Oberlandesgericht Köln, 11 U 92/12

Datum:	30.07.2014
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	11. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	11 U 92/12
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2014:0730.11U92.12.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 37 O 421/10

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 24. April 2012 verkündete Urteil des Einzelrichters der 37. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 37 O 421/10 – wird zurückgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

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

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e 1

A. 2

Die Kläger beauftragten die Beklagte, eine C-Haus-Partnerfirma, im September 2009 mit der Errichtung eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück T-Straße 5 d in S. Grundlage der Beauftragung war der schriftliche Werkvertrag vom 15.09.2009 (Anlage K 1 – GA 39 ff.), der als C-Haus-Auftrag überschrieben war und einen Festpreis von 223.100,00 € einschließlich der gesetzlichen Mehrwertsteuer vorsah. In dem Vertrag war unter anderem darauf hingewiesen (GA 39), dass das Haus ein Satteldach und eine Kniestockhöhe von 1,375 m erhalten sollte und Zeichnungen für sich keine selbständigen Leistungspflichten begründen, sondern zur Erläuterung der Leistungsbeschreibung der zum Festpreis zu erbringenden 3

Leistungen dienen sollten. In Ziffer 4.4 des schriftlichen Auftrags heißt es, dass zu den vom Bauherrn vor Baubeginn zu erbringenden Leistungen unter anderen folgende gehören:

- Freimachen des Bauplatzes zur Durchführung des Bauvorhabens (AC3ruch, Rodung, Humusabtrag), 4

- Aufnahme des Geländeprofils und Begutachtung des Baugrundes auf Tragfähigkeit und Wasserstandspegel durch einen Fachingenieur. 5

In der Bau- und Ausstattungsbeschreibung vom 15.09.2009 (Anlage K 2 – GA 43 ff.), die Bestandteil des Werkvertrages war, ist unter Ziffer 2.1 „Bodenplatte, Abdichtung“ festgehalten, dass zu den von der Beklagten zu erbringenden Leistungen unter anderem gehören: eine selbsttragende Bodenplatte aus WU-Beton gemäß statischer Berechnung und ein Fundamentaushub und Fundamente/Frostschürzen 80 cm tief. Hinsichtlich der Erdarbeiten zur Errichtung des Gebäudes und der Hausanschlüsse heißt es in Ziffer 13. der Bau- und Ausstattungsbeschreibung (GA 49), dass diese Leistungen im Angebotspreis nicht enthalten seien. 6

Bereits im Zuge der Anfang März 2010 begonnenen Aushubarbeiten kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien über die Tragung der damit verbundenen Kosten. Einem am 15.03.2010 erfolgten Gespräch der Parteien über verschiedene Punkte schloss sich eine umfangreiche Korrespondenz an, in deren Rahmen die Kläger eine Vielzahl angeblicher, den Inhalt des vorliegenden Rechtsstreits bildender Vertragsverletzungen der Beklagten geltend machten. 7

Der Verfahrensbevollmächtigte der Kläger erhob mit Schreiben vom 07.04.2010 (Anlage K 10 – GA 68-76) eine Reihe von Beanstandungen und monierte in dem Zusammenhang unter Fristsetzung zur Ausräumung der Beanstandungen, dass eine Baubeginnanzeige nicht vorliege, die Montage von Rollladenkästen und die Einhaltung einer Drempelhöhe von 1,375 m nicht gewährleistet sei, die vorgesehene Verlegung von Elektro-Leerrohren von der Beklagten nicht beabsichtigt sei, die Kläger nur zum Freimachen des Bauplatzes, nicht aber zu weitergehenden Tiefbauleistungen verpflichtet seien, in den Raum gestellte Mehrkosten für einen als notwendig hingestellten Bodenaushub nicht vertragsgemäß seien, eine Solaranlage vertraglich geschuldet sei und Mehrkosten deswegen nicht zu berechnen seien, eine Bemusterung mangels vorliegender Grundlagenpläne nicht stattzufinden habe, die Beklagte den Einbau einer Treppe nicht vorgesehen habe und einen solchen Einbau auf eigene Kosten schulde und schließlich die Baugenehmigungsplanung nicht von einem Bauvorlageberechtigten erstellt worden sei, da der die Planung fertigende Zeuge Q weder Architekt noch sonst zur Erstellung von Bauvorlagen berechtigt sei. Für die Planung seien bereits 5.500,00 € an den Zeugen Q gezahlt worden. 8

In Erwiderung hierauf teilte der Verfahrensbevollmächtigte der Beklagte dem Verfahrensbevollmächtigten der Kläger mit Schreiben vom 22.04.2010 (Anlage K 11 – GA 77 ff.) mit, dass die Baubeginnanzeige am 15.03.2010 von den Klägern unterschrieben und am 16.03.2010 an die Stadt S weitergeleitet worden sei. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass der Zeuge Q bereits in den ersten Gesprächen mit den Klägern auf die Unmöglichkeit der Anbringung von Rollladenkästen aufmerksam gemacht habe, dass die Leerrohre üblicherweise in und auf Stahlbetondecke und Bodenplatte gelegt würden und Kabelinstallation in den Wänden und im Trockenbau im Bereich der Dachschrägen erfolge, dass die Erdarbeiten einschließlich des Abtransports des Erdaushubs mit Ausnahme des Fundamentaushubs von der Beklagten nicht geschuldet würden, dass der Beklagten hinsichtlich der Solaranlage ein Fehler unterlaufen sei und deren Geschäftsführer dies bereits 9

Mitte Februar 2010 mündlich eingeräumt habe, ferner, dass die Bemusterung längst habe abgeschlossen sein können, dass eine Treppe im Vertrag nicht vereinbart worden, die Beklagte jedoch im Rahmen einer Gesamteinigung bereit sei, hierüber zu verhandeln, ferner, dass die Beklagte vorlageberechtigt sei und sich der Zeuge Q nie als Architekt ausgegeben habe und die Beklagte keinen Geldbetrag von 5.500,00 € von den Klägern entgegen genommen habe. In dem Schreiben wird ferner die Erörterung der Angelegenheit in einem gemeinsamen Gespräch vorgeschlagen.

Der Klägervertreter reagierte hierauf mit Schreiben vom 06.05.2010 (Anlage K 12 – GA 80 ff.), auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, und setzte der Beklagten zur Klärung der darin angesprochenen Punkte eine Nachfrist bis zum 20.05.2010. 10

In seiner Antwort vom 18.05.2010 (Anlage K 13 – GA 88 ff.) führte der Beklagtenvertreter unter anderem aus, dass sich die Beklagte hinsichtlich der Durchführung der Elektroinstallation und hinsichtlich der Erdarbeiten an die Baubeschreibung halten werde. Der Vorschlag des Bodenaustauschs sei eine Vorsichtsmaßnahme gewesen. Bezüglich der Badausgestaltung könne eine Ausführungsplanung erst nach vorheriger Festlegung der Badausgestaltung, die Sache der Bauherrn sei, erstellt werden; die Kläger hätten hierzu jedoch keine Entscheidung getroffen. 11

Bezüglich der Treppe sei darauf hinzuweisen, dass das Angebot der Beklagten einen Kaminzug für Frischluftzufuhr für einen offenen Kamin im Werte von 3.000,00 € als Sonderausstattung enthalten habe und dieser Kamin – gegen Herausnahme der Treppe - in der Baubeschreibung ohne Mehrpreis berücksichtigt worden, die Beklagte insoweit aber bei einer Fortführung des Bauvertrages zu Zugeständnissen bereit sei. Der Zeuge Q habe sich nicht als Architekt ausgegeben; seine Bauanträge seien von den Bauämtern als ordnungsgemäß akzeptiert worden. Die von den Klägern an den Zeugen Q geleistete Zahlung betreffe nicht das Vertragsverhältnis der Parteien; es handele sich um die Vermittlungsprovision des Zeugen Q. Hinsichtlich des Mehrkosten-Angebots vom 25.03.2010 stehe es den Klägern frei, dieses anzunehmen. Das Schreiben vom 18.05.2010 enthält abschließend den Hinweis der Beklagten darauf, dass die Beklagte für eine Vertragskündigung keine Gründe sehe, und das Angebot an die Kläger, die streitigen Punkte nochmals zu besprechen und einer Gesamtlösung zuzuführen. 12

Die Kläger erklärten daraufhin mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26.05.2010 (Anlage K 15 – GA 96 ff.), auf das wegen aller Einzelheiten verwiesen wird, die außerordentliche fristlose Kündigung des Bauvertrages. Die Beklagte stellte den Klägern daraufhin mit Schreiben vom 07.06.2010 (Anlage K 16 – GA 102) einen Entschädigungsbetrag in Höhe von netto 17.435,55 € in Rechnung. Dieser Betrag ist Gegenstand der von der Beklagten erhobenen Widerklage. 13

Mit der vorliegenden Klage verlangen die Kläger von der Beklagten die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 59.853,31 €; ferner begehren sie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz allen weiteren, aus der Vertragskündigung entstehenden Schadens. 14

Gegenstand des Zahlungsbegehrens der Klage sind folgende Einzelpositionen: 15

(1) Kosten für die Eintragung einer Grundschuld für die C3 Bank 16

Über 10.000 € gemäß Kostenrechnung Gerichtskasse Köln 17

18

(Anlage K 20 – GA 108): 64,00 €

(2) Kosten der Eintragung einer weiteren Grundschuld für die C3 Bank über 200.000 € gemäß Kostenrechnung Gerichtskasse Köln (Anlage K 21 – GA 109): 367,00 €

(3) Kosten für die Umschreibung des Eigentums am zu bebauenden Grundstück von ihrer Mutter auf die Klägerin zu 2. sowie Bestellung einer Grunddienstbarkeit und Rangänderungen gemäß Kostenrechnung Gerichtskasse Köln (Anlage K 22 – GA 111): 198,50 €

(4) Kosten für Grundbuchauszüge bezüglich Nachbargrundstücke Anlage K 23 a – GA 112: 54,00 €

(5) Kosten für Grundbuchauszüge bezüglich Nachbargrundstücke Anlage K 23 b – GA 113: 10,00 €

(6) Notargebühren für die Grundschuldbestellung (10.000 €) gemäß Kostenrechnung Notare N & C2 vom 25.02.2010 (Anlage K 24 – GA 114): 92,82 €

(7) Notargebühren für eine Vorrangeinräumung gemäß Kostenrechnung Notar T2 vom 05.11.2009 (Anlage K 25 – GA 116): 47,96 €

(8) Notargebühren für die Grundschuldbestellung (200.000 €) gemäß Kostenrechnung Notare N & C2 vom 16.11.2009 (Anlage K 26 – GA 117): 440,30 €

(9) Notargebühren für die Übertragung des Grundstücks gemäß Kostenrechnung Notare N & C2 vom 13.10.2009 (Anlage K 27 – GA 118): 582,51 €

(10) Gebühren und Kosten der Stadt S

Baugenehmigung 882,00 €

Baulasteintragung 600,00 €

Mahnkosten 20,00 €

Säumniszuschläge 20,50 € gemäß

Mahnung vom 25.02.2010 (Anlage K 28 – GA 119): 1.522,50 €

(11) Kosten der Tiefbauarbeiten der Firma M

Als nutzloser Aufwand

Eigenanteil der Kläger gezahlt am 05.03.2010: 1.684,45 €

(12) Kosten der Tiefbauarbeiten der Firma M

Als nutzloser Aufwand

Eigenanteil der Kläger gezahlt am 26.03.2010: 357,00 €

(13) Kosten für einen Flüssiggas-Lagerbehälter gemäß

Rechnung der Firma S2 vom 04.03.2010 (Anlage

K 34 – GA 127) als nutzloser Aufwand: 4.193,08 €

(14) Kosten für Container zum Abtransport von Aushub

für die Baureifmachung des Grundstücks als nutzloser

Aufwand: 260,00 €

(15) Kosten für Bauzaun zur Absicherung der Baustelle

Aufgrund Auflage der Baubehörde (Stadt S) gemäß

Beleg P (Anlage K 35 – GA 128) als nutzloser Aufwand: 110,35 €

(16) Rückforderung der 1. Abschlagszahlung auf den

Bauvertrag gemäß Anforderung der Beklagten vom 28.09.

2009 (Anlage K 36 – GA 129) als nutzloser Aufwand: 15.617,00 €

(17) Rückforderung der an Herrn Q gezahlten

Geldbeträge in Gesamthöhe von: 5.500,00 €

(18) Erstattung einer Nichtabnahmeentschädigung für

das nicht abgenommene Baudarlehen bei der C3 Bank

gemäß deren Schreiben vom 23.06.2010 (Anlage K 38 –

GA 132): 17.638,38 €

(19) Kosten des Vermessers L für die Erstellung

des Lageplans zum Baugesuch gemäß Kostenbescheid

vom 28.06.2010 (Anlage K 39 – GA 133-136): 1.413,69 € 75

(20) Kosten einer noch anstehenden Wiederverfüllung 76

der Baugrube zur Wiederherstellung des früheren Zustands 77

gemäß Angebot M vom 15.06.2010 (Anlage K 41 – 78

GA 153): 7.999,78 € 79

(21) Kosten des Wiederaufbaus einer für das Herrichten 80

des Baugrundstücks abgebrochenen Remise entsprechend 81

Neupreis eines Holzhauses (Anlage K 42 – GA 154): 1.699,99 € 82

Gesamtbetrag der erstinstanzlich eingeklagten Einzelpositionen: 59.853,31 € 83

Wegen des Sachvorbringens der Parteien im ersten Rechtszug und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. 84

Mit der vorliegenden Klage begehren die Kläger die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 59.853,31 € aufgrund fristloser Kündigung des Bauvertrages und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz allen weiteren Schadens im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung dieses Vertrages. Die Beklagte hat Widerklage gegen die Kläger auf Zahlung von 17.435,55 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Kosten erhoben mit der Begründung, die ausgesprochene Vertragskündigung sei unberechtigt, weshalb sie von den Klägern Schadensersatz in Höhe von 10 % der noch nicht erbrachten Leistungen - nach ihrer Berechnung ein Betrag von 17.435,55 € - beanspruchen könne. 85

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage hin die Kläger als Gesamtschuldner verurteilt, an die Beklagte 8.717,77 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.06.2010 sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 603,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit dem 05.07.2010 zu zahlen; die weitergehende Widerklage hat es abgewiesen. 86

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die von den Klägern unter dem 26.05.2010 erklärte fristlose Kündigung des Bauvertrages sei unwirksam, weil bei einer Gesamtschau festzustellender Tatsachen ein wichtiger Grund zur fristlosen Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht gegeben sei. 87

Gegen das Urteil des Landgerichts, auf dessen Inhalt im Übrigen Bezug genommen wird, wendet sich die Berufung der Kläger, deren Ziel die Zusprechung des Klagebegehrens und die vollständige Abweisung der Widerklage ist; klageerweiternd verlangen sie die Erstattung der Kosten des von ihnen beauftragten Vermessers L in Höhe von 1.012,82 € (GA 854). 88

Die Kläger machen unter Vertiefung ihres Vorbringens erster Instanz im Wesentlichen geltend, das Landgericht habe sich fehlerhaft mit den von ihnen vorgebrachten Kündigungsgründen auseinandergesetzt und das Bestehen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragskündigung zu Unrecht verneint. Mit dem Bau sei bereits begonnen worden, ohne dass die Beklagte der Stadt S den Baubeginn angezeigt habe. Der Kläger sei daher von 89

dem Mitarbeiter Q2 der Stadt S aufgefordert worden, für eine Sicherung der ausgehobenen Baugrube zu sorgen; zu diesem Zweck habe er am Ostersamstag 2010 einen Bauzaun gekauft und installiert. Die eingereichte Baubeginnanzeige sei unwirksam gewesen, weil die Beklagte es seinerzeit unterlassen habe, der Anzeige weitere Unterlagen, u.a. die Wärmebedarfsberechnung, die Statik, Messprotokolle über die Feinmessung und das Schnurgerüst beizufügen. Hinsichtlich der monierten Rollladenkästen und der Drempelhöhe sei das das Landgericht ihrem Sachvortrag erster Instanz nicht gerecht geworden. Im Hinblick auf die Nichteinhaltung der vertraglich geschuldeten Drempelhöhe von 1,375 m habe die Beklagte keine ausreichende Mängelbeseitigung angeboten. Die weiter angeführte Beanstandung im Elektrogewerk habe das Landgericht zwar für berechtigt angesehen, jedoch nicht in ausreichendem Maße bei der Bewertung der Kündigungsgründe berücksichtigt. Bezüglich des Bodenaushubs habe das Landgericht zwar richtig festgestellt, dass die Beklagte zu einem Teil der Leistungen, die die Firma M ihnen berechnet habe, verpflichtet gewesen wäre und die hierauf entfallende Vergütung zu tragen gehabt hätte. Das In-Abrede-Stellen einer solchen Kostentragungspflicht begründe ein Kündigungsrecht. Das Landgericht habe ferner verkannt, dass das Ansinnen der Beklagten nach einem Bodenaustausch eine weitere Pflichtverletzung darstelle. Das Nahelegen eines Bodenaustauschs sei planungsfehlerhaft, da sich kurze Zeit später herausgestellt habe, dass eine Verdichtung des Bodens oder dessen Austausch nicht erforderlich sei. Die Einforderung zusätzlicher Kosten für die Solaranlage stelle ebenfalls eine Pflichtverletzung dar; daran habe die Rücknahme dieser Mehrkostenforderung nichts geändert. Da eine Ausführungsplanung nicht vorgelegen habe, sei die von der Beklagten geforderte Bemusterung pflichtwidrig gewesen. Hinsichtlich der Treppe habe die Beklagte bis zum Ausspruch der Kündigung nicht erklärt, dass diese zum Vertragsumfang gehöre; das In-Aussicht-Stellen der Lieferung und Montage einer Treppe aufgrund angebotener Verhandlungen reiche nicht aus, das vertragswidrige Leugnen der Verpflichtung zum Einbau einer Treppe zu beseitigen. Zu Unrecht habe das Landgericht eine im Fehlen einer Bauvorlageberechtigung liegende Pflichtverletzung der Beklagten verneint. Der Zeuge Q habe den Klägern den Eindruck vermittelt, bauvorlageberechtigt zu sein. Der Umstand, dass ein nicht zur Bauvorlage Berechtigter den Bauantrag unterzeichnet habe, habe die Gefahr einer Möglichkeit zur Rücknahme der Baugenehmigung begründet. Diese Gefahr sei bis zum Ausspruch der Kündigung nicht ausgeräumt gewesen. Die Beklagte habe vor diesem Ausspruch gar wahrheitswidrig behauptet, ihr Geschäftsführer sei vorlageberechtigt. Darüber hinaus sei der als Bauleiter eingesetzte Herr V, wie sie erst jetzt erfahren hätten, Betreiber einer Gaststätte und nur sporadisch für die Beklagte als freier Mitarbeiter tätig gewesen. Das Verlangen der Beklagten nach einem erneuten Finanzierungsnachweis sei nicht berechtigt gewesen. Das von der Beklagten erstellte Nachtragsangebot vom 25.03./13.01.2010 habe nur dazu gedient, Mehrforderungen der Beklagten zu begründen mit der unzutreffenden Behauptung, diesem Angebot lägen Sonderwünsche der Kläger zugrunde. Hinsichtlich des geschuldeten Versicherungsschutzes habe die Beklagte den Abschluss der vertraglich geschuldeten Bauherrenhaftversicherung nicht nachgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 31.12.2013 behaupten die Kläger, der Zeuge Q habe in einem am 09.11.2013 mit ihnen geführten Gespräch mitgeteilt und eingeräumt, dass sich die von ihm erstellte Genehmigungsplanung nicht unter den Vorgaben des Bauvertrages umsetzen lasse. Die Planunterlagen habe er auf Druck des Geschäftsführers der Beklagten so „ausstaffiert“, dass sie den unzutreffenden Eindruck erweckt hätten, die Drempelhöhe von 1,375 m würde erreicht werden. Der Zeuge habe ihnen weiter erklärt, dass die Genehmigungsplanung den Einbau von Rollladenkästen an allen Fenstern des Dachgeschosses nicht zugelassen habe. 90

91

Sie behaupten weiter, eine Anhebung der Gebäudehöhe zur Erreichung einer Drempelhöhe von 1,375 m sei planungsrechtlich unzulässig.

Die Kläger beantragen, 92

1. 93

das angefochtene Urteil abzuändern und nach den Schlussanträgen erster Instanz zu erkennen, 94

2. 95

die Beklagte ferner zu verurteilen, an sie weitere 1.012,62 € nebst 96

Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.11.2012 zu verurteilen; 97

hilfsweise: 98

die angefochtene Entscheidung aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen; 99

äußerst hilfsweise: 100

die Revision zuzulassen. 101

Die Beklagte beantragt, 102

die Berufung zurückzuweisen. 103

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie behauptet, eine Anhebung der Firsthöhe des geplanten Gebäudes sei planungsrechtlich ohne weiteres möglich, zumal in der Nachbarbebauung ein Gebäude vorhanden sei, das eine höhere Geschosshöhe aufweise als das neu geplante Haus der Kläger. 104

Der Senat hat Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 30.04.2014 Bezug genommen. 105

Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 106

B. 107

Die Berufung der Kläger ist zulässig. 108

Sie wenden sich mit der Berufung zunächst gegen die Abweisung ihres erstinstanzlich gestellten Zahlungs- und Feststellungsbegehrens und gegen die in Höhe von 8.717,77 € erfolgte Zusprechung der Widerklage. Über die Anfechtung des sie belastenden Teils des Urteils erster Instanz hinaus begehren die Kläger im Wege der Klageerweiterung die Zahlung weiterer 1.012,82 € - Kosten des Vermessers L für die Absteckung des Gebäudes vor Baubeginn gemäß Kostenrechnung vom 21.05.2012 (Anlage C3 6 – GA 878, 879) - nebst Zinsen. 109

110

Das Rechtsmittel der Kläger hat in der Sache indes keinen Erfolg.

I. Zur Klage: 111

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen, weil der von den Klägern geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB nicht besteht und ihnen deshalb gegen die Beklagte weder die bezifferten Zahlungsansprüche, noch der erhobene Feststellungsanspruch zustehen. 112

1. 113

Der Bauherr kann als Auftraggeber den von ihm geschlossenen Bauvertrag außerordentlich kündigen, wenn ein wichtiger Grund hierfür vorliegt (§§ 242, 649, 643 BGB). Ein solcher „wichtiger Grund“ kann in einer schweren schuldhaften Verletzung oder einer sonstigen Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses, die eine Fortsetzung des Vertrages für den Auftraggeber unmöglich macht, liegen (BGH BauR 2004, 1613, 1615). Es müssen also Vertragsverletzungen des Auftragnehmers von solchem Gewicht vorliegen, dass eine Fortsetzung des Vertrages für ihn unzumutbar ist (BGH BauR 1996, 704; Senat, Urt. vom 28.06.2006 – 11 U 48/04 – in: BauR 2008, 1145 ff. m.w.N.). Das gilt auch dann, wenn die schwerwiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist, weil dem Auftraggeber in aller Regel nicht zugemutet werden kann, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen (Senat, a.a.O. m.w.N.). 114

Eine solche Vertragsverletzung hat das Landgericht hier verneint. Es hat ausgeführt, dass der Beklagten zwar mehrere Vertragsverletzungen anzulasten seien, nämlich: die Verweigerung der Verlegung von Leerrohren für die Elektroleitungen in den Wänden, die Ablehnung der Übernahme von Kosten des Tiefbauunternehmers M für die von diesem ausgeführten Bodenarbeiten und die Verweigerung des Einbaues einer Treppe als vertragsgemäß geschuldete Leistung. Diese Verletzungen könnten jedoch in ihrer Gesamtheit und auch unter Hinzurechnung einer evtl. fehlenden Haftpflichtversicherung und des formal fehlerhaft gestellten Bauantrages den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung entsprechend den Grundsätzen über ein nachhaltig gestörtes Vertrauensverhältnis nicht rechtfertigen, weil den Klägern anzusinnen sei, bestehende Meinungsverschiedenheiten zunächst im Wege von Verhandlungen zu beseitigen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass sich im Rahmen der vorprozessualen Korrespondenz der Parteien diverse Probleme geklärt hätten und die Beklagte weiteres Entgegenkommen im Rahmen von Verhandlungen signalisiert habe, so dass für die verbleibenden – im Wesentlichen Kosten betreffende Aspekte – eine Einigung im Rahmen der von den Klägern ausgeschlagenen mündlichen Besprechung und Verhandlung nicht ausgeschlossen gewesen sei. 115

Die gegen diese Wertung gerichteten Angriffe der Berufung bleiben ohne Erfolg. 116

Die von den Klägern ausgesprochene Vertragskündigung vom 26.05.2010 (GA 96 ff.), die die Grundlage der vorliegenden Klage und der damit erhobenen Schadensersatzansprüche bildet, ist als außerordentliche Kündigung unwirksam, weil die zu ihrer Begründung herangezogenen Umstände weder für sich allein noch in Verbindung mit den weiteren Umständen die fristlose Kündigung rechtfertigen. 117

Im Einzelnen: 118

(1) Fehlerhafte Baubeginnanzeige: 119

Der Vortrag der Kläger zu einer fehlerhaften Baubeginnanzeige ist insgesamt rechtlich unerheblich und nicht geeignet, ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu begründen. 120

Richtig ist zwar, dass mit den Aushubarbeiten durch die Firma M bereits Anfang März 2010 begonnen worden und zu diesem Zeitpunkt der Stadt S der Baubeginn noch nicht angezeigt war. Auf das Unterbleiben einer solchen Anzeige vor Aufnahme der Erdarbeiten können sich die Kläger indes gegenüber der Beklagten nicht berufen, weil diese Erdarbeiten von den Klägern selbst in Auftrag gegeben worden waren. Es war daher Sache der Kläger, für eine rechtzeitige Anzeige des in der Ausführung der Erdarbeiten liegenden Baubeginns zu sorgen und die Beklagte hierauf hinzuweisen. Die Kläger tragen indes nicht vor, dass und zu welchem Zeitpunkt dies geschehen wäre. 121

Tatsächlich ist dann in der Folgezeit unter dem 15.03.2010 – anlässlich der an diesem Tage stattfindenden Besprechung – die Baubeginnanzeige von den Klägern unterschrieben und von der Beklagten am 16.03.2010 an das Bauamt der Stadt S weitergeleitet worden. Dass die unterschriebene Baubeginnanzeige unter dem 16.03.2010 an die Stadt S weitergeleitet worden war, wie die Beklagte im anwaltlichen Schreiben vom 22.04.2010 (Anlage K 11 – GA 77) ausgeführt hat, ist von den Klägern im Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 06.05.2010 (Anlage K 12 – GA 80) ausdrücklich bestätigt worden. 122

Dass dieser Baubeginnanzeige keine weiteren Unterlagen, wie etwa die Statik vom 02.10.2009 und der Wärmeschutznachweis vom 09.11.2009, beigefügt waren, ist unschädlich und macht die Baubeginnanzeige – entgegen der Auffassung der Kläger – nicht unwirksam. Denn die Anzeige eines Baubeginns ist eine bloße tatsächliche Mitteilung. Sie ist schriftlich abzugeben und hat lediglich die Mitteilung des Ausführungsbeginns des Bauvorhabens und die Namen des Bauleiters und ggfls. des Fachbauleiters etwaiger Sachverständiger nach § 85 Abs. 2 BauO NW zu enthalten (§ 67 Abs. 5 Satz 1 BauO NW). Die Bauvorlagen und die Bescheinigungen des oder der Sachverständigen nach § 85 BauO NW (Standsicherheitsnachweis und Wärme- und Schallschutznachweis) sowie der Nachweis über die Gebäudeabsteckung (§ 67 Abs. 5 Satz 3 BauO NW) sind nicht mit der Baubeginnanzeige dem Bauamt vorzulegen, sondern müssen „an der Baustelle von Baubeginn an vorliegen“ (§ 65 Abs. 5 Satz 4 BauO NW). 123

Dass die Kläger als Bauherren den Nachweis der Standsicherheit und des Wärmeschutzes vor Baubeginn vorzulegen hatten (aufgrund entsprechender Auflagen der Baugenehmigung – vgl. GA 52, 215) und diese Unterlagen, die bereits erstellt waren und der Behörde hätten vorgelegt werden können, der Anzeige nicht beigefügt gewesen waren, stellt mithin keinen Umstand dar, der Zweifel an der Zuverlässigkeit und Geeignetheit der Beklagten als Vertragspartnerin der Klägerin begründen könnte. Seitens der Baubehörde war im Übrigen zu keinem Zeitpunkt dieses Fehlen moniert und es waren auch keine bußgeldrechtlichen Ermittlungen eingeleitet worden. Dass die E-Mail-Auskunft der Stadt S vom 26.07.2011 (GA 514), es sei kein ordnungsbehördliches Verfahren eingeleitet worden, eine Gefälligkeitsbestätigung darstellen soll, wie die Kläger geltend machen, ist ersichtlich spekulativer (und auch nicht unter Beweis gestellter) Vortrag der Kläger. Dieser weckt an der Richtigkeit der Erklärung der Stadt S keine Zweifel. 124

In dem Anwaltsschreiben vom 07.04.2010 wird auf solches Fehlen von Unterlagen gar nicht eingegangen; erst im Anwaltsschriftsatz vom 06.05.2010 (GA 80 f.) wird das Fehlen erwähnt. Auf die Antwort der Beklagten vom 18.05.2010 (GA 88) erfolgt keine Anmahnung der Überreichung der Unterlagen, sondern gleich die Vertragskündigung vom 26.05.2010 (GA 96 ff.). 125

126

Auch der weitere – von der Beklagten bestrittene - Vortrag der Kläger, der klagende Ehemann sei durch Herrn Q2 vom Bauaufsichtsamt der Stadt S telefonisch angewiesen worden, für eine Absicherung der Baugrube zu sorgen, ist schon deshalb rechtlich unerheblich, weil ein nachvollziehbarer Vortrag zu den näheren Umständen und dem Zeitpunkt einer solchen Auflage und ein entsprechender Beweisantritt fehlen. Selbst wenn aber eine mündliche Auflage dem Kläger erteilt worden wäre, hätte der Kläger diese Anordnung an die Beklagte weitergeben können, damit diese ihrer Vertragspflicht aus Ziffer 1. der Bau- und Ausstattungsbeschreibung (GA 43) zur Bereitstellung einer Baustellenabsicherung nachkommen konnte. Dazu, dass und bei welcher Gelegenheit die angebliche behördliche Anordnung der Baugrubenabsicherung weitergegeben worden wäre, fehlt indes konkreter Vortrag der Kläger.

Damit entfällt nicht nur ein zur Kündigung berechtigender Umstand. Eine Erstattung der von den Klägern in dem Zusammenhang beanspruchten Kosten für einen Zaun von P (Pos. 15 der Kostenaufstellung) in Höhe von 110,35 € kommt gleichfalls nicht in Betracht. 127

(2) Fehlplanung bezüglich Rollladenkästen und Drempel: 128

Die Kläger können sich zur Begründung der von ihnen ausgesprochenen außerordentlichen Vertragskündigung ferner nicht auf eine Pflichtverletzung in Bezug auf die Planung der Rollladenkästen und Drempelhöhe im Obergeschoss berufen. 129

Im Einzelnen: 130

a) Rollladenkästen über allen Fenstern: 131

Was die Rollladenkästen anbetrifft, so sah Ziffer 7.2 der Bau- und Ausstattungsbeschreibung (GA 45) vor, dass alle Fenster des Wohnhauses Kunststoff-Rollläden erhalten sollten. Diese Verpflichtung ist von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt in Abrede gestellt worden. Das gilt auch für die Baubesprechung vom 15.03.2010. Im Rahmen dieser Besprechung hat die Beklagte einen Planungsfehler eingeräumt und darauf hingewiesen, dass der Einbau von Rollladen lediglich in den Balkonterrassenfenstern des Obergeschosses (Fenster des Kinderzimmers) problematisch sei. Dies beruhte auf der – nach der Genehmigungsplanung erstellten – Statik, wie der Zeuge Q in seiner Vernehmung vor dem Senat – von den Parteien unwidersprochen und im Übrigen im Einklang mit ihrem Vortrag – erläutert hat (vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen unter Nr. 13). Die Beklagte teilte dies mit Schreiben vom 25.03.2010 (Anlage K 6 – GA 60) dem Prozessbevollmächtigten der Kläger mit und schlug den Klägern vor, die Außenwand in diesem Bereich zugunsten des Balkons um 30 cm zurücktreten zu lassen. Die Kläger lehnten das Angebot der Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 07.04.2010 (GA 69) und wiesen die Beklagte darauf hin, dass „nach der von ihnen eingeholten Auskunft des Herrn Q2 von der Stadt S der Bebauungsplan es durchaus hergebe, um 20 cm in die Höhe zu gehen und damit die vertraglich geschuldeten Rollladenkästen einbauen zu können“. Die Beklagte reagierte hierauf mit Anwaltsschreiben vom 22.04.2010 (Anlage K 11 – GA 77) und bot hinsichtlich des Rollladenkastens am Fenster im Kinderzimmer des Obergeschosses eine Anhebung des Daches unter Umgestaltung der Kehlbalkenanlage und gleichzeitiger Erstellung einer statischen Neuberechnung auf eigene Kosten an. 132

Die Klägerseite ist auf dieses Angebot der Beklagten indes nicht eingegangen. Sie ließ vielmehr der Beklagten unter dem 06.05.2010 (Anlage K 12 – GA 81) mitteilen, dass sie sich die Annahme des Angebots vorbehalte, sofern der Bauvertrag überhaupt von ihnen durchgeführt werde. Damit blieb eine Lösung für das „Problem Rollladenkästen“ – auch in der 133

von den Klägern selbst vorgeschlagenen und von der Beklagten akzeptierten Variante – offen mit der weiteren Folge, dass eine konkrete abschließende Ausführungsplanung für das Obergeschoss nicht erstellt werden konnte und bis zur Kündigung nicht erstellt wurde (vgl. auch dazu die Ausführungen unter Nr. 13). Haben die Kläger aber selbst durch ihre Kündigung die Ursache dafür gesetzt, dass die weitere Planung und eine bereits akzeptierte Lösung unterblieben ist, können sie sich nicht Nachhinein – die Kündigung selbst ist hierauf nicht gestützt - auf eine vermeintliche Fehlplanung bezüglich des Rollladenkastens des Kinderzimmerfensters im Obergeschoss berufen.

b) Drempelhöhe: 134

Aus letztlich denselben Gründen kann die außerordentliche Vertragskündigung auch nicht auf den Vorwurf gestützt werden, das geplante Gebäude weise nicht die vertraglich vereinbarte (vgl. Nr. 1 des Auftrags GA 39) Drempelhöhe von 1,375 m auf. 135

Zunächst ist festzuhalten, dass die vertragliche Verpflichtung zur Einhaltung dieses Höhenmaßes war von der Beklagten nie bestritten worden war, ebenso wenig wie die Verpflichtung zum Einbau von Rollladenkästen an allen Fenstern. 136

Auch hat die Beklagte keine Planung erstellt, nach welcher die Drempelhöhe nicht einzuhalten wäre. 137

Die Kläger haben die Nichteinhaltung der vereinbarten Drempelhöhe mit Anwaltsschreiben vom 07.04.2010 (GA 69/70) zunächst pauschal beanstandet. Konkrete Ausführungen erfolgten erstmals im Schriftsatz vom 09.03.2011 (GA 295), in welchem die Kläger ausführen, dass „nach den Plänen der Beklagten für den Drempel eine Höhe von 1,00 m vorgesehen sei, obwohl der Bauvertrag eine Höhe von 1,375 m festlege“. Diese Ausführungen, denen die Beklagte entgegen getreten ist (Schriftsatz vom 06.04.2011, Seiten 8, 9 – GA 368, 369), sind unzutreffend: 138

Den vorgelegten Ausführungszeichnungen ist eine Drempelhöhe von nur 1 m nicht zu entnehmen. Den mit Schriftsatz vom 06.04.2011 vorgelegten Zeichnungen (Bl. 1 ff. AH) ist allerdings ebenso wenig zu entnehmen, dass der Drempel eine Höhe von 1,375 m erhalten würde. 139

Soweit die Kläger in der Berufungsbegründung (dort Seite 12 – GA 720) auf die von der Beklagten vorgelegte Statik (Bl. 102 ff. AH) Bezug nehmen und geltend machen, der Statiker habe die Drempelhöhe mit 1,00 m angenommen (Pos. 9a der Statik – Bl. 221 AH), trifft das zwar zu; der Statiker hat aber auch vermerkt „Höhe prüfen“, was auf ein Spielraum für Änderungsmöglichkeiten hindeutet. Da die Zeichnungen der Entwurfsplanung zur Drempelhöhe keine Vermaßung enthalten, konnten die Kläger nicht ohne weiteres davon ausgehen, die Beklagte werde die gewünschte und zwischen den Parteien nicht streitige Drempelhöhe nicht einhalten. Aus dem Schriftverkehr der Parteien ergibt sich kein Hinweis darauf, dass die Beklagte die Drempelhöhe von 1,375 m ignorieren würde. 140

Im Gegenteil, aus ihren vorprozessualen Schreiben vom 22.04.2010 (GA 77) und ihren Stellungnahmen in vorliegendem Rechtsstreit (Berufungserwiderung Seiten 6/7 – GA 783, 784) ergibt sich vielmehr, dass die Beklagte Bereitschaft gezeigt hat und weiter zeigt, den festgelegten Höhenvorgaben Rechnung zu tragen. 141

Daher kann dahinstehen, ob nach der mit Schriftsatz vom 14.01.2013 im Berufungsverfahren überreichten „Ausführungsplanung“ (GA 917, 932) eine Drempelhöhe von 1,375 m erreicht 142

wird. Denn die Beklagte hatte bereits mit Schreiben vom 22.04.2010 (GA 77) ihre Bereitschaft zur Erhöhung der Giebelwände (und damit der Drempelhöhe) betont und zur Herstellung der Möglichkeit der Montage von Rollladenkästen im Kinderzimmer des OG und einer dafür erforderlichen Drempelhöhe eine Anhebung des Daches auf ihre Kosten unter gleichzeitiger Übernahme der Mehrkosten für eine neue statische Berechnung angeboten.

Die Klägerseite ist – insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen unter a) verwiesen werden - auf dieses Angebot der Beklagten indes nicht eingegangen, sondern ließ vielmehr der Beklagten unter dem 06.05.2010 (Anlage K 12 – GA 81) mitteilen, dass sie sich die Annahme des Angebots vorbehalte, sofern der Bauvertrag überhaupt von ihnen durchgeführt werde. Damit könnten sich die Kläger zur Begründung ihrer außerordentlichen Vertragskündigung selbst dann nicht auf eine von ihnen behauptete unzureichende Drempelhöhe berufen, wenn sich diese tatsächlich aus den ursprünglichen Plänen ergäbe. 143

c) Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Dachanhebung: 144

Soweit die Kläger – erstmals - im Berufungsverfahren geltend machen, die von der Beklagten angebotene Anhebung der Firsthöhe zur Erreichung der geschuldeten Drempelhöhe sei bauplanungsrechtlich unzulässig und das Angebot der Beklagten folglich zur Erreichung der Drempelhöhe ungeeignet, haben sie damit ebenfalls keinen Erfolg. 145

Die Kläger setzen sich mit diesem Vortrag zur baurechtlichen Unzulässigkeit einer Erhöhung der Firsthöhe zur Erreichung der vertraglich geschuldeten Drempelhöhe von 1,375 m (GA 1123) in offenen Widerspruch zu ihren eigenen Angaben gegenüber der Beklagten vor der Vertragskündigung. Im Anwaltsschreiben vom 07.04.2010 (dort Seite 2 – GA 69) führen sie gerade aus, nach ihren Erkundigungen solle es „der Bebauungsplan durchaus hergeben, um die 20 cm in die Höhe zu gehen und damit die vertraglich geschuldeten Rollladenkästen einbauen zu können.“ Dies habe der Auskunft des Mitarbeiters Q2 vom Bauaufsichtsamt der Stadt S entsprochen. Dass – wie unstreitig ist – die Stadt S hinsichtlich des Baugrundstücks tatsächlich keinen Bebauungsplan erlassen hatte und ein solcher weiterhin nicht existiert, lässt den zeitnahen Vortrag der Kläger, wonach eine Anhebung des Daches möglich sein soll, unberührt. Die Beklagte hatte nach der ihnen erteilten Auskunft der Kläger zur Anhebungsfähigkeit des Daches auch keinen Anlass, dies ihrerseits – etwa im Hinblick auf einen nicht bestehenden Bebauungsplan – zu problematisieren. Auch deshalb machen die Kläger im Berufungsverfahren nunmehr erstmals, aber ohne Erfolg geltend, eine Anhebung des Daches sei planungsrechtlich unzulässig, weil es in dem Bereich des Baugrundstücks kein Gebäude mit vergleichbarer Höhe gebe. 146

Im Übrigen hat die Beklagte hierzu eine gutachtliche Stellungnahme des Privatgutachters T3 vorgelegt. In dieser ist ausgeführt, dass das Grundstück nicht im Rahmen eines Bebauungsplans liege, sondern eine Bebauung nach § 34 BauGB zu erfolgen habe (GA 1164). Die Bebauung nach § 34 BauGB lasse es zu, dass der First um bis zu 2,83 m angehoben werden dürfe (GA 1165, 1170). Nach Auskunft der Stadt S (vgl. deren E-Mail-Nachricht vom 19.02.2014 – GA 1169) sei zudem ein Vollgeschossnachweis für ein ausgebautes Dachgeschoss nicht erforderlich, so dass das Einfamilienhaus bei einem ausgebauten Dachgeschoss als Vollgeschoss ohne zusätzliche Einschränkungen gebaut werden dürfe (GA 1164, 1169). Diesen Ausführungen setzen die Kläger lediglich spekulative Erwägungen des von ihnen eingeschalteten sachverständigen Zeugen G (GA 1078 ff.) entgegen. 147

Davon abgesehen hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 17.04.2014 (GA1262) vorgetragen, dass sich auf einem Nachbargrundstück des Baugrundstücks ein von der Stadt S 148

genehmigtes Haus befinde, welches eine höhere Geschosshöhe habe als das geplante Objekt der Kläger, weshalb die angebotene Umplanung des Baukörpers – durch Anheben des Daches – sich in die Eigenart der Umgebung einfüge. Diesem Sachvortrag sind die Kläger konkret nicht entgegen getreten, so dass er als unbestritten anzusehen ist (§§ 138 Abs. 2 und 3, 286 Abs. 1 ZPO). Ihr – nachgelassener – Schriftsatz vom 21.05.2014 (GA 1314 ff.) enthält hierzu keinerlei Ausführungen. Daran vermag auch der – unzutreffende - Hinweis unter Ziffer 7. des – nicht nachgelassenen - Schriftsatzes vom 26.06.2014 nichts zu ändern.

c) Unmöglichkeit der Einhaltung einer Höhe von 2,26 m für die Fenster im OG: 149

Der Vortrag der Kläger, im Dachgeschoss sei die Einhaltung einer Fensterhöhe von 2,26 m (wie im EG) nicht einzuhalten gewesen, die Fensterhöhe im Kinderzimmer betrage nach der „Ausführungsplanung“ der Beklagten nur 2,125 m bzw. nur 2,01 m (in einer Teil-Schnitt-Zeichnung M = 1 : 20), so dass die vorgesehene Höhe nur durch eine entsprechende Anhebung des Firstes zu erreichen sei, ist ebenfalls rechtlich unerheblich und zur Stützung der außerordentlichen Vertragskündigung nicht geeignet. 150

Es steht schon nicht fest, dass die Erreichung einer solchen Fensterhöhe vertraglich vereinbart gewesen wäre. Die Bau- und Ausstattungsbeschreibung sagt hierzu nichts aus. 151

Dass entsprechende Festlegungen sich aus den Zeichnungen der Genehmigungsplanung ergäben, ist nicht hinreichend dargetan. Auch die Erstellung des Angebotes durch die Firma Schmitz belegt eine Vereinbarung über eine Lieferung von Fenstern in der Höhe von 2,26 m nicht. Zu einer mündlichen Festlegung fehlt hinreichender Vortrag der Kläger. 152

(3) Fehlleistungen beim Elektrogewerk: 153

Das Landgericht hat hierzu festgestellt, dass sich die Beklagte trotz entsprechender vertraglicher Vereinbarung zu Unrecht geweigert habe, die Elektroinstallation in den Wandbereichen ohne Mehrkosten als Leerrohrinstallation durchzuführen, und dies eine Vertragsverletzung darstelle. 154

Die Feststellung und Bewertung des Verhaltens der Beklagten als Vertragsverletzung ist zutreffend. Allerdings rechtfertigt sie allein noch keine fristlose Vertragskündigung. 155

Vertragsgrundlage ist Ziffer 11. der Baubeschreibung (GA 48), wonach die „Stromleitungen als Leerohr-Installation in Decken und Wänden sowie die Kabelinstallation“ erfolgen sollte. Geschuldet war danach die Ausführung der Elektroinstallation in Leerrohren. Die Bestimmung ist nicht missverständlich. 156

Ziffer 14 Absatz 4 der Baubeschreibung (GA 49), wonach „geringfügige Abweichungen von der Baubeschreibung, sofern sie technisch gleich- oder höherwertig sind“ vom Erwerber hinzunehmen sind, vermag daran nichts zu ändern. Denn die Ausführung der Installation in den Wänden und Decken ohne Leerrohre – also in Beton oder Mauersteinen unter Putz – ist derjenigen in Leerrohren technisch nicht gleichwertig, weil bei Verwendung von Leerrohren – anders als bei fest eingemauerten Kabeln - eine Erweiterung der Hauselektrik durch das Einziehen weiterer Kabel problemlos möglich ist. Ob die feste Einmauerung auch dem Stand der Technik entspricht, ist unerheblich, weil die Verwendung von Leerrohren vertraglich geschuldet war. 157

Der Streit der Parteien ging insoweit allein letztlich um die Kosten der Verrohrung in den Wänden, da die Beklagte das Verlegen der Leerrohre selbst nicht verweigert. Im Hinblick auf 158

die zu erwartende Größenordnung (die die Beklagte mit lediglich 200 € angibt – GA 785) der Mehrkosten einer Verlegung der Elektrokabel in Leerrohren und die von der Beklagten im Anwaltsschreiben vom 22.04.2010 (GA 77-79) angekündigte Gesprächsbereitschaft ist eine Vertragskündigung ersichtlich nicht gerechtfertigt.

(4) Bodenaushub – Abgrenzung des Leistungsbereichs der Beklagten: 159

Die Vorgänge im Zusammenhang mit dem erfolgten Bodenaushub berechtigen die Kläger ebenfalls nicht zum Ausspruch einer fristlosen Vertragskündigung. 160

Das Landgericht hat hierzu festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sei, einen Teil in Höhe von ca. 2.300,00 € der von der Firma M in Rechnung gestellten Kosten von 4.369,68 € (GA 120) für die Bodenarbeiten zu übernehmen. 161

Vertragliche Grundlage für die Durchführung und Kostentragung von Erdarbeiten ist zunächst Ziffer 13. der Baubeschreibung (GA 49), in der es heißt: 162

„Erdarbeiten zur Errichtung von Gebäude, Hausanschlüsse: 163

Diese Leistungen sind im Angebotspreis nicht enthalten (Hervorhebung durch den Senat). 164

Die Fa. A wird im Auftragsfall die entsprechenden Angebote einholen, auswerten und in Absprache mit den Bauherren vergeben. 165

Die notwendige Koordination und Bauleitung für diese Gewerke wird durch die Bauleitung der Fa. A ausgeführt.“ . 166

Ergänzend hierzu legt Ziffer 4.4 des Bauvertrages (GA 40) fest: 167

„Vor Baubeginn sind vom Bauherrn folgende Leistungen zu erbringen: 168

Erfüllung der nachstehend aufgeführten für die Baudurchführung erforderlichen Leistungen und Bedingungen, soweit nicht unter Ziffer 2. A) und b) etwas anderes vereinbart wurde: 169

- *Freimachen des Bauplatzes zur Durchführung des Bauvorhabens (Abbruch, Rodung, Humusabtrag - Hervorhebung durch den Senat),…“* 170

In Ergänzung hierzu wiederum bestimmt Ziffer 2.1 der Baubeschreibung (GA 43) bezüglich der „Bodenplatte und der Abdichtung“: 171

„Selbsttragende Bodenplatte … 172

Fundamentaushub und Fundamente/Frostschürzen, 80 cm tief sind enthalten.“ 173

Die vertragliche Verteilung der zu erbringenden Leistungen im Bereich der „Erdarbeiten“ sieht danach so aus, dass im Prinzip der Bauherr hierzu verpflichtet ist (Ziffer 4.4 des Bauvertrages – GA 40 - in Verbindung mit Ziffer 13. der Baubeschreibung – GA 49), es sei denn, einzelne Leistungen sind auf den Bauunternehmer überbürdet. 174

Eine solche Überbürdung regelt Ziffer 2.1 der Baubeschreibung (GA 43) dahin, dass die Erstellung der Bodenplatte nebst Fundamentaushub und Frostschürze vom Unternehmer geschuldet werden. 175

176

Damit haben die Parteien vereinbart, dass das Freimachen des Bauplatzes einschließlich des Humusabtrags zu den Aufgaben der Bauherrschaft gehört, die Erstellung der Bodenplatte und des zugehörigen Fundaments – also die Schaffung des Fundamentaushubs und der Fundamente/-schürzen - indes von der Beklagten als Bauunternehmerin geschuldet sein sollte.

Wenn auch Erdabtragsarbeiten, die sich mit der Erstellung der Bodenplatte befassen, nicht mehr zum „Freimachen“ im Sinne der Vertragsklausel Ziffer 4.4. gehören, fallen sie unter Ziffer 13. der Baubeschreibung (GA 49). Demgemäß dürften der Aushub und die Erstellung des Planums für die Bodenplatte hiervon erfasst sein. 177

Anders wäre es nur, wenn die Bodenplatte selbst die eigentliche Gründung des Hauses darstellen würde. Das ist aber nicht der Fall. Unter der Bodenplatte sind Streifenfundamente angeordnet, welche deren Flachgründung darstellen. Allein der – hier unstreitig nicht mehr erfolgte – Aushub der Fundamentgräben für die Streifenfundamente unterfällt dem Aufgabenbereich und der Kostenlast der Beklagten. Die Beklagte hatte demgemäß aus der Rechnung der Firma M keine Position zu übernehmen. 178

Selbst wenn man dies aber – mit dem Landgericht - anders sehen wollte und annähme, dass zur Flachgründung auch die Bodenplatte selbst nebst Aushub des dafür erforderlichen Planums gehören würde und die Beklagte danach ein Beteiligungsaufwand an der Rechnung M vom 05.03.2010 (GA 120) in Höhe von etwa 2.300,00 € träfe, würde in der Ablehnung der Bereitschaft, solche an den Kosten in dieser Höhe zu beteiligen, kein wichtiger Grund zur Kündigung zu sehen sein. Denn die vertraglichen Regelungen gehen im Prinzip davon aus, dass die Beklagte sich nicht an den Erdarbeiten zu beteiligen hat, sondern dies nur bezüglich der Fundamente und des dafür erforderlichen Aushubs zu tun hat. Der Streit darüber, ob sich angesichts der konstruktiv als Gründung vorgesehenen Streifenfundamente die Kostenlast der Beklagten auf den für die Erstellung der Streifen und der Schürzenbereiche erforderlichen Aufwand beschränkt, war unter „vernünftigen“ Vertragspartnern ohne weiteres zu klären, er hätte notfalls auch zurückgestellt werden können. Jedenfalls begründet er für sich keinen vernünftigen Zweifel an der Vertragstreue und Zuverlässigkeit der Beklagten, jedenfalls aber keine höheren Zweifel als an derjenigen der Kläger selbst. 179

(5) Empfehlung zum Bodenaustausch: 180

Soweit die Kläger der Beklagten weiter anlasten, dass der Bauleiter V ihnen einen mit Mehrkosten für sie verbundenen Bodenaustausch bzw. eine Verdichtung vorgeschlagen habe, ist darin keine Verletzung vertraglicher Pflichten der Beklagten und auch kein Umstand zu sehen, der ernsthafte Zweifel an Seriosität, Vertragstreue und Zuverlässigkeit der Beklagten begründen könnte. 181

Zwar trägt nach ganz herrschender Meinung grundsätzlich der Bauherr als Eigentümer das sog. „Baugrundrisiko“ (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 1986, 1461 m.w.N.). Allerdings obliegt im Rahmen der Grundlagenermittlung und Vorplanung die Prüfung des Baugrundes im Hinblick auf die Grundwasserverhältnisse, die Bodenklasse usw. dem Gebäudeplaner als wesentliche Hauptpflicht (Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1986 und 1996 m.w.N.). Da die Beklagte vorliegend nicht nur die Erstellung des Gebäudes, sondern auch dessen Planung übernommen hat, hätte zunächst ihr die vertragliche Verpflichtung zur Prüfung eines ihr nicht bekannten Baugrundes grundsätzlich jedenfalls mit oblegen, da von der Durchführung einer solchen Prüfung und der Eignung des Baugrundes der Erfolg der vom Gebäudeplaner geschuldeten Planungs-Werkleistung maßgeblich abhängt bzw. abhängen kann. Letzteres gilt in nicht geringerem Maße für den Erfolg des Werks der Beklagten als 182

Bauunternehmerin – die Gebäudeerrichtung.

Die Parteien haben vorliegend – worauf die Berufungserwiderung (GA 787) zutreffend hinweist - die Prüfung des Baugrundes jedoch den Klägern als Bauherren ausdrücklich zugewiesen und entsprechend in Ziffer 4.4 des Bauvertrages (GA 40) festgelegt, dass vor Baubeginn von den Bauherren unter anderem zu erbringen waren: die Aufnahme eines Geländeprofils und Begutachtung des Baugrundes auf Tragfähigkeit und Wasserstandspegel durch einen Fachingenieur. Damit war es Sache der Kläger, der Beklagten die Baugrundverhältnisse mitzuteilen und ggfls. nachzuweisen. 183

Die Hinweis des Bauleiters der Beklagten auf einen von ihm für sinnvoll erachteten Austausch des Bodens - und zwar des erfahrungsgemäß im Bereich der Rheinscholle vorzufindenden lehmhaltigen, bindigen, das Wasser haltenden und nur schwer durchlassenden Bodens - gegen einen besser geeigneten Boden, diente ersichtlich der Klärung des Baugrundes, insbesondere der Absichten der Bauherren, einen Bodenaustausch in Erwägung zu ziehen oder es – auf eigenes Risiko – beim vorhandenen Boden als Baugrund zu belassen. Selbst wenn die Prüfung des Baugrunds letztlich einen Bodenaustausch nicht erforderlich erscheinen ließ, ist angesichts Ziffer 4.4 des Bauvertrages aus dem Hinweis des Bauleiters nicht ansatzweise ein Umstand herzuleiten, welcher die Seriosität und Kompetenz der Beklagten in Frage stellen und der erst recht keine Verletzung vertraglicher Pflichten der Beklagten begründen könnte. 184

(6) Mehrkostenforderung für Solaranlage: 185

Aus der - unstreitigen – Erstellung des „Mehrpreisangebots“ vom 30.01.2010 für die Solaranlage in Höhe von 952,00 € von der Beklagten kann ebenfalls kein Umstand abgeleitet werden, der die Kläger zur fristlosen Vertragskündigung berechtigen würde. 186

Zwar stand dieses Angebot in Widerspruch zum Bauvertrag, der in Ziffer 9. (Haustechnik) – GA 46 – die Lieferung und Montage einer „Solaranlage inkl. 300 l Wasserspeicher zur Brauchwasserbereitung“ als Vertragsleistung vorsieht. Zweifel an der Vertragstreue und Seriosität begründet das Mehrpreisangebot gleichwohl nicht, weil die Beklagte die in dem Mehrpreisangebot zum Ausdruck kommende Zusatzforderung vor Ausspruch der Kündigung vom 26.05.2010 zurückgenommen hatte. Auf den Vorhalt der Kläger im Anwaltsschreiben vom 07.04.2010 (dort Seiten 6/7 – GA 73/74) teilte die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 22.04.2010 (dort Seite 2 – GA 78) dem Prozessbevollmächtigten der Kläger mit, dass „dem Geschäftsführer der Beklagten ein Fehler unterlaufen sei“, das Angebot also versehentlich erfolgte. 187

Damit war der „Streitpunkt“ endgültig ausgeräumt. Die Beklagte stellte die Kläger nicht (mehr) vor die zuvor erhobene Nach- oder Mehrforderung. Eine vom Vertragsinhalt nicht gedeckte Zusatzforderung im Angebot vom 30.01.2010 vermag, wenn sie vom Vertragspartner ohne Umschweife als Versehen – sogar als „Fehler“ – eingeräumt und fallengelassen wird, gerade nicht Zweifel an Vertragstreue, Zuverlässigkeit und Seriosität der Beklagten zu begründen. 188

(7) Bemusterung ohne Ausführungsplanung: 189

Soweit die Kläger der Beklagten weiter anlasten, dass diese die Kläger mit Schreiben vom 25.03.2010 (Anlage K 6 - GA 61) an die Bemusterung erinnert und darauf hingewiesen hat, dass der Baubeginn noch nicht möglich sei, stellt auch dies – ersichtlich - keine Verletzung vertraglicher Pflichten und deshalb auch keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar. 190

Der Hinweis der Beklagten im Schreiben vom 25.03.2010 auf Ziffer 4.3 des Bauvertrages war nämlich zutreffend. 191

Nach dieser Vertragsbestimmung hatten die Bauherren „vor Baubeginn die abschließende Bemusterung der Ausstattung zusammen mit der Partnerfirma“ der Beklagten vorzunehmen. Dem waren die Kläger nicht nachgekommen. Sinn der Vertragsbestimmung war ersichtlich die frühzeitige Festlegung der Ausstattung, um einen zügigen Bauablauf zu gewährleisten. Die Bemusterung wie auch die Erstellung der Ausführungsplanung ist insoweit ein klassischer Fall der Notwendigkeit einer Zusammenarbeit zwischen Bauherrn und Bauunternehmer. 192

Daran hatten die Kläger indes ersichtlich kein Interesse mehr. Im Anwaltsschreiben vom 07.04.2010 (GA 74) wird der Beklagten insoweit vorgehalten, es fehle eine Planung für die Bäder des Obergeschosses. Damit bestehe keine Grundlage für eine Ausstattungsentscheidung der Kläger. 193

Mit dem Antwortschreiben des Beklagtenvertreters vom 22.04.2010 (GA 78) werden die Kläger an die erfolgte Benennung aller Handwerker und Lieferanten erinnert mit der Bitte, die Bemusterung nunmehr vorzulegen. Nachdem im Antwortschreiben des Klägervertreters vom 06.05.2010 (GA 82) das Fehlen einer Ausführungsplanung moniert wird, erfolgt mit Anwaltsschreiben des Beklagtenvertreters vom 18.05.2010 (GA 89) ein Hinweis auf die fehlende Mitwirkung der Kläger an der Festlegung der Einzelheiten der Badgestaltung; nicht festgelegt sei bislang, wo die Badewanne oder das Waschbecken installiert werden sollten, weshalb eine Ausführungsplanung (für das Bad) nicht vorgenommen werden könne. 194

Die Reaktion der Klägerseite besteht nicht in einer konstruktiven Antwort hierauf, sondern in der Vertragskündigung vom 26.05.2010 (GA 96 ff.) und dem Hinweis, es liege bis heute kein Aufteilungsplan für das Obergeschoss vor, weshalb sie auch nicht wüssten wo das Bad vorgesehen sei. Dieser „Hinweis“ ist ersichtlich unzutreffend. Eine „Aufteilung“ der Räumlichkeiten gab es bereits in der Genehmigungsplanung der Beklagten, wie ein Einblick in Bl. 331 der Statik (siehe AH) zeigt. Die Berufung auf ein Fehlen von Aufteilungsplänen des OG ist daher ungerechtfertigt. Den Klägern war die Planung der Nutzung des gesamten Hauses bekannt. Die – vom Kläger unterschriebene - Genehmigungsplanung (GA 197 sowie Bl. 330, 331 der Statik – im AH) legt hiervon Zeugnis ab. Dann war es aber Sache der Kläger, die Gestaltung des Bades mit der Beklagten bzw. mit deren Subunternehmern („Handwerkern“) festzulegen. Die Kläger haben sich dem mit unzutreffenden Gründen verweigert, so dass sie der Beklagten das Fehlen einer Ausführungsplanung des Bades nicht vorhalten können. 195

Da im Bauvertrag hinsichtlich der Innenausstattung nur bestimmte Ausführungsarten und nur wenige Ausstattungsteile nach Typ und Hersteller benannt sind, bedurfte es sogar einer besonders intensiven Mitwirkung der Kläger an der Findung einer Ausstattung, sofern die im Vertrag vorgesehenen allgemeinen Standards nicht gewünscht waren. 196

Eine rechtzeitige Klärung der Ausstattung war zur Vermeidung eines späteren Streits über Kosten im Übrigen auch im Hinblick darauf veranlasst, dass es bereits Streit um den Umfang der zu tragenden Kosten der Herrichtung des Baugrundstücks gab und die Kläger von dem bereits beauftragten Rohbauunternehmer verlangt hatten, dass er sich bei ihnen anmelde. 197

Zwar ist es grundsätzlich möglich, eine Bemusterung auch noch nach Baubeginn vorzunehmen, weil der Rohbau einige Zeit in Anspruch nimmt. Hier fällt aber ins Gewicht, dass die Beklagte mit der Kompletterstellung des Objekts beauftragt und daher – angesichts der von ihr im Vorhinein zu tätigenden Investitionen - an einem reibungslosen Ablauf 198

interessiert war. Die Kläger, die sich auf die Vertragsbestimmung der Ziffer 4.3 des Bauvertrages eingelassen haben, können dem Verlangen der Beklagten nach Vornahme einer Bemusterung nicht treuwidriges Verhalten der Beklagten entgegensetzen. Das Unterbleiben einer Ausführungsplanung scheiterte hinsichtlich des Bades an fehlenden Angaben der Kläger zu dessen konkreter Ausgestaltung (Anbringung der sanitären Einrichtungsgegenstände). Allenfalls könnte man eine „Patt-Situation“ annehmen, an deren Beseitigung die Kläger jedenfalls konstruktiv hätten mitwirken müssen. Daher kann dahinstehen, dass die Kläger an solcher Ausgestaltung – wie ihre im Rechtsstreit vorgelegte Korrespondenz zeigt - offenbar kein Interesse mehr hatten.

(8) Keine bindende Zusage des Einbaues einer Treppe zum Obergeschoss: 199

Das Landgericht hat angenommen, dass die Beklagte den Einbau einer Treppe vom EG zum OG – deren Einbau (zwar nicht im Angebot der Beklagten vom 15.09.2009, wohl aber) im Bauvertrag und der ihm angefügten Baubeschreibung offenbar vergessen worden war – als nicht vom Bauvertrag umfasst verweigert habe. Darin hat es eine Vertragsverletzung gesehen, da eine Verpflichtung der Beklagten zur Fertigung und Montage einer solchen Treppe aufgrund des Bauvertrages bestanden habe; eine solche Verpflichtung habe der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung (GA 382 R) bestätigt. 200

Der Beklagten ist insoweit tatsächlich vorzuwerfen, das Bestehen einer entsprechenden Leistungsverpflichtung nicht vorbehaltlos und unbedingt als ersichtlichen Fehler im Angebot anerkannt zu haben. 201

Auf die entsprechende Beanstandung im Anwaltsschreiben vom 07.04.2010 (GA 74) hat die Beklagte (erneut) darauf hingewiesen, dass eine vertragliche Vereinbarung hierzu fehle, immerhin aber gleichzeitig ihre Bereitschaft angekündigt, im Rahmen einer „Gesamteinigung“ über diesen Punkt zu verhandeln. Diese Bereitschaft wird in der Berufungserwiderung (GA 790) wiederholt. 202

Die anstelle einer vorbehaltslosen Anerkennung der Liefer- und Montageverpflichtung lediglich erfolgte Verknüpfung der Bereitschaft zur Anerkennung der Verpflichtung zur Lieferung und Montage einer Gebäude-Innentreppe zur notwendigen Verbindung von EG und OG an die Findung einer „Gesamteinigung“ war verfehlt, auch wenn die Haltung der Klägerseite von weiteren Streitpunkten (dazu noch weiter an späterer Stelle), für die nicht allein sie verantwortlich war, beeinflusst gewesen sein mag. Sie stellt sich allerdings nicht als derart grobe Vertragswidrigkeit und als ein das Vertrauen in Leistungsbereitschaft und –willen des Vertragspartners zerstörender Umstand dar, dass eine außerordentliche Vertragskündigung gerechtfertigt gewesen wäre, zumal eine „Gesamteinigung“ von der Beklagten noch mit Schreiben vom 22.04.2010 angeboten worden, von den Klägern indes (offenbar) nicht mehr gewünscht wünschte. 203

(9) Fehlende Bauvorlageberechtigung des den Bauantrag unterzeichnenden Zeugen Q: 204

Ohne Erfolg wendet sich die Berufung weiter gegen die Feststellungen des Landgerichts, wonach die fehlende Bauvorlageberechtigung des Zeugen Q die Kläger zur vorzeitigen fristlosen Kündigung des Bauvertrages nicht berechtigt. 205

Für die Parteien ist maßgeblich der Bauvertrag. Hierin hatte die Beklagte die Planung und Überwachung des Bauvorhabens übernommen (Verpflichtung zur Beschaffung der Baugenehmigung, Ziffer 3.1 des C-Haus-Auftrags – GA 40; die Architektenzeichnungen – kompl. Bauantrag, Statik, Wärmeschutznachweis, Entwässerungsantrag und die Anträge für 206

die Versorger - Ziffer 14. der Bau- und Ausstattungsbeschreibung – GA 49) und war im Rahmen dieses Bauvertrages gegenüber den Klägern maßgeblicher Erbringer der erforderlichen Architektenleistungen. Der Beklagten stand es – mangels anderweitiger Abreden - frei, diese Planungsleistungen im eigenen Hause zu erbringen oder sich zur Erbringung dieser notwendigen Planungsleistungen eines externen Architekten zu bedienen. Hier hatte sich die Beklagte des Zeugen Q bedient. Ein zwischen diesem und der Beklagten geschlossener Werkvertrag über die Erbringung von Planungsleistungen würde im Übrigen allein zwischen den Parteien dieses Vertragsverhältnisses Rechtswirkung entfalten, nicht aber zugunsten der Kläger als Bauherren.

Der von der Beklagten gegenüber den Klägern geschuldete Planungs-Werkerfolg - die Erteilung der Baugenehmigung – ist unstreitig eingetreten. 207

Die Stadt S hatte ausweislich der E-Mail-Auskunft ihres Mitarbeiters I vom 26.07.2011 zu keinem Zeitpunkt die Absicht, die Baugenehmigung im Hinblick darauf zurückzunehmen, dass „keine bauvorlagenberechtigte Person den Bauantrag unterzeichnet hat“ – worauf in der anfragenden E-Mail vom 22.07.2011 (GA 514) hingewiesen worden war. Wörtlich heißt es in der Antwort des Bauaufsichtsamts der Stadt S vom 26.07.2014 (GA 514) in kaum zu überbietender Klarheit: „Die am 28.12.2009 erteilte Baugenehmigung bleibt rechtskräftig. Es besteht meinerseits kein Grund die Baugenehmigung zurückzunehmen.“ Zweifel am Bestand der Baugenehmigung konnten im Zeitpunkt der Kündigung nicht bestehen. Sie ergeben aber auch nicht nachträglich: 208

Ob der Zeuge I dem Kläger nach dem 08.07.2011 erklärt hat, eine Rücknahme der Baugenehmigung komme (deshalb) nicht in Betracht, weil andernfalls die hierfür entrichtete Genehmigungsgebühr zurückerstattet werden müsse, ist unerheblich, weil diese Begründung der in der E-Mail gegebenen Begründung nicht widerspricht und im Übrigen § 46 VwVfG NW gilt, wonach die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der nicht nach § 44 nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden kann, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Die Feststellung der Einreichung der Bauantragsunterlagen auf das Vorliegen der Bauvorlageberechtigung des angegebenen Entwurfsverfassers ist eine Formalie, deren Einhaltung zwar regelmäßig, aber nicht zwingend zur Zurückweisung des Bauantrags führt; § 73 Abs. 1 Satz 2 BauO NW spricht insoweit davon, dass die Behörde den Bauantrag bei unvollständigen Bauvorlagen oder erheblichen Mängeln – nach vorheriger Anhörung (§ 28 VwVfG NW) und dabei nachholbarer Übernahme des Antrags durch einen von der Beklagten einschaltbaren bauvorlageberechtigten Architekten - zurückweisen „soll“, nicht „zu widerrufen hat“. 209

Die Baugenehmigung ist sonach mangels Rücknahme weiter bestandskräftig und mittlerweile auch nicht mehr rücknehmbar, da die Jahresfrist ab Kenntnis des Rücknahmegrundes längst (die E-Mail datiert von Juli 2011) abgelaufen ist (§ 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG NW). 210

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Kläger – wie zur Überzeugung des Senats feststeht - zu keinem Zeitpunkt in der Gefahr einer Rücknahme der ihnen erteilten Baugenehmigung befanden. Selbst das der Baubehörde von den Klägern angezeigte Fehlen einer Bauvorlageberechtigung des Zeugen Q hat das Bauamt nicht zu einer Rücknahme oder einem Widerruf bewegen können. Dass das E-Mail-Schreiben eine Gefälligkeitsbescheinigung wäre (GA 733), wird von den Klägern ohne jede Tatsachengrundlage und damit „ins Blaue hinein“ behauptet. 211

212

Ohne dass es für die Frage der außerordentlichen Kündbarkeit des Vertrags darauf ankäme, sei darauf hingewiesen, dass die Kläger wohl aus dem Fehlen einer Bauvorlageberechtigung des zur Erbringung der Planungsleistungen von der Beklagten herangezogenen Zeugen Q auch deshalb keine Rechte gegenüber der Beklagten herleiten können, weil ihnen das Fehlen der tatsächlichen Umstände, die eine Bauvorlageberechtigung des Zeugen Q, der den Bauantrag als Entwurfsverfasser im Beisein des Klägers (GA 638 R) unterschrieben hatte (GA 326, 327), begründen könnten, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erster Instanz und den hierzu getroffenen Feststellungen des Landgerichts im Übrigen bekannt gewesen ist.

Das gilt auch im Hinblick auf den mit der Berufung aufgeworfenen Aspekt, die Beklagte habe die Bauvorlageberechtigung ihres Geschäftsführers „vorgegaukelt“. Dazu beziehen sich die Kläger allein auf die Ausführungen des Beklagtenvertreters in dessen Schreiben vom 22.04.2010 (GA 78), in welchem es heißt, dass die Beklagte „vertreten durch den Geschäftsführer, Dipl.-Ing. I2 A, vorlageberechtigt“ sei und „Herr Q im Auftrag des Geschäftsführers gehandelt“ habe. 213

Diese Ausführungen des Prozessbevollmächtigten der Beklagten stellen für die Kläger ebenfalls keinen hinreichenden Grund zur fristlosen Vertragskündigung dar, weil sie das aussprechen, was die Beklagte für sich in Anspruch nimmt bzw. nehmen zu können glaubt, nämlich: jedenfalls faktisch vorbehaltlich entsprechender amtlicher Rüge zur Bauvorlage berechtigt zu sein. Die Beklagte plant und baut Häuser, die sich an Musterhausvorlagen des Hausherstellers C-Haus orientieren, die seit Jahren auf dem Markt sind und deren Hauskonstruktionen ersichtlich anerkannt sind. Dies kann ein Grund dafür sein, dass die Stadt S keine Beanstandungen gegen den Bauantrag unter dem formalen Aspekt einer fehlenden Bauvorlageberechtigung erhoben hat. Da die Vorlageberechtigung allein der Sicherung der Vollständigkeit und Brauchbarkeit der Entwürfe des Entwurfsverfassers dient, die Baubehörde hieran indes keine Zweifel hatte und solche auch von den Klägern nicht aufgezeigt werden, können diese aus dem Fehlen der Bauvorlageberechtigung der Beklagten unter keinem Gesichtspunkt einen Grund für Zweifel an der Leistungsfähigkeit und dem Leistungswillen und damit keinen Umstand ableiten, der eine fristlose Vertragskündigung rechtfertigen könnte. Ihr – unstreitiger - Versuch der Herbeiführung einer Zurücknahme der Baugenehmigung kann nur als Versuch gesehen werden, einen Grund für die Loslösung vom Vertrag zu schaffen. 214

Schließlich verhilft den Klägern auch ihr neuer Vortrag auf Seite 26 der Berufungsbegründung - GA 734 - nicht zu einem Grund zur fristlosen Kündigung. 215

Der dort erhobene Vorwurf, der als Bauleiter bestellte Herr V sei nicht Festangestellter der Beklagten, sondern sei für diese nur sporadisch im Rahmen freier Mitarbeiterschaft tätig und betreibe in Wahrheit seit vielen Jahren eine Gaststätte in F, was durch das Foto Anlage C3 2 (GA 748) belegt werden soll, ist nicht im Einzelnen nachprüfbar dargetan. Die Beklagte ist diesem – ersichtlich spekulativen – Vortrag entgegen getreten mit der Erklärung, die Ehefrau des Zeugen V betreibe die Gaststätte und das Foto zeige Herrn V im Lokal der Ehefrau bei einer Karnevalsveranstaltung. Dieser Vortrag ist seitens der dafür beweisbelasteten Kläger nicht ansatzweise widerlegt, so dass deren neuer Vortrag nicht zur Stützung der Kündigung vom 26.05.2010 geeignet ist. 216

(10) „Unberechtigtes Verlangen nach einem erneuten Finanzierungsnachweis“: 217

Die Kläger können der Beklagten auch nicht als Pflichtverletzung anlasten, unberechtigt einen erneuten Finanzierungsnachweis gefordert zu haben. 218

219

Das Landgericht ist auf diesen Umstand zwar konkret nicht eingegangen. Ein Kündigungsgrund liegt aber insoweit auch nicht vor.

Die Beklagte hatte den Klägern im Dezember 2009 zwar ein Formular übersandt, mit welchem der nach dem Bauvertrag vorgesehene Finanzierungsnachweis erbracht werden sollte (GA 61). Bei diesem Formular war der Beklagten indessen – wie diese mit vorprozessualem Schreiben vom 25.03.2010 (GA 61) ausgeführt hat und was im Rechtsstreit von den Klägern nicht bestritten worden ist – ein Fehler unterlaufen, der durch die Übersendung eines Finanzierungsnachweises der Bank der Kläger korrigiert werden sollte. 220

Die Verpflichtung der Kläger zur Vorlage eines Finanzierungsnachweises vor Baubeginn ergibt sich aus Ziffer 4.2 des C-Haus-Auftrags vom 15.09.2009 (GA 40). Die gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung geäußerten rechtlichen Bedenken bestehen nicht. Die Vertragsbestimmung ist weder überraschend, noch benachteiligt sie die Kläger unangemessen im Sinne von § 307 BGB. Sie verstößt auch nicht gegen gesetzliche Wertungen im Sinne von § 309 BGB. Die Vertragsbestimmung dient vielmehr der Absicherung der Vergütungsforderung der im Prinzip vorleistungspflichtigen Beklagten, die sich keinerlei dingliche oder persönliche Sicherheiten ausbedungen hatte. 221

Die Kläger sind der Anforderung der Finanzierungsbestätigung lediglich mit dem unbelegten und pauschalen Vortrag entgegen getreten, sie hätten über ein Eigenkapital von 60.000,00 € und über weitere nicht unerhebliche Eigenmittel verfügt (GA 312). Dies reicht indes nicht aus, die Anforderung des Finanzierungsnachweises für obsolet oder gar vertragswidrig zu halten. Die Beklagte, die den Klägern die Gestellung von Sicherheiten nicht abverlangt hat, hatte – insbesondere nach dem aufgekommenen Streit über die im Vorfeld der eigentlichen Bauarbeiten entstandenen Kosten der Freimachung des Grundstücks - ein legitimes wirtschaftliches Interesse daran, mit einem solventen Vertragspartner zusammenzuarbeiten, weshalb ihr Bestehen auf Vorlage der vertraglich vereinbarten - ausreichenden - Nachweise über verfügbares Eigen- oder Fremdkapital keinen Vertragsverstoß darstellt und die ausgesprochene Vertragskündigung hierauf nicht gestützt werden kann. 222

Die Kläger haben der Aufforderung der Beklagten vom 25.03.2010 nicht entsprochen, weil sie zu diesem Zeitpunkt – wie die weitere Korrespondenz zeigt - offenbar kein Interesse an einer Durchführung des Vertrages mehr hatten. 223

(11) Unberechtigtes Nachtragsangebot vom 25.03./13.01.2010: 224

Die Kläger können ihre Vertragskündigung auch nicht auf den Umstand stützen, dass die Beklagte unter dem 25.03.2010 (GA 63) ein Angebot erstellt hat, in welchem sie die Ausführung der darin näher beschriebenen Leistungen gegen Zahlung zusätzlicher Vergütung anbot. 225

In diesem Angebot sehen die Kläger den Versuch, unberechtigte Mehrkosten durchzusetzen. Indessen hat das Landgericht hierzu festgestellt, dass – unabhängig davon, ob der Kläger die angebotenen Leistungen in einem Gespräch nachgefragt habe – es den Klägern freigestanden habe, auf das Angebot zurückzukommen oder nicht. Denn die angebotenen Leistungen stellten tatsächlich Abweichungen von der Leistungsbeschreibung dar, so dass die Erhebung einer zusätzlichen Vergütung hierfür nicht zu beanstanden sei. 226

Diesen Feststellungen setzt die Berufung nichts Erhebliches entgegen. Insbesondere wird weder konkret in Abrede gestellt, noch anhand des Bauvertrages konkret behauptet, dass die nachträglich angebotenen Leistungen vom Bauauftrag vom 15.09.2009 umfasst gewesen 227

wären. Soweit die Kläger die von der Beklagten dazu vorgetragene Besprechung vom 13.01.2010 bestreiten, ist dies bereits wenig plausibel, bedarf jedoch letztlich keiner Aufklärung, weil es sich bei dem Schreiben vom 25.03.2010 nur um ein Angebot handelt, auf das einzugehen die Kläger nicht verpflichtet waren. Die Erstellung eines Angebotes begründet keinen Vertrauensverlust.

(12) Nichtbeibringung geschuldeten Versicherungsschutzes: 228

Auch soweit die Kläger ihre Vertragskündigung damit begründet haben, die Beklagte habe keine Bauherren-Haftpflichtversicherung abgeschlossen, zu deren Abschluss sie sich in der Baubeschreibung (Ziffer 14. – GA 50) verpflichtet habe, liegt ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung nicht vor. 229

Das Landgericht hat hierzu festgestellt, dass die Beklagte jedenfalls das Bestehen einer Bauwesenversicherung und einer Betriebshaftpflichtversicherung nachgewiesen habe. Ob letztere auch eine Bauherrenhaftpflicht abdecke, könne indes dahinstehen, weil den Klägern insoweit sinngemäß zuzumuten sei, eine einvernehmliche Prüfung und Regelung der Frage vor Ausspruch einer Kündigung als ultima ratio herbeizuführen. 230

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung haben im Ergebnis keinen Erfolg, weil die Beklagte im Berufungsverfahren Ablichtungen von Versicherungspolicen vorgelegt hat, welche die betriebliche Haftpflichtversicherung der Beklagten bei der A+M-Versicherung (Vers.-Schein-Nr. 260-FKHU-010.047.620.263) betreffen (Anlage zur Berufungserwiderung - GA 827 ff.). Der letzte Nachtrag dieses Versicherungsvertrages vom 09.03.2010 betrifft den Versicherungszeitraum 01.04.2009 bis 01.04.2010 und wird offenbar am Ende dieses Zeitraums erstellt. Darin enthalten ist nicht nur der Versicherungsschutz gegen Schadensfälle im Zuge der Tätigkeit als Bauträger oder Generalübernehmer, sondern auch die „Bauherrenhaftpflicht für eigene Vorhaben“ mit einem Versicherungsschutz je Schadensfall von bis zu 500.000,00 €. Davon umfasst ist ohne Zweifel auch der Versicherungsschutz für das von den Klägern in diesem Versicherungszeitraum – am 15.09.2009 (GA 42) - beauftragte Bauvorhaben in S. 231

Soweit die Kläger dies bestreiten (Schriftsatz vom 16.11.2012, Seite 21 - GA 868), geschieht das ersichtlich ins Blaue hinein. Bereits in erster Instanz hatte die Beklagte Seite 2 der Haftpflichtversicherungspolice vom 09.03.2010 vorgelegt (Anlage zum Schriftsatz vom 20.01.2011 - GA 227). Die von den Klägern zitierte Versicherungsnummer (Nr. XXX-XXXX-010.XXX.XXXXXX) betraf die Police der Bauwesenversicherung der Beklagten (GA 235 ff.), um die es hier nicht (mehr) geht. 232

(13) Täuschung durch den Zeugen Q über die Realisierbarkeit der Drempelhöhe (Schriftsatz der Kläger vom 31.12.2013, Seiten 2/3 – GA 1054, 1055): 233

Soweit die Kläger ihre außerordentliche Kündigung mit Schriftsatz vom 31.12.2013 und ein in der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2014 vorgelegtes „Protokoll vom 09.11.2013 Inhalt des persönlichen Gesprächs mit Herrn Q“ (Anlage zum Protokoll vom 30.04.2014 – GA 1280 a) schließlich darauf stützen, dass der Zeuge Q im Berufungsverfahren ihnen gegenüber eingeräumt habe, dass das von ihm geplante Bauvorhaben der Kläger nicht realisierbar sei, und dass der Zeuge auf Wunsch des Geschäftsführers der Beklagten nachträglich eine Ausführungsplanung erstellt habe, die mit der Genehmigungsplanung nicht übereinstimme und damit sinngemäß – und durch Vorlage des „Protokolls“ ausdrücklich – den Vorwurf einer bewussten Täuschung durch den Geschäftsführer der Beklagten - erheben, haben sie damit ebenfalls keinen Erfolg. 234

Der Senat hat diesen Vortrag zum Anlass genommen, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Die hierzu durchgeführte Beweisaufnahme hat das dahingehende Vorbringen der Kläger nicht bestätigt, letztlich sogar widerlegt. 235

Der hierzu von den Klägern benannte Zeuge Q hat ausgesagt, dass er die Genehmigungsplanung erstellt und später – im Januar 2010 – den Klägern einen Vorabzug der Ausführungsplanung für das Erdgeschoss übersandt habe, wie sich aus der E-Mail vom 20.01.2010 (GA 1159) ergebe. Aus diesem Vorabzug (vorgelegt als Anlage zum Schriftsatz der Beklagten vom 26.02.2014 - GA 1160) sei die Veränderung des Ankleideraumes zu sehen; zur Drempelhöhe lasse sich der Zeichnung dagegen nichts entnehmen. Nach Erstellung der Genehmigungsplanung und nach Vorlage der Statik habe sich herausgestellt, dass die Rollladenkästen im Obergeschoss im Kinderzimmer nicht wie geplant eingebaut werden konnten, weil der Statiker an dieser Stelle einen Betonsturz vorgesehen habe. Die Genehmigungsplanung werde in aller Regel nicht 1 : 1 in die Ausführungsplanung umgesetzt. Dies liege daran, dass bei der Genehmigungsplanung noch keine Statik vorliege. Wenn der Statiker seine Berechnungen gemacht habe, ergäben sich Änderungen, die er (bei der Genehmigungsplanung) noch nicht habe berücksichtigen können. So habe sich der Einbau des Rollladenkastens im Kinderzimmer des Obergeschosses nur dadurch verwirklichen lassen, dass entweder die Wand des Kinderzimmers zurückversetzt oder das Dach angehoben würde. Die zuerst genannte Möglichkeit hätten die Kläger als Bauherren abgelehnt, weil dies mit einer Verkleinerung der Fläche des Kinderzimmers verbunden gewesen wäre. Für das Obergeschoss habe er – der Zeuge – zwar mit Planungen zur Ausführung begonnen; diese seien aber noch nicht ausführungsreif gewesen. Die von den Klägern vorgelegte Zeichnung GA 1082 (Blatt 2 a , bezeichnet mit „Ausschnitt aus der Ausführungsplanung“) sei keine Ausführungsplanung, da nicht durchgängig Maße angegeben seien; es handele sich hierbei vielmehr um eine von ihm erstellte bzw. überarbeitete Schnittzeichnung, die zwar ein höheres Gebäudemaß und auch den Betonsturz enthalte, jedoch nicht auf Wunsch des Geschäftsführers der Beklagten nachträglich angefertigt worden sei. Nicht ausschließen könne er lediglich, dass er den Text zu einem späteren Zeitpunkt daruntergesetzt habe. Was dann später daraus geworden sei, wisse er nicht. Jedenfalls habe er keine Pläne mehr gemacht, die eine der Möglichkeiten berücksichtigt hätte. Die Ausführungsplanung, die er gemacht habe, beschränke sich auf das Erdgeschoss. Das sei auch fertig gewesen. Vom Obergeschoss habe er zwar auch schon mit den Planungen begonnen, aber noch nicht so, dass die hätten ausgeführt werden können. Dazu seien sie auch nicht bestimmt gewesen. Dann sei es zum Streit zwischen den Parteien gekommen und er habe die Arbeit eingestellt. 236

Der Zeuge hat dann weiter ausgeführt, dass tatsächlich im November 2013 ein Gespräch des Zeugen mit den Klägern stattgefunden habe. In diesem Gespräch habe er sich allerdings gegenüber den Klägern nicht so geäußert wie von diesen behauptet, nämlich, dass er eingeräumt habe, dass die Genehmigungsplanung nicht realisierbar sei. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall, wie sich aus seinen Bekundungen zum Zurückversetzen der Wand des Kinderzimmers und der Anhebung des Daches ergebe. Die ihm unterstellte Äußerung, der Geschäftsführer der Beklagten habe ihn - den Zeugen - um die nachträgliche Fertigung der Zeichnung GA 1082 gebeten, hat der Zeuge zurückgewiesen. 237

Richtig sei lediglich, dass er – wohl auf Bitten des Geschäftsführers der Beklagten - die auf GA 1083 (Blatt 2 b) befindliche Zeichnung mit der Ausschnittvergrößerung aus der Genehmigungsplanung erstellt und mit Datum des 09.01.2013 unterzeichnet habe. 238

239

Er gehe davon aus, dass die Ausschnittvergrößerung im Zusammenhang mit der Problemlösung über den Ausbau des Obergeschosses gefertigt worden sei.

Der Zeuge hat weiter erklärt, dass er den Inhalt des ihm telefonisch mitgeteilten „Protokolls“ vom 09.11.2013 bereits dem Kläger gegenüber als in mehreren Stellen nicht der Wahrheit entsprechend bezeichnet und dem Kläger erklärt habe, er finde es „nicht in Ordnung“, dass das vorgelegt werde. Insbesondere gelte dies für die ihm unterstellte Äußerung, das Verhalten der Beklagten stelle einen außerordentlichen Kündigungsgrund dar. Dass er erklärt habe, „wenn meiner Frau und mir so etwas passiert wäre, würde ich gegen A Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft stellen“, bezeichnete der Zeuge als „Unsinn“. Auch das habe er dem Kläger schon am Telefon gesagt und – sinngemäß – erklärt, dieser, der Kläger, könne in den Prozess einführen, was er wolle, aber nicht das, was er ihm, dem Zeugen, als seine Erklärung vorgelesen habe. Das gelte ebenso für die ihm unterstellte Äußerung, die Beklagte dürfe nichts von einem Treffen bzw. Gespräch mit ihm, dem Zeugen, erfahren, da sonst „der Teufel losbräche“. Diese Äußerung sei mindestens sinnentstellend widergegeben worden, wobei er möglicherweise davon gesprochen habe, dass er keine Einzelheiten aus dem Haus der Beklagten bekannt geben dürfe. Das gelte aber für alle Mitarbeiter der Firma A und sei allgemein bekannt. 240

Nach den Bekundungen des Zeugen Q ist zur Überzeugung des Senats der Vorwurf entkräftet, die Beklagte bzw. deren Geschäftsführer habe die Kläger bewusst darüber getäuscht, dass eine Drempelhöhe von 1,375 m und der Einbau der vorgesehenen Rollladenkästen nicht umsetzbar sei. 241

Die Angaben des Zeugen Q sind, was den Ablauf der Planungen (Genehmigungsplanung/beginnende Ausführungsplanung) betrifft, nachvollziehbar und werden durch die vorliegenden Planzeichnungen und den zeitnahen Schriftverkehr bestätigt. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen des Zeugen zur Ausführungsplanung des Obergeschosses, zu der es letztlich nicht gekommen ist, weil sie von einer Erklärung der Kläger bezüglich der Rollladenkästen abhängig war, die die Kläger nicht abgegeben haben. 242

Die Angaben des Zeugen über das mit den Klägern nach dem ersten Termin zur mündlichen Verhandlung (02.10.2013) vor dem Senat geführte Gespräch sind ebenfalls glaubhaft. Zwar war sich der Zeuge in Einzelheiten des Ablaufs nicht mehr sicher – so, als er erklärte, der Inhalt der eidesstattlichen Versicherung sei ihm bekannt gewesen, weil sie ihm vom Kläger geschickt worden sei, was der der Kläger bestritten hat. Die Einschränkung des Zeugen, es könne sein, dass ihm der Inhalt des „Protokolls“ am Telefon von dem Kläger vorgelesen worden sei, musste der Kläger sodann bestätigen. 243

Die Aussage des Zeugen, er habe dem Kläger in diesem Telefonat deutlich gesagt, dass mehrere Passagen in dem ihm vorgelesenen Schriftstück nicht der Wahrheit entsprächen, seine Erklärungen im Gespräch also nicht bzw. sinnentstellend wiedergäben und dieser darauf sinngemäß erwidert habe, das sei nun zu spät, das sei „bereits raus“, ist von den anwesenden Klägern unwidersprochen geblieben. Vor diesem Hintergrund ist die von dem Zeugen zum Ausdruck gebrachte Verärgerung über die manipulative Verwendung eines mit den Klägern geführten Gesprächs nachvollziehbar und verständlich. 244

Damit ist die durch den Zeugen Q unter Beweis gestellte Behauptung der Kläger über eine bewusste Täuschung durch den Geschäftsführer der Beklagten jedenfalls nicht bewiesen. Dass sie zur Überzeugung des Senats sogar widerlegt ist, ist für die Entscheidung ohne Belang, da die Kläger für diese Behauptung die Beweislast tragen und jedenfalls beweisfällig geblieben sind. 245

(14) Gesamtabwägung: 246

Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund liegen nicht vor. Damit entfällt ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung §§ 242, 643, 649 BGB (dazu: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 1752) auf Erstattung der von den Klägern geltend gemachten Kosten unter dem Aspekt frustrierter Aufwendungen schon dem Grunde nach. 247

Der Beklagten sind die erörterten Vertragsverstöße 248

(3) beim Elektrogewerk (Weigerung der Verlegung in Leerrohren) 249

und (8) bezüglich der nicht vorgesehenen Treppe (Bestreiten einer Liefer- und Montageverpflichtung) anzulasten. 250

Zu diesen Punkten hat das Landgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass vor Ausspruch einer Kündigung der Versuch einer gütlichen Einigung unternommen werden muss und sich die Beklagte einer solchen Einigung nicht kategorisch verschlossen habe. Das gelte sowohl beim Elektrogewerk hinsichtlich der – berechtigten – Forderung der Kläger nach einer Kabelverlegung in Leerrohren in Wand und Decke, als auch hinsichtlich der Lieferung der Treppe, bezüglich derer die Beklagte keine generelle Weigerung erklärt, sondern vielmehr eine „Gesamteinigung“ angestrebt habe (UA 12). Davon kann weiterhin ausgegangen werden. Das würde auch gelten, soweit man – mit dem Landgericht – annähme, dass zur Flachgründung auch die Bodenplatte selbst nebst Aushub des dafür erforderlichen Planums gehören würde und die Beklagte danach ein Beteiligungsaufwand an der Rechnung M vom 05.03.2010 (GA 120) in Höhe von etwa 2.300,00 € träfe; insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer (4) Bezug genommen werden. 251

Denn auf der anderen Seite kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch den Klägern im Zuge der Vertragsabwicklung Pflichtverletzungen vorzuhalten sind, so etwa die unberechtigte Weigerung zur Vorlage eines geeigneten Finanzierungsnachweises oder die unterbliebene Mitwirkung an der Schaffung der Grundlagen für eine Bemusterung (fehlende Klärung der Details einer Ausführungsplanung für das Bad im OG und unterbliebene Ausstattungsentscheidung). Von dem Angebot der Beklagten in deren Schreiben vom 22.04.2010 (GA 77 ff.) und vom 18.05.2010 (GA 88 ff.), eine Streitbereinigung zu den hier in Rede stehenden Punkten durchzuführen, haben die Kläger keinen Gebrauch gemacht. 252

2. 253

Für eine Rückforderung der an die Beklagte gezahlten ersten Abschlagszahlung auf den Bauvertrag von 15.617,00 € (netto 13.123,53 €) nach Schadensersatzgrundsätzen ist kein Raum, weil die Abschlagszahlung vertragsgemäß erfolgte. 254

Der Vertrag war noch nicht gekündigt. Die erste Rate war bei Übergabe der Baugenehmigungsunterlagen fällig. Ein Recht zur außerordentlichen Vertragskündigung steht den Klägern aus den vorstehenden Gründen nicht zu. 255

Auch kommt insoweit ein Bereicherungsanspruch nicht in Betracht. Auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil (UA 13) nimmt der Senat Bezug. Die Berufungsbegründung setzt diesen Ausführungen nichts Erhebliches entgegen. 256

3. 257

258

Auch kommt eine Rückforderung der von den Klägern an den Zeugen Q gezahlten Geldbeträge von zusammen 5.500,00 € nach Schadensersatzgrundsätzen aus den vorstehenden Gründen nicht in Betracht.

Die Beklagte ist auch nicht Schuldnerin eines dahingehenden Bereicherungsanspruchs (§ 812 Abs. 1 BGB), weil sie insoweit nicht bereichert worden ist. 259

Der für den Zeugen Q gedachte Betrag von 6.900,00 € war unstreitig aus dem Bauvertrag der Parteien herausgenommen worden. Demgemäß betrug die zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung lediglich (230.000,00 € - 6.900,00 € =) 223.100,00 €. Auf die Summe von 6.900,00 € zahlten die Kläger bislang lediglich 5.500,00 €. 260

Dieser Betrag von 5.500,00 € war kein Entgelt auf Planungsleistungen des Zeugen Q, sondern – wie dieser bekundet hat – als Zahlung auf eine Vermittlungsprovision bestimmt, die dem Zeugen gegen die Beklagte zugestanden hätte und deren Zahlung die Kläger – unter entsprechender Reduzierung der an die Beklagte zu zahlenden Gesamtvergütung - als eigene Verpflichtung übernommen haben. 261

Die dahingehenden Angaben des Zeugen Q in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 13.03.2012 (GA 640, 640 R) sind glaubhaft. 262

Soweit die Kläger geltend machen, die Zahlung habe der Verkürzung des Zahlungswegs für dem Zeugen Q gegenüber der Beklagten zustehende Planungshonorar gedient, trifft das nicht zu. Der Zeuge Q hat in seiner Vernehmung vom 13.03.2012 vor dem Landgericht hierzu bekundet (GA 640, 640 R), dass er für die von ihm erstellte Genehmigungsplanung von der Beklagten ein Honorar von 1.190,00 € als Honorar erhalten habe und die Zahlung der Kläger hiermit nichts zu tun habe. Die Berufungsbegründung weckt an der Richtigkeit dieser – auch dem Senat - glaubhaft erscheinenden Angaben keine Zweifel. 263

II. Zur Widerklage (zugesprochener Teilbetrag von 8.717,77 € der Widerklageforderung): 264

Auch soweit sich die Berufung gegen die Zuerkennung eines Widerklagebetrages von 8.717,77 € wendet, hat sie keinen Erfolg. 265

Da der Vertragskündigung der Kläger kein wichtiger Grund zugrunde gelegen hat, stellt sich die ausgesprochene Kündigung als freie Kündigung nach § 649 BGB dar, welche die Beklagte zur Einforderung einer werkvertraglichen Vergütung nach Maßgabe des § 649 BGB berechtigt. Auf die zutreffenden Gründe des landgerichtlichen Urteils nimmt der Senat Bezug. 266

Dagegen führt die Berufungsbegründung nichts Erhebliches aus, weil sie – unzutreffend - von einer wirksamen fristlosen Kündigung ausgeht. 267

Die Höhe der vom Landgericht zuerkannten Entschädigung wird von der Berufungsbegründung nicht angegriffen. Sie entspricht dem Vermutungsmodell des § 649 Satz 3 BGB, wonach 5 % der auf den nicht erbrachten Teil der Werkleistungen entfallenden Nettovergütung als pauschalierte Vergütung vermutet werden. 268

Der Restwerklohn der Beklagten beträgt (223.100,00 € abzüglich der gezahlten ersten Rate von 15.617,00 € =) 207.483,00 €. Dies entspricht einem Nettobetrag von 174.355,46 €. 269

5 % hierauf ergibt den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 8.717,77 €. 270

271

Die auf diesen Betrag zuerkannte Zinsforderung findet ihre Berechtigung in §§ 286, 288 BGB.

Die weiter zuerkannten vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 603,70 € sind gemäß § 280 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. 272

III. 273

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 274

IV. 275

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. 276

Der Rechtsstreit betrifft einen Einzelfall, hat deshalb keine grundsätzliche Bedeutung und erfordert auch im Hinblick auf die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts. 277

Streitwert für das Berufungsverfahren: 278

Klageforderung: 65.866,13 € 279

davon entfallen auf: 280

59.853,31 € (abgewiesener Zahlungsantrag) 281

1.012,82 € (Klageerweiterung) 282

5.000,00 € (abgewiesener Feststellungsantrag) 283

Zuerkannte Widerklageforderung: 8.717,77 € 284

insgesamt: 74.583,90 € 285

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE