
Datum: 30.12.2015
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 19/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2015:1230.19U19.15.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 254/14

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 13.01.2015 – 5 O 254/14 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 76.719,55 € für die Zeit vom 21.09.2013 bis zum 11.03.2015 und aus weiteren 31.829,92 € für die Zeit vom 01.05.2014 bis zum 11.03.2015 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Klägerin.

Das erstinstanzliche Urteil und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch die jeweils andere Partei durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110% des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I.	2
Die Klägerin macht gegen den Beklagten Ansprüche auf Zahlung ausstehenden Werklohns für Malerarbeiten am Gebäude des A geltend.	3
Auf ihr Angebot vom 19.08.2011 wurde die Klägerin am 02.11.2011 durch den Beklagten mit der Durchführung von Malerarbeiten für die Baumaßnahme „A, Erneuerung von Böden und Anstrich“ beauftragt. Das von der Klägerin erstellte I. Nachtragsangebot vom 26.03.2012 wurde von dem Beklagten am 28.08.2012 angenommen. Wegen der Einzelheiten wird verwiesen auf die Anlagen K3 und K4, Anlagenheft.	4
Zu Position 6 des I. Nachtragsangebots rechnete die Klägerin mit den Zwischenrechnungen VII. und VIII. vom 16.08.2013 und 28.03.2014 (Anlagen K10 und K11) einen Betrag von 113.167,07 EUR netto ab. Der Einheitspreis für die Arbeiten nach Position 6 beläuft sich auf 5,65 EUR je qm. Abgerechnet wurden 20.029,57 qm. Von dem Beklagten wurden lediglich 9.840,15 EUR netto wegen ausgeführter 1.741,62 qm anerkannt.	5
Gegenstand der Klage war ursprünglich der mit der VIII. Zwischenrechnung von der Klägerin nach Abzug von 6% Nachlass und 5% Sicherheitseinbehalt auf 109.802,42 EUR brutto berechnete Differenzbetrag zu den auf Position 6 des I. Nachtragsangebots entfallenden Leistungen.	6
Die Klägerin hat behauptet, die Parteien hätten sich darüber geeinigt, dass für die unter Positionen 6 bis 8 fallenden kleinteiligen Arbeiten die zu bearbeitenden Flächen großzügig zu übermessen seien. Die Klägerin ist der Auffassung gewesen, es ergebe sich offenkundig aus ihrem Nachtragsangebot, dass für die kleinteiligen Arbeiten nach den Positionen 6 bis 8 des I. Nachtragsangebots nicht lediglich die bearbeiteten Flächen, sondern die gesamten bearbeiteten Wände übermessen werden sollten. Dass keine kleinteilige Bemessung der tatsächlich bearbeiteten Teilflächen habe erfolgen sollen, sei bereits aufgrund der im I. Nachtragsangebot für die Leistungsposition 6 veranschlagten großen Fläche von 13.000 qm ersichtlich. Auch der verhältnismäßig niedrige Einheitspreis pro Quadratmeter spreche für ihre Auslegung des Vertrags. Es sei für den Fachkundigen offensichtlich, dass eine kleinteilige Bemessung der Flächen zu aufwändig sei. Dass ein solches kleinteiliges Aufmaß der tatsächlich zu bearbeitenden Teilflächen problematisch sei und daher eine großzügige Übermessung erfolgen sollte, habe – so die Behauptung der Klägerin – ihr Geschäftsführer mit dem Zeugen B als Bauleiter im Zusammenhang mit der Erstellung des I. Nachtragsangebotes besprochen. Der Zeuge B sei auch bevollmächtigt gewesen, das Nachtragsangebot mit der Klägerin zu verhandeln. Die Klägerin hat gemeint, ein anderer Abrechnungsmodus habe auch deshalb nicht vereinbart werden können, weil nach der DIN 18363 Ziffer 0.5.3. vorgesehen sei, dass bei Flächen von bis zu 2,5 qm jeweils nach Einzelstück (bis zu 2,5 qm) abzurechnen sei. Wäre eine kleinteilige Bemessung vereinbart worden, so hätte die Klägerin Einheitspreise gemäß der vorgenannten DIN kalkuliert.	7
Die Klägerin hat beantragt,	8
den Beklagten zu verurteilen, an sie 109.802,42 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 77.896,58 € seit dem 21.09.2013 und aus einem Betrag in Höhe von 31.905,84 € seit dem 30.04.2014 zu zahlen.	9
Der Beklagte hat beantragt,	10

die Klage abzuweisen.

11

Er ist der Auffassung gewesen, das I. Nachtragsangebot lasse sich nicht dahingehend auslegen, dass zu bearbeitende Flächen großzügig übermessen werden sollten. Aus dem Wortlaut der streitigen Leistungsposition, wonach ein Einheitspreis in Quadratmetern angegeben ist, folge, dass auch lediglich die tatsächlich bearbeiteten Flächen abzurechnen seien. Eine andere Auslegung ergebe sich auch nicht unter Berücksichtigung der Preiskalkulation der Klägerin, zumal es unterschiedliche Gründe geben könne, weshalb ein Unternehmen teils besonders hohe und teils besonders niedrige Preise anbietet. Dass die von der Klägerin gewählte Art der Bemessung ausdrücklich vereinbart worden wäre, trage die Klägerin nicht substantiiert vor. Soweit sie sich auf angebliche Vereinbarungen mit dem Zeugen B beruft, bestreitet der Beklagte die Bevollmächtigung dieses Mitarbeiters des mit der Bauleitung durch den Beklagten beauftragten Ingenieurbüros zu vertraglichen Absprachen. Zudem hat der Beklagte gemeint, zur Rechtfertigung der von ihr gewählten Flächenermittlung könne sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass sie andernfalls gemäß der DIN 18363 hätte abrechnen müssen. Ein vermeintlicher Verstoß gegen die Vorgaben dieser Norm zur Aufstellung einer Leistungsbeschreibung könne nicht dazu führen, dass die von der Klägerin vorgesehene Art und Weise der Bemessung zugrunde zu legen wäre.

12

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

13

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klägerin der geltend gemachte Zahlungsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehe, insbesondere lägen die Voraussetzungen für eine Abschlagszahlung in geltend gemachter Höhe nach § 16 Abs. 1 VOB/B nicht vor.

14

Die von der Klägerin vorgesehene Massenermittlung lasse sich im Ergebnis nicht auf die zustande gekommene Nachtragsvereinbarung stützen. Dabei obliege es der Klägerin, darzulegen, dass sie eine höhere als die beklagtenseits zugestandene Masse erbracht hat. Abgesehen davon, dass die darlegungsbelastete Klägerin bereits nicht substantiiert vortrage, wie sie überhaupt zu ihrer Massenermittlung gelangt sein will, sei die zwischen den Parteien getroffene I. Nachtragsvereinbarung mit Blick auf die Leistungspositionen 6 bis 8 dergestalt auszulegen, dass die Klägerin lediglich die tatsächlich bearbeitete Fläche zu berücksichtigen hat. Dass dies zu einem höheren als dem zugestandenen Abschlagszahlungsanspruch führt, trage sie nicht vor. Zu Unrecht berufe sich die Klägerin darauf, dass vereinbart worden sei, sie könne bei Abrechnung der kleinteiligen Leistungen nach Positionen 6 bis 8 des I. Nachtragsangebots die bearbeiteten Flächen „großzügig übermessen“. Bei der Auslegung der Nachtragsvereinbarung sei zu berücksichtigen, dass es dem Verfasser des Vertragswerkes obliege, Missverständnisse möglichst zu vermeiden; nach Auslegung verbleibende Widersprüche seien daher dem Verfasser des Vertrages anzulasten. Dem Wortlaut der entsprechenden Leistungspositionen sei hier lediglich zu entnehmen, dass für die Leistung ein Einheitspreis in Quadratmetern vereinbart ist, was nach dem objektiven Empfängerhorizont mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dafür spreche, dass lediglich die bearbeitete Fläche zugrunde zu legen ist. Etwaigen Aufmaßschwierigkeiten hätte die Klägerin begegnen können, indem sie eine Abrechnung nach der einschlägigen DIN 18363 Ziffer 0.5.3. vereinbart. Aus der von der Klägerin in ihrem Nachtragsangebot veranschlagten großen Fläche (allein zu Position 6: 13.300 qm) könne der objektive Empfänger nicht schließen, dass zu bearbeitende Flächen bei der Massenermittlung großzügig zu übermessen wären, denn die Klägerin habe selbst im Vertragstext formuliert, dass es sich insoweit nur „um ganz grobe“ Massenschätzungen handele. Die von der Klägerin favorisierte Auslegung lasse sich auch nicht auf das von ihr verwendete Preisgefüge stützen. Die

15

Klägerin könne sich zudem nicht darauf berufen, dass sie dem Beklagten ihre Kalkulation offengelegt hat, zumal dieser nicht gehalten gewesen sei, die Kalkulationsgrundlage einer entsprechenden Prüfung zu unterziehen. Die Klägerin, die das Nachtragsangebot erstellt hat, müsse sich an der Auslegung, dass lediglich die bearbeiteten Flächen zu berücksichtigen sind, festhalten lassen. Das Risiko, dass ein etwaiges von ihrem Willen abweichendes Vertragsverständnis zugrunde zu legen ist, trage sie selbst. Darauf, dass sie die Formulierungen mit dem Zeugen B abgestimmt haben will, könne sich die Klägerin nicht mit Erfolg berufen. Dass der Zeuge B, dem für den Beklagten die Bauleitung oblag, diesen bei vergütungsrelevanten Vereinbarungen wirksam vertreten konnte, habe die Klägerin nicht substantiiert dargelegt. Auch für eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht fehle es an hinreichendem Vortrag.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

16

Die Klägerin hat die Berufung, nachdem ihr das klageabweisende Urteil des Landgerichts am 16.01.2015 zugestellt worden war, mit am 06.02.2015 bei dem Oberlandesgericht eingegangenem Schriftsatz eingelegt. Antragsgemäß ist die Frist zur Berufungsbegründung bis zum 16.04.2015 verlängert worden (Verfügung vom 02.03.2015, Bl. 103 GA). Die auf den 16.04.2015 datierte Berufungsbegründung der Klägerin ist jedoch erst am 17.04.2015 per Telefax eingegangen. Mit weiterem Fax-Schreiben vom selben Tag hat die Klägerin betreffend die Frist zur Berufungsbegründung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das Wiedereinsetzungsgesuch hat sie durch am 30.04.2015 eingegangenen Schriftsatz (Bl. 140 ff. GA) mit einem unerklärlichen, einmaligen Fehler der kanzleiintern zuständigen Rechtsanwaltsfachangestellten Frau C begründet. Wegen der Einzelheiten der Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs wird auf den Schriftsatz der Klägerseite vom 30.04.2015 (Bl. 140 ff. GA) Bezug genommen.

17

In der Sache meint die Klägerin, das Landgericht habe zu Unrecht den Klageantrag abgewiesen. Nach Ansicht der Klägerin erfüllen die streitgegenständlichen Teilrechnungen VII und VIII die Voraussetzungen gemäß § 16 Abs. 1 VOB/B. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die Regelung zu Pos. 6 der I. Nachtragsvereinbarung der Parteien keineswegs so zu verstehen, dass die Klägerin lediglich die tatsächlich bearbeiteten Flächen zu berücksichtigen hat, sondern dahin, dass bei der Abrechnung der kleinteiligen Leistungen die bearbeiteten Flächen übermessen werden. Die Klägerin wirft dem Landgericht vor, die Begründung der vorgenommenen Vertragsauslegung sei oberflächlich und nicht nachvollziehbar, sie wirke zudem konstruiert. Falsch sei, dass das Landgericht vorrangig auf den Wortlaut der vorgenannten Leistungspositionen abstellt, der den Schluss zulassen mag, dass nur die bearbeiteten Flächen abzurechnen seien. Auch die Begleitumstände und die bestehende Interessenlage seien in die Auslegung einzubeziehen.

18

Daher sei – wie bereits erstinstanzlich vorgetragen – zu berücksichtigen, dass dem Beklagten – unstreitig – mit Schreiben vom 05.04.2012 das Formblatt 223 mit der Aufgliederung der Einheitspreise für die Malerarbeiten gemäß dem I. Nachtragsangebot überreicht worden ist, woraus sich die Preiskalkulation ergibt (Anl. K7). Aus dem Vergleich der Positionen 6 und 36 folge ganz deutlich, dass sich der zu Pos. 6 aufgeführte Einheitspreis auf die übermessene Gesamtfläche bezieht, während Pos. 36 mit dem deutlich höheren Ansatz für Zeit und Material die ganzflächige Herstellung der plastischen Struktur betrifft. Zudem handle es sich bei dem Beklagten nicht um einen Laien, sondern einen „Fachauftraggeber“. Die grobe Schätzung der zu Pos. 6-8 genannten Gesamtflächen von 19.000 qm lasse erkennen, dass damit nicht nur die zu bearbeitende Teilfläche gemeint ist. Die „Puzzlearbeiten“ an kleinen unzugänglichen Teilflächen sei wesentlich aufwändiger als die ganzflächige Herstellung einer

19

plastischen Struktur, weshalb für die Abrechnung der Pos. 6 nach tatsächlich bearbeiteten Flächen ein deutlich höherer Zeit- und Materialpreis zu veranschlagen gewesen wäre. Die Klägerin meint, von dem Landgericht sei völlig unberücksichtigt geblieben, dass der Beklagte die ersten sechs Teilrechnungen, die nach derselben Berechnungsweise erstellt waren, unbeanstandet ausgeglichen hat. Wie bereits erstinstanzlich behauptet die Klägerin, die Ausgestaltung und Textur des I. Nachtragsangebots sei in enger Zusammenarbeit mit dem Bauleiter des Beklagten, dem Zeugen Dipl.-Ing. B, erfolgt. Der Bauleiter habe seine Bevollmächtigung zur Verhandlung über das Nachtragsangebot mitgeteilt und der Beklagte habe ihn entsprechend handeln lassen. Ferner wiederholt die Klägerin ihre bereits erstinstanzlich vorgetragene Behauptung, ein anderer Abrechnungsmodus als das Übermessen der Teilflächen sei angesichts der vielen kleinen zu bearbeitenden Flächen nicht praktikabel und daher mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden.

Die Auffassung des Landgerichts zu der Stückabrechnung gemäß DIN 18363 Ziff. 0.5.3 hält die Klägerin zudem für fehlerhaft. Sie behauptet in diesem Zusammenhang, es habe nicht eine einzige Stelle gegeben, bei der auf einer Fläche von 2,5 qm nur ein kleines Stück von wenigen Quadratzentimetern zu bearbeiten gewesen wäre. Die Klägerin meint, das Landgericht sei auch zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Beklagte nicht die Kalkulationsgrundlage zu prüfen gehabt hätte; diese Auffassung sei unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Bestimmungen falsch. 20

Schließlich moniert die Klägerin, das Landgericht habe die Höhe der von dem Beklagten vorgenommenen Kürzungen zu der streitgegenständlichen Pos. 6 keiner Würdigung unterzogen. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, auf welche Grundlage er die von ihm berechneten Maße überhaupt stützt. Hierzu bestreitet die Klägerin – wie bereits erstinstanzlich – dass die beklagtenseits angegebenen Flächen von 1639,09 qm bzw. 1741,62 qm den tatsächlich bearbeiteten Flächen entsprechen. Dies sei auch im Nachhinein nicht mehr überprüfbar, da sämtliche Stellen überstrichen sind. Soweit der Beklagte auf Massenermittlungen der Putzer-Firma verwiesen hat, weist die Klägerin darauf hin, dass möglicherweise noch weitere Putzer im Gebäude tätig gewesen seien und zudem die vorgelegte Abrechnung hohe Stundenlohnansätze enthält. 21

Kurz vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung des Senats vom 20.11.2015 hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 09.11.2015 (Bl. 189 ff. GA), eingegangen am 11.11.2015, ihre Klage auf die bereits unter dem 12.03.2015 erteilte Schlussrechnung gestützt. 22

Hierzu trägt die Klägerin Folgendes vor: Ihre Arbeiten seien zwischenzeitlich ausgeführt und abgenommen worden. Es sei die nunmehr (auszugsweise) vorgelegte Schlussrechnung per 12.03.2015 an die Beklagtenseite übersandt worden (Anlage K 21 mit Seiten 1 und 40-43 der Schlussrechnung, Bl. 192 ff. GA). Von dem Schlussrechnungssaldo i.H.v. 182.153,16 € bringt die Klägerin 3 % Sicherheitsleistung (Gewährleistung) in Abzug, so dass nach Ansicht der Klägerin ein Betrag i.H.v. 163.700,22 € fällig sei. „Bezogen auf die Berechnungsgrößen in diesem Verfahren“ habe sich keine Änderung ergeben. Weder innerhalb noch nach der Rechnungsprüfungsfrist gemäß § 16 VOB/B habe es seitens des Beklagten irgendwelche Beanstandungen zur Schlussrechnung gegeben. 23

Die Klägerin erklärt ausdrücklich, dass sie die bisherige Klageforderung nunmehr als erstrangige Teilforderung des Betrages aus der Schlussrechnung geltend macht. 24

Die Klägerin beantragt, 25

26

unter Abänderung des am 13.01.2015 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln den Beklagten zu verurteilen, an sie 109.802,42 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 77.896,58 € seit dem 21.09.2013 und aus einem Betrag in Höhe von 31.905,84 € seit dem 30.04.2014 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Zu dem Wiedereinsetzungsgesuch der Klägerin will der Beklagte nicht Stellung nehmen. 29

In der Sache ist der Beklagte der Auffassung, das Landgericht habe in seinem angefochtenen Urteil zutreffend festgestellt, dass die von der Klägerin in ihren streitgegenständlichen Abrechnungen unter der Nachtragsposition 6 zugrunde gelegten Massen unzutreffend, d.h. überhöht, seien. Die Klägerin habe unter dieser Position nur die tatsächlich ausgeführten Massen und nicht die sich bei einer großzügigen Übermessung ergebenden Massen zur Abrechnung zu bringen. Das Nachtragsangebot vom 26.03.2012 sei zu Pos. 6 von dem Landgericht zutreffend ausgelegt worden. Der Wortlaut sehe keine großzügige Übermessung tatsächlich nicht bearbeiteter Flächen vor und die Begleitumstände sprächen ebenfalls nicht dafür. Im Einzelnen führt der Beklagte hierzu aus: 30

Die Klägerin habe nicht hinreichend dargelegt, dass der Zeuge B eine vom Wortlaut der Nachtragsvereinbarung abweichende Art der Massenermittlung mit der Klägerin vereinbart hätte und dass er dazu überhaupt bevollmächtigt gewesen wäre, was im Übrigen weiterhin bestritten bleibe. Aus der klägerseits behaupteten Erklärung des Zeugen B, zu vergütungsrelevanten Absprachen berechtigt zu sein, lasse sich das tatsächliche Bestehen einer derartigen Vollmacht nicht ableiten. Allein durch Beauftragung eines Architektenbüros mit der Bauleitung werde keine entsprechende Bevollmächtigung impliziert. Die Voraussetzungen für eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht habe die Klägerin ebenfalls nicht schlüssig dargelegt. Daher – so die Ansicht des Beklagten – sei der Zeuge B zu Recht nicht vernommen worden. 31

Es bleibe bestritten, dass eine Ermittlung der tatsächlich bearbeiteten Flächen praktisch nicht umsetzbar und unverhältnismäßig sei. Im Übrigen meint der Beklagte, dass etwaige Probleme in diesem Zusammenhang dem Risiko- und Verantwortungsbereich der Klägerin zuzuordnen seien. Der Beklagte behauptet, die Dokumentation der bearbeiteten Flächen sei durch den jeweils eingesetzten Maler, gegebenenfalls mit einer Fotokamera, möglich gewesen. Der Beklagte wehrt sich gegen die Auffassung der Klägerin, sie habe deren Kalkulationsgrundlage überprüfen müssen; sie sei schließlich nicht zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Klägerin gehalten. Entsprechendes gelte für die in dem Nachtragsangebot aufgeführte Fläche von 13.300 qm, die schließlich von der Klägerin selbst als „grobe Massenschätzung“ bezeichnet worden ist. Auch die Massenschätzung gehöre zum Risikobereich der Klägerin. Soweit klägerseits auf die DIN 18363 verwiesen wird, meint der Beklagte, dass sich auch aus dieser Norm, einschließlich der Ziff. 0.5.3, gerade nicht das Übermessen kleiner Teilflächen ergebe. Aus der mangelnden Beanstandung der ersten sechs Abschlagsrechnungen folge keineswegs ein Einverständnis von Seiten des Beklagten mit der Art und Weise der Ermittlung der Massen. Ein etwaiges Anerkenntnis oder eine sonstige Willens- oder Wissenserklärung sei der Prüfung bzw. dem Ausgleich einer Abschlagsrechnung nicht beizumessen. 32

Soweit die Klägerin moniert, das Landgericht habe die beklagtenseits angegebenen Massen keiner näheren Untersuchung unterzogen, ist der Beklagte der Ansicht, darin liege eine 33

Verkenntung der Darlegungs- und Beweislast. Es sei schließlich Sache der Klägerin darzulegen und zu beweisen, dass die von ihr abgerechneten Massen zutreffend sind.

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 04.12.2015 hat sich der Beklagte zu der klägerseits vorgenommenen Umstellung der Klage auf die Schlussrechnung wie folgt geäußert:

Falsch bzw. zumindest irreführend sei die Behauptung der Klägerin, dass sich die Berechnungsgrößen in der Schlussrechnung nicht geändert hätten. Hierzu verweist er auf die streitige Position 6 aus dem Nachtrag Nr. 1, die in der VIII. Abschlagsrechnung noch 113.167,07 € (netto) betragen hat, in der (beklagtenseits als Anl. B4 vollständig) vorgelegten Schlussrechnung, wie bereits in der IX. Abschlagsrechnung, hingegen 123.168,24 € (netto) betrage. Sowohl die Massen als auch die sich nach Auffassung der Klägerin ergebende Höhe der Werklohnforderung haben – so der Beklagte weiter – eine Änderung erfahren. Dabei bleibt der Beklagte ausdrücklich dabei, dass der von ihm zu der streitigen Position 6 aus dem Nachtrag Nr. 1 anerkannte Betrag i.H.v. 9.840,17 € (netto) zutreffend sei. Die nach Erteilung der Schlussrechnung von dem Beklagten als grundsätzlich zulässig angesehene Änderung des Klagegrundes sei hier – so die Auffassung des Beklagten – verspätet und stelle eine unzulässige Teilklage dar. Hierzu meint er, die Klägerin sei bereits in dem erstinstanzlichen Verfahren verpflichtet gewesen, die Klageforderung auf die bereits zu diesem Zeitpunkt erteilte IX. Abschlagsrechnung vom 03.09.2014 (Anl. B3) umzustellen. Jedenfalls wäre der Anspruch in der Berufungsbegründung auf die Schlussrechnung vom 12.03.2015 zu stützen gewesen. Der Beklagte meint, dass der Klägerin der von ihr in der Schlussrechnung unter der Position 6 des I. Nachtragsangebots ausgewiesene Betrag i.H.v. 120.168,24 € (netto) in dieser Höhe und in diesem Umfang nicht zustehe, und behauptet, dass die von der Klägerin abgerechneten Massen – auch unabhängig von dem falschen Abrechnungsmaßstab – unzutreffend seien. Dies meint er bereits erstinstanzlich (Bl. 33 und Bl. 71-74 GA) sowie im Rahmen der Berufungserwidern vom 27.07.2015 (Seite 9) vorgetragen zu haben. Jedenfalls – so die weitere Ansicht des Beklagten – liege eine unzulässige Teilklage vor, da eine Teilforderung bzw. einzelne unselbständige Rechnungsposten aus der Schlussrechnung nicht isoliert geltend gemacht werden könnten. Die Klägerin stütze nunmehr die Klageforderung auf die Position 6 des Nachtrags Nr. 1 aus der Schlussrechnung, mache aber mit ihren Anträgen insoweit eine deutlich geringere Forderung geltend, letztlich also eine von ihr nicht näher spezifizierte Teilforderung aus der vorgenannten Position.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen (Berufungsbegründung vom 16.04.2015, Bl. 124 ff. GA; Berufungserwidern vom 27.07.2015, Bl. 175 ff. GA; Schriftsatz der Klägerin vom 09.11.2015, Bl. 189 ff. GA und nachgelassener Schriftsatz des Beklagten vom 04.12.2015, Bl. 206 ff. GA und nicht nachgelassener Schriftsatz der Klägerin vom 11.12.2015, Bl. 218 f. GA) sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 20.11.2015 (Bl. 197 ff. GA) Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin hat lediglich insofern teilweise Erfolg, als der Klage wegen der auf die geltend gemachte Abschlagsforderung – soweit berechtigt – entfallenden Zinsen stattzugeben ist und die Klage wegen der Hauptforderung nebst weiteren Zinsen nicht uneingeschränkt, sondern lediglich als derzeit unbegründet abzuweisen ist.

A. Die Berufung der Klägerin ist als zulässig anzusehen.

Sie ist form- und fristgemäß eingelegt worden, §§ 517, 519 ZPO.

Hinsichtlich der Versäumung der gemäß § 520 Abs. 2 ZPO zu beachtenden Berufungsbegründungsfrist ist der Klägerin gemäß § 233 S. 1 ZPO antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.	41
1. Das Wiedereinsetzungsgesuch der Klägerin ist gemäß §§ 233 ff. ZPO zulässig, insbesondere innerhalb der zweiwöchigen Frist ab Behebung des Hindernisses, hier der Entdeckung der Nichtversendung des Berufungsbegründungsschriftsatzes am 17.04.2015, mit an diesem Tage eingegangenem Schriftsatz eingereicht und mit am 30.04.2015 eingegangenem weiteren Schriftsatz begründet worden. Die versäumte Prozesshandlung, nämlich die Begründung der Berufung, ist gemäß § 236 Abs. 2 S. 2 ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist mit am 17.04.2015 eingegangenem Schriftsatz nachgeholt worden. Die im Wiedereinsetzungsantrag zu dessen Begründetheit angegebenen Tatsachen sind gemäß § 294 ZPO glaubhaft gemacht worden, § 236 Abs. 2 S. 1 ZPO.	42
2. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist auch begründet. Die Klägerin hat durch Vorlage an Eides Statt versicherter Erklärungen ihres Prozessbevollmächtigten und von dessen Mitarbeiterin Frau C vom 30.04.2015 das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrunds gemäß § 233 ZPO dargelegt und glaubhaft gemacht. Danach ist davon auszugehen, dass die Klägerin ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist zur Begründung ihrer Berufung gehindert war. Zwar wird gemäß § 85 Abs. 2 ZPO grundsätzlich das Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Partei zugerechnet. Hier haben jedoch nicht die Prozessbevollmächtigten der Klägerin die Versäumnis der Berufungsbegründungsfrist zu vertreten, sondern deren Mitarbeiterin Frau C. Fehler von Angestellten der Partei oder ihres Vertreters begründen die Wiedereinsetzung, solange keine Eigenverantwortlichkeit im Sinne eines Aufsichts-, Organisations- oder Informationsverschuldens vorliegt (vergleiche Zöller-Greger, a.a.O., § 233 Rn. 11).	43
Dem Vortrag der Klägerin zufolge ist es die im Anwaltsbüro ihrer Prozessbevollmächtigten dafür zuständige Rechtsanwaltsfachangestellte Frau C gewesen, die den rechtzeitig am 16.04.2015 versandfertig hergestellten Schriftsatz zur Berufungsbegründung nicht einem Rechtsanwalt zur Unterzeichnung vorgelegt und auch nicht per Telefax versandt hat. Sie hat ferner entgegen der Dienstanweisung nicht am Abend den Fristenkalender kontrolliert. Dies entspricht den vorgelegten an Eides Statt versicherten Erklärungen des Rechtsanwalts D sowie der Frau C. Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben begründen, sind nicht ersichtlich.	44
Die Prozessbevollmächtigten trifft hier auch kein der Klägerin gegebenenfalls zuzurechnendes Aufsichts-, Organisations- oder Informationsverschulden.	45
Grundsätzlich darf der Rechtsanwalt gewisse einfache Verrichtungen, die keine besondere Geistesarbeit oder juristische Schulung verlangen, zur selbstständigen Erledigung auf sein geschultes und zuverlässiges Büropersonal übertragen (vergleiche Zöller-Greger, a.a.O., § 233 Rn. 23 „Büropersonal und -organisation“). Als übertragbare einfache Tätigkeiten kommen unter anderem die hier von der Rechtsanwaltsfachangestellten C versäumten Handlungen in Betracht, nämlich die Erledigung der ausgehenden Post einschließlich der Überprüfung auf erforderliche Unterschriften und Einreichung eiliger Schriftsätze bei Gericht, ggf. das Absenden eines Telefaxes einschließlich der Kontrolle des Sendeprotokolls (vergleiche Zöller-Greger, a.a.O.). Soweit zu einer wirksamen Ausgangskontrolle die Anordnung gehört, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend jedes Arbeitstages anhand des Fristenkalenders überprüft wird (vergleiche Zöller-Greger, a.a.O., § 233 Rn. 23 „Büropersonal und -organisation“ und „Ausgangskontrolle“), hat dem glaubhaft gemachten Vortrag der Klägerin zufolge in dem Büro ihrer Prozessbevollmächtigten eine entsprechende	46

Dienstanweisung an die Fachangestellten, auch Frau C, bestanden (vergleiche ferner zur Fristenkontrolle: BGH, Beschluss vom 26.02.2015, III ZB 55/14, zitiert nach juris).

Ein Verschulden der Prozessbevollmächtigten der Klägerin bei der Auswahl, Information und Überwachung ihrer Fachangestellten Frau C ist ebenfalls nicht ersichtlich. Der Rechtsanwalt muss seine Bürokräfte sorgfältig auswählen, belehren und auf ihre Eignung sowie Zuverlässigkeit hin laufend überwachen (vergleiche Zöller-Greger, a.a.O., § 233 Rn. 23 „Büropersonal und -organisation“). Nach den glaubhaft gemachten Angaben der Klägerin handelt es sich bei Frau C um eine seit 1991 ausgebildete Rechtsanwaltsfachangestellte, die durchgängig seit sechs Jahren in der Kanzlei tätig ist und dort als ausgesprochen pflichtbewusst und zuverlässig gilt. Die Dienstanweisung zur Behandlung von Fristen sei ihr – so der weitere Vortrag der Klägerin – bei Dienstantritt übergeben und in regelmäßigen Abständen erneut erteilt worden. Ferner würden stichprobenartig Akten von den Rechtsanwälten auf Einhaltung der Dienstanweisung überprüft, ohne dass Hinweise zu Bedenken aufgetreten seien. Auch insoweit besteht kein Anlass, an der Richtigkeit der Angaben zu zweifeln. Soweit zu etwaigen Stichproben keine konkreten Daten hinsichtlich der Regelmäßigkeit sowie der letzten Kontrolle vorgetragen werden, ist dies nicht zu monieren, da bei langjährigen fehlerfrei arbeitenden Kräften – wie hier – grundsätzlich nicht einmal Stichproben zur Überprüfung für erforderlich gehalten werden (vergleiche BGH, Beschluss vom 09.10.2007, XI ZB 14/07, zitiert nach juris). 47

Selbst wenn man von einer erhöhten Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts bei Vorliegen besonderer Umstände, die eine erhebliche Gefahr für den reibungslosen Ablauf des Kanzleibetriebs darstellen, unter anderem bei Abwesenheit des Anwalts (vergleiche Zöller-Greger, a.a.O.), annimmt, ist hier den Prozessbevollmächtigten der Klägerin kein Organisationsverschulden vorzuwerfen. Der sachbearbeitende Rechtsanwalt hat am Nachmittag des 16.04.2015 die Leiterin der internen Schreibkanzlei, Frau E, telefonisch angewiesen, den versandfertig hergestellten Berufungsbegründungsschriftsatz der zuständigen Fachangestellten Frau C vorzulegen, damit diese den Schriftsatz einem in seiner Abwesenheit vertretenden Anwalt zur Unterschrift vorlegt und sodann per Telefax versendet. Dies hat Frau E der an Eides Statt versicherten Erklärung des Rechtsanwalts D (Bl. 144 GA) zufolge auch getan. In einem ähnlichen Fall hat der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 16.06.1971, V ZB 12/71) entschieden, dass der Anwalt damit alles getan hat, was von ihm gefordert werden konnte, auch wenn man wegen des unmittelbar bevorstehenden Fristablaufs einen strengen Maßstab anlegt. 48

B. In der Sache hat die Berufung der Klägerin lediglich insoweit teilweise Erfolg, als der Klägerin Verzugszinsen aus einer früheren Abschlagsforderung zuzuerkennen sind und die Klage im Übrigen nicht uneingeschränkt, sondern als derzeit unbegründet abzuweisen ist. 49

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen nicht. 50

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Klägerin mit Schriftsatz vom 09.11.2015 die bisherige Klageforderung ausdrücklich als „Teilforderung des schlussgerechneten Betrags“ geltend macht, und zwar als „erstrangige Teilforderung“. Denn ein Teilbetrag aus einem Schlussrechnungssaldo kann mit einer Teilklage grundsätzlich ohne weitere Individualisierung zulässigerweise geltend gemacht werden (vergleiche BGH, Beschluss vom 24.01.2008, VII ZR 43/07, zitiert nach juris). Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) ist darin nicht zu erkennen. Offenbar nimmt der Beklagte in diesem Zusammenhang irrtümlich an, die Klägerin stütze die Klageforderung nunmehr auf die Position 6 des Nachtrags Nr. 1 aus der Schlussrechnung. Das ist aber der vorstehend zitierten Erklärung der Klägerin in dem 51

Schriftsatz vom 09.11.2015 zufolge nicht zutreffend.

2. Die Klage ist jedoch hinsichtlich der Hauptforderung derzeit nicht begründet. 52

Nachdem die Klägerin – unstreitig – am 12.03.2015 Schlussrechnung erteilt hat, kann sie ihre Werklohnklage nicht mehr auf die ursprünglich geltend gemachte VII. und VIII. Zwischenrechnung stützen. Denn nach Abnahme und Erteilung der Schlussrechnung ist das Recht zur vorläufigen Abrechnung erloschen und damit auch die Berechtigung, eine vorläufige Abrechnung durchzusetzen (vergleiche BGH, Urteil vom 15.04.2004, VII ZR 471/01, zitiert nach juris). Gleiches gilt sogar dann, wenn die Abnahme erfolgt ist, die Leistung des Auftragnehmers fertig gestellt ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Abs. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat, und zwar auch dann, wenn eine Klage auf Abschlagszahlung bereits erhoben worden ist (vergleiche BGH, Urteil vom 20.08.2009, VII ZR 205/07). 53

Dem hat die Klägerin offenbar mit der mit Schriftsatz vom 09.11.2015 erfolgten Umstellung der Werklohnklage auf die Schlussrechnung vom 12.03.2015 Rechnung tragen wollen. Der Tatsachenvortrag hierzu ist jedoch als verspätet zurückzuweisen, §§ 530, 520, 296 Abs. 1 ZPO. 54

Zwar steht dem nicht entgegen, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 11.11.2004, VII ZR 128/03, sowie vom 20.08.2009, VII 205/07, jeweils zitiert nach juris) prozessual ohne Weiteres möglich ist, eine Werklohnklage zunächst auf eine Abschlagsrechnung und sodann auf eine später erteilte Schlussrechnung zu stützen, § 264 Nr. 3 ZPO. In den Fällen des § 264 Nr. 3 ZPO ist die Änderung der Klage auch nicht an die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Sachdienlichkeit oder Einwilligung gemäß § 533 ZPO gebunden (vergleiche Zöller-Heßler, a.a.O., § 533 Rn. 3). 55

Jedoch ist in der Berufungsinstanz auch im Falle des § 264 Nr. 3 ZPO das Novenrecht der §§ 529 ff. ZPO zu beachten (vergleiche Zöller-Heßler, a.a.O.). Gemäß § 530 ZPO gilt für Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die entgegen den §§ 520 und 521 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht werden, die Verspätungsregelung des § 296 Abs. 1 und Abs. 4 ZPO entsprechend. Dem steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 09.10.2003, VII ZR 335/02; dem zur Frage der Präklusion einer nach der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug erstellten Schlussrechnung im Berufungsrechtszug nach §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO folgend auch Urteil vom 06.10.2005, VII ZR 229/03; jeweils zitiert nach juris) zu §§ 527, 296 Abs. 1 ZPO a.F. (jetzt: §§ 530, 296 Abs. 1 ZPO n.F.) nicht entgegen, nach der die Erstellung und Vorlage einer neuen Schlussrechnung im Berufungsverfahren nicht grundsätzlich als verspäteter Vortrag zurückzuweisen ist. Denn diese bezieht sich allein auf den Fall der Vorlage einer neuen Schlussrechnung, wohingegen hier die Klägerin die bereits unter dem 12.03.2015 erteilte Schlussrechnung erst mit Schriftsatz vom 09.11.2015 in den Rechtsstreit eingeführt hat. Daher geht es anders als in den vorgenannten von dem Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen hier bei der Anwendung der prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften nicht um die beschleunigte Schaffung der materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung, sondern um den rechtzeitigen Vortrag des bereits im Zeitraum der Berufungsbegründungsfrist bekannten Prozessstoffs in tatsächlicher Hinsicht. 56

a) Hier hat die Klägerin hinsichtlich der Umstellung ihrer zunächst auf die Abschlagsrechnungen gestützten Werklohnklage auf die Schlussrechnung vom 12.03.2015 die Frist für die Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 2 ZPO) nicht beachtet. Diese war antragsgemäß bis zum 16.04.2015 verlängert worden (s. Verfügung des Vorsitzenden vom 57

02.03.2015, Bl. 103 GA). Bis zu diesem Datum hätte klägerseits die Werklohnklage auf die bereits mehr als einen Monat zuvor erteilte Schlussrechnung gestützt werden müssen.

Dass im Zeitpunkt der Berufungsbegründung die zweimonatige Prüffrist ab Zugang der Schlussrechnung noch nicht verstrichen war, ist unschädlich. Denn auch vor Ablauf der Prüffrist des § 16 Nr. 3 VOB/B ist es dem Auftragnehmer zuzumuten, die Werklohnklage nunmehr auf der Grundlage der Schlussrechnung zu führen (vergleiche BGH, Urteil vom 20.08.2009, VII ZR 205/07, zitiert nach juris). 58

b) Die Klägerin hat ungeachtet der diesbezüglichen Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 20.11.2015 (Sitzungsprotokoll, Bl. 197 ff. GA) für die verspätete Umstellung der Werklohnklage auf die Schlussrechnung keinen Grund zur Entschuldigung vorgebracht. Ein solcher ist auch ansonsten nicht ersichtlich. 59

c) Die Zulassung des verspäteten Tatsachenvortrags im Rahmen der Umstellung der Werklohnklage auf die Schlussrechnung würde die Erledigung des vorliegenden Rechtsstreits verzögern. 60

Ausgehend von dem absoluten (realen) Verzögerungsbegriff kommt es für die Feststellung der Verzögerung allein darauf an, ob der Prozess bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung; anders formuliert: wenn der Rechtsstreit ohne Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens im Ganzen entscheidungsreif ist, bei seiner Beachtung aber nicht, ist von der Verzögerung im Sinne von § 296 Abs. 1 ZPO auszugehen (vergleiche BGH, Urteil vom 12.07.1979, VII ZR 284/78; BGH, Urteil vom 02.12.1982, VII ZR 71/82; BGH, Urteil vom 14.01.1999, VII ZR 112/97; jeweils zitiert nach juris). Dem so verstandenen Verzögerungsbegriff steht auch nicht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen. Vielmehr – so das Bundesverfassungsgericht – ist der absolute Verzögerungsbegriff grundsätzlich mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör vereinbar; lediglich eine Überbeschleunigung darf durch Präklusion verspäteten Vorbringens nicht eintreten (vergleiche BVerfG, Beschluss vom 05.05.1987, 1 BvR 903/85, zitiert nach juris). 61

Ohne die mit klägerischem Schriftsatz vom 09.11.2015 erfolgte Umstellung der Werklohnklage auf die Schlussrechnung wäre der Rechtsstreit nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2015 entscheidungsreif. Der Anspruch auf Abschlagszahlung, auf den die Klägerin zunächst die Klageforderung gestützt hat, konnte nämlich – wie vorstehend ausgeführt – nicht mehr geltend gemacht werden, nachdem die Bauleistung abgenommen und die Schlussrechnung vom 12.03.2015 gestellt war. 62

Der Sachverhalt war – soweit entscheidungsrelevant – unstrittig. Die Höhe der hinsichtlich des Abrechnungsmaßstabs im Streit stehenden Pos. 6 aus dem I. Nachtragsangebot hing ohnehin lediglich von der fraglichen Auslegung des Vertrags der Parteien ab. 63

Demgegenüber wäre bei Zulassung des verspäteten Tatsachenvortrags im Rahmen der Umstellung der Werklohnklage auf die Schlussrechnung Beweis zu erheben. Hinsichtlich der weiterhin im Streit stehenden Pos. 6 aus dem I. Nachtragsangebot hat der Beklagte nämlich mit nachgelassenem Schriftsatz vom 04.12.2015 ausdrücklich – auch unabhängig von dem fraglichen Abrechnungsmaßstab – die in die Schlussrechnung aufgenommenen Massenangaben bestritten. Zwar ist insbesondere dem in Bezug genommenen Vortrag des Beklagten aus erster Instanz (Bl. 33 und 71-74 GA) sowie der Berufungserwiderung (Seite 9) ein entsprechendes Bestreiten hinsichtlich der bis dahin geltend gemachten Position aus der VIII. Zwischenrechnung nicht zu entnehmen. Jedoch kann das Bestreiten der 64

Massenangaben (unabhängig von dem Abrechnungsmaßstab) nicht unter Hinweis auf die §§ 529 ff. ZPO als verspätetes Verteidigungsmittel zurückgewiesen werden, da sich dieser neue Vortrag auf die erst mit klägerischem Schriftsatz vom 09.11.2015 in den Rechtsstreit eingeführte Schlussrechnung bezieht, mit der hinsichtlich der vorgenannten Pos. 6 – anders als noch in den zunächst streitgegenständlichen Zwischenrechnungen VII und VIII – nicht mehr 20.029,57 qm, sondern 21.799,69 qm Wandfläche abgerechnet werden. Für die behauptete Richtigkeit der abgerechneten Massen hat die beweispflichtige Klägerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Soweit dies erstinstanzlich auf die ursprünglich streitgegenständlichen Abschlagsrechnungen bezogen war (vergleiche Klageschrift Seite 7, Bl. 7 GA), gilt der Beweisantrag nunmehr für die entsprechende Position der Schlussrechnung.

Auf die klägerseits behauptete Richtigkeit der zu Pos. 6 des I. Nachtragsangebots abgerechneten Massen kommt es für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit durchaus an. Denn entgegen dem Landgericht in seiner erstinstanzlichen Entscheidung sind zu der streitgegenständlichen Pos. 6 nicht lediglich die beklagtenseits mit 1741,62 qm anerkannten tatsächlich bearbeiteten Teilflächen zu berücksichtigen, sondern entsprechend dem von der Klägerin gewählten Abrechnungsmaßstab die „übermessen“ Gesamtflächen.

65

Dies ergibt die normative Auslegung der von den Parteien auf der Grundlage des I. Nachtragsangebots zur Mengenermittlung getroffenen Vereinbarung, §§ 133, 157 BGB. Diese ist letztlich maßgeblich, auch wenn Bauleistungen grundsätzlich nach exakten Mengen genau abzurechnen und sog. Näherungsverfahren nur dann anzuwenden sind, wenn eine mathematisch genaue Abrechnung nicht oder nicht mit zumutbaren Mitteln durchführbar ist (vergleiche Locher in Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Aufl., § 14 Abs. 2 VOB/B Rn. 18). Daher kann letztlich dahinstehen, ob hier der Behauptung der Klägerin entsprechend eine Abrechnung der kleinen bearbeiteten Einzelflächen aufgrund ihrer Größe, Anzahl und Form nicht praktikabel oder jedenfalls hinsichtlich des Verwaltungs- und Kontrollaufwands unverhältnismäßig wäre, wofür bei Inaugenscheinnahme der als Anl. K8 vorgelegten Fotos einiges spricht. Die klägerseits zitierte DIN 18363 Ziff. 0.5.3 zur Stückangabe bei Flächen bis 2,5 qm ist nicht einschlägig.

66

Bei der mithin gebotenen Auslegung des Vertrags ist ausgehend vom Wortlaut der Erklärung der Parteien (vergleiche Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 133 Rn. 14) entgegen dem Landgericht festzustellen, dass dieser keineswegs eindeutig ist, soweit es dort zu Pos. 6 des I. Nachtragsangebots heißt: „13300,00 M2 Wandfläche plastische Struktur herstellen ...“. Es mag sein, dass üblicherweise mit einer solchen Angabe des Einheitspreises pro Quadratmeter nur die tatsächlich bearbeitete Fläche gemeint ist. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass „Beiputz- und Spachtelflächen“ mit der plastischen Struktur zu versehen waren, was sich ebenfalls aus dem Wortlaut der Pos. 6 des I. Nachtragsangebots ergibt. Daher kann der Wortlaut insgesamt auch dahin verstanden werden, dass über veranschlagte 13.300 qm Wandfläche auf Beiputz- und Spachtelflächen die plastische Struktur herzustellen war, was dem Erklärungswillen der Klägerin entsprechen würde. Dafür, dass die Erklärung in Pos. 6 auch objektiv in diese Richtung zu verstehen war, spricht der sich davon unterscheidende Wortlaut in Pos. 36 des I. Nachtragsangebots: „37 M2 ganzflächig plastische Struktur erstellen ...“, nach der – unstreitig – die Wandflächen ganzflächig zu bearbeiten waren.

67

Neben dem mithin als unklar anzusehenden Wortlaut der Erklärung sind die außerhalb der Erklärung liegenden Umstände in die Auslegung einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen (vergleiche Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 133 Rn.

68

15). Entgegen der Auffassung des Landgerichts in seinem erstinstanzlichen Urteil ist der Umstand, dass dem Beklagten das ausgefüllte Formblatt 223 vom 05.04.2012 (Anl. K7) mit der Aufgliederung der von der Klägerin kalkulierten Einheitspreise vorgelegen hat, durchaus zu berücksichtigen. Das gilt auch dann, wenn der Beklagte – wie dieser meint – nicht verpflichtet gewesen ist, die Kalkulationsgrundlage der Klägerin zu prüfen. Da der Beklagte die Aufgliederung der Einheitspreise auf seinem eigenen Formblatt – unstreitig – entgegengenommen hat, war er nämlich durchaus in der Lage, den angesetzten Zeit- und Materialaufwand zur Kenntnis zu nehmen, auch zu Pos. 6. Soweit dort ein Zeiteinsatz von 6,5 Minuten und Materialansatz von 1,38 € pro Quadratmeter Wandfläche aufgeführt sind, durfte man sich auf Seiten des Beklagten der mangelnden Plausibilität bei Zugrundelegung lediglich der bearbeiteten Teilflächen redlicherweise nicht verschließen. Dies gilt umso mehr, als zu Pos. 36 für dieselbe Arbeit, nämlich Herstellung einer plastischen Struktur, allerdings auf einer großen Fläche, 15 Minuten und 3,10 €/qm für Material kalkuliert sind. Dabei drängt sich bereits dem Laien auf, dass die Bearbeitung kleiner Teilflächen wesentlich aufwändiger ist als die ganzflächige Herstellung der gewünschten Struktur. Erst recht musste man dies auf Seiten des Beklagten als Fachbetrieb erkennen.

Entsprechendes gilt für die sowohl in dem I. Nachtragsangebot als auch in der Aufgliederung der Einzelpreise jeweils zu Pos. 6 veranschlagte Menge von 13.300 qm Wandfläche zzgl. der zu den entsprechenden Pos. 7 und 8 (dieselbe Leistung allerdings nach 18:00 Uhr bzw. samstags) veranschlagten jeweils 2850 qm. Dass mit dieser vorgesehenen Menge nicht lediglich die bearbeiteten Teilflächen gemeint waren, musste jedem ohne Weiteres einleuchten, der das betroffene Gebäude kennt, wovon bei dem Beklagten auszugehen ist. Soweit das Landgericht in seiner Entscheidung hierzu auf den Zusatz in dem Nachtragsangebot „nur ganz grobe Massenschätzung“ verweist, ändert dies nichts daran, dass bei Zugrundelegung der lediglich zu bearbeitenden Teilflächen die Angabe völlig unplausibel wäre. Auch davor durfte sich der Beklagte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verschließen. 69

Dass man auf Seiten des Beklagten die veranschlagten Mengen tatsächlich zur Kenntnis genommen und sich damit auch befasst hat, folgt aus dem Umstand, dass beklagtenseits vor der Auftragserteilung zu Pos. 7 „Nach 18:00 Uhr Wandfläche plastische Struktur herstellen ...“ die veranschlagte Menge von 2850 qm in 1000 qm abgeändert worden ist. Wenn man auf Seiten des Beklagten seinerzeit tatsächlich die im Nachtragsangebot zu Pos. 6, 7 und 8 veranschlagten Mengen auf die tatsächlich zu bearbeitenden Teilflächen bezogen hätte, würde diese Abänderung keinen Sinn machen. Denn dann wäre mehr als die Hälfte der zu bearbeitenden Teilflächen, die dem Vortrag des Beklagten 1741 qm beträgt, nach 18:00 Uhr auszuführen gewesen. Der Umstand, dass der Beklagte durch die Abänderung der Pos. 7 hinsichtlich der veranschlagten Menge auf die Angabe der Klägerin Bezug genommen hat, spricht sogar dafür, dass man nicht nur den Erklärungswillen der Klägerin hinsichtlich der Mengenermittlung durch Übermessen der zu bearbeitenden Teilflächen erkannt, sondern sogar geteilt hat. Bekräftigt wird dies auch durch den Umstand, dass die entsprechend erfolgten ersten sechs Zwischenrechnungen der Klägerin von Seiten der Beklagten hinsichtlich der Pos. 6 (zu den Pos. 7 und 8 ist nichts abgerechnet worden) unbeanstandet geblieben sind. Zutreffend ist zwar, dass – worauf die Beklagte hinweist – Abschlagszahlungen kein Anerkenntnis des Vergütungsanspruchs darstellen (vergleiche Werner in Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1602). Jedoch kann dieser Umstand als Indiz für das, was auf Seiten des Beklagten erkannt und gewollt war, herangezogen werden. Nach der an den Begleitumständen orientierten Auslegung des I. Nachtragsangebots zu Pos. 6 ist mithin sicher davon auszugehen, dass der Wille der Klägerin, die abzurechnenden Mengen durch Übermessen der bearbeiteten Teilflächen mit den Gesamtflächen zu ermitteln, für den 70

Beklagten objektiv erkennbar gewesen und auch tatsächlich erkannt worden ist.

Die ebenfalls in die Auslegung einzubeziehende Interessenlage (vergleiche Palandt-Ellenberger, a.a.O, § 133 Rn. 18) steht dem nicht entgegen. Soweit der Beklagte einwendet, es sei ein untragbares Ergebnis, wenn 90 % des Vergütungsbetrags auf Bereiche entfallen, die nicht bearbeitet worden sind, spricht dies nicht gegen die offenbar ursprünglich von beiden Parteien gewollte Abrechnungsweise. Denn für die deutlich aufwändigere Bearbeitung der kleinen Teilflächen, die von der Klägerin nachvollziehbar als „Puzzlearbeit“ bezeichnet wird, ist im Vergleich zu den in Pos. 36 veranschlagten gesamtflächigen Arbeiten ein Einheitspreis von weniger als der Hälfte vorgesehen. Zudem erscheint der Aufwand der Dokumentation jeder einzelnen bearbeiteten Teilfläche – selbst wenn theoretisch machbar – unverhältnismäßig (vgl. Fotos Anl. K8). 71

Nach dem Ergebnis der Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien ist mithin die Art und Weise der Ermittlung der zu Pos. 6 abgerechneten Mengen nicht zu beanstanden, wobei es auf eine – wie klägerseits behauptet – mit dem Bauleiter, dem Zeugen B, getroffene Absprache nicht ankommt, worauf der Senat bereits im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2015 hingewiesen hat. 72

Die von dem Beklagten zu Pos. 6 anerkannten Mengen von 1741,62 qm sind mithin nicht zutreffend, so dass es auf die fragliche Richtigkeit der klägerseits mit insgesamt 21.799,69 qm abgerechneten Mengen ankommt, die – wie vorstehend dargestellt – von dem Beklagten nunmehr auch unabhängig von dem Abrechnungsmaßstab bestritten wird. Bei Zulassung der Umstellung der Werklohnklage auf die Schlussrechnung vom 12.03.2015 wäre daher dem klägerseits angetretenen Beweis für die Richtigkeit der abgerechneten Mengen durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachzugehen, was die Entscheidung des Rechtsstreits verzögern würde. 73

d) Von einer Überbeschleunigung des vorliegenden Rechtsstreits kann bei Zurückweisung der Umstellung der vorliegenden Werklohnklage auf die Schlussrechnung wegen Verspätung (§§ 530, 520, 296 Abs. 1 ZPO) nicht die Rede sein, da die Klägerin hierfür von der Erteilung der Schlussrechnung vom 12.03.2015 an bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist (16.04.2015) noch etwa einen Monat Zeit hatte und stattdessen fast acht Monate damit zugewartet hat, diese überhaupt in den vorliegenden Rechtsstreit einzuführen. 74

Im Ergebnis ist die Klage entgegen dem Landgericht indes nicht ohne Einschränkung, sondern lediglich als derzeit nicht begründet abzuweisen. Denn die von dem Beklagten zu Pos. 6 des I. Nachtragsangebots anerkannten Mengen sind – wie vorstehend dargestellt – nicht zutreffend. 75

Der Klägerin bleibt daher vorbehalten, im Wege einer nunmehr von vornherein auf die Schlussrechnung gestützten Klage ihre Werklohnforderung erneut geltend zu machen. 76

3. Die Klägerin kann von dem Beklagten Verzugszinsen aus der nach der VII. und VIII. Zwischenrechnung mit insgesamt 108.549,47 € offen gebliebenen Abschlagsforderung verlangen, § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B, § 288 Abs. 2 BGB. Insoweit ist die Klage teilweise begründet. 77

a) Zwar ist nach Abnahme und Erteilung der Schlussrechnung das Recht zur vorläufigen Abrechnung erloschen und damit auch die Berechtigung, eine vorläufige Abrechnung durchzusetzen und Verzugsfolgen daraus fortwirken zu lassen. Jedoch bleibt davon das Recht des Auftragnehmers unberührt, die Ansprüche zu verfolgen, die sich aus dem Verzug 78

mit der Begleichung von Abschlagsforderungen ergeben (vergleiche BGH, Urteil vom 15.04.2004, VII ZR 471/01). Daher stehen der Klägerin hinsichtlich der nach auftragsgemäßer Leistung von ihr ursprünglich aus der VII. und VIII. Zwischenrechnung zu beanspruchenden Beträge Verzugszinsen zu, die nicht mit der Erstellung der Schlussrechnung vom 12.03.2015 untergegangen sind.

b) Anders als das Landgericht in seiner erstinstanzlichen Entscheidung meint, stand den geltend gemachten Abschlagszahlungen aus den Zwischenrechnungen hinsichtlich der dortigen Pos. 6 kein Abrechnungsfehler bezüglich der zugrunde gelegten Mengen entgegen. 79

Den Anforderungen an eine prüfbare Aufstellung (§ 16 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 14 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B) wurden die Zwischenrechnungen jeweils zu Pos. 6 gerecht, indem 14.610,02 qm bzw. 20.029 qm „Wandfläche plastische Struktur“ zu dem Einheitspreis von 5,65 €/qm abgerechnet waren und hierzu mitgeteilt worden ist, dass die bearbeiteten Teilflächen „übermessen“ wurden und so die Gesamtflächen zur Abrechnung eingestellt worden sind. Soweit das Landgericht in seiner angefochtenen Entscheidung meint, die Klägerin habe bereits nicht substantiiert vorgetragen, wie sie zu ihrer Mengenermittlung gelangt ist bzw. wie konkret sie „großzügig übermessen“ haben will, trifft dies mithin nicht zu. 80

Wie vorstehend ausgeführt, waren – entgegen dem Landgericht – zu der streitgegenständlichen Pos. 6 nach Auslegung der Vereinbarungen der Parteien nicht lediglich die jeweils tatsächlich bearbeiteten Teilflächen zu berücksichtigen, sondern entsprechend der Abrechnung der Klägerin die „übermessenen“ Gesamtflächen. Zu einem vorprozessualen Bestreiten der (ursprünglichen) Massenangaben (unabhängig vom Abrechnungsmaßstab) ist seitens des Beklagten nichts vorgetragen. Auch dem entsprechenden Vortrag des Beklagten aus erster Instanz sowie in der Berufungserwiderung ist ein solches Bestreiten – wie bereits ausgeführt – nicht zu entnehmen. 81

c) Soweit der Beklagte im Hinblick auf § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die Überschreitung des Mengenansatzes zu Pos. 6 des I. Nachtragsangebots von 13.300 qm moniert hat, war dies hinsichtlich der VII. und VIII. Zwischenrechnungen nicht berechtigt, da die Angebotsposition 6 nicht isoliert, sondern gemeinsam mit den sich lediglich hinsichtlich der Ausführungszeit (nach 18:00 Uhr bzw. samstags) unterscheidenden Pos. 7 und 8, die letztlich nicht abgerechnet worden sind, zu betrachten waren. Insgesamt belief sich hierzu der Mengenansatz der Klägerin in ihrem Angebot auf 19.000 qm Wandfläche. Die von dem Beklagten vorgenommene Kürzung des Mengenansatzes ist in diesem Zusammenhang ohne Belang (vergleiche Keldungs in Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 26). Mit der hier abgerechneten Gesamtfläche von 20.029,57 qm lag mithin (noch) keine Überschreitung von mehr als 10 % des Mengenansatzes vor. Anders mag dies bei der mit Schlussrechnung vom 12.03.2015 insgesamt abgerechneten Fläche von 21.799,69 qm sein, auf die es hier aber nicht ankommt. 82

d) Auf der Grundlage der als Menge in Ansatz zu bringenden Fläche von 20.029,57 qm und einem Einheitspreis i.H.v. 5,65 €/qm belief sich die mit der VII. und VIII. Zwischenrechnung berechtigt geltend gemachte Abschlagsforderung auf 113.167,07 €. Gemäß dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Klägerin waren hiervon ein Nachlass i.H.v. 6 % sowie der Sicherheitseinbehalt i.H.v. 5 % in Abzug zu bringen, was einen Vergütungsbetrag in Höhe von netto 101.058,20 € ergibt. Hierauf war der beklagtenseits anerkannte und gezahlte Betrag in Höhe von netto 9.840,15 € anzurechnen, § 362 Abs. 1 BGB, so dass ein Restbetrag in Höhe von netto 91.218,05 € (= brutto 108.549,47 €) verblieb. Die Differenz zur ursprünglichen Klageforderung folgt aus dem Umstand, dass die Klägerin fehlerhaft die Abschläge (Nachlass 6% und Sicherheitseinbehalt 5%) nach Abzug des beklagtenseits 83

bereits gezahlten Betrages von dem dann geringeren Ausgangsbetrag berechnet hat.

e) Hinsichtlich des Zinsbeginns ist zwischen den beiden Zwischenrechnungen zu differenzieren. Die VII. Zwischenrechnung vom 16.08.2013 ist dem Vortrag der Klägerin zufolge am 20.08.2013 dem Beklagten zugegangen, so dass nach Ablauf von 30 Tagen, mithin – jedenfalls wie beantragt – ab dem 21.09.2013 Verzugszinsen verlangt werden können. Auf die VII. Zwischenrechnung entfällt ein Teilbetrag i.H.v. brutto 76.719,55 € ($14.610,02 \text{ qm} \times 5,65 \text{ €/qm} \cdot 6\% \text{ Nachlass u. } 5\% \text{ Sicherheitseinbehalt} \cdot \text{gezahlter } 9.243,91 \text{ €} = \text{netto } 64.470,21 \text{ €}$). Nachdem die VIII. Zwischenrechnung vom 28.03.2014 dem Beklagten am 31.03.2014 zugegangen ist, besteht Verzug seit dem 01.05.2014, nicht – wie die Klägerin meint – seit dem 30.04.2014. Nach Abzug des bereits mit der VII. Zwischenrechnung geltend gemachten Abschlags und unter Anrechnung des insgesamt gezahlten Betrags entfällt auf die VIII. Zwischenrechnung ein weitergehender Betrag i.H.v. brutto 31.829,92 €.

Der Anspruch aus den beiden vorgenannten Zwischenrechnungen ist allerdings jeweils lediglich bis zum 11.03.2015 zu verzinsen. Denn mit der zum 12.03.2015 erstellten Schlussrechnung sind die Abschlagsforderungen in der Gesamtabrechnung aufgegangen, was den Wegfall des Verzugs mit der Bezahlung der Abschlagsforderungen zur Folge hat (vergleiche BGH, Urteil vom 15.04.2004, VII ZR 471/01).

Die geltend gemachte Zinshöhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ist nicht zu beanstanden, § 288 Abs. 2 BGB.

Im Ergebnis können mithin Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 76.719,55 € seit dem 21.09.2013 und aus weiteren 31.829,92 € seit dem 01.05.2014, jeweils bis zum 11.03.2015, verlangt werden.

4. Der weitergehende Zinsanspruch kann der Klägerin mangels auf die Schlussrechnung zu stützender Hauptforderung derzeit nicht zugesprochen werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Streitentscheidend sind Umstände des Einzelfalls. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden.

Berufungsstreitwert: 109.802,42 €.