
Datum: 04.07.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 128/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0704.3U128.13.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 4 O 262/12

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22.05.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 4 O 262/12 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Rückzahlung überzahlter Vergütung aus einem Bauvertrag; widerklagend macht die Beklagte weitere Werklohnansprüche aus demselben Bauvertrag geltend.

1

2

3

4

- Am 14.06.2007 schlossen die Klägerin als Auftraggeberin und die Beklagte als Auftragnehmerin einen Bauvertrag unter (teilweiser) Einbeziehung der VOB/B über den Neu- und Umbau von Verwaltungs- und Lagerräumen in M, Sstraße 15 – 18. Zu dem Bauvorhaben gehörten insgesamt vier Bauteile: Bauteil A (alt), Bauteil A (neu), Bauteil (B) und Bauteil (C). Vereinbart war in § 8 Ziff. 1 des Bauvertrags ein „Pauschal festpreis“ i.S. eines Detail-Pauschalvertrages, bei dem Mehr- oder Minderkosten durch den Abschluss entsprechender Nachträge erstattet werden sollten. Wegen des Inhalts im Einzelnen wird auf die Anlagen K 1 (Bl. 1 ff. Anl-heft) und K 2 (Bl. 39 ff. Anl-heft) verwiesen.
- Wegen der von den Parteien in der Folgezeit geschlossenen insgesamt 16 Nachträge mit jeweils neuer Festlegung des Pauschal festpreises wird auf die Anlagen K 3 – K 18 (Bl. 49 ff. Anl-heft) verwiesen. 5
- Von den im Bauvertrag vom 14.06.2007 vereinbarten Leistungen wurden im Bauteil A – Umbaumaßnahme 1 (alt) und Bauteil C einzelne Leistungen von der Beklagten nicht erbracht bzw. reduziert und stattdessen von anderen Firmen ausgeführt, deren Vergütung die Klägerin bezahlt hat. Diese von ihr nicht erbrachten bzw. reduzierten Leistungen (Anl. K 19- K 27 Bl. 150 ff. AH) führte die Beklagte in ihrer Schlussrechnung vom 16.09.2009 nicht auf und rechnete diese auch nicht ab (Anl. K 28 Bl. 168 ff. Anl-heft). 6
- Am 18.11.2010 kündigte die Beklagte den Bauvertrag einschließlich aller Nachträge für alle drei Bauteile aus wichtigem Grund. Zur Vermeidung eines Rechtsstreits über die streitige Frage der Wirksamkeit der Kündigung schlossen die Parteien am 15.12.2010 eine Vereinbarung, worin unter § 9 der aktuelle Stand der Abrechnung auf der Basis der Anlage 2 (Bl. 41 f. d.A.). Wegen des Inhalts im Einzelnen wird auf die Anlage K 29 Bl. 180 ff. Anl-heft verwiesen. Nach der Unterzeichnung der Vereinbarung übergab die Klägerin der Beklagten zunächst einen Scheck über 80.000,- €, nach Abarbeitung der Rest- und Mängelbeseitigungsarbeiten Ende Januar 2011 einen weiteren Scheck über 50.000,- € sowie nach Erstellung des Abnahmeprotokolls am 11.03.2011 anlässlich der Gegenzeichnung und der Aushändigung des Protokolls einen dritten Scheck über 20.000,- €. 7
- Mitte März 2011 übersandte die Beklagte der Klägerin neue Schlussrechnungen für die vier Bauteile (Anl. K 30 – K 33 Bl. 191 ff. Anl.-heft), worin für den Bauteil A – Umbaumaßnahme 1 (alt) unter Pos. 1.2.3.11.1 „Trockenbauarbeiten 1,00 psch“ ein Betrag v. 140.333,59 € eingestellt war. 8
- Nachdem die Klägerin die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 12.04.2011 zur Erstattung einer Überzahlung von 145.455,37 € bis 29.04.2011 aufgefordert hatte, weil ihr die unter Pos. 1.2.3.11.1 „Trockenbauarbeiten 1,00 psch“ abgerechnete Vergütung von 140.333,59 € nicht zustehe (Anl. K 34 Bl. 203 ff. Anl-heft), kam es in der Folgezeit zu einem Schriftwechsel der Parteien über die Berechtigung dieser Forderung, wegen dessen Inhalts auf die Schreiben vom 01.06.2011 (Anl. K 35 Bl. 217 f. Anl-heft und Anl. K 36 Bl. 219 ff. Anl-heft) sowie vom 09.06.2011 (K 37 Bl. 222 f. Anl-heft) verwiesen wird. 9
- Das Landgericht hat durch Urteil vom 22.05.2013 – 4 O 262/12 -, auf das wegen der Sachverhaltsdarstellung im Übrigen Bezug genommen wird, die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 140.333,28 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.04.2011 verurteilt; die auf Zahlung weiteren Werklohns gerichteten Widerklage der Beklagten wurde abgewiesen. 10
- Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung der Beklagten, womit sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. 11

Die Beklagte wendet ein, das Landgericht habe sich nach seinem Hinweis vom 13.03.2012 nicht mit dem Inhalt ihres Schriftsatzes vom 02.05.2012 auseinandergesetzt. Der Verweis auf die Rechtsprechung des BGH sei nicht geeignet, den Klageanspruch zu begründen. Das gesamte Bauvorhaben einschließlich des Abrechnungsvorgangs basiere nicht mehr nur noch auf dem Bauvertrag vom 14.06.2007 und den entsprechenden Modifizierungen in den Nachträgen, sondern auch auf der Vereinbarung vom 15.12.2010. Diese Individualvereinbarung könne nicht unter den allgemeinen Ausführungen des BGH zur Einordnung von Rückzahlungsansprüchen gesehen werden. Das Landgericht habe sich auch nicht mit ihrer Argumentation zu den Daten der Schlussrechnungen auseinandergesetzt. Diese hätten aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht das Datum des 30.12.2010 erhalten. Daraus, dass die Klägerin unter dem 19.03.2011 die Rechnungsvorgabe selbst erstellt und keine Einwendungen wegen Überzahlungen bzw. ungerechtfertigten Rechnungspositionen erhoben habe, folge, dass sie – die Beklagte – die an sie gezahlten Beträge dauerhaft habe behalten sollen. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn die Klägerin unter dem 15.10.2012 ein Einigungsgespräch führe, die Rechnungsvorgaben selbst erstelle und sodann Rückforderung verlange. Über den Inhalt der Einigung vom 15.12.2010 hätte Beweis erhoben werden müssen, unter Berücksichtigung, dass nur die Klägerin das Rechenwerk und das Zahlenmaterial habe liefern können.	12
Auch ihr Vorbringen auf Seite 3 ihres Schriftsatzes vom 02.05.2013 und zu den Anlagen K 19 – K 27 sei nicht gewürdigt worden.	13
Auf Hinweis des Senats hat die Beklagte – von der Klägerin bestritten - ergänzend behauptet, anlässlich der Verhandlungen vom 15.12.2010 sei besprochen worden, dass die unter Bezugnahme auf die Anlage 2 vorliegenden Zahlen die Schlusszahlungen für die noch zu erstellende Abrechnung hätten sein sollen, dass die in der Anlage 2 genannten Summen die alle bisherigen Mehr- und Minderleistungen umfassenden Endsummen hätten sein sollen und damit alle Streitpunkte zwischen den Parteien hätten beseitigt werden sollen.	14
Wegen des Vorbringens der Beklagten im Einzelnen wird auf das Sitzungsprotokoll vom 28.01.2014 sowie die nachfolgenden Schriftsätze vom 17.02.2014 nebst Anlagen (Bl. 182 ff. d.A.) und vom 01.07.2014 (Bl. 280 ff. d.A.) verwiesen.	15
Die Beklagte beantragt,	16
das Urteil des Landgerichts Köln vom 22.05.2013 - 4 O 262/12 abzuändern und	17
1. die Klage abzuweisen sowie	18
2. auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an sie 12.427,49 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Zustellung der Widerklage am 11.10.2012 zu zahlen.	19
Die Klägerin beantragt,	20
die Berufung zurückzuweisen.	21
Sie ist der Berufung der Beklagten unter Verteidigung des angefochtenen Urteils und Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens entgegengetreten und hat das ergänzende Vorbringen der Beklagten in der Berufung bestritten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung vom 14.10.2013 (Bl. 134 ff. d.A.) und die weiteren Schriftsätze vom 10. und 12.02.2014 (Bl. 168 ff. d.A.), vom 27.01.2014 (Bl. 242 ff. d.A.), vom 10.03.2014 (Bl. 256	22

ff. d.A.) und vom 02.06.2014 (Bl. 275 ff. d.A.) verwiesen.

Wegen aller weiteren Einzelheiten im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 23

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen K. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 04.07.2013 (Bl. 282 ff. d.A.) verwiesen. 24

II. 25

Die Berufung ist teilweise unzulässig, im Übrigen ist sie unbegründet. 26

1. 27

Die Berufung der Beklagten ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage wendet. Insoweit fehlt es mangels Auseinandersetzung der Beklagten mit den Ausführungen im angefochtenen Urteil an einer Berufungsbegründung. 28

2. 29

Soweit sich die Beklagte gegen die antragsgemäße Zuerkennung des mit der Klage geltend gemachten Rückforderungsanspruchs der Klägerin wegen einer Überzahlung in Höhe von 140.333,28 € wendet, ist ihre Berufung unbegründet. Das Landgericht hat diesen Anspruch der Klägerin zu Recht bejaht. 30

Der Senat nimmt zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug. Das Berufungsvorbringen der Beklagten rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Ergänzend ist folgendes anzumerken: 31

Der Senat schließt sich der Ansicht des Landgericht an, dass der Anspruch der Klägerin auf Erstattung geleisteter Überzahlungen auf eine Restwerklohnforderung der Beklagten in Höhe von 140.333,28 € aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag und nicht aus §§ 812 ff BGB folgt. Nach der Rechtsprechung des BGH finden auf Ansprüche des Auftraggebers auf Rückzahlung überzahlter Vorauszahlungen auf eine Werklohnforderung des Auftragnehmers nach vorzeitiger Beendigung des zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrags die Vorschriften des Bereicherungsrechts und die dort geltenden Darlegungs- und Beweislastgrundsätze keine Anwendung, weil sich ein Zahlungsanspruch aus der vertraglichen Abrede ergibt. Verpflichtet sich der Auftraggeber in einem Bauvertrag gegenüber dem Auftragnehmer zu Voraus- oder Abschlagszahlungen, ist dieser verpflichtet, seine Leistungen nach Abnahme oder Beendigung des Vertrages abzurechnen und einen etwaigen Überschuss an den Auftraggeber auszusahlen (BGH, Urt. v. 22.11.2007 – VII ZR 130/06 -, NJW-RR 2008, 328 ff. in juris Rn. 16 m.w.N.; BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97 – NJW 1999, 1867 ff. in juris Rn.26). 32

Für die Darlegungslast gilt: Der Auftraggeber hat schlüssig die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Auszahlung eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vorzutragen. Dazu kann er sich auf eine vorhandene Schlussrechnung des Auftragnehmers beziehen und darlegen, dass sich daraus ein Überschuss ergibt bzw. nach einer Korrektur etwaiger Fehler ergeben müsste (BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97 – NJW 1999, 1867 ff. in juris Rn. 27). Hat der Auftraggeber ausreichend vorgetragen, muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen 33

endgültig zu behalten. Für eine Umkehr der Beweislast besteht kein Grund. Dem Auftragnehmer obliegt die Beweislast für seinen Vergütungsanspruch auch im Prozess des Auftraggebers auf Rückzahlung eines Überschusses, wobei diese Verteilung von Darlegungs- und Beweislast auch nach Kündigung des Bauvertrages gilt (BGH, Urt. v. 22.11.2007 – VII ZR 130/06 -, NJW-RR 2008, 328 ff. in juris Rn. 16/17 m.w.N.; BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97 – NJW 1999, 1867 ff. in juris Rn.30/31).

Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin schlüssig dargelegt, dass ihr ein Anspruch auf Erstattung von Überzahlungen in geltend gemachter und im angefochtenen Urteil zuerkannter Höhe von 140.333,28 € zusteht. 34

Dieser Betrag wäre nach der Vereinbarung im Bauvertrag vom 14.06.2007 für Arbeiten zu zahlen gewesen, welche die Beklagte jedoch im Rahmen der späteren Erstellung des Bauvorhabens abweichend von der ursprünglichen Vereinbarung zum Teil bei dem Bauteil A – Umbaumaßnahme 1 (alt) - und dem Bauteil C nicht erbracht bzw. reduziert hat. Die Klägerin hat die in Betracht kommenden Leistungen in der Klageschrift detailliert unter Zuordnung zu den beiden genannten Bauteilen benannt (vgl. Bl. 8 – 10 d.A.) und die sich dadurch ergebenden, nicht mehr geschuldeten Minderbeträge für die weggefallenen bzw. reduzierten Arbeiten in Höhe von insgesamt 140.333,28 € nachvollziehbar in einer tabellarischen Aufstellung dargelegt (vgl. Tabelle Bl. 10/11 d.A.). 35

Dass auch die Beklagte davon ausging, dass ihr eine Vergütung für diese Leistungen in genannter Höhe nicht mehr zustand, folgt daraus, dass sie in ihrer ersten Schlussrechnung vom 19.06.2010 (K 28 Bl. 168 ff. Anlagenheft) für die entfallenen Arbeiten keine bzw. für die reduzierten Arbeiten eine entsprechend geminderte Vergütung gegenüber den im Leistungsverzeichnis vereinbarten Beträgen abgerechnet hat. Im Übrigen hat die Beklagte in der Berufung im Schriftsatz vom 23.01.2014 auch eingeräumt, dass die Arbeiten, mit deren Durchführung die Klägerin andere Unternehmen beauftragt und welche sie auf der Grundlage der Rechnungen dieser Drittunternehmen (Anl. K 19 – K 27 Bl. 150 ff. Anlagenheft) auch bezahlt hatte, aus ihrem Auftragsvolumen herausgenommen bzw. die beauftragten Arbeiten modifiziert worden seien, sie – die Beklagte - diese Arbeiten nicht mehr habe durchführen sollen und diese von ihr auch nicht abgerechnet worden seien (Bl. 152 d.A.). Sie hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2014 (vgl. Bl. 161 d.A.) zugestanden, dass die in ihrer Schlussrechnung vom 30.12.2010 Nr. 10-1116 betreffend Bauteil A – Umbaumaßnahme 1 (alt) unter der Pos. 1.2.3.11.1 mit einer Vergütung von 140.333,28 € netto abgerechneten „Trockenarbeiten 1,00 psch“ tatsächlich nicht erbracht worden seien. 36

Dass die Parteien nach fristloser Kündigung des Bauvertrages vom 14.06.2007 am 15.12.2010 eine schriftliche Vereinbarung über dessen Aufhebung mit allen Nachträgen getroffen haben (Bl. 180 ff. Anlagenheft), ändert nichts an der Rechtsnatur des Anspruchs der Klägerin auf Rückzahlung überzahlter Vergütung als vertraglichem Anspruch und der Anwendung der oben dargelegten Darlegungs- und Beweislastgrundsätze entsprechend der Rechtsprechung des BGH. Aus der Aufnahme der Abrechnungsverpflichtung der Beklagten bzgl. ihrer Leistungen in § 8 der Vereinbarung vom 15.12.2010 ergibt sich ebenso wie aus der im Bauvertrag übernommenen Verpflichtung der Klägerin zur Erbringung von Abschlagszahlungen, dass ein etwaiger Überschuss an diese auszuzahlen ist. 37

Die darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat auch den Nachweis für ihre Behauptung in der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2014 (Bl. 161 d.A.) nicht erbracht, dass sich die Parteien am 15.12.2010 nach stundenlangen Verhandlungen über den gesamten Tag vor Unterzeichnung der schriftlichen Vereinbarung vom 15.12.2010 darauf verständigt haben, 38

dass damit alle wechselseitigen Forderungen der Parteien hätten erledigt sein sollen, dass die Anlage 2 zu dieser Vereinbarung Grundlage der Endvereinbarung gewesen ist und dass mit der Leistungserbringung durch sie sowie der Zahlung der niedergelegten Beträge von Klägerseite keine Rückforderungsmöglichkeit mehr hätten bestehen sollen.

Der von der Beklagten hierzu benannte Zeuge K hat dies nicht bestätigt. Er hat bekundet, dass er bei den am 15.12.2010 in Köln geführten Verhandlungen nicht zugegen gewesen sei und deswegen über den Inhalt sowie den Verlauf der geführten Gespräche keine Angaben machen könne. 39

Ungeachtet dessen hat der Senat aber auch unter Berücksichtigung des Geschehensablaufs und der vorgelegten Unterlagen Zweifel an der Richtigkeit dieses bestrittenen Vorbringens der Beklagten. 40

Gegen das Zustandekommen der von der Beklagten behaupteten endgültigen Regelung am 15.12.2010 spricht zunächst der Wortlaut der unterzeichneten schriftlichen Vereinbarung vom 15.12.2010. Daraus ist eine solche abschließende Vereinbarung nicht zu entnehmen. Die Formulierung in § 9 „Nach dem aktuellen Stand der Abrechnung ergibt sich gegenwärtig folgender Abrechnungsstand zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer:“ spricht vielmehr dafür, dass nur der im Zeitpunkt der Vereinbarung vorhandene und damit vorläufige Abrechnungsstand festgehalten worden ist (K 29 Bl. 188 Anlagenheft). Dies bestätigt neben der in § 8 Ziff. 1 geregelten Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin unverzüglich, spätestens bis zum 31.03.2011, getrennt für die Bauteile A, B und C die Schlussrechnungen in 3-facher Ausfertigung nebst dazugehöriger Anlagen zur Verfügung zu stellen, auch der Nichteintritt der Fälligkeit des Schlussrechnungsbetrages, solange die Anlagen fehlten (K 29 Bl. 187 Anlagenheft). Ferner ist in diesem Zusammenhang die Regelung in § 3 d) über „eventuelle Abzüge für nicht fristgerecht erbrachte Rest- bzw. Mängelbeseitigungsarbeiten gem. Anlage 1 zur Vereinbarung vom 15.12.2010 bis 24.01.2011, die von der Schlussrechnung vorgenommen werden sollten“, zu berücksichtigen. Soweit danach am 15.12.2010 noch nicht feststand, ob es derartige Abzüge geben würde und diese in der Schlussrechnung berücksichtigt werden sollten, impliziert dies, dass eine endgültige Abrechnung erst mit Erstellung dieser Schlussrechnung erfolgen konnte und sollte. 41

Der Vorläufigkeit der Aufstellung in der Vereinbarung vom 15.12.2010 steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin den in § 9 a.E. aufgeführten Betrag von 80.000,- € unverzüglich anweisen sollte – was unstreitig am gleichen Tag durch Übergabe eines Schecks geschehen ist – und dass nach Anlage 2 zu dieser Vereinbarung neben dem als Abschlagszahlung bezeichneten Betrag von 80.000,- € weitere Zahlungen von 87.619,70 €, 70.000,- € und 12.456,96 € von der Klägerin geleistet werden sollten. Insoweit handelte es sich der Sache nach jeweils um Abschlagszahlungen, die im Rahmen der noch zu erstellenden Schlussrechnung berücksichtigt werden sollten. Soweit sich die Klägerin schließlich in § 8 Ziff. 3 zur Zahlung der Schlussrechnungsbeträge innerhalb einer Frist von einem Monat nach Vorlage der ordnungsgemäßen Rechnung verpflichtet hat, folgt daraus, dass sich gegenüber der Abrechnung in § 9 und der Aufstellung in Anlage 2 zur Vereinbarung vom 15.12.2010 summenmäßige Veränderungen aus den noch zu erstellenden Schlussrechnungen ergeben konnten. 42

Hinzu kommt, dass das Vorbringen der Beklagten zu dieser angeblichen Vereinbarung unauflösbare Widersprüche aufweist. In erster Instanz hatte sie zunächst mehrfach vorgetragen, sowohl der Wortlaut der Vereinbarung vom 15.12.2010 als auch die darin enthaltenen Abrechnungszahlen seien ausschließlich und allein von der Klägerin bzw. ihrem Architekten oder Bauleiter formuliert worden, während darin, insbesondere in den Anlagen 1 43

und 2, ihre Abrechnungszahlen nicht eingeflossen seien (Bl. 26, 28 und 45 d.A.). Abweichend hiervon hat sie demgegenüber in zweiter Instanz vorgetragen, in der Zeit bis zum Abschluss der Vereinbarung vom 15.12.2010 seien die Einzelheiten der Minderleistungen, Einbehalte (§ 5), Zusatzleistungen des Auftragnehmers (§ 6) sowie Rest- u. Mängelbeseitigungsarbeiten aufgenommen, die Anlage 2 erstellt sowie die Einzelheiten zu den verschiedenen Positionen ausführlich verhandelt worden. Nachdem die Klägerseite das Ergebnis der bisherigen Verhandlungen sowie eigene Forderungen zu den Minderleistungen per E-Mail am 15.12.2010 gegen 01.16 Uhr in einer anderen Version übersandt habe, seien anschließend anlässlich weiterer Verhandlungen die Positionen in § 5, insb. die nicht ausgeführten Arbeiten im Bauteil B, sowie die zu zahlenden Beträge in § 9 erheblich abgeändert worden. Danach stellte sich die Vereinbarung vom 15.12.2010 einschließlich ihrer Anlagen 1 und 2 nicht mehr als alleinige Vorgabe der Klägerin dar.

Abgesehen davon ist dem Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen ist, welche Absprachen hinsichtlich der im Einzelnen besprochenen Positionen getroffen worden sind und auf welche Weise die vermeintlichen Unstimmigkeiten beseitigt worden sein sollen. Demgegenüber erscheint die klägerseits vorgenommene Streichung der Rechnungsposition Ziff. 1.2.3.11.1 der Schlussrechnung vom 30.12.2010, Nr. 10-1116 betreffend Bauteil A – Umbaumaßnahme 1 (alt) für „Trockenarbeiten 1,00 psch“ (Anl. K 30 Bl. 192 Anlagenheft) im Hinblick darauf nachvollziehbar, dass dieser Betrag identisch ist mit der vertraglich vereinbarten Vergütung für die von der Beklagten nicht ausgeführten bzw. reduzierten Leistungen, die aus dem Auftragsvolumen herausgenommen und von anderen Unternehmern erbracht worden sind. Für diese Leistungen hatte die Beklagte – worauf die Klägerin durchgängig hingewiesen hat – dementsprechend in ihrer ursprünglichen Schlussrechnung vom 19.06.2010 für die Bauteile A – Umbaumaßnahme 1 (alt) und C keine bzw. nur eine entsprechend reduzierte Vergütung abgerechnet. Diese zwischen den Parteien unstreitigen Minderleistungen, die nach § 8 Ziff. e) und f) des Bauvertrags in Abzug zu bringen waren, sind in der Vereinbarung vom 15.12.2010 und deren Anlage 2 nicht berücksichtigt. In der Anlage 2 findet sich in der Aufstellung für die Bauteile A – Umbaumaßnahme 1 (alt) und C nur die im Hauptauftrag vereinbarte Vergütung zzgl. der Vergütung für die Nachträge. Dabei sind – anders als für den Bauteil B - weder die einzelnen Leistungen des Hauptauftrags noch die dafür eingestellten Einzelvergütungen aufgeführt, und man hat ausgehend von der vereinbarten Gesamtbausumme und den Nachtragsvergütungen vor Berücksichtigung von Nachlässen, Mehrwertsteuer und Abschlagszahlungen die vereinbarte Vergütung für Bauteil B in Abzug gebracht. 44

Für die von der Beklagten behauptete Vereinbarung ergibt sich auch nichts aus der Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der E-Mail vom 19.03.2011 (Bl. 89 d.A.), „Nach unseren Berechnungen stimmen jetzt sowohl die Schlussrechnungen als auch die jeweils aufgeteilten Abschlagsrechnungen“. Es ist weder dargetan noch aus der E-Mail ersichtlich, warum sich diese Erklärung auf die Schlussrechnungen der Beklagten vom 30.12.2010 beziehen soll. Soweit dieser E-Mail im Anhang Rechnungsentwürfe der Klägerin (Bl. 221 ff. d.A.) beigelegt waren, auf die in der E-Mail auch ausdrücklich Bezug genommen wird, liegt es auf der Hand, dass sich die Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin auf diese letztgenannten korrigierten Schlussrechnungsentwürfe beziehen sollte. Unerheblich ist, dass darin abweichende und unzutreffende Abschlagszahlungen eingestellt worden sind. Jedenfalls bezog sich der von der Klägerin vorgenommene Abzug auf eine von der Beklagten zu Unrecht abgerechnete Vergütung in Höhe von 140.333,59 €, auf welche die später in Abzug gebrachten Abschlagsrechnungen keinen Einfluss haben. Im Übrigen stehen die Abschlagszahlungen für die vier Bauteile in der in den korrigierten Schlussrechnungen vom 30.12.2010 (Anl. K 30 – K 33 Bl. 191 ff. Anlagenheft) angegebenen Höhe außer Streit. Abgesehen davon hat die Klägerin die zunächst vorgelegten Schlussrechnungen vom 45

30.12.2010 (Anl. K 1 und K 2 Bl. 224 ff. Anlagenheft) zu Recht zurückgewiesen, weil diese nicht den in § 8 Ziff. 1 der Vereinbarung vom 15.12.2010 vereinbarten Anforderungen entsprochen haben. Hinsichtlich der Bauteile A - Umbaumaßnahme 1 (alt), C und A nachträglicher Umbau fehlte die ausdrücklich vereinbarte getrennte Berechnung für jeden einzelnen Bauteil. Darüber hinaus fehlte für alle Bauteile die Angabe der einzelnen Leistungen mit der dafür berechneten Vergütung.

Der Senat ist angesichts dessen nicht davon überzeugt, dass sich die Parteien – so das Vorbringen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2014 (Bl. 161 d.A.) – am 15.12.2010 im Verlaufe von intensiven, der Unterzeichnung der schriftlichen Vereinbarungen vom 15.12.2010 vorausgegangenen Verhandlungen entgegen deren Wortlaut darauf verständigt haben, dass damit eine Endvereinbarung zur Abgeltung aller wechselseitigen Ansprüche abgeschlossen worden ist und dass die darin niedergelegten Abrechnungen in § 9 sowie in der Anlage 2 zu dieser Vereinbarung endgültigen Charakter gehabt haben sollten. Im Falle des Zustandekommens einer solchen Vereinbarung unmittelbar vor Unterzeichnung der Vertragsurkunde wäre zu erwarten gewesen, dass man diese schriftlich aufgenommen und den Vertrag insoweit – ggfls. – handschriftlich ergänzt hätte. Dies ist unstreitig nicht geschehen.

46

Infolge dessen steht der Klägerin aus der Abrechnung der Vergütung für den Bauteil A – Umbaumaßnahme 1 (alt) ein Anspruch auf Rückerstattung der Überzahlung in Höhe von 140.333,28 € zu.

47

Soweit die Beklagte in Ergänzung ihres Vorbringens in der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2014 mit insoweit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 17.02.2014 vorgetragen hat, man habe sich bereits am 09.12.2010 über eine endgültige Erledigung aller Punkte verständigt (Bl. 183 ff. d.A.), handelt es sich um neues Vorbringen, welches – ungeachtet seines unauflösbaren Widerspruchs zum bisherigen Vorbringen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2014, wo von einer grundsätzlich schon am 09.12.2010 bestehenden Einigung über den Ausschluss jeglicher wechselseitiger Forderungen und Gegenforderungen bei Zustandekommen einer Vereinbarung noch keine Rede war – aufgrund des Bestreitens der Klägerseite gem. § 531 II Nr. 3 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen ist. Infolge dessen bedurfte es insoweit auch keiner Vernehmung des hierzu ebenfalls benannten Zeugen K.

48

Im Übrigen kann diesem ebenfalls in sich widersprüchlichen ergänzenden Vorbringen schon nicht entnommen werden, dass man bereits am 09.12.2010 anlässlich einer Besprechung ausdrücklich die Geschäftsgrundlage vereinbart hatte, dass mit einer noch abzuschließenden Vereinbarung Rückforderungen und Nachforderungen auf beiden Seiten nicht mehr möglich gewesen seien. Hiergegen spricht, dass nach dem 09.12.2010 – so das Vorbringen der Beklagten – bis zum 15.12.2010 zahlreiche Gespräche geführt worden sein sollen und es Schriftverkehr gegeben haben soll und man auch im Verlauf des 15.12.2010 über jede einzelne Position gesprochen habe. Die Beklagte selbst räumt sogar in ihrem letzten, ebenfalls nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 01.07.2014 ein, dass am 15.12.2010 erhebliche Verhandlungen stattgefunden hätten und die Schlussrechnung noch in vielen Punkten geändert worden sei. Ferner bestreitet sie, dass mit der E-Mail der Klägerseite vom 15.12.2010, 1.16 Uhr Schlussrechnung und Inhalt festgestanden hätten, unter erneutem Hinweis darauf, dass den ganzen Tag über und auch noch nach Eintreffen des Geschäftsführers ihrer Komplementär-GmbH am frühen Abend nachverhandelt worden sei und die Schlussrechnung immer wieder geändert worden sei. Soweit es aber nach eigenem Vorbringen der Beklagten bis zur Unterzeichnung der schriftlichen Vereinbarung vom

49

15.12.2010 bis zum Abend dieses Tages immer noch Nachverhandlungen und zahlreiche Änderungen gegeben hat, kann – entgegen ihrer insoweit widersprüchlichen Behauptung – nicht davon ausgegangen werden, dass es bereits am 09.12.2010 vereinbart worden sei, dass mit einer ihrem Inhalt noch nicht feststehenden Vereinbarung wechselseitig keine Rück- bzw. Nachforderungen mehr hätten möglich sein sollen. Auch von daher bedurfte es einer Befragung des Zeugen K zum Inhalt Gespräche am 09.12.2010 nicht.

Die Kostenscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 50

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 51

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. 52

Streitwert für das Berufungsverfahren: 152.760,77 € (140.333,28 € + 12.427,49 €) 53