
Datum: 20.12.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 112/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:1220.11U112.15.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 440/14

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 30.06.2015 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 27 O 440/14 – wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 123.346,96 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.06.2014 abzüglich am 10.11.2014 gezahlter 66.107,78 € zu zahlen.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin 2.526,40 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.11.2014 zu zahlen.

Die Kosten des gesamten Rechtsstreits trägt die Beklagte.

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

Gründe:

A.

1

2

3

Die Klägerin beansprucht von der Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns für die Ausführung von Tiefbauarbeiten an deren Bauobjekt O-Markt Bensberger Straße in P-I. Grundlage der Beauftragung war der schriftliche Bauvertrag vom 27.11./05.12.2013 (Anlage K 2 – Bl. 62-68 AH), der eine Abrechnung nach Aufmaß zu den Einheitspreisen des Angebots der Klägerin vom 04.11.2013 (Anlage K 1 – Bl. 1 ff. AH) in der Fassung der E-Mail vom 11.11.2013 (erwähnt im Eingang des Bauvertrages – Bl. 62 AH) vorsieht und – darauf fußend - eine Auftragssumme von „zurzeit 205.533,80 €“ angibt. Der Bauvertrag, der auf Seiten der Beklagten von dem Architekten W (nachfolgend Zeuge W) in deren Vertretung unterzeichnet worden war, sieht die Vergütung von Stundenlohnarbeiten nur in dem Falle vor, dass diese als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind (§ 4 Nr. 1 des Vertrages). Der Zeuge W war von der Beklagten mit der Objektsteuerung und Bauüberwachung beauftragt worden. Der Architektenvertrag enthält in § 11.5 folgende Regelung:

„Im Rahmen dieses Vertrages ist der AN (Architekt) berechtigt und verpflichtet, anderen an dem Projekt Beteiligten Weisungen zu erteilen. Finanzielle Verpflichtungen für den AG (Beklagte) darf er ohne dessen vorherige Zustimmung nicht eingehen.“ 4

Die vereinbarten Arbeiten (Erdvorbereitungsarbeiten, Entwässerung, Herstellung von Schächten und Abscheidern, Pflasterung/Schwarzdecke, Stützelemente, Betonarbeiten, diverse Schlosserarbeiten wurden im vorgesehenen Zeitraum ausgeführt. 5

Die Abnahme (im Verhältnis der Beklagten als Bauherrin und Vermieterin zur Mieterin O-Markt) erfolgte am 02.04.2014 (Bl. 115 AH). Die in dem Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel wurden vereinbarungsemäßig bis zum 14.04.2014 beseitigt. 6

Über den Ursprungsauftrag hinaus wurde die Klägerin mit der Erbringung weiterer Leistungen aufgrund diverser Nachträge beauftragt; die Beauftragung bezüglich der Nachträge der Nummern 10, 11 und 13 ist strittig, ebenfalls streitig ist die Beauftragung der Klägerin mit der Anlieferung von Material zum Preise von 6.978,20 € für die Firma C. 7

Die Klägerin erstellte unter dem 25.05.2014 ihre Schlussrechnung (Anlage K 17 – Bl. 121 ff. AH). Darin beziffert sie unter Einrechnung von Nachträgen ihre Vergütungsforderung mit insgesamt 563.022,68 € brutto und errechnet nach Berücksichtigung von Zahlungen der Beklagten, die sie mit 402.771,00 € angibt, eine offene Restvergütung von 160.251,68 €. Der Zeuge W nahm am 31.07.2014 eine Prüfung der Schlussrechnung vor. In dieser gelangte der Zeuge zu einer Bruttovergütung von 547.622,74 € und nach Berücksichtigung von Kosten für Versicherung und Baunebenkosten von 3.285,74 € zu einem festgestellten Rechnungsbetrag von 544.337,00 € (Anlage K 18 – GA 257). Nach Abzug eines Gewährleistungseinbehalts von 27.216,85 €, von Mehrkosten Gerüstabbau von 595,00 €, von freigegebenen Zahlungen von 468.128,66 € und von genutzten Skontobeträgen von 14.478,22 € gelangte der Zeuge zu einem Freigabebetrag von 33.918,27 €. 8

Nach Erhalt des Ergebnisses der Rechnungsprüfung des Architekten W wandte sich die Klägerin mit Schreiben vom 05.08.2014 (Anlage K 19 – Bl. 195/196 AH) an den Zeugen W und teilte diesem mit, dass sie die vorgenommenen Kürzungen der Bruttovergütung auf einen Betrag von 547.622,74 € akzeptiere. Dem Schreiben beigelegt war eine Aufstellung (Anlage K 19 a – Bl. 197 AH), aus der sich folgende Schlussvergütungsberechnung ergibt: 9

geprüfter Schlussrechnungsbetrag brutto:	547.622,74 €	10
--	--------------	----

Nachforderung Blockstufen:	+ 590,95 €	11
----------------------------	------------	----

12

Nachforderung Rohre:	+ 1.190,00 €	
Zwischensumme:	549.403,70 €	13
Versicherung (anteilig) 0,3 %:	- 1.642,87 €	14
Baunebenkosten (ant.) 0,3 %:	- 1.642,87 €	15
Zwischensumme:	546.117,96 €	16
Freigegebene Zahlungen der Beklagten:	- 394.467,26 €	17
Genutztes Skonto:	- 8.303,74 €	18
Offener Restvergütungsbetrag:	143.346,96 €.	19
Den sich nach weiterem Abzug einer am 22.08.2014 geleisteten Zahlung der Beklagten von 20.000,00 € ergebenden Betrag von 123.346,96 € hat die Klägerin mit Klageschrift vom 24.10.2014, bei Gericht eingegangen am 11.11.2014, geltend gemacht.		20
Im Hinblick auf eine am 10.11.2014 erfolgte weitere Zahlung der Beklagten in Höhe von 66.107,78 € hat die Klägerin die Klage in Höhe dieses Zahlungsbetrages mit Schriftsatz vom 12.11.2014 (GA 11) zurückgenommen.		21
Das Landgericht hat die auf Zahlung des noch offenen Betrages von (123.346,96 € - 66.107,78 € =) 57.239,18 € gerichtete Vergütungsklage durch das angefochtene Urteil abgewiesen mit der Begründung, die Klägerin habe den Klageanspruch nicht schlüssig dargelegt. Da sie eine gekürzte Schlussrechnung zugrunde lege, müsse sie die noch beanspruchten Positionen darlegen. Nach erfolgter Teilklagerücknahme auf einen Betrag von 57.239,18 € sei unklar, welche Positionen der Schlussrechnung Gegenstand des Rechtsstreits seien. Jedenfalls stehe der Klägerin kein Anspruch auf Vergütung von Stundenlohnarbeiten im Umfang von O 57.335,50 € (= brutto 68.526,45 €) zu, weil der Bauvertrag eine Abrechnung nach Einheitspreisen vorsehe und Stundenlohnarbeiten nur nach vorheriger Vereinbarung zu vergüten seien.		22
Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Vergütung von restlichen 57.239,18 € weiter.		23
Sie macht geltend, das Landgericht habe eine Überraschungsentscheidung gefällt. Erforderliche Hinweise seien nicht erteilt worden. In der mündlichen Verhandlung habe es eine Zurechenbarkeit der Erklärungen des Architekten W angedeutet, auf eine Unschlüssigkeit der nach Zahlung von 66.107,78 € verbliebenen Restklageforderung jedoch nicht hingewiesen. Die von dem Architekten vorgenommenen Rechnungskürzungen seien der geprüften Schlussrechnung (Anlage K 18) zu entnehmen. Deren Ergebnisse seien von ihr – der Klägerin – akzeptiert worden. Auf Anmahnung der sich danach ergebenden Restforderung habe die Beklagte, der das Prüfungsergebnis vom Architekten mitgeteilt worden sei, lediglich darauf hingewiesen, dass erhebliche Mehraufwendungen für die Herstellung des Gebäudes zu einer notwendigen Nachfinanzierung geführt hätten und die Klägerin um Geduld gebeten werde, wobei sie sich eine Prüfung der Handwerkerrechnungen vorbehalte. Die angesetzten Stunden seien angefallen und deren Erbringung vom Architekten bestätigt worden.		24
Die Klägerin beantragt,		25

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 123.346,96 € 26
nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.06.2014
abzüglich am 10.11.2014 gezahlter 66.107,78 € sowie weitere 2.526,40 € nebst Zinsen in
Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 27

die Berufung zu verwerfen. 28

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung nach Maßgabe der Berufungserwiderung und 29
macht vertiefend geltend, die Schlussrechnungsprüfung durch den Architekten habe zu einer
Restforderung in Höhe von 33.918,27 € geführt. Eine Schlussrechnungsprüfung durch den
Architekten sei kein Schuldanerkenntnis des Bauherrn. Mit Einwendungen gegen die
Schlussrechnung sei sie daher nicht ausgeschlossen. Weiterhin sei nicht dargetan, dass die
berechneten Stundenlohnarbeiten ausdrücklich vor deren Beginn beauftragt worden seien.
Eine Vereinbarung über die Abrechnung bestimmter Leistungen auf Stundenlohnbasis sei ihr
nicht bekannt.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen W. Wegen des Ergebnisses 30
der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 22.11.2017 verwiesen. Wegen
aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Akteninhalt verwiesen.

B. 31

Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. 32

Die Klägerin kann von der Beklagten für die Ausführung der Außenanlagearbeiten gemäß 33
Schlussrechnung vom 25.05.2014 die Zahlung von Restwerklohn (§§ 631, 632 BGB; 2
VOB/B) in Höhe von 57.239,18 € verlangen.

1. 34

Die Werkleistungen der Klägerin sind nach den Feststellungen des Landgerichts unstreitig 35
am 02.04.2014 abgenommen worden. Die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs ist damit
gegeben (§ 641 BGB).

2. 36

Ebenfalls gegeben ist die Prüffähigkeit der Schlussrechnung vom 25.05.2014 nach § 14 37
VOB/B. Diese ist unstreitig einer Prüfung durch den Architekten der Beklagten unterzogen
worden (Anlage K 18 – GA 257 ff.), deren Ergebnis Grundlage der Erhebung der
vorliegenden Klage ist. Die Klägerin hat die dort vorgenommenen Kürzungen akzeptiert und
zum Gegenstand der Klage gemacht (GA 6), allerdings zuzüglich zweier Nachforderungen für
Blockstufen und Rohre.

3. Höhe des Restvergütungsanspruchs: 38

Die Höhe des eingeklagten Restvergütungsanspruchs beläuft sich auf die noch anhängige 39
Klageforderung.

a) 40

41

Soweit das Landgericht ausgeführt hat, dass die Klägerin den Umfang der Klageforderung schon nicht dargelegt habe, beruht diese Feststellung darauf, dass es der Klägerin keine sachgerechten Hinweise auf die Notwendigkeit der Vorlage der Schlussrechnungs-Einzelprüfung erteilt hat. Die Klägerin hatte in erster Instanz auf die Anlage K 18 Bezug genommen, die aber nur das Ergebnisblatt der Schlussrechnungsprüfung darstellt (Bl. 194 AH). Die eigentliche, geprüfte Schlussrechnung war in erster Instanz nicht vorgelegt worden, obwohl eine solche existieren musste, wie die Rechtsverteidigung der Beklagten nahelegte. Wäre der Klägerin ein Hinweis zur Vorlage der geprüften Schlussrechnung erteilt worden, hätte sie diese geprüfte Rechnung auch schon in erster Instanz vorgelegt.

Tatsächlich hat die Klägerin diese geprüfte Rechnung mit der Berufungsbegründung vorgelegt (GA 258 ff.), und zwar hinter der erneut vorgelegten Anlage K 18 (GA 257). 42

aa) 43

Die Prüfung der Schlussrechnung durch den Zeugen W hat zunächst folgende Vergütungsforderung der Klägerin ergeben (Anlage K 18 – GA 257): 44

Geprüfter berechtigter Rechnungsbetrag O:	460.187,18 €	45
---	--------------	----

Zuzüglich 19 % MWST:	87.435,56 €	46
----------------------	-------------	----

Rechnungsbetrag brutto:	547.622,74 €	47
-------------------------	--------------	----

Abzüglich 0,3 % Bauwesenversicherung:	- 1.642,87 €	48
---------------------------------------	--------------	----

Abzüglich 0,3 % Baunebenkosten:	- 1.642,87 €	49
---------------------------------	--------------	----

Vergütung brutto:	544.337,00 €.	50
-------------------	---------------	----

Von dieser Vergütungshöhe ist vorliegend auszugehen. 51

(1) 52

Der Hauptauftrag ist unstreitig wirksam erteilt worden. 53

Der Zeuge W hat den Bauvertrag mit der Klägerin allein ausgehandelt und für die Beklagte als Bauherrin abgeschlossen. Dass er hierzu nicht ermächtigt gewesen wäre, behauptet die Beklagte selbst nicht. Die Beklagte hatte den Architekten mit der Planung und Bauüberwachung ihres Bauvorhabens Omarkt in P beauftragt. Es kann und muss also davon ausgegangen werden, dass der Zeuge W für den Abschluss des Bauvertrages Vertretungsmacht besaß. § 11.5 des Architektenvertrages (GA 118) steht dieser Bewertung nicht entgegen. Zwar darf danach der Architekt „finanzielle Verpflichtungen für den Auftraggeber nicht ohne dessen vorherige Zustimmung eingehen“; eine solche Zustimmung ist aber für den Abschluss des Bauvertrages anzunehmen. Die Beklagte wusste von dem Vertragsschluss und leistete auch Akontozahlungen in erheblicher Höhe. 54

Selbst wenn dem nicht gefolgt würde, wäre die Beklagte nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht von dem Zeugen W bei Abschluss des Bauvertrags wirksam vertreten worden. Von einer Anscheinsvollmacht ist unter anderem dann auszugehen, wenn der Bauherr – wie das hier der Fall ist - dem Architekten allein die Vertragsverhandlungen mit dem Bauunternehmer überlässt (BGH BauR 1983, 165, 166, hier zitiert nach juris Tz. 13) oder den Bauvertrag abschließt (BGH, a.a.O.; KG BauR 2008, 97 ff., hier zitiert nach juris Tz. 55

30; OLG Jena BauR 2008, 1899 ff., hier zitiert nach juris Tz. 39; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil, Rn. 33) und in anderer Weise dem Architekten völlig freie Hand bei der Durchführung des Bauvorhabens lässt, ohne sich selbst um den Bau zu kümmern (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 1357 m.w.N.).

(2) 56

Auch die Aufträge, die den der geprüften Schlussrechnung zu entnehmenden Massenmehrungen zugrundeliegen, und die den dort weiter aufgeführten Nachträgen 2-13 zugrundeliegenden Nachtragsaufträge sind der Klägerin durch den Zeugen W namens der Beklagten wirksam erteilt worden. 57

(a) 58

Die Beauftragung der Klägerin mit der Erbringung von Leistungen, die über das Leistungssoll des schriftlichen Bauvertrages hinausgehen, ist teils unstreitig und steht – soweit streitig - nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest. 59

Der Nachtrag N 1 wurde nicht ausgeführt und von der Klägerin auch nicht berechnet. 60

Die Leistungen des Nachtrags 5 (N 5) sind nicht zu den Konditionen des Nachtrags beauftragt worden; vielmehr wurde zwischen der Klägerin und dem Zeugen W, wie dieser in seiner Vernehmung vor dem Senat bestätigt hat, vereinbart, dass die notwendigen Arbeiten im Stundenlohn abgerechnet werden sollten. Beide Nachträge sind deshalb in der Schlussrechnung nicht enthalten. 61

(aa) 62

Folgende Nachträge sind von dem Zeugen W nachweislich schriftlich beauftragt worden: 63

Nachtrag Nr. 2 (Pos. 11.10, 11.30 und 11.40 der Schlussrechnung sowie des Nachtragsangebots: Lieferung und Verlegung von PVC-Kanalrohren nebst Bogen und Abzweig und 1 Absetzschacht; der schriftliche Auftrag datiert vom 13.12.2013 - GA 54) 64

Die Beklagte räumt ein, den Nachtragsauftrag genehmigt zu haben. 65

Nachtrag Nr. 3 (Pos. 11.70, 11.80, 11.90, 11.100, 11.110, 11.120, 11.130, 11.140, 11.150, 11.160, 11.170, 11.180, 11.190, 11.200, 11.210, 11.220, 11.230, 11.240, 11.250, 11.260, 11.270, 11.280, 11.290, 11.300 und 11.310 der Schlussrechnung sowie des Nachtragsangebots: Verlegung von Betonwinkelsteinen einschließlich Zulage für abgetreptes Versetzen; der schriftliche Auftrag datiert vom 13.12.2013 – GA 54) 66

Die Beklagte räumt auch insoweit ein, den Nachtragsauftrag genehmigt zu haben. 67

Nachtrag Nr. 4 (Pos. 11.320, 11. 324, 11.325, 11.329 und 11.330 der Schlussrechnung sowie des Nachtragsangebots: Drainagegraben herstellen und Einbau von Schotter 16/32; der schriftliche Auftrag datiert vom 10.03.2014 – GA 64) 68

Auch diesem Nachtragsauftrag hat die Beklagte zugestimmt. 69

Nachtrag Nr. 6 (Pos. 11.350 und 11.360 der Schlussrechnung sowie des Nachtragsangebots: Tragschicht WDA 0/22 liefern und einbauen und Betonverbundpflaster 20720/8 verlegen; der schriftliche Auftrag datiert vom 10.03.2014 – GA 64) 70

Nachtrag Nr. 7 (Pos. 11.370, 11.380, 11.390, 11.400, 11.410, 11.420 und 11.430 der Schlussrechnung sowie des Nachtragsangebots: Filtervlies einbauen, Erdplanum neu herstellen und Lieferung von RCL-Material; der schriftliche Auftrag datiert vom 10.03.2014 – GA 64)	71
Nachtrag Nr. 8 (Pos. 11.420 und 11.430 der Schlussrechnung sowie des Nachtragsangebots: PVC-Systemschächte liefern und versetzen und Abtreppung in vorhandener Böschung; der schriftliche Auftrag datiert vom 10.03.2014 – GA 64)	72
Nachtrag Nr. 9 (Pos. 18.10 der Schlussrechnung sowie des Nachtragsangebots: Herstellung des Stromanschlusses des Energieversorgers; der schriftliche Auftrag datiert vom 31.03.2014 – GA 81)	73
Auch bezüglich der Nachtragsaufträge 6 bis 9 räumt die Beklagte deren Genehmigung ein.	74
Nachtrag Nr. 12 (Pos. 22.10 und 22.20 der Schlussrechnung und des Nachtragsangebots: Nassansaat herstellen einschließlich der Baustelleneinrichtung; der schriftliche Auftrag datiert vom 14.04.2014 – GA 93).	75
Dieser Nachtragsauftrag wurde ebenfalls von der Beklagten genehmigt, wie sie im Schriftsatz vom 26.03.2015 ausgeführt hat.	76
(bb)	77
Bezüglich der Nachträge 10, 11 und 13 wendet die Beklagte ein, diese seien ihr nicht bekannt.	78
Dazu hat die Klägerin im Schriftsatz vom 26.05.2015 (dort Seiten 13 ff. – GA 151 ff.) näher vorgetragen.	79
Danach hatte die Klägerin dem Zeugen W zunächst das Nachtragsangebot Nr. 10 vom 19.03.2014 (Anlage K 28 – GA 82, 83) über die Erstellung je einer einzeiligen und einer zweizeiligen Rinne sowie der Aufnahme und Entsorgung einer Bitumenbefestigung übersandt, welches von dem Zeugen W einige Tage später mündlich gegenüber dem Mitarbeiter M der Klägerin angenommen worden sein soll.	80
Der Zeuge W hat die Beauftragung durch seine Rechnungsprüfung (Pos. 19.10, 19.20 und 19.30 der Schlussrechnung) und seine diesbezüglichen Angaben im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Senat bestätigt (GA 311 R).	81
Des Weiteren hatte die Klägerin dem Zeugen W das Nachtragsangebot Nr. 11 vom 01.04.2014 (Anlage K 29 – GA 84-86) über das Abfräsen einer bituminösen Decke zum Anschluss, Herstellen von 3 Kernbohrungen, Einbau eines Kabelschachtes, Lieferung von Rinnenplatten und Tiefbordsteinen sowie Lieferung von Mutterboden und Casado-Finero-Eingangsplatten übermittelt. Auch dieser Nachtrag soll wenige Tage später von dem Zeugen W gegenüber dem Mitarbeiter M der Klägerin angenommen worden sein.	82
Der Zeuge W hat dies durch seine Rechnungsprüfung (Pos. 20.10, 20.20, 20.30, 20.40, 20.50, 20.80 und 20.100 der Schlussrechnung) und die Angaben im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Senat, in der er die Arbeiten als die Anbindung des Baugeländes an die öffentliche Straße betreffend bezeichnet hat, bestätigt.	83

Darüber hinaus hatte die Klägerin dem Zeugen W unter dem 05.05.2014 das Nachtragsangebot Nr. 13 (Anlage K 35) über die Ausführung der in dessen Pos. 23.10 bis 23.230 aufgeführten Leistungen übermittelt (GA 97-101). Dieses Nachtragsangebot soll ebenfalls wenige Tage nach Erhalt von dem Zeugen W gegenüber dem Mitarbeiter M der Klägerin angenommen worden sein.

Der Zeuge W hat diese Beauftragung durch seine Rechnungsprüfung (zu den Pos. 23.10 bis 23.230 der Schlussrechnung) und durch seine Angaben im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Senat bestätigt. Dort hat er ausgeführt, dass die angebotenen und ausgeführten Nachtragsleistungen aufgrund von Planungsvorgaben des Tiefbauplaners und dessen Anweisungen erforderlich geworden seien („dem Grunde nach in Ordnung geht“). Bezüglich der Vergütung einzelner Punkte der Schlussrechnung – und zwar der pos. 23.80 bis 23.140 – habe er sich mit der Klägerin auf eine Pauschalvergütung verständigt, die der Zeuge in der geprüften Schlussrechnung vermerkt hat. 85

Soweit es das Nachtragsangebot Nr. 5 vom 29.01.2014 (Anlage K 7 – Bl. 88 ff. AH) anbetrifft, sah dieses für die darin beschriebene Hauptleistung „verschlammte Oberfläche abschieben und seitlich einbauen“ keinen Einheitspreis, sondern eine Vergütung „auf Nachweis“ vor. Die in diesem Angebot enthaltenen Leistungen über das Abtragen von Schlamm von der gesamten Parkplatzfläche wurden indes nicht als Nachtragsleistungen beauftragt. Die Parteien kamen – wie die Klägerin mit Schriftsatz vom 26.02.2015 (dort Seite 3 – GA 36) vorgetragen hat – überein, dass diese Leistungen im Stundennachweis erbracht werden sollten. Der Zeuge W hat die Ausführung der angebotenen Leistungen bestätigt und im Einzelnen dargestellt, dass es darum gegangen sei, Verschlammungen abzutragen, welche durch unkontrollierten Wasserablauf auf neu mit Erdreich verfüllten angrenzenden Hangbereichen in die Parkbereiche des Baugrundstücks eingedrungen seien. 86

Zwar hat der im Verhandlungstermin vor dem Senat erschienene Ehemann der Beklagten die Ausführungen des Zeugen bestritten und erklärt, dass die Leistung nicht erbracht worden und ihm die Problematik nicht bekannt sei. Dieses Bestreiten steht jedoch in Widerspruch zu den von der Klägerin vorgelegten Aktennotizen des Zeugen W vom 02.12.2013 (GA 319/320), 13.12.2013 (GA 321/322) und 08.01.2014 (GA 323/324). Diesen Aktennotizen ist zu entnehmen, dass die Problematik des Austretens von Wasser aus Böschungsbereichen im Dezember 2013 bekannt und Gegenstand weiterer Besprechungen vom 13.12.2013 und 08.01.2014 gewesen war und einer Lösung zugeführt werden musste durch Vornahme von Entwässerungsmaßnahmen. Den vorgelegten Aktennotizen ist zu entnehmen, dass der Ehemann der Beklagten bei den entsprechenden Baubesprechungen vom 02.12.2013, 13.12.2013 und 08.01.2014 zugegen war und daran teilgenommen hatte. 87

(cc) 88

Auch ist eine Beauftragung der Klägerin mit der Lieferung von Material für die Ausführung der Leistungen der Firma C als erwiesen anzusehen. 89

Dass die Klägerin mit der Lieferung der in den Pos. 21.10 bis 21.40 der Schlussrechnung (dort Seite 13 - GA 270) in Verbindung mit der Aufstellung zur Anlage K 36 (GA 104-107) aufgeführten Materialien beauftragt worden ist, folgt aus den Bekundungen des Zeugen W, der im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Senat bestätigt hat, dass die einzelnen Positionen der Schlussrechnung der Klägerin sehr sorgfältig geprüft worden seien und die nach Prüfung anerkannten Positionen der als berechtigt anzusehende Vergütung des Auftragnehmers entsprächen. 90

(dd)

Schließlich ist davon auszugehen, dass der Zeuge W gegenüber dem Ursprungsangebot der Klägerin und gegenüber einzelnen Nachtragsangeboten eingetretenen Massenmehrungen für die Beklagte beauftragt hat. 92

Spätestens durch Übermittlung der die abgerechneten Leistungen Position für Position bestätigenden bzw. korrigierenden geprüften Schlussrechnung vom 25.05.2014 mit Prüfungsschreiben vom 31.07.2014 (Anlage K 18 – GA 257) hat der Architekt W gegenüber der Klägerin – nach deren objektivem Empfängerhorizont hinreichend – zum Ausdruck gebracht, dass die abgerechneten Leistungen in dem durch Prüfung festgestellten Umfang – auch, soweit sie über die Massenansätze im Leistungsverzeichnis hinausgehen - mit seinem Willen und im anerkannten Umfang ausgeführt worden sind. Aus der Rechnungsprüfung ergibt sich auch, dass die Nachtragsleistungen als Zusatzleistungen über das ursprüngliche Vertragsoll hinaus ausgeführt worden sind. 93

Die Ergebnisse der Schlussrechnungsprüfung sind auch – aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin - dahin zu verstehen, dass der Architekt die Höhe der in den dort aufgeführten Nachträgen berechneten und von ihm akzeptierten Preise (Vergütungen) bestätigt hat. 94

Das gilt insbesondere für den in Pos. 10 der Schlussrechnung festgehaltenen Stundenaufwand. Dieser Stundenaufwand wurde von dem Zeugen W ganz überwiegend unterschriftlich bestätigt. Soweit dies nicht der Fall war, hat der Zeuge W – wie er vor dem Senat weiter bekundet hat - nach eingehender Prüfung der angemeldeten Stunden die von ihm als angemessen angesehenen Stunden bestätigt oder aus Stundenlohnarbeiten nach den mit der Klägerin getroffenen Vereinbarungen Einheitspreise errechnet, die von der Klägerin akzeptiert worden sind. 95

Aber auch alle weiteren Rechnungspositionen sind von dem im Bereich der Tiefbauarbeiten erfahrenen Zeugen W, wie dieser nachvollziehbar und glaubhaft bekundet hat, eingehend geprüft und in dem von ihm bestätigten Umfang für zutreffend und berechtigt gehalten worden. In diesem Umfang der Rechnungsprüfung und Feststellung der geprüften Massen ist eine Bestätigung des Umfangs des namens der Beklagten erteilten und weiter fortgeschriebenen Bauauftrags zu sehen. 96

(b) 97

Soweit es die Nachtragsaufträge anbetrifft, ergibt sich die Vertretungsmacht des Zeugen W – jedenfalls - nach den Grundsätzen der Rechtsscheinvollmacht. 98

Auch wenn eine ausdrückliche Vollmacht zur Erteilung von Nachtragsaufträgen fehlt, kann ein vertrauensbegründender Rechtsschein bevollmächtigten Handelns bestehen, welcher dem Geschäftsherrn zuzurechnen ist. Der Vertretene, der ein Auftreten eines anderen als sein rechtsgeschäftlicher Vertreter kennt und zulässt (Duldungsvollmacht) oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kennen müssen (Anscheinsvollmacht), muss sich so behandeln lassen, als wäre der Handelnde bevollmächtigt gewesen, sofern der andere Teil nach Treu und Glauben auf die Vollmacht vertrauen durfte (BGH NJW-RR 1996, 371). 99

Vergibt ein Architekt mit Vollmacht des Bauherrn den Hauptauftrag an einen Unternehmer, kann dadurch der Anschein einer Vollmacht auch für Zusatzaufträge erweckt werden (KG und OLG Jena, jeweils a.a.O.; Werner/Pastor, a.a.O.). Wird – wie vorliegend - ein Architekt bei Abschluss eines Bau-Hauptauftrages in Vollmacht des Bauherrn selbständig tätig, ergibt sich 100

daraus – mangels erkennbar entgegenstehender Umstände – eine Anscheinsvollmacht des Architekten für die Erteilung von Nachtragsaufträgen (KG BauR 2008, 97 ff, hier zitiert nach juris).

Der Zeuge W hatte die Verhandlungen über die Nachtragsbeauftragungen allein für die 101
Beklagte als Bauherrin geführt und die Aufträge teilweise schriftlich und im Übrigen mündlich
erteilt. Dass bei dieser Nachtragsbeauftragung auf eine Beschränkung der ihm erteilten
Vollmacht(en) gegenüber der Klägerin hingewiesen worden, insbesondere eine Offenlegung
von § 11.5 des Architektenvertrages erfolgt wäre, ist weder ersichtlich noch von der
Beklagten behauptet.

(c) 102

Die Höhe der Vergütungsforderung steht nach der Schlussrechnungsprüfung des Architekten, 103
die von der Klägerin akzeptiert wird, fest.

Der Architekt W hat die ausgeführten Leistungen der Klägerin sämtlich geprüft und in dem 104
von ihm festgestellten Umfang für zutreffend befunden.

Zwar ist die Beklagte als Bauherrin nicht gehindert, die Ausführung der Leistung zu bestreiten 105
(BGH NZBau 2004, 31 = BauR 2003, 1892; KG, a.a.O., Tz. 41). Dies muss jedoch
substantiiert und konkret für jede Leistungsposition erfolgen. Das ist hier nicht der Fall. Das
Bestreiten von Massen ist nur pauschal. Was die Stundenleistungen anbetrifft, setzt die
Klägerin der vom Architekten – auch bezüglich der Stundenaufwendungen zu den im
Nachtrag Nr. 5 angebotenen Leistungen - anerkannten Abrechnung nichts Konkretes
entgegen. Auch das pauschale Bestreiten der Erforderlichkeit der Arbeitsstunden ist nicht
erheblich.

Damit ist von dem von dem Zeugen W geprüften und als berechtigt bezeichneten 106
Vergütungsbetrag von O 460.187,18 € auszugehen. Hinzu kommt die gesetzliche
Mehrwertsteuer von 19 % (= 87.435,56 €), so dass sich der von dem Zeugen W als berechtigt
bezeichnete geprüfte Schlussrechnungsbetrag von brutto 547.622,74 € ergibt.

Zu diesem von dem Zeugen W bei der Rechnungsprüfung (GA 257) festgestellten Betrag von 107
brutto 547.622,74 €

sind hinzuzufügen die nachfolgenden beiden Positionen: 108

Nachforderung Blockstufen: 560,95 € 109

Nachforderung Rohre: 1.190,00 € 110

Hierbei handelt es nach dem Vorbringen der Klägerin um Nachforderungen zu den aus der 111
Schlussrechnung gekürzten Pos. 23.130 und 23.140. Diese Positionen sind von der Klägerin
in dem an den Zeugen W gerichteten Schreiben vom 05.08.2014 (Anlage K 129 – Bl. 195
AH) näher erläutert und von der Beklagten nicht mehr konkret nicht bestritten worden.

Nach Addition ergibt sich ein Gesamtbetrag von 549.403,70 €, wie aus der Aufstellung der 112
Klägerin vom 05.08.2014 (Anlage K 19a – Bl. 197 AH) zu ersehen.

Hiervon abzuziehen sind jeweils 0,3 % Abzüge für Versicherung und Baunebenkosten – also 113
jeweils 1.642,87 €. Es verbleiben sodann 546.117,96 €.

114

Nicht abzuziehen ist der Gewährleistungseinbehalt von 27.216,85 €, weil die Klägerin unwidersprochen eine Gewährleistungsbürgschaft in jedenfalls dieser Höhe gestellt hat (GA 7 in Verbindung mit der Bürgschaft der S AG vom 21.08.2014 - Anlage K 21 – Bl. 200 AH).	
Soweit der Zeuge W im Rahmen seiner Aufstellung zur Rechnungsprüfung (GA 257) noch „Mehrkosten Gerüstabbau“ von 595,00 € erfasst und von der Vergütungsforderung abgezogen, ist dem nicht zu folgen, weil von der Beklagten die Notwendigkeit und Berechtigung dieses Abzugspostens nicht dargelegt ist, so dass für einen Abzug die Grundlage fehlt. Die Ausführungen der Klägerin in ihrem vorgenannten Schreiben vom 05.08.2014 (Bl. 195 AH) sind nicht von der Beklagten widerlegt worden.	115
Weiter abzuziehen ist dagegen das „genutzte Skonto“, welches nach dem Vorbringen der Klägerin in der Klageschrift (GA 6) und in ihrem Schreiben vom 05.08.2014 (Bl. 196 AH) – bemessen nach geleisteten Zahlungen von 394.467,26 € - nur 8.303,74 € beträgt; die Berechtigung eines weitergehenden Skontoabzuges ist seitens der Beklagten nicht dargetan.	116
Abzuziehen sind ferner die geleisteten Zahlungen der Beklagten. Diese Zahlungen belaufen sich in der Summe auf 394.467,26 €, nicht auf 468.128,68 €, wie es in der Aufstellung zur Rechnungsprüfung (GA 257) heißt. Die Akontorechnung Nr. 8 vom 21.05.2014 über 73.661,42 € wurde nämlich, worauf die Klägerin in ihrem Schreiben vom 05.08.2014 hingewiesen hat, nicht bezahlt.	117
Zieht man sonach von den vorstehend errechneten 546.117,96 € die geleisteten Zahlungen und die berechtigten Skontobeträge ab, so verbleibt ein Zwischenbetrag in Höhe von 143.346,96 €:	118
	119
546.117,96 €	
Abzüglich Skonto:	120
- 8.303,74 €	
Abzüglich Zahlungen (ohne Skonto):	121
- 394.467,26 €	
Verbleiben:	122
143.346,96 €	
Hiervon ist noch abzuziehen die am 22.08.2014 geleistete Zahlung der Beklagten in Höhe von 20.000,00 €, so dass	123
verbleiben:	124
123.346,96 €.	
Von diesem - eingeklagten - Betrag ist noch abzuziehen die Zahlung vom 10.11.2014 in Höhe von 66.107,78 €, so dass noch ein Betrag in Höhe der noch offenen Klageforderung in Höhe von	125
57.239,18 €	
verbleibt.	126
5.	127
Die zuerkannte Zinsforderung ist gemäß §§ 286, 288 BGB gerechtfertigt.	128
6.	129
Der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten ist nach § 280 Abs. 1 BGB begründet.	130
	131

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 132

Streitwert für das Berufungsverfahren: 57.239,18 € 133