 6 VOB/B einen Anspruch in Höhe von **580,- EUR** auf Ersatz der Kosten, die ihr durch die Feststellung des Leistungsstandes durch den TÜV Rheinland (SV Herr A) im Ortstermin vom 13.04.2006 entstanden sind. Die Beklagte hat die Rechnung des TÜV, Anlage B 34, Bl. 498 GA, vorgelegt, ferner das Ergebnis der Leistungsstandserhebung, Anlage B 5, Bl. 47 GA, und vorgetragen, dass sie auf die Rechnung 580,- EUR gezahlt hat. Soweit der Kläger vorträgt, dieser Gutachtertermin sei nicht erforderlich gewesen, so kann dem nicht gefolgt werden. Die Beklagte durfte vielmehr die Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Feststellung des Bautenstandes nach der von ihr berechtigterweise ausgesprochenen Kündigung des Bauvertrages für zweckmäßig erachten. Dass auch die Architekten L die notwendige Sachkunde gehabt hätten, steht dem nicht entgegen, da Feststellungen durch eine unbeteiligte Stelle Gewähr für größere Akzeptanz bieten. Dies hat offensichtlich auch die Insolvenzschriftführerin so gesehen, was die Teilnahme der Herren L2 und K2 an dem Ortstermin vom 13.04.2006 belegt. Dass anderweitige günstigere Möglichkeiten zur Feststellung des Bautenstandes vorgelegen hätten, hat der Kläger nicht substantiiert behauptet.

l) Mietfortzahlung 161

Schließlich steht der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Verzuges mit der Bauleistung ein Schadenersatzanspruch in Höhe von **397,06 EUR** zu, weil sie mangels rechtzeitiger Fertigstellung des Hauses einen weiteren Monat Miete für die von ihr zuvor bewohnte Wohnung zahlen musste. Die Beklagte hat die Mietzahlung für die Monate März und April 2006 von jeweils 794,11 EUR durch Vorlage der Kontoauszüge, Anlage B 35, Bl. 499 GA, nachgewiesen. Soweit die Beklagte allerdings vorgetragen hat, die Kündigung zu Ende Februar ausgesprochen zu haben, weswegen ihr für zwei Monate ein Verzögerungsschaden entstanden sei, kann dem nicht gefolgt werden; denn das mit Schriftsatz vom 25.01.2012 vorgelegte Kündigungsschreiben vom 29.12.2005, Bl. 1086 GA, bestätigt eine Kündigung erst zum 31.03.2006. Da der ebenfalls mit Schriftsatz vom 25.01.2012 vorlegte Mietvertrag zudem die Beklagte und ihren Ehemann als Mietmieter ausweisen (Bl. 1062 GA), kann die Beklagte nur die hälftige Mietzahlung für April 2006 ersetzt verlangen. Denn mangels anderweitigen Vortrags ist davon auszugehen ist, dass ihr gem. § 426 Abs. 1 BGB wegen der anderen Hälfte der Miete ein Ausgleichsanspruch gegen ihren Ehemann zusteht.

5. Ergebnis 163

Der Insolvenzschriftführerin steht kein Restwerklohnanspruch mehr zu, da er durch die zur Aufrechnung bzw. Hilfsaufrechnung gestellten Positionen vollständig erloschen ist.

Restwerklohn 17.495,46 EUR netto 165

./. Baunebenkosten 1.032,17 EUR netto 166

=	16.463,29 EUR	167
+ MwSt 16%	<u>19.097,42 EUR brutto</u>	168
./.	14.013,38 EUR	169
./.	1.698,77 EUR	170
./.	850,00 EUR	171
./.	1.869,20 EUR	172
./.	580,00 EUR	173
./.	<u>397,06 EUR</u>	174
=	<u>- 310,99 EUR</u>	175
III.		176

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 177

Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO mit der aus dem Tenor ersichtlichen Beschränkung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Hinsichtlich der Entscheidung, dass der Kläger als Insolvenzverwalter durch die Freigabe der streitbefangenen Forderungen nicht aus dem Rechtsstreit ausgeschieden ist, weicht der Senat von der vom VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 19.12.1966 – VIII ZR 110/64 – (BGHZ 46, 249, 251 f.) vertretenen Ansicht, auf die der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einer Entscheidung vom 07.07. 1999 – IV ZR 190/92 - (BGHZ 123, 132, 136) Bezug genommen hat, ab. Im Übrigen sind die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung insoweit weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). 178

Streitwert für das Berufungsverfahren: 99.441,88 EUR. 179

Die im Wege der Hilfsaufrechnung geltend gemachten Forderungen erhöhen den Streitwert, soweit über sie entschieden worden ist (§ 45 Abs. 3 GKG). 180