

OLG Köln

Urteil

vom 05.07.2017

16 U 138/15

BGB § 631; VOB/B § 2 Nr. 2, § 11 Nr. 4, §§ 12, 14 Nr. 1, § 16 Nr. 3 Abs. 2, 3

**1. Klagt der Auftragnehmer seinen (Rest-)Werklohn ein, hat er vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in seiner (Schluss-)Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind.**

**2. Es ist zunächst Sache des Auftragnehmers, substantiiert vorzutragen, welche Bauleistung von ihm tatsächlich erbracht wurde. Dies kann durch die Vorlage der (Schluss-)Rechnung erfolgen, wenn sich aus der Rechnung im Zusammenhang mit den übrigen Umständen die Forderung im ausreichenden Maße nachvollziehen lässt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist es Sache des Auftraggebers, die fehlende Substantiierung im Einzelnen zu rügen.**

**3. Ein fehlendes gemeinsames Aufmaß führt nicht dazu, dass der Auftragnehmer keine Werklohnforderung mehr geltend machen kann oder diese zumindest nicht fällig ist.**

**4. Legt der Auftragnehmer ein einseitig vorgenommenes Aufmaß vor und hat der Auftraggeber konkrete Kenntnis von den Leistungen, die der Auftragnehmer erbracht hat, genügt der Auftraggeber mit einem pauschalen Bestreiten des vorgelegten Aufmaßes nicht seiner Erklärungslast.**

**5. Die Abnahme kann (konkludent) auch dadurch erfolgen, dass der Auftraggeber in die Prüfung der Schlussrechnung eintritt.**

**6. Auch bei einer konkludenten Abnahme muss der Auftraggeber im zeitlichen Zusammenhang mit den dafür maßgeblichen Umständen den Strafvorbehalt erklären. Anderenfalls kann er die Vertragsstrafe nicht verlangen.**

**7. Damit eine Äußerung des Auftraggebers als Schlusszahlungserklärung bzw. schlusszahlungsgleiche Erklärung gilt, muss darin aus der Sicht des Auftragnehmers unmissverständlich zum Ausdruck kommen, dass endgültig keine weiteren Zahlungen mehr geleistet werden.**

**8. Ein in einem Schreiben des Auftraggebers aufgeführter 3-facher Einbehalt für diverse Mängel erfüllt diese Voraussetzungen nicht, denn die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ist nicht als endgültige Zahlungsverweigerung anzusehen.**

OLG Köln, Urteil vom 05.07.2017 - 16 U 138/15

*vorhergehend:*

*LG Köln, 10.08.2015 - 18 O 33/10*

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10.08.2015 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 18 O 33/10 - teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz werden dem Kläger zu 80% und der Beklagten zu 20% auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 59% und die Beklagte zu 41%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 157.075,16 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 29.09.2006 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Elektrowerkstätten I GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Die Beklagte erteilte der Schuldnerin mehrfach Aufträge, als Subunternehmerin die Lieferung und Montage der MSR-Technik in verschiedenen Kliniken zu übernehmen, aus denen der Kläger nunmehr Restwerklohnansprüche geltend macht.

Nachdem das Landgericht die Werklohnklage bezüglich der Bauvorhaben städtisches Klinikum C, D-Klinikum D2 und F-Klinikum in Q rechtskräftig abgewiesen hat, sind im Berufungsverfahren noch die Vergütung betreffend die drei Bauvorhaben Reha-Klinik C, Ukllinik C2 und Evangelisches-C3-Krankenhaus, sowie zur Aufrechnung gestellte Gegenforderungen der Beklagten aus dem vierten Bauvorhaben D-Klinikum in D2 im Streit:

#### 1. Bauvorhaben Reha-Klinik C:

Auf der Basis des Auftrags-Verhandlungsprotokolls vom 03.02.2004 (BI 831-841 GA) beauftragte die Beklagte die Schuldnerin am 10.02.2004 (BI 830 GA). Nach Ausführung der Arbeiten berechnete die Schuldnerin mit Schlussrechnung vom 18.07.2006 (Anlage 2 des Anlagenbandes) ihre Leistungen mit einem Betrag von 275.911,71 € und gelangte unter Berücksichtigung geleisteter Zahlungen iHv 230.213,92 € zu einer Restforderung iHv 45.697,79 €. Gemäß ihrer Schlussrechnungsprüfung vom 12.09.2006 (BI 104-127 GA) setzte die Beklagte für die erbrachten Leistungen 273.431,27 € an und gelangte unter Berücksichtigung von Nachlass und Abzügen zu einem Betrag iHv 261.177,59 €, einer Vertragsstrafe iHv 13.058,88 €, geleisteter Zahlungen iHv 231.279,12 € sowie dreifachen Mängeleinbehalten in Gesamthöhe von 57.450 € zu einer Überzahlung iHv 40.610,41 €. Mit Schreiben vom 29.09.2006 (BI 142 GA) kündigte die Beklagte der Schuldnerin den Auftrag.

#### 2. Bauvorhaben Ukllinik C2:

Auf der Basis des Auftrags-Verhandlungsprotokolls vom 02.03.2004 (BI 843-851 GA) erteilte die Beklagte der Schuldnerin den Auftrag am 25.03.2004 (BI 842 GA). Nach Fertigstellung berechnete die Schuldnerin mit Schlussrechnung vom 31.07.2006 (Anlage 4 des Anlagenbandes) ihre Leistungen mit einem Betrag in Höhe von 268.407,03 € und gelangte unter Berücksichtigung geleisteter Zahlungen iHv 226.804,82 € zu einer Restforderung iHv 41.602,21 €. Mit Schreiben vom 29.09.2006 (BI 161 GA) kündigte die Beklagte der Schuldnerin den Auftrag. Gemäß ihrer Schlussrechnungsprüfung vom 05.12.2006 (BI 170-211 GA) setzte die Beklagte als Grundbetrag 259.885,01 € an, gelangte aber unter Berücksichtigung von Nachlass und Abzügen, einer Vertragsstrafe iHv 12.153,52 €, Mängeleinbehalten in Gesamthöhe von 39.300 € zunächst auf 191.616,93 € und eines 3%igen Sicherheitseinbehalts sowie geleisteter Zahlungen letztlich zu einer Überzahlung iHv 35.854,79 €.

#### 3. Bauvorhaben Evangelisches-C3-Krankenhaus:

Auf der Basis des Auftrags-Verhandlungsprotokolls vom 09.03.2006 (Anlage 8 des Anlagenbandes) beauftragte die Beklagte die Schuldnerin am 17.05.2006 (BI 842 GA). Gemäß einer von der Schuldnerin aufgesetzten Vereinbarung vom 03.08.2006 (BI 253y GA) einigten sich die Parteien aufgrund einer Fabrikatsänderung auf einen pauschalen Nachlass von 20.000

€ auf die gesamte Abrechnungssumme, abziehbar von der ersten Abschlagsrechnung. Infolge der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin, die in der Insolvenz mündeten, führte diese das Bauvorhaben nicht zu Ende. Der Kläger stellte die von der Schuldnerin erbrachten Leistungen mit Schlussrechnung vom 30.11.2009 nebst Aufmaßzusammenstellung (Anlage 9 des Anlagebandes) mit einem Betrag von noch 13.082,06 € in Rechnung. Zahlungen hierauf erfolgten nicht.

Im Hinblick auf den am 04.04.2006 erteilten Auftrag für das 4. Bauvorhaben D-Klinikum in D2 überließ die Beklagte der wirtschaftlich angeschlagenen Schuldnerin die von ihr bei der Fa. L & Q2 unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Einbaukomponenten zum Einbau in Haus 3 (s. Lieferschein Nr. 570170-261 vom 29.05.2006, BI 253z3 GA) und in Haus 8 (s. Lieferschein Nr. 570172-261 vom 29.05.2006, BI 347 GA). Zwei an die Beklagte gerichtete Rechnungen der Fa. L & Q2 vom 14.06.2006 belaufen sich bzgl der Lieferung für Haus 3 mit der Nr. 995963 auf 41.817,56 € (253z5 GA) und bzgl der Lieferung für Haus 8 mit der Nr. 995964 auf 20.879,11 € (348 GA). Nachdem die Beklagte gegenüber der Schuldnerin den Vertrag mit Schreiben vom 23.08.2006 (455f GA) gekündigt hatte, verweigerte die Schuldnerin mit anwaltlichem Schreiben vom 25.08.2006 (441-443 GA) unter Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen offener Werklohnforderungen die Herausgabe der von ihr nicht verbauten Komponenten.

Der Kläger hat generell behauptet, die Schuldnerin habe die abgerechneten Arbeiten in der jeweiligen Höhe und mangelfrei erbracht. Zudem hat er zu den einzelnen Bauvorhaben u.a. vorgetragen:

1. Bezüglich des Bauvorhabens Reha-Klinik C sei der Schuldnerin das Schlussrechnungsprüfungsschreiben der Beklagten vom 12.09.2006 nicht zugegangen. Eine Abnahme sei durch Inbetriebnahme der Anlage, spätestens aber im Januar 2006 erfolgt.
2. Auch bezüglich des Bauvorhabens Uklidik C2 sei die Abnahme durch Inbetriebnahme erfolgt.
3. Im Hinblick auf das Bauvorhaben Evangelisches-C3-Krankenhaus Uklidiks habe die Beklagte ein von der Schuldnerin erstelltes Aufmaß anerkannt bzw. auf die Aufforderung der Schuldnerin, einen Termin zur Aufmaßprüfung zu vereinbaren, nicht reagiert.
4. Zu den für das Bauvorhaben D-Klinikum in D2 streitgegenständlichen Einbaukomponenten werde die Eigentümerstellung der Beklagten bestritten.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 26.05.2005 sowie weitere 165.051,17 € nebst Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszins auf einen Betrag in Höhe von 45.697,79 € seit dem 18.08.2006, auf einen Betrag in Höhe von 41.602,21 € seit dem 30.09.2006, auf einen Betrag in Höhe von 47.527,87 € seit dem 15.09.2006, auf einen Betrag in Höhe von 17.141,24 € seit dem 15.12.2009 und auf einen Betrag in Höhe von 13.082,06 € seit dem 15.12.2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat generell vorgetragen, dass ihre mit Überzahlungen endenden Abrechnungen den erbrachten Leistungsumfang der Schuldnerin zutreffend wiedergeben. Darüber hinaus hat sie zu den einzelnen Bauvorhaben u.a. vorgetragen:

1. Bezüglich des Bauvorhabens Reha-Klinik C habe die Schuldnerin wegen verspäteter Leistungserbringung eine Vertragsstrafe iHv 13.058,88 € verwirkt. Zudem seien ihr nach der Auftragsziehung Ersatzvornahmekosten iHv 32.936,84 € entstanden.

2. Auch bezüglich des Bauvorhabens Uklirik C2 seien eine Vertragsstrafe iHv 12.153,52 € sowie Ersatzvornahmekosten iHv 25.128,50 € zu berücksichtigen.

3. Im Hinblick auf das Bauvorhaben Evangelisches-C3-Krankenhaus sei die Abrechnung abredewidrig nicht auf der Basis eines gemeinsamen Aufmaßes erfolgt, das Aufmaß der Gegenseite werde bestritten. Zudem rechne sie mit einer Vertragsstrafe iHv 18.619 € auf. Mit ihr entstandenen Ersatzvornahmekosten iHv 17.105,32 € rechne sie hilfsweise auf.

4. In Bezug auf die für das Bauvorhaben D-Klinikum in D2 der Schuldnerin überlassenen Einbaukomponenten trägt die Beklagte vor, sie habe auf die beiden Rechnungen der Fa. L & Q2 vom 14.06.2006 mit den Nrn. 995963 und 995964 am 17.08.2006 eine Zahlung iHv 48.312,05 € (BI 767 GA) und am 19.10.2006 eine Zahlung iHv 10.440,53 € (BI 780 GA) geleistet. Weiterhin habe sie aufgrund der Ablehnung der Herausgabe seitens der Schuldnerin zwecks Fertigstellung der Bauleistung Ersatzwaren zum Preis von 41.817,56 € erwerben müssen. Mit daraus resultierenden Forderungen hat die Beklagte diverse Aufrechnungen erklärt.

Darüber hinaus hat die Beklagte geltend gemacht, ihr stünde gegen die Schuldnerin ein weiterer aufrechenbarer Anspruch auf Erstattung von Avalprovisionen wegen Stellung einer Bürgschaft iHv 8.079,04 € zu.

Das Landgericht hat - nach einer Beweisaufnahme zu im Berufungsverfahren nicht mehr streitgegenständlichen Beweisthemen - mit Urteil vom 10.08.2015 die Klage unter Abweisung im Übrigen iHv 92.303,02 € zugesprochen. Dem Kläger stünden Restvergütungsansprüche in Gesamthöhe von 100.382,06 € (45.697,79 € für das Bauvorhaben Reha-Klinik C, 41.602,21 € für das Bauvorhaben Uklirik C2 und 13.082,06 € für das Bauvorhaben Evangelisches-C3-Krankenhaus) zu. Da der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Anspruch auf Erstattung von Avalprovisionen iHv 8.079,04 € begründet sei, reduziere sich die Klageforderung auf 92.303,02 €. Hingegen seien die von der Beklagten weiter zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche iHv 62.696,67 € nicht begründet, da diese nicht vorgetragen habe, wann und wie sie die Fa. L & Q2 bezahlt habe.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird zum einen wegen der Einzelheiten insbesondere der vertraglichen Vereinbarungen auf die bereits genannten Unterlagen und zum anderen auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

Während der Kläger die teilweise Klageabweisung hinnimmt, begehrt die Beklagte mit ihrer Berufung die vollständige Klageabweisung. Sie wiederholt, vertieft und präzisiert ihr erstinstanzliches Vorbringen und erhebt insbesondere folgende Berufungsrügen:

1. Bezüglich des Bauvorhabens Reha-Klinik C habe das Landgericht übersehen, dass ihr Schreiben vom 12.09.2006 eine Schlusszahlungserklärung mit den Wirkungen des § 16 Nr. 3 VOB/B gewesen sei. Zudem sei die Vergütungsberechnung nicht nachvollziehbar sowie die Vertragsstrafe und Mängel-Ersatzvornahmekosten - die sie nur noch auf 16.719,84 € beziffert - zu Unrecht verneint worden.

2. Auch bezüglich des Bauvorhabens Uklirik C2 habe das Landgericht ihre Schlussrechnungsprüfung unberücksichtigt gelassen und zu Unrecht die Vertragsstrafe sowie die Mängel-Ersatzvornahmekosten verneint.

3. Im Hinblick auf das Bauvorhaben Evangelisches-C3-Krankenhaus werde in der angegriffenen Entscheidung ausser acht gelassen, dass eine Abrechnung nach gegenseitig anerkanntem Aufmaß und zudem ein Pauschalnachlass iHv 20.000 € vereinbart worden waren. Neben der auch hier fehlerhaft nicht berücksichtigten Vertragsstrafe habe das Landgericht weiterhin den

Nichterfüllungsschaden zu Unrecht verneint.

4. In Bezug auf die für das Bauvorhaben D-Klinikum in D2 der Schuldnerin überlassenen Einbaukomponenten seien Warenübergabe und Zahlungen urkundlich belegt. Gemäß der im Verhandlungstermin am 13.04.2016 geklärten Reihenfolge rechnet die Beklagte hilfsweise mit einer Gegenforderung erstens aus dem Waren-Erstbezug iHv 48.312,03 € gemäß Zahlung vom 17.08.2006, zweitens aus dem Waren-Erstbezug iHv 10.440,53 € gemäß Zahlung vom 19.10.2006 und drittens aus dem Waren-Ersatzbezug iHv 41.817,56 € auf.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 10.08.2015 - 18 O 33/10 - die Klage auch im Übrigen abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens die aus seiner Sicht überzeugende Entscheidung des Landgerichts.

Der Senat hat im Termin am 13.04.2016 (BI 874f GA) sowie mit Beschluss vom 29.06.2016 (BI 930f GA) Hinweise erteilt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsrechtszug wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze und Unterlagen Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

B.

Die zulässige Berufung ist auch begründet. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz stehen dem Kläger gegen die Beklagte im Ergebnis keine Zahlungsansprüche mehr zu. Die in Person der Schuldnerin entstandenen Restwerklohnansprüche in Gesamthöhe von 48.277,98 € (dazu I.) sind durch die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen in begründeter Höhe von 48.312,03 € (dazu II.) gemäß den §§ 387, 389 BGB erloschen.

I.

Aus den drei Werkverträgen betreffend die Bauvorhaben Reha-Klinik C, Ukllinik C2 und Evangelisches-C3-Krankenhaus steht dem Kläger gemäß § 80 Abs. 1 InsO iVm § 631 Abs. 1 BGB iVm § 2 VOB/B 2002/2003 für die von der Schuldnerin erbrachten Leistungen eine Restvergütung in Gesamthöhe von 48.277,98 € zu.

1. Hinsichtlich des Bauvorhabens Reha-Klinik C beträgt der Restwerklohn 31.783,82 €.

a. Grundlage des mit Schreiben der Beklagten vom 10.02.2004 erteilten Werkauftrages ist das Auftragsverhandlungsprotokoll vom 03.02.2004, in dem die Parteien auch die Geltung der VOB/B in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen Fassung - also die VOB/B 2002/2003 (nachfolgend nur: VOB/B) - vereinbart haben. Dass dieses Auftragsverhandlungsprotokoll vom 03.02.2004 trotz des erstinstanzlichen Hinweisbeschlusses vom 19.11.2010 (BI 312R GA) von der Beklagten erst im Berufungsverfahren vorgelegt wurde, ist unerheblich. Denn bereits in dem von dem Kläger vorgelegten Auftragschreiben der Beklagten vom 10.02.2004 war dieses durch die Formulierung, "*Ausschließlich zu den Bedingungen unseres Auftragsverhandlungsprotokoll vom 03.02.2004 beauftragen wir sie ...*", erwähnt. Weiterhin war dieses Auftragsverhandlungsprotokolls vom 03.02.2004 der Schuldnerin

und im Verfahren auch dem Kläger bekannt, was sich etwa daraus ergibt, dass der Kläger im Rechtsstreit vorgetragen hat, die Beklagte könne die von ihr begehrte Vertragsstrafe nicht verlangen, denn dafür reiche die Aufnahme der Vertragsstrafe in das Auftrags-Verhandlungsprotokoll nicht aus.

b. Aufgrund der Schlussrechnung der Schuldnerin vom 18.07.2006 steht dem Kläger ein Restwerklohn iHv 31.783,82 € zu.

(1) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Kläger nicht gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2, 3 und 5 VOB/B schon deshalb mit Nachforderungen ausgeschlossen, weil sie nach Prüfung der Schlussrechnung durch ihr Schreiben vom 12.09.2006 endgültig weitere Zahlungen abgelehnt hatte, ohne dass die Schuldnerin daraufhin einen Vorbehalt erklärt hatte.

Insoweit kann die streitige Frage, ob dieses Schreiben der Beklagten vom 12.09.2006 der Schuldnerin überhaupt zugegangen ist, offen bleiben, denn die Beklagte hat in diesem Schreiben weitere Zahlungen jedenfalls nicht im Sinne von § 16 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B endgültig abgelehnt. Die schlusszahlungsgleiche Erklärung muss aus der Sicht des Auftragnehmers unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass endgültig keine weiteren Zahlungen mehr geleistet werden (BGH, Urt. v. 17.12.1998 - VII ZR 37/98 = NJW 1999, 944, 945; OLG Köln, Urt. v. 22.05.1996 - 11 U 276/95 = NJW-RR 1997, 213). Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf den in dem Schreiben aufgeführten - 3-fachen - Einbehalt für diverse Mängel in Gesamthöhe von 57.450 € nicht erfüllt, denn die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts stellt, auch wenn dieses mit einer - vorläufigen - Verrechnung der zurückbehaltenen Beträge einhergeht, keine endgültige Zahlungsverweigerung dar (s. BGH, Urt. v. 11.10.1990 - VII ZR 110/89 = BauR 1991, 84). Damit kommt dem Schreiben insgesamt keine schlusszahlungs(gleiche) Erklärung zu, denn die unter Ausserachtlassung des zurückbehaltenen Betrages iHv 57.450 € verbleibende Restvergütung iHv 16.839,59 € hat die Beklagte auch nicht der Schuldnerin als Schlusszahlung ausgekehrt.

(2) Soweit die Schlussrechnung der Schuldnerin vom 18.07.2006 die erbrachten Leistungen mit 286.563,13 € bewertet und die Schlussrechnungsprüfung der Beklagten vom 12.09.2006 insoweit nur einen Betrag iHv 273.431,27 € anerkennt, ist von dem letztgenannten Betrag auszugehen, denn im Übrigen bleibt der Kläger darlegungspflichtig.

Im Hinblick auf die (wechselseitige) Substantiierungspflicht bestehen folgende Grundsätze:

Es ist zunächst Sache des Bauunternehmers, substantiiert vorzutragen, welche Bauleistung von ihm tatsächlich erbracht wurde (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rz. 1494). Dies kann in aller Regel durch die Vorlage der (Schluss-)Rechnung erfolgen, wenn sich aus der Rechnung im Zusammenhang mit den übrigen Umständen die Forderung im ausreichenden Maße nachvollziehen lässt (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 5. Teil Rz. 238; OLG Hamm, Urt. v. 25.03.1996 - 17 U 117/94 = OLGReport 1996, 113, 114). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist es Sache des Bauherrn, die fehlende Substantiierung im Einzelnen zu rügen, d.h. er muss substantiiert vortragen, inwieweit ihm Informationen aus der Rechnung fehlen, denn dann ist es wiederum Sache des Bauherrn, diese Information nachzuliefern und seinen Vortrag zu substantiieren (Kniffka/Koebler, a.a.O.). Bestreitet der Bauherr den Umfang der Arbeiten, so werden beim Einheitspreisvertrag ins Einzelne gehende Angaben des Bauunternehmers zu den erbrachten Leistungen erforderlich (Werner/Pastor, a.a.O. Rz. 1220; OLG Hamm a.a.O.).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hatte der Kläger zunächst mit Vorlage der Schlussrechnung der Schuldnerin seine Substantiierungspflicht erfüllt. Die Beklagte hat darauf mit Vorlage der von ihr geprüften Schlussrechnung reagiert. Aus den dortigen Anmerkungen lässt sich ersehen, dass zum Teil die Höhe der Einheitspreise und zum Teil die Mengen, dies insbesondere wegen fehlender Aufmaße, geändert oder gestrichen wurden. Lässt man für die Klägerseite zur Erfüllung der Substantiierungspflicht die bloße Vorlage der Schlussrechnung

ausreichen, so können auch an den Vortrag der Beklagten keine höheren Anforderungen angesetzt werden, so dass auch die Einwände der Beklagten als ausreichend substantiiert zu bewerten sind. Auf diese Einwände hat der Kläger ausschließlich mit einer Rüge der fehlenden Einlassungsfähigkeit reagiert, jedoch nicht im Einzelnen zu der Berechtigung der (von der Beklagten durch die Änderungen und Streichungen nicht akzeptierten) Einheitspreise und Mengen vorgetragen, womit er seiner Darlegungslast nicht nachgekommen ist.

(3) Ausgehend von 273.431,27 € ist ein 3,7%-iger Nachlass gemäß Ziffer 5.3 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 03.02.2004 unstreitig, was die Forderung zunächst auf 263.314,31 € reduziert.

(4) Die Umlage für Bauschuttbeseitigung iHv 0,5 % der Abrechnungssumme ist in Ziffer 23.1 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 03.02.2004 enthalten und ermäßigt die Werklohnforderung weiter auf 261.997,74 €. Soweit die Schuldnerin in ihrer Schlussrechnung "*anteilige Reinigungskosten gemäß Umlage*" nur iHv 48,58 € berücksichtigt hat, während die Beklagte ihrerseits neben den Bauschuttkosten weitere Reinigungskosten von 820,15 € in Ansatz bringen möchte, ist das Parteivorbringen jeweils unzureichend.

(5) Zahlungen der Beklagten iHv 230.213,92 € führen zu einer letztlich offenen Werklohnforderung von noch (261.997,74 € minus 230.213,92 € =) 31.783,82 €. Soweit die Beklagte behauptet, sie habe insgesamt 231.279,12 € geleistet, kommt sie ihrer dahingehenden Darlegungslast nicht nach, denn sie trägt insoweit widersprüchlich vor. Sie leitet die Zahlungsdifferenz iHv 1.065,20 € aus einer bereits seinerzeit gegen die Schlussrechnung erklärten Aufrechnung mit aus einem Bauvorhaben Stadion C4 herrührenden, von dem Kläger bestrittenen Ersatzvornahmeforderung her, ohne dass diese Aufrechnungsforderung jedoch in der Aufstellung der von ihr auf das Bauvorhaben geleisteten Zahlungen (BI 126 GA), die mit dem von ihr behaupteten Gesamtbetrag von 231.279,12 € abschließt, auftaucht.

(6) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Werkvergütung nicht weiter um eine in Ziffer 10.2 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 03.02.2004 vereinbarte 5%ige Vertragsstrafe zu kürzen. Die Voraussetzungen für die Verwirkung der Vertragsstrafe unterstellt, hat die Beklagte sich diese Vertragsstrafe jedenfalls nicht - wie gemäß § 11 Nr. 4 VOB/B erforderlich - bei der Abnahme vorbehalten.

Die Abnahme ist unter einverständlicher Aufhebung des in Ziffer 13.1 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 03.02.2004 vorgesehenen formellen Abnahmeerfordernisses im Januar 2006 erfolgt. Dies ergibt sich aus dem Schreiben der Beklagten an die Schuldnerin vom 07.07.2006 (BI 135 GA), denn darin führt diese aus, dass der Schuldnerin bestimmte Mängel "*seit der Abnahme im Januar bekannt*" seien. An dieser Äußerung muss sich die Beklagte festhalten lassen, zumal dort auch schon in dem Betreff von "*Mängel und Restleistungen aus der Abnahme*" und auch an einer weiteren Textstelle von "*Mängel(n), die zum Teil noch aus der Abnahme resultieren*" die Rede ist. Zwar ging es in diesem Schreiben nicht speziell um das Abnahme-Thema, dies verleiht aber den unbefangenen Äußerungen bezüglich der "*Abnahme im Januar*" ein umso größeres Gewicht. Zudem hat die Beklagte in ihrer Erwiderung auf den entsprechenden Vortrag des Klägers zu diesem Schreiben und der maßgeblichen Äußerung nicht näher Stellung genommen, diese also auch nicht durch einen Gegenvortrag in ein anderes Licht gerückt.

Ist damit von einer - konkludenten - Abnahme im Januar 2006 auszugehen, fehlt ein Vorbehalt der Vertragsstrafe, denn auch bei einer konkludenten Abnahme muss der Auftraggeber im zeitlichen Zusammenhang mit den dafür maßgeblichen Umständen den Strafvorbehalt erklären (Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5. Aufl. 2015, § 11 VOB/B Rz. 195).

(7) Die Werklohnforderung der Schuldnerin ist seit der im Januar 2006 erfolgten Abnahme fällig (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB).

(8) Die Restvergütung der Schuldnerin ist nicht durch eine Aufrechnung mit einem Anspruch der Beklagten auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten in der im Berufungsverfahren noch maßgeblichen Höhe von 16.719,84 € teilweise erloschen.

Dabei kann offen bleiben, ob sich der Anspruch aufgrund einer berechtigten Auftragsentziehung, die die Beklagte mit Hinweis auf ihr Schreiben vom 29.09.2006 geltend macht, aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ergibt oder unter Gewährleistungsaspekten aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, denn es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte entsprechende Leistungen mit einem Kostenaufwand iHv 16.719,84 € hat erbringen lassen. Die Beklagte trägt als Auftraggeberin die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der als Ersatzvornahme erbrachten Leistungen und der dadurch entstandenen Kosten. Der Kläger hat im Einzelnen die von der Beklagten geltend gemachten Leistungen und die dafür angesetzten Kosten bestritten, ohne dass die Beklagte daraufhin Beweis für diese streitigen Umstände angetreten hätte. Der einzige Beweisantritt betrifft die Begleichung der Rechnung der Firma S & R iHv 14.000 €, was von dem Kläger akzeptiert wird, aber der Beklagten nicht weiter hilft, da weiterhin die Erbringung der abgerechneten Leistungen in Streit steht. Die im Berufungsverfahren erfolgten Beweisantritte der Vernehmung des Zeugen S sowie der Einholung eines Sachverständigengutachtens sind gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Es ist keiner der in § 531 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 ZPO aufgeführten Zulassungsgründe verwirklicht, insbesondere ist nicht vorgetragen, dass die Beklagte schuldlos verhindert war, diese Beweisantritte bereits im ersten Rechtszug geltend zu machen.

2. Aus dem Bauvorhaben U-klinik C2 steht dem Kläger eine restliche Vergütung iHv 4.112,10 € zu.

a. Vertragsgrundlage ist hier unstreitig das Auftragsschreiben der Beklagten vom 25.03.2004 in Verbindung mit dem Auftragsverhandlungsprotokoll vom 02.03.2004, durch das ebenfalls die VOB/B einbezogen wurde.

b. Aufgrund der Schlussrechnung der Schuldnerin vom 31.07.2006 steht dem Kläger ein Restwerklohn iHv 4.112,10 € zu.

(1) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auch hier der Kläger nicht gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2, 3 und 5 VOB/B von vornherein mit Nachforderungen ausgeschlossen. Gemäß den obigen Ausführungen zum Bauvorhaben C liegt auch hier aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 05.12.2006, mit dem der Schuldnerin die geprüfte Schlussrechnung übersandt wurde, keine schlusszahlungsgleiche Erklärung vor, denn auch darin wird mit dem Mängel einbehalt iHv insgesamt 39.300 € ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, also nicht endgültig eine Zahlung verweigert.

(2) Als Ausgangsbetrag für die von der Schuldnerin erbrachten Leistungen ist nicht auf den in der Schlussrechnung der Schuldnerin vom 31.07.2006 genannten Betrag von 280.133,43 €, sondern auf den in der Schlussrechnungsprüfung der Beklagten vom 05.12.2006 eingesetzten Grundbetrag iHv 259.885,01 € abzustellen. Im Anschluss an die obigen Ausführungen zum Bauvorhaben C hat der Kläger auch hier nicht hinreichend vorgetragen, dass die von der Beklagten in deren Schlussrechnungsprüfungsschreiben vom 05.12.2006 im einzelnen aufgeführten Einwände gegen die Höhe der Einheitspreise und der Massen inhaltlich unzutreffend sind.

(3) Ausgehend von 259.885,01 € ist ein 6%-iger Nachlass gemäß Ziffer 5.3 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 02.03.2004 unstreitig, so dass sich die Forderung zunächst auf 244.291,91 € reduziert.

(4) Die - von der Schuldnerin nicht berücksichtigte - Umlage für Bauschuttbeseitigung iHv 0,5 % der Abrechnungssumme ist in Ziffer 23.1 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 02.03.2004 geregelt und ermäßigt die Werklohnforderung weiter auf 243.070,45 €.

(5) Zahlungen der Beklagten iHv 226.804,82 € reduzieren die Forderung des Klägers auf zunächst 16.265,63 €.

(6) Dieser Betrag von 16.265,63 € ermäßigt sich weiter durch den Abzug einer Vertragsstrafe iHv 12.653,53 € auf abschließend 4.112,10 €.

(a) Die Vereinbarung von Fertigstellungsterminen für "*Taunus 1 bis 30.9.04 und Taunus 2 30.04.2005*" in Ziffer 10.2 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 02.03.2004 und einer Vertragsstrafe in Ziffer 11 bei Überschreiten der vereinbarten Termine für jeden Werktag der Verspätung iHv 0,1 % pro Tag, jedoch begrenzt auf max. 5 % des Vertragspreises, ist unstreitig.

(b) Die Vertragsstrafe ist auch verwirkt. Der Kläger hat den Vortrag der Beklagten, dass sich die Fertigstellung bis in das Jahr 2006 hineinzog, ohne dass es für die Überschreitung Gründe oder ein fehlendes Verschulden gegeben habe, nicht bestritten, der Kläger trägt sogar selbst vor, die Arbeiten seien am 28.03.2006 fertig gestellt worden.

(c) Die Beklagte hat sich die Vertragsstrafe bei Abnahme gemäß § 11 Nr. 4 VOB/B vorbehalten.

Eine Abnahme ist konkludent - erst - dadurch erfolgt, dass die Beklagte in die Prüfung der Schlussrechnung eingetreten ist (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Ur. v. 18.07.2002 - 12 U 172/01; Kapellmann/Messerschmidt a.a.O., § 12 VOB/B Rz. 19). Diese Schlussrechnungsprüfung schloss mit dem Schreiben der Beklagten vom 05.12.2006 ab, in dem diese aber zugleich auch die Vertragsstrafe geltend machte.

Eine frühere Abnahme ist nicht erfolgt. Eine in Ziffer 13.1 des Auftragsverhandlungsprotokolls vom 02.03.2004 vorgesehene förmliche Abnahme hat - trotz entsprechender Aktivitäten der Schuldnerin zu Terminvereinbarungen am 29.03.2006 bzw. 05.04.2006 - nicht stattgefunden. Soweit sich der Kläger auf die Abnahmefiktionen gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B, demzufolge die Leistung mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung (hier erfolgt durch das Schreiben der Schuldnerin vom 29.03.2006) als abgenommen gilt, beruft, haben die Parteien diese Abnahmefiktion gemäß Ziffer 13.1 des Auftragsverhandlungsprotokoll vom 02.03.2004 ausdrücklich ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss ist auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig (Kapellmann/Messerschmidt, a.a.O., § 12 VOB/B Rz. 103). Auch auf den Vortrag des Klägers, die Abnahme sei durch die Inbetriebnahme der Anlage erfolgt, kann keine Abnahme gestützt werden, denn das Vorbringen erfolgt ohne weitere tatbestandliche Einzelheiten, insbesondere auch ohne zeitliche Einordnung der Inbetriebnahme.

(d) Gegen den Inhalt der Vertragsstrafenklausel bestehen keine Bedenken, insbesondere werden die von der Rechtsprechung (vgl. BGH, Ur. v. 23.1.2003 - VII ZR 210/01, BauR 2003, 870 = NZBau 2003, 321; v. 6.12.2007 - VII ZR 28/07, BauR 2008, 508) aufgestellten Höchstgrenzen von 5 % insgesamt bzw 0,3% pro Tag nicht überschritten. Bei vereinbarten Fertigstellungsterminen vom 30.09.2004 bzw. 30.04.2005 und einer tatsächlichen Fertigstellung im Jahr 2006 ist bei einem Werktagessatz iHv 0,1 % der Maximalfaktor von 5 % des Vertragspreises verwirkt. 5% der Abrechnungssumme (243.070,45 €) ergeben eine Vertragsstrafe von 12.653,53 €.

(7) Die Werklohnforderung der Schuldnerin ist aufgrund der dargestellten Abnahme vom 05.12.2006 auch fällig, § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB.

(8) Die Restvergütung der Schuldnerin ist nicht durch eine Aufrechnung mit einem Anspruch der Beklagten gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten für die Beseitigung von Mängeln in Höhe von 25.128,50 € erloschen. Ebenso wie beim Bauvorhaben C ist die Beklagte auch hier ihrer Darlegungs- und Beweislast bezüglich der als Ersatzvornahme erbrachten Leistungen und der dadurch entstandenen Kosten nicht nachgekommen. Der Kläger

hat auch hier im Einzelnen die von der Beklagten geltend gemachten Leistungen und die dafür angesetzten Kosten insgesamt sowie deren Angemessenheit bestritten, ohne dass die Beklagte daraufhin Beweis für diese streitigen Umstände angetreten hätte. Der einzige Beweisantritt betrifft auch hier die Begleichung einer Rechnung der Firma S & R iHv 11.000 €, was von dem Kläger akzeptiert wird, aber nichts daran ändert, dass weiterhin die Erbringung der abgerechneten Leistungen in Streit steht. Die im Berufungsverfahren erfolgten Beweisantritte der Vernehmung der Zeugen S und L2 sowie der Einholung eines Sachverständigengutachtens sind gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen, denn es ist keiner der in § 531 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 ZPO aufgeführten Zulassungsgründe verwirklicht.

3. Hinsichtlich des Bauvorhabens Evangelisches-C3-Krankenhaus beläuft sich der Restwerklohn auf 12.382,06 €.

a. Grundlage des mit Schreiben der Beklagten vom 17.05.2006 erteilten Werkauftrages ist das Auftragsverhandlungsprotokoll vom 09.03.2006, in dem die Parteien auch die Geltung der VOB/B vereinbart haben. Da die Vertragserfüllung von der Schuldnerin infolge ihrer in eine Insolvenz mündenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten abgebrochen wurde und zu einer darauf gestützten Kündigung nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B nichts vorgetragen ist, liegt ein Fall der einvernehmlichen Vertragsaufhebung vor, der dazu führt, dass der Kläger eine Vergütung für die von der Schuldnerin tatsächlich ausgeführten Leistungen verlangen kann (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 1782).

b. Auf der Basis der von dem Kläger erstellten Schlussrechnung vom 30.11.2009 steht diesem ein Restwerklohn iHv 12.382,06 € zu.

(1) Der Kläger hat die erbrachten Leistungen mit Schlussrechnung vom 30.11.2009 nebst beigefügter Aufmaßzusammenstellung mit 13.247,66 € bewertet und kommt unter Abzug von 1% Kostenbeteiligung des Nachunternehmers sowie 0,25 % Bauleistungsversicherung zu einer Werklohnforderung von 13.082,06 €.

(2) Die von der Schuldnerin erbrachten Leistungen sind auf der Basis der von dem Kläger zur Akte gereichten Aufmaßes mit einem Ausgangsbetrag von 13.247,66 € zu bewerten.

(a) Zwar hat der Kläger die in Ziffer 13.1 der in den Vertrag einbezogenen Bedingungen für Nachunternehmer (NUB) enthaltene Vereinbarung, dass die Abrechnung nach einem gegenseitig anerkannten Aufmaß erfolgt, nicht eingehalten. Von den der Schlussrechnung beigefügten, geschätzten 100 Einzelaufmaßblätter sind lediglich 24 in der Spalte für den Bauherrn mit einer Unterschrift "Engelhardt" - von dem die Beklagte weiter vorträgt, dieser habe für sie keine Erklärungen abgeben dürfen - versehen.

(b) Das fehlende gemeinsame Aufmaß führt aber nicht dazu, dass der Werkunternehmer keine Werklohnforderung mehr geltend machen kann oder diese zumindest nicht fällig ist (vgl. BGH, Urte. v. 29.04.1999 - VII ZR 127/98 = BauR 1999, 1185 Rz. 12f; Werner-Pastor, a.a.O., Rz. 1869). Zwar hat der Werkunternehmer nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind (BGH, a.a.O.). Jedoch darf der Besteller aufgrund seiner nach § 138 Abs. 1 ZPO bestehenden Pflicht zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Erklärung die Angaben des Unternehmers nicht einfach pauschal bestreiten (vgl. Vowinkel, NZBau 2017, 258, 259).

Allerdings erscheint es zu weitgehend, immer dann, wenn der Werkunternehmer seine Leistungen anhand eigener Aufmaßblätter darlegt, vom Auftraggeber zu verlangen, dass er substantiiert darlegt, weshalb das Aufmaß unrichtig sei (so KG, Beschl. v. 15.04.2014 - 27 U 152/13 = IBR 2017, 363; Urte. v. 01.06.2007 - 7 U 190706 = BauR 2007, 1752 Rz. 10). Andererseits ist es auch verfehlt, generell ein einfaches Bestreiten genügen zu lassen, weil der Unternehmer es in der Hand habe, ein gemeinsames Aufmaß herbeizuführen (so OLG

Bamberg, Beschl. v. 11.04.2016 - 4 U 196/15 = BauR 2016, 1778 Rz. 24). Die erste Sichtweise berücksichtigt nicht ausreichend, dass die verlangten Erklärungen zumutbar sein müssen und eine Erklärungspflicht - wie auch für das Bestreiten mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) anerkannt - nur im Rahmen des präsenten oder durch Nachforschungen im eigenen Geschäftsbereich erlangbaren Wissens besteht (vgl. nur Zöller-Greger, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 138 Rz. 13-16 mwN). Die zweite Ansicht übersieht, dass die in der konkreten Prozesssituation bestehenden Erklärungspflichten des Prozessgegners gemäß § 138 ZPO unabhängig davon sind, ob der Prozessführer zu einem früheren Zeitpunkt materiell die Möglichkeit gehabt hätte, die Prozesslage zu seinen Gunsten zu gestalten.

Vorliegend genügt die Beklagte mit ihrem pauschalen Bestreiten des von dem Kläger vorgelegten Aufmaßes nicht ihrer Erklärungslast, denn sie hat konkrete Kenntnis von den Leistungen, die die Schuldnerin erbracht hat. Dies ergibt sich daraus, dass sie ihrerseits mit einer Gegenforderung iHv 17.105,32 € für die Mehrkosten aufrechnet, die ihr durch die Einschaltung von Drittfirmen zur weiteren Ausführung der von der Schuldnerin abgebrochenen Bauleistungen entstanden seien. Wenn der Beklagten - nach ihrem eigenem Vorbringen - die Bezifferung der Fertigstellungs-Mehrkosten möglich ist, hätte sie im Zusammenhang mit den von dem Kläger für die Leistungen der Schuldnerin abgerechneten Massen im Einzelnen vortragen können und nach § 138 Abs. 1 ZPO auch müssen, welche konkret abgerechneten Leistungen die Schuldnerin nicht erbracht hat.

(3) Der damit maßgebliche Wert der von der Schuldnerin erbrachten Leistungen iHv 13.247,66 € ist neben dem Abzug von 1% Kostenbeteiligung des Nachunternehmers sowie von 0,25 % Bauleistungsversicherung, die zusammen zu einer Werklohnforderung von 13.082,06 € führen, wegen des vereinbarten Pauschalnachlasses von 20.000 € auch noch um einen Betrag von 700 € auf abschließend 12.382,06 € zu reduzieren.

Die Parteien haben in der Vereinbarung vom 03.08.2006 einen pauschalen Nachlass iHv 20.000 € auf die gesamte Abrechnungssumme dahingehend vereinbart, dass dieser Betrag von der 1. Abschlagsrechnung in Abzug gebracht werden könne.

Da die Schuldnerin bei diesem Bauvorhaben mit einem Auftragsvolumen von 372.392,32 € wegen der vorzeitigen Beendigung nur Leistungen in der Größenordnung von 13.000 € erbracht hatte, also nur etwa 3,5 % der Bauleistungen, liegt im Sinne von § 313 BGB eine Störung der Geschäftsgrundlage in Bezug auf die Nachlass-Vereinbarung vor. Damit ist darauf abzustellen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie bedacht hätten, dass es zu einem frühzeitigen Ausführungsabbruch kommen kann. Interessengerecht ist eine entsprechend prozentuale Anpassung des Nachlasses, so dass die von dem Kläger abgerechnete Vergütung um (3,5 % von 20.000 € =) 700 € zu reduzieren ist.

(4) Eine Vertragsstrafe hat die Schuldnerin nicht verwirkt. Die Parteien haben in dem Auftragsverhandlungsprotokoll vom 09.03.2006 im Zusammenhang mit den Ausführungsfristen eine Vertragsstrafenklausel vereinbart. Durch diese Klausel liegt eine Vertragsstrafenvereinbarung für den Fall einer verzögerten Bauausführung iSv § 339 BGB vor, die Parteien haben aber nicht zugleich eine Vertragsstrafe auch für den Fall der Nichterfüllung seitens der Schuldnerin iSv § 341 BGB getroffen. Verpflichtet sich der Auftragnehmer zur Zahlung einer Vertragsstrafe an den Auftraggeber für den Fall, dass er seine Leistung nicht bis zu einem bestimmten Termin erbracht hat, so handelt es sich im Zweifel um ein Strafversprechen, das (nur) an die nicht gehörige/verspätete Erfüllung des Auftragnehmers anknüpft (Kapellmann Messerschmidt, a.a.O., § 11 Rz. 23).

(5) Die Beklagte kann auch nicht mit Mehrkosten iHv 17.105,32 € aufrechnen, denn es steht aus prozessualen Gründen zu Lasten der Beklagten nicht fest, dass ihr ein entsprechender angemessener Kostenaufwand entstanden ist.

Der Vortrag der Beklagten ist nicht hinreichend substantiiert. Wie bereits mit Hinweisbeschluss

vom 29.06.2016 ausgeführt, hat die Beklagte ihre Mehrkosten nicht schlüssig dargelegt. Es ist nicht erkennbar, inwieweit die Mehrkosten der Drittfirmen auf höheren Einheitspreisen oder auf Mehrleistungen, die auch der Schuldnerin gegenüber zu vergüten gewesen wären, beruhen. Es fehlt eine Darstellung, welche Leistungen die Schuldnerin zu welcher Vergütung zu erbringen hatte, insoweit ist die auf Seite 3 des Auftragsverhandlungsprotokoll vom 09.03.2006 zitierte "EP-Liste S. 1-87" auch auf den gerichtlichen Hinweis nicht zur Akte gereicht worden. Zudem sind bezüglich der von der Beklagten behaupteten Fertigstellungs-Mehrkosten in Höhe von 17.105,32 € weder die Rechnungen noch das Aufmaß seitens der die Leistungen zu Ende führenden Drittunternehmen eingereicht worden, noch die von der Beklagten gegenüber ihrem Auftraggeber erstellten Rechnungen und Aufmäße. Hinsichtlich der Drittleistungen nimmt die Beklagte im Wesentlichen auf die Anlage B 31 (BI 309 GA) Bezug, in dieser Aufstellung sind aber lediglich unspezifiziert die Einzelbeträge verschiedener Firmen für verschiedene Gewerke als bloße tabellarische Übersicht aufgelistet.

## II.

Die Gesamtwerklohnforderung des Klägers iHv 48.277,98 € ist gemäß den §§ 387, 389 BGB durch die von der Beklagten erklärte erste Hilfsaufrechnung mit einer Gegenforderung gegen die Schuldnerin iHv 48.312,03 € erloschen.

1. Die Beklagte hat gegen die Schuldnerin aus den §§ 631, 280 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch iHv 48.312,03 €, da die Schuldnerin die für das Bauvorhaben D-Klinikum D2 Haus 3 und Haus 8 von der Beklagten erworbenen und der Schuldnerin überlassenen Einbaukomponenten nach der Kündigung des Vertrages nicht an die Beklagte herausgegeben hat.

a. Aus dem über das Bauvorhaben D-Klinikum D2 am 24.03.2005 abgeschlossenen Werkvertrag traf die Schuldnerin die vertragliche Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB), sich bei der Abwicklung dieses Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Eigentum und sonstige Rechtsgüter der Beklagten als Bestellerin nicht verletzt werden (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 2273ff; Palandt-Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017 § 241 Rz. 7), wobei diese Pflicht auch nachvertraglich fortwirkte (Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 280 Rz. 7, § 242 Rz. 29).

Die Schuldnerin hatte im Anschluss an die am 23.08.2006 seitens der Beklagten erklärte Kündigung die Pflicht, dieser die zur Bauausführung überlassenen Gegenstände zurückzugeben. Dies gilt auch dann, wenn die Beklagte - wie der Kläger behauptet - an den Einbaukomponenten wegen eines fortbestehenden Eigentumsvorbehalts der Fa. L & Q2s kein Eigentum inne hatte, denn der Beklagten stand jedenfalls ein Anwartschaftsrecht zu, welches generell als "wesensgleiches Minus" einen ähnlichen Rechtsschutz wie das Eigentum vermittelt und beispielsweise auch als "sonstiges Recht" iSv § 823 anerkannt ist (vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1970 - VIII ZR 242/68 = BGHZ 55, 20 = NJW 1971, 799 mwN).

b. Dadurch, dass die Schuldnerin die Herausgabe der Einbaukomponenten mit anwaltlichem Schreiben vom 23.08.2006 ausdrücklich verweigerte, hat sie gegenüber der Beklagten ihre Vertragspflichten verletzt. Entgegen der Ansicht des Klägers war die Schuldnerin nicht berechtigt, die überlassenen Einbaukomponenten gemäß § 369 HGB zurückzubehalten. Zwar hatte die Schuldnerin gegen die Beklagte aus einem beidseitigen Handelsgeschäft eine fällige Forderung, denn nach den obigen Ausführungen war jedenfalls die Werklohnforderung aus dem Bauvorhaben C iHv 31.783,82 € seit Januar 2006 fällig. Auch kann das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB sich auch auf das - durch den Eigentumsvorbehaltskauf entstandene - Anwartschaftsrecht der Beklagten beziehen (vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Lettl, HGB, 3. Aufl. 2015, § 369, Rz. 19). Das Zurückbehaltungsrecht war aber nach § 269 Abs. 3 HGB ausgeschlossen, da die Zurückbehaltung der Einbaukomponenten der von der Beklagten erteilten Anweisung bzw. der von der Schuldnerin übernommenen Verpflichtung, mit diesen Gegenständen in einer bestimmten Weise zu verfahren, widersprach. Auch wenn für den Fall, dass Sachen zur Bearbeitung in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, ein Ausschluss des

Zurückbehaltungsrechts eher zurückhaltend gesehen wird (s. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Lettl a.a.O. § 369, Rz. 35), ist ein solcher vorliegend zu bejahen, denn die Einbaukomponenten waren der Schuldnerin nicht zur "freien" Verarbeitung überlassen worden, sondern mit der konkreten Zweckbestimmung, diese im Rahmen der von der Schuldnerin übernommenen Werkleistung an dem Bauvorhaben D-Klinikum D2 einzusetzen. Da dieser Verwendungszweck mit der Vertragskündigung entfallen war, konnte die Schuldnerin nicht mehr in der Weise damit verfahren, wie dies zwischen den Parteien abgesprochen worden war, so dass gemäß § 369 Abs. 3 HGB das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen war. Die gleichen Erwägungen stehen auch dem allgemeinen Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB entgegen, denn auch dort ist anerkannt, dass sich ein Ausschluss aus der Natur des Schuldverhältnisses sowie Treu und Glauben ergeben kann.

c. Der Kläger hat die Verschuldensvermutung (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht widerlegt. Dass die Schuldnerin sich im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts anwaltlicher Hilfe bedient hatte, entlastet sie nicht, denn sie hat für ein etwaiges Verschulden ihres Rechtsberaters nach § 278 BGB einzustehen (BGH, Urt. v. 11.06.2014 - VIII ZR 349/13 = NJW 2014, 2717 Rz. 37). Die von der Schuldnerin beauftragten Rechtsanwälte haben die Rechtslage iSv § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig falsch bewertet, denn sie haben bei der Verweigerung der Herausgabe in dem Schreiben vom 25.08.2006 allein darauf abgestellt, dass die Beklagte aufgrund des fortbestehenden Eigentumsvorbehalts der Fa. L & Q2s schon keinen Herausgabeanspruch habe. Damit haben sie sorgfaltswidrig ausschließlich einen auf das Eigentum fußenden Anspruch nach § 985 BGB in Betracht gezogen und übersehen, dass die Beklagte ein Anwartschaftsrecht hatte und § 985 BGB auf den Inhaber eines Anwartschaftsrechts analog anwendbar ist (vgl. Erman-Ebbing, BGB, 14. Aufl. 2014, § 985, Rz. 8).

d. Durch die Pflichtverletzung der Schuldnerin ist der Beklagten ein kausaler Schaden iHv 48.312,03 € entstanden, denn sie hat die - mit der ersten Hilfsaufrechnung geltend gemachte - Zahlung iHv 48.312,03 € auf den Erstbezug der der Schuldnerin überlassenen Einbaukomponenten nachgewiesen.

Die Einbaukomponenten für das Bauvorhaben D-Klinikum D2 Haus 3 und Haus 8 sind gemäß den Lieferscheinen vom 29.05.2006 mit der Nr. 570170-261 und dem Betreff "Projekt 2433/20, CTK D2, Haus 3, Neubau Lüftung" (Anlage 24a, BI 253z3 GA) bzw. Nr. 570172-261 und dem Betreff "Projekt 2433/21, CTK D2, Haus 8, Lüftung" (Anlage 33, BI 347 GA) von der Fa. L & Q2 am 31.05.2006 vor Ort an die dies mit Firmenstempel und Unterschrift quittierende Schuldnerin ausgehändigt worden.

Mit an die Beklagte adressierten Rechnungen der Fa. L & Q2 vom 14.06.2006 mit der Nr. 995963 und dem Betreff "Projekt: 2433/20, CTK D2, Haus 3, Neubau Lüftung" iHv 41.817,56 € (Anlage 24b, BI 253z5-8 GA) bzw. Nr. 995964 und dem Betreff "Projekt: 2433/21, CTK D2, Haus 8, Lüftung" iHv 20.879,11 € (Anlage 34, BI 348-350 GA) wurden diese Einbaukomponenten der Beklagten in Rechnung gestellt.

Gemäß Überweisungsbeleg nebst Tageskontoauszug vom 17.08.2006 (beides Anlagenkonvolut B40, BI 767 und 769 GA) hat die Beklagte der Fa. L & Q2 mit dem Verwendungszweck "Rechnung 995963 + 995964" einen Betrag von 48.312,05 € überwiesen.

Diese von der Warenauslieferung über die Inrechnungstellung und Teil-Begleichung iHv 48.312,05 € lückenlos durch Urkunden belegte Beweiskette ist im Sinne von § 286 Abs. 1 ZPO beweiskräftig. Soweit der Kläger bemängelt, dass die vorgetragene Zahlungen von 48.312,05 € und weiteren 10.440,58 € (s. insoweit Anlagenkonvolut B40, BI 780f GA) nicht mit den Rechnungsbeträgen von 41.817,56 € und 20.879,11 € übereinstimmen, greifen diese Bedenken im Rahmen der Beweiswürdigung nicht durch. Anhand der Rechnungsnummern ist - worauf es vorliegend allein ankommt - jedenfalls die Zahlung von 48.312,05 € den beiden Lieferschein-Rechnungen (Nrn. 995963 + 995964) und damit dem Waren-Erstbezug eindeutig zuordbar.

e. Die im Verhandlungstermin am 13.04.2016 (erneut) abgegebene Aufrechnungserklärung der Beklagten ist auch zulässig, ihr steht insbesondere nicht die am 29.09.2006 erfolgte Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin entgegen. Im eröffneten Insolvenzverfahren kann gemäß § 94 InsO weiter aufgerechnet werden, wenn die Aufrechnungslage zur Zeit der Verfahrenseröffnung bereits bestand. Dies war der Fall, denn die Pflichtverletzung ist auf den Zeitpunkt der Verweigerung der Herausgabe der von der Beklagten gelieferten Waren gemäß Schreiben der Schuldnerin vom 25.08.2006 zu datieren. Bereits vor diesem Zeitpunkt - am 17.08.2006 - hatte die Beklagte die Zahlung iHv 48.312,05 € an die Fa. L & Q2 geleistet, womit sich ein entsprechender Schaden - unbeschadet davon, dass bereits die Belastung mit einer Verbindlichkeit einen Vermögensnachteil darstellt - manifestiert hatte.

f. Da die Gegenforderung der Beklagten iHv 48.312,05 € den Restwerklohnanspruch des Klägers iHv 48.277,98 € übersteigt, ist die Forderung des Klägers insgesamt erloschen, § 389 BGB. Auf die Begründetheit der weiter hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten kommt es nicht mehr an.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Bei der Festsetzung des Gegenstandswerts auf 157.075,16 € wurden neben dem von der Berufung angegriffenen Klagezusprechung iHv 92.303,02 € weiterhin gemäß § 45 Abs. 3 GKG folgende Hilfsaufrechnungen in einer Gesamthöhe von 64.772,14 € berücksichtigt:

- Ersatzvornahmekosten bei den Bauvorhaben

Uklinik C2 iHv 4.112,10 € C2

Evangelisches-C3-Krankenhaus iHv 12.382,06 €

- Schadensersatzforderung wegen der nicht herausgegebenen Einbaukomponenten iHv 48.277,98 €

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Rechtsgrundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts entschieden.