

KG

Urteil

vom 10.07.2018

21 U 30/17

BGB §§ 648a, 649; VOB/B § 2 Abs. 5, 6

1. Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen.*)

2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären.*)

3. Soweit der Unternehmer die Werkleistung durch einen Nachunternehmer erbringen lässt, liegen seine Mehrkosten in der Mehrvergütung, die er aufgrund einer Leistungsänderung an diesen entrichten muss, solange diese Mehrvergütung marktgerecht ist.*)

4. Übersteigt die einem Bauunternehmer zugesagte Vergütung die Kosten, die ihm durch die Vertragserfüllung tatsächlich entstehen, so dass er einen Zuschlag zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns erwirtschaftet, ist bei Ermittlung des Mehrvergütungsanspruchs nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B der entsprechende Zuschlagsfaktor auch auf die änderungsbedingten Mehrkosten anzuwenden ("guter Preis bleibt guter Preis").*)

5. Auch bei der Ermittlung dieses Zuschlagsfaktors kommt es im Streitfall nicht auf den vom Unternehmer kalkulierten Wert, sondern den Faktor an, der in Anbetracht der tatsächlichen Kosten des Bauvorhabens und der Vergütungshöhe zutreffend ist.*)

6. Auch wenn die Vergütung des Unternehmers zur Deckung seiner Kosten nicht auskömmlich ist, beläuft sich sein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B stets zumindest auf seine änderungsbedingten Mehrkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns.*)

7. Dieser angemessene Zuschlagsfaktor beträgt analog §§ 649 Satz 3 und 648a Abs. 5 Satz 3 BGB a.F. mindestens $100/95 = 20/19 = 1,0526$.*)

8. Für Bauprozesse folgt hieraus: Ein Bauunternehmer hat seinen Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B jedenfalls in Höhe eines Sockelbetrages schlüssig dargelegt, wenn er die ihm durch die Leistungsänderung tatsächlich entstandenen Mehrkosten vorgetragen hat. Ist dies geschehen, muss der Unternehmer die Kalkulation seiner Vergütung nicht weiter darlegen.*)

KG, Urteil vom 10.07.2018 - 21 U 30/17 (nicht rechtskräftig)

vorhergehend:

LG Berlin, 09.02.2017 - 8 O 180/15

In dem Rechtsstreit

....

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 10.04.2018 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Retzlaff als Einzelrichter

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers und der Beklagten zu 1), 4) und 5) sowie auf die Anschlussberufung der Beklagten zu 2) und 3) wird das Urteil des Landgerichts vom 9. Februar 2017 abgeändert und wie folgt neugefasst:

1. Die Beklagten zu 1) bis 5) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 17.098,59 Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) zu zahlen, Zug um Zug gegen Beseitigung der folgenden Mängel in der Wohnung 12.0.3 in der Z### # , # B# :

- * In der gesamten Wohnung weist das Parkett Kratzer, Schattierungen und Farbflecken auf.
- * Die Spaltmaße zwischen dem Parkett und der Fußbodenleiste sind zu weit.
- * Der Farbanstrich der Fensterbänke aus Holz ist nicht deckend und schließt Staub- und Schmutzpartikel ein.

2. Die Klage im Übrigen und die Widerklage werden abgewiesen.

II. Im Übrigen werden die Berufung des Klägers und der Beklagten zu 1), 4) und 5) sowie die Anschlussberufung der Beklagten zu 2) und 3) zurückgewiesen.

III. Die Kosten des vorliegenden Rechtsstreits werden wie folgt verteilt:

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers haben dieser selbst zu 73 %, die Beklagte zu 1) zu 20 % und die Beklagten zu 2) bis 5) als Gesamtschuldner zu 7 % zu tragen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) haben der Kläger zu 67 % und die Beklagte zu 1) zu 33 % zu tragen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) bis 5) haben der Kläger zu 83 % und die Beklagten zu 2) bis 5) zu 17 % zu tragen.

Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Berlin 7 OH 3/12 tragen der Kläger zu 67 %, die Beklagte zu 1) zu 33 %.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleitung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird in dem unter II.6 der Gründe erläuterten Umfang zugelassen.

Gründe:

I.

Die P# I## GmbH & Co. KG (im Folgenden: P# KG) war Eigentümerin der Grundstücke Z### #

und # , # B# , die mit Wohnhäusern bebaut sind. Geschäftsführer der Komplementärin der P# KG war der mittlerweile verstorbene I# v# B## . Die Beklagte zu 1) war bis zu seinem Tod seine Ehefrau, die Beklagten zu 2) bis 5) sind seine Kinder, alle Beklagten zusammen sind seine Erben.

Die P# KG wollte die genannten Grundstücke in Wohneigentum aufteilen, die Gebäude sanieren und an Erwerber veräußern. Am 22. Juni 2009 beauftragte sie den Kläger als Generalunternehmer mit den erforderlichen Bauleistungen (Anlage K 31). Dabei war für die einzelnen Wohnungen in Raumbüchern ein näher definierter Mindeststandard vorgegeben, von dem die Erwerber abweichen konnten. Aufgrund derartiger Sonderwünsche und sonstiger Planungsänderungen wurden die Raumbücher im Verlauf der Baumaßnahmen wiederholt fortgeschrieben und geändert.

Während der Bauarbeiten erwarben die Eheleute v# B## , also I# v# B## und die Beklagte 1), die Wohnung 12.0.3 in der Z#### # . Fortan wollten die P# KG und der Kläger ihren Generalunternehmervertrag dahin ändern, dass die Sanierung und Modernisierung dieser Wohnung nicht mehr Gegenstand dieses Vertrages ist, sondern stattdessen von den Eheleuten v# B## beauftragt wird. In Umsetzung dieses Ziels schlossen die Eheleute v# B## und der Kläger im Verlauf des Jahres 2010 einen schriftlichen Generalunternehmervertrag betreffend die Sanierung und Modernisierung ihrer Wohnung (Anlage K 1, im Folgenden auch "Bauvertrag"). Der Tag des Abschlusses des Vertrages ist zwischen den Parteien umstritten, in der Vertragsurkunde ist der 22. April 2010 angegeben. In Ziff. 3 des Vertrages nehmen die Parteien hinsichtlich des "Ausbaustandards" bzw. der "durchzuführenden Maßnahmen" auf ein Raumbuch Bezug. Welche der unterschiedlichen Versionen des Raumbuchs für die Wohnung 12.0.3. damit gemeint war, ist zwischen den Parteien umstritten. Der Vertrag sieht eine Pauschalvergütung von 84.033,61 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer vor, das sind 100.000,- Euro brutto. Die Parteien vereinbarten unter anderem die Geltung der VOB/B. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 1 verwiesen.

Bis zum Oktober 2010 führte der Kläger Bauarbeiten in der Wohnung 12.0.3. durch, die die Eheleute v# B## am 13. Oktober 2010 abnahmen. Dabei behielten sie sich im Abnahmeprotokoll zahlreiche Mängel vor. Insbesondere wird hinsichtlich mehrerer Räume in der Mängelliste vermerkt, dass das Parkett "fleckig", "nicht feingereinigt" oder der "Boden großflächig abgedeckt" sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 4 verwiesen. Ob die Bauleistung des Klägers mangelhaft war und ob er in der Folgezeit eventuelle Mängel beseitigte, ist zwischen den Parteien umstritten.

Unter dem 28. April 2011 legte der Kläger Schlussrechnung über seine Vergütung aus dem Bauvertrag mit den Eheleuten v# B## . Mit dieser Rechnung begehrt er die Pauschalvergütung gemäß dem Vertrag in Höhe von 84.033,61 Euro (netto) sowie weitere 32.742,95 Euro (netto) für zusätzlich erbrachte Leistungen (Positionen 2.1 bis 3.20). Abzüglich der erhaltenen Zahlungen von 75.630,26 Euro (netto) und eines Mängeleinbehalts von 5 % ermittelte er eine offene Vergütung von 46.773,40 Euro (einschließlich Mehrwertsteuer). Wegen der Einzelheiten wird auf die Schlussrechnung (Anlage K 6) verwiesen. Die Höhe dieser Vergütung, insbesondere die Berechtigung der Vergütung für zusätzlich erbrachte Leistungen, ist zwischen den Parteien umstritten.

Im März 2012 beantragten die Eheleute v# B## beim Landgericht Berlin die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens über diverse Mängel an den Bauleistungen des Klägers in ihrer Wohnung (7 OH 3/12). Das Landgericht Berlin beauftragte den Sachverständigen E# -A# M# , der unter dem 11. Februar 2013, 7. August 2013 und 15. April 2014 ein Gutachten und

ergänzende Stellungnahmen abgab, auf deren Inhalt hiermit verwiesen wird.

Am 30. Dezember 2014, I# v# B## war mittlerweile verstorben und von den Beklagten beerbt, hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers beim Amtsgericht Wedding Mahnbescheide gegen die Beklagten zu 1) bis 5) wegen eines Betrags von jeweils 46.733,40 Euro nebst Zinsen unter Verweis auf seine Schlussrechnung vom 28. April 2011 beantragt. Dabei hat er im Mahnantragsformular bei den Beklagten jeweils den Zusatz "als Erbengemeinschaft" eingegeben. Am 25. März 2015 hat das Amtsgericht Wedding beim Klägervertreter den Kostenvorschuss für das Mahnverfahren angefordert und zugleich die Zustellung der Mahnbescheide an die Beklagten veranlasst, die am 2. April 2015 bewirkt worden ist. Nach dem Widerspruch aller Beklagten und der Überleitung in ein Streitiges Verfahren vor dem Landgericht Berlin hat der Kläger die Beklagten als Gesamtschuldner in Höhe von 46.733,40 Euro nebst Zinsen in Anspruch genommen. Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt. Zudem hat die Beklagte zu 1) gegen den Kläger wegen diverser Mängel seiner Bauleistung in der Wohnung 12.0.3 einen Schadensersatzanspruch von 24.365,- Euro geltend gemacht und insoweit Widerklage erhoben.

Das Landgericht hat durch Vernehmung des Sachverständigen M# und der Zeugen F# und K## Beweis erhoben. Sodann hat es der Klage mit Urteil vom 9. Februar 2017 in Höhe von 7.787,29 Euro zuzüglich Zinsen stattgegeben. Die Klage im Übrigen und die Widerklage hat es abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: Dem Kläger stehe nur die Pauschalvergütung aus dem Bauvertrag in Höhe von 100.000,- Euro brutto zu, hingegen keine Vergütung für die Nachtragspositionen Ziff. 2.1 bis 3.20 der Schlussrechnung. Der Vertrag zwischen den Eheleuten v# B## und dem Kläger sei dahin auszulegen, dass sämtliche angeblichen Leistungsänderungen bereits von der Pauschale erfasst gewesen seien und dem Kläger folglich keine zusätzliche Vergütung zustehe. Die Mängel hat das Landgericht als nicht erwiesen angesehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags und der Begründung des Landgerichts wird auf das Urteil verwiesen.

Gegen dieses Urteil wenden sich der Kläger und die Beklagten zu 1), 4) und 5) mit ihrer Berufung sowie die Beklagten zu 2) und 3) mit der Anschlussberufung, zu deren Begründung sie jeweils ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholen oder vertiefen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 41.003,43 Euro zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 38.946,11 Euro seit dem 26. August 2011 und aus weiteren 2.057,32 Euro seit Rechtshängigkeit.

Die Beklagten zu 1), 4) und 5) sowie im Wege der Anschlussberufung die Beklagten zu 2) und 3) beantragen,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1) beantragt weiter,

den Kläger unter Abänderung des Urteils des Landgerichts auf ihre Widerklage zu verurteilen, an die Erbengemeinschaft nach I# v# B## , bestehend aus den Beklagten zu 1) bis 5) 22.120,- Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Ferner beantragen der Kläger und die Beklagten,

die Berufung bzw. Anschlussberufung der jeweiligen Gegenseite zurückzuweisen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H# -S# , R# M# , A# R# , N# F# , J# K## , J# B# und J# B# sowie des Sachverständigen E# -A# M# . Wegen des Beweisthemas wird auf den Beweisbeschluss vom 30. Januar 2018, wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf die Terminsprotokolle vom 21. März und vom 10. April 2018 verwiesen.

II.

Die Berufungen des Klägers und der Beklagten zu 1), 4) und 5) sowie die Anschlussberufungen der Beklagten zu 2) und 3) sind zulässig und jeweils zum Teil erfolgreich, im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet.

1. Soweit der Senat aufgrund dieser Rechtsmittel über die Klage zu befinden hat, gilt:

Die Berufung des Klägers hat insoweit Erfolg, als die Klageforderung nicht nur in der vom Landgericht zuerkannten Höhe von 7.789,29 Euro, sondern von 17.098,59 Euro besteht. Soweit er die Verurteilung der Beklagten zu einem noch höheren Betrag beantragt, hat sein Rechtsmittel keinen Erfolg.

Die Berufung bzw. Anschlussberufung der Beklagten zu 1) bis 5) hat insoweit Erfolg, als sie insgesamt - auch in Höhe des bereits vom Landgericht zuerkannten Betrages - nur Zug um Zug gegen Beseitigung der im Tenor aufgeführten Mängel zur Zahlung an den Kläger verurteilt werden können. Im Übrigen haben ihre Berufungsanträge, soweit sie den Zahlungsantrag des Klägers betreffen, keinen Erfolg.

a) Auf den Vertrag zwischen den Parteien ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung anzuwenden, Art. 229 § 39 EGBGB.

b) Aus dem Bauvertrag vom 22. April 2010 hat der Kläger einen Vergütungsanspruch in Höhe von 17.098,59 Euro gegen die als Gesamtschuldner haftenden Beklagten (§ 631 Abs. 1 BGB, hinsichtlich der Beklagten zu 2) bis 5) in Verbindung mit § 1967 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch ermittelt sich wie folgt:

aa)

(1) Ursprünglich hatte die P# KG die Klägerin als Generalunternehmerin mit der Sanierung und dem Ausbau aller Wohnungen in dem Gebäude beauftragt. Dann erwarben der Geschäftsführer der P# KG, I# v# B## , und seine Frau, die Beklagte zu 1), die Wohneinheit 12.0.3. Fortan sollte die Klägerin die Wohnung nicht mehr im Auftrag der P# KG, sondern im Auftrag der Eheleute

v# B## ausbauen. Die Parteien wollten einen entsprechenden Bauvertrag schließen. Dabei bestand in zweifacher Hinsicht Klärungsbedarf:

* Es musste geklärt werden, welcher Anteil der von der P# KG zu zahlenden Gesamtvergütung auf die Arbeiten in der Wohnung 12.0.3. entfiel; dieser Betrag war von den Eheleuten von B. zu übernehmen.

* Dieser zu ermittelnde Betrag bezog sich auf die Grundausstattung, den der Vertrag der Klägerin mit der P# KG für die Wohnungen des Bauvorhabens vorsah, während die Eheleute v# B## teilweise eine bessere Ausstattung wollten. Deshalb war außerdem zu klären, wie dieser höhere Standard preislich zu bewerten war.

(2) Der Zeuge M# und der Kläger haben in ihrer Vernehmung durch den Senat übereinstimmend ausgesagt, dass sie in einer gemeinsamen Besprechung den Ausbau der Wohnung gemäß dem Basisstandard mit 70.000,- Euro (einschließlich Mehrwertsteuer), die darüber hinausgehenden Wünsche mit einer weiteren Vergütung von 30.000,- Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) bewerteten, wobei insbesondere der zweite Betrag nur grob geschätzt werden konnte. Es errechnete sich ein Gesamtbetrag von 100.000,- Euro, der 84.033,61 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer entspricht. Auf diesen Betrag einigten sich sodann die Eheleute v# B## (im Folgenden jetzt: Besteller) und die Klägerin in dem streitgegenständlichen Bauvertrag.

(3) Was aus dieser Vereinbarung für die Vergütung von Bauleistungen des Klägers folgt, die über den Mindeststandard hinausgehen (im Folgenden: Zusatzleistungen), ist zwischen den Parteien umstritten. Hier gibt es auf Grundlage des Vortrags der Parteien drei Möglichkeiten:

* Variante 1: Sämtliche Zusatzleistungen sind eingepreist, unabhängig davon, was sie kosten und auch dann, wenn die Besteller sie erst nach Vertragsschluss gefordert haben.

* Variante 2: Nur die bei Vertragsschluss geforderten Zusatzleistungen sind für 30.000,- Euro eingepreist, später geforderte Zusatzleistungen führen zu einem Mehrpreis.

* Variante 3: Innerhalb der Gesamtvergütung von 100.000,- Euro werden die Zusatzleistungen des Klägers nur vorläufig mit einem Teilbetrag 30.000,- Euro bewertet. Folglich stehen dem Kläger für die Grundausstattung 70.000,- Euro einschließlich Mehrwertsteuer zu, seine Mehrvergütung für Zusatzleistungen ist nach Abschluss der Arbeiten im Zweifel nach den sonstigen Regeln des Vertrages zu ermitteln. Da die VOB/B in den Vertrag einbezogen sind, gilt insoweit § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.

(4) Nach Abschluss der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Parteien die Abrechnung der Zusatzleistungen gemäß der Variante 3 vereinbart haben.

Die Beklagten berufen sich auf die Auslegungsvariante 1. Der Kläger hat dem widersprochen, wobei seinem Vortrag zunächst nicht immer klar zu entnehmen war, ob er die Variante 2 oder die Variante 3 für richtig hält. Bei seiner Vernehmung durch den Senat im Termin am 10. April 2018 hat er dann aber unmissverständlich klargestellt, er habe bei der Vorbesprechung mit dem Zeugen M# bzw. der nachfolgenden Einigung mit I# v# B## eine Abrechnung der Zusatzleistungen nach der Variante 3 vereinbart (Terminsprotokoll vom 10. April 2018, S. 9 f).

(a) Gegen eine Auslegung gemäß der Variante 1 spricht, dass damit für die Besteller die umfassende Möglichkeit begründet wäre, das Auftragsvolumen des Vertrags einseitig auszuweiten, ohne dafür eine Mehrvergütung entrichten zu müssen. Zwar steht es den Parteien eines Bauvertrags frei, eine solche Vereinbarung zu treffen, sie begründet aber ein erhebliches und ungewöhnliches Risiko für den Bauunternehmer, deshalb sind an eine entsprechende

Vertragsauslegung strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 13. März 2008, VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23, 34 ff). Diese sind hier zur Überzeugung des Senats nicht erfüllt.

Die Vereinbarung der Variante 1 lässt sich nicht aus dem Wortlaut der schriftlichen Vertragsurkunde des Bauvertrags vom 22. April 2010 entnehmen. Dort heißt es, der Kläger verpflichtete sich, "sämtliche Liefer- und Bauleistungen zu erbringen, die aus Sicht eines sachkundigen Auftragnehmers erforderlich sind, um das vertragsgegenständliche Objekt mangelfrei, vollständig, schlüsselfertig und zur vertragliche vorgesehenen Nutzung gemäß Raumbuch, Bemusterung und Detailzeichnungen betriebsbereit und funktionsfähig herzustellen" (vgl. Anlage K 1 Ziff. 12). Dies bedeutet lediglich, dass sich der Kläger verpflichtet, alle Leistungen vergütungsneutral zu erbringen, die notwendig sind, um das mit den Bestellern vereinbarte Leistungsoll umzusetzen, nicht aber, dass die Besteller auch berechtigt wären, dieses Leistungsoll einseitig vergütungsneutral auszuweiten. Die pauschale Bezugnahme auf das "Raumbuch", ohne dass die maßgebliche Version eindeutig bezeichnet wird, ändert an diesem Befund nichts.

Auch die Aussagen des Zeugen M# und des Klägers haben keine nicht schriftlich dokumentierten Begleitumstände des Vertragsschlusses ergeben, die die Annahme begründen könnten, die Parteien hätten sich auf die ungewöhnliche Variante 1 geeinigt.

(b) Der Vertrag ist aber auch nicht im Sinne der Variante 2 auszulegen. Zwar haben die Parteien in dem Vertrag die vereinbarte Gesamtvergütung von 100.000,- Euro nicht in einen fixen Teil und einen variablen, der gemäß den Sonderwünschen spitz abzurechnen wäre, aufgeteilt. Dies spricht gegen eine Vertragsauslegung gemäß der Variante 3 und somit für die abschließende Abgeltung der in Bezug genommenen Zusatzleistungen durch die vereinbarte Gesamtvergütung von 100.000,- Euro, also für die Variante 2. Für diese Variante ist es aber von zentraler Bedeutung, dass die mit der vereinbarten Vergütung abgegoltenen Zusatzleistungen klar definiert sind. Dies leistet der Vertrag wiederum nicht, weil kein eindeutiger Bezug zu einer bestimmten Version des Raumbuchs für die Wohnung 12.0.3 hergestellt wird, geschweige denn, dass ein entsprechendes Verzeichnis der Zusatzleistungen in den Vertrag aufgenommen wäre.

Vor diesem Hintergrund ist es kein zwingendes Gegenargument gegen die Variante 3, wenn die Vertragsurkunde des Bauvertrags nicht erkennen lässt, welcher Anteil der Gesamtvergütung auf die noch spitz abzurechnenden Zusatzleistungen entfällt. Zudem waren sich die Vertragsparteien nach Aussage des Zeugen M# und des Klägers jedenfalls mündlich einig, dass sich dieser Vergütungsanteil auf 30.000,- Euro belaufen soll. Die Annahme einer noch genau abzurechnenden Mehrvergütung für die Zusatzleistungen gemäß der Variante 3 ist außerdem eine interessengerechte Lösung, da sie auf eine möglichst genaue und an den Mehrkosten orientierte Abrechnung abzielt, während diese Kosten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach übereinstimmender Aussage des Zeugen M# und des Klägers nur grob abschätzbar waren. Die Ungewissheit über die genaue Vergütungshöhe, die dadurch entsteht, bedeutete für die Parteien keine allzu großen Schwierigkeiten. Schließlich hatten sie auch bei den anderen Wohnungen des Bauvorhabens Z### # und # sowie bei dem vorangegangenen Bauvorhaben in der R## laufend Zusatzleistungen aufgrund von Erwerber-Sonderwünschen zu bewerten und sahen sich dazu bis zu ihrem Streit offenbar auch in der Lage.

(c) Das entscheidende Argument gegen die Vertragsauslegung gemäß der Variante 2 ist, dass jedenfalls nach Abschluss der Beweisaufnahme keine Partei behauptet, sich mit der anderen auf eine solche Abrechnung der Zusatzleistungen geeinigt zu haben: Die Beklagten berufen sich auf die Variante 1. Der Kläger hat demgegenüber in seiner Vernehmung durch den Senat unmissverständlich klargestellt, er habe sich mit I# v# B## jedenfalls mündlich im Sinne der

Variante 3 geeinigt (Terminsprotokoll vom 10. April 2018, S. 9 f). Diese Aussage des Klägers ist auch glaubwürdig, denn die Auslegungsvariante 3 ist für ihn deutlich ungünstiger als die Variante 2. Sie bringt für ihn den Aufwand und das Risiko der Einzelabrechnung gemäß Nachweis ohne erleichternde Pauschalierung mit sich. Da die Variante 1 als Auslegung des Bauvertrags ausscheidet und zugleich weder der Zeuge M# noch der Kläger Tatsachen bekundet haben, die überzeugend eine mündliche Einigkeit zwischen den Beteiligten im Sinne der Variante 2 belegen, ist der Senat deshalb aufgrund der Aussage des Klägers davon überzeugt, dass er und I# v# B## für die Bestellerseite sich einig waren, die Zusatzleistungen im Sinne der Variante 3 abzurechnen.

(d) Unerheblich ist, dass der Kläger seine Schlussrechnung nicht gemäß der Variante 3 legte. Dies hätte bedeutet, dass er den Bestellern für die Bauleistungen zur Grundausstattung der Wohnung 58.823,53 Euro (entspricht 70.000,- Euro einschließlich Mehrwertsteuer) berechnet, während er tatsächlich 84.033,61 Euro netto in Ansatz bringt (vgl. Anlage K 4). Dies ist nach Einschätzung des Senats entweder Ausdruck von interessegeleitetem Verhalten oder die Folge eines Irrtums, denn auch bei seiner Vernehmung schien der Kläger auch nach Nachfrage ernsthaft davon überzeugt gewesen zu sein, dass seine Schlussrechnung seinem Verständnis des Bauvertrags, also der Variante 3, entspricht (Terminsprotokoll vom 10. April 2018, S. 10). Ein zwingendes Argument gegen eine entsprechende Auslegung des Vertrags liegt hierin nicht.

bb) Auf Grundlage dieser Vertragsauslegung ermittelt sich der Vergütungsanspruch des Klägers wie folgt:

(1) Für den Ausbau der Wohnung gemäß dem Standardprogramm aus dem Generalunternehmervertrag mit der P# KG steht der Kläger der Vergütungsanspruch von 70.000,- Euro einschließlich Mehrwertsteuer zu, was einem Nettobetrag von 58.823,53 Euro entspricht.

Der Ansatz von 84.033,61 Euro in der Schlussrechnung (Anlage K 4) als Vergütung der Grundausstattung ist unrichtig. Dies entspricht nicht der Auslegung des Vertrags gemäß der Variante 3, die der Senat - gerade auch auf Grundlage der Aussage des Klägers - für richtig hält (vgl. oben aa) (4)).

(2) Wegen der Zusatzleistungen des Klägers, die auf Sonderwünsche der Besteller zurückgehen, steht der Klägerin ein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B in Höhe von 31.603,86 Euro (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu.

(a) Es ist unstrittig, dass die Leistungen, für die der Kläger unter den Ziff. 2.1 bis 3.20 seiner Schlussrechnung eine zusätzliche Vergütung beansprucht, nicht in der Standardausstattung des Generalunternehmervertrags enthalten waren, sondern darüber hinausgehen. Dies tragen auch die Beklagten so vor. Zwar vertreten sie in ihrem Schriftsatz vom 4. September 2015 die Auffassung, diese Leistungen seien aufgrund der maßgeblichen Version des Raumbuchs vom Kläger geschuldet gewesen (a.a.O. S. 5 ff), der Kläger hat dazu aber vorgetragen, es habe sich hierbei jedenfalls um Leistungen gehandelt, die über die Grundausstattung hinausgehen. Dem haben die Beklagten nicht widersprochen, da ihrer Ansicht nach der Vertrag gemäß der Variante 1 auszulegen ist und der Kläger folglich auch solche Zusatzleistungen auszuführen hat. Dies ist indessen nicht zutreffend, da der Senat die Auslegungsvariante 3 für richtig hält. Im Endergebnis ist somit davon auszugehen, dass diese Leistungen jedenfalls nicht mit der Basisvergütung von 70.000,- Euro abgegolten waren.

(b) Unstrittig ist ferner, dass die über die Basisausstattung hinausgehenden Zusatzleistungen auf

entsprechende Wünsche der Eheleute v# B## zurückgingen. Daher stellen sie Leistungsänderungen im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B dar, da die Parteien diese Vorschrift mit den VOB/B in den Bauvertrag einbezogen haben (vgl. Anlage K 1, Ziff. 7).

(c) Wegen dieser Zusatzleistungen steht dem Kläger dem Grunde nach eine spitz abzurechnende Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B zu. Gemäß der vom Senat für richtig gehaltenen Auslegungsvariante 3 stellt der von den Parteien angesetzte Vergütungsanteil von 30.000,- Euro nur eine vorläufige Bewertung des Mehrvergütungsanspruchs für Zusatzleistungen dar, der gemäß dem tatsächlichen Leistungsumfang abzurechnen ist.

(d) Der Mehrvergütungsanspruch eines Bauunternehmers nach § 2 Abs. 5 VOB/B ist nach Ansicht des Senats wie im Folgenden dargelegt zu ermitteln. Dabei wird zur Vereinfachung nur der Fall betrachtet, dass die Leistungsänderung beim Unternehmer zu Mehrkosten (und nicht zu Minderkosten) führt.

(aa) Nach § 2 Abs. 5 VOB/B ist bei "Änderungen des Bauentwurfs" ein "neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehrkosten" zu vereinbaren. Kommen die Parteien nicht zu einer Einigung, ist die Mehrvergütung nach dieser Maßgabe durch das zuständige Gericht zu ermitteln (vgl. Keldungs in: Ingenstau / Korbion, VOB, § 2 Abs. 5 VOB/B, Rz 49 m.w.N.).

Ausgangspunkt sind nach § 2 Abs. 5 VOB/B somit die Mehrkosten (im Folgenden auch: "Kosten M" oder "M"), die dem Unternehmer durch die Leistungsänderung entstehen. Sie sind zu ermitteln durch einen Vergleich der Kosten, die dem Unternehmer bei Ausführung der ursprünglich vereinbarten Leistungen entstanden wären (im Folgenden auch: "Kosten alt", "Kosten A" oder "A") mit den Kosten, die ihm durch die Leistungsänderung entstehen (im Folgenden auch: "Kosten neu", "Kosten N" oder "N").

Es gilt also: $M = N - A$

Bei den Kosten N handelt es sich um diejenigen Kosten, die dem Unternehmer tatsächlich aufgrund der Leistungsänderung entstanden sind, bei den Kosten A um diejenigen, die dem Unternehmer tatsächlich entstanden wären, wenn die Leistung nicht geändert worden wäre.

Mitunter wird auch die Ansicht vertreten, maßgeblich für die Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B sei es, wie der Unternehmer den Preis bestimmt hätte, wären ihm die änderungsbedingten Mehrkosten von Anfang an bekannt gewesen (vgl. z.B. jüngst OLG Hamm, Urteil vom 9. Mai 2018, 12 U 88/17). Diese Formulierung ist aber zum Einen unvollständig, da sie die entscheidende Frage unbeantwortet lässt, wie die Mehrkosten zu ermitteln sind, zum Anderen missverständlich, denn sie suggeriert, die Mehrvergütung könne einseitig durch den Unternehmer bestimmt werden, während es aber tatsächlich um die Fortschreibung eines durch beide Parteien ausgehandelten Preises geht.

(bb) Die Kalkulation der ursprünglich vereinbarten Vergütung durch den Unternehmer hat nach der Auffassung des Senat auch für die Preisermittlung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B nur die Bedeutung eines Hilfsmittels. Gibt die Kalkulation die tatsächlichen Kosten des Unternehmers nicht zutreffend wieder oder besteht hierüber Streit zwischen den Parteien, kommt es für die Ermittlung der Mehrkosten nach der Formel $M = N - A$ nicht auf die kalkulierten, sondern die tatsächlichen Kosten an. Im Einzelnen:

Die Kosten N können zumeist sowieso nicht der Kalkulation des Vertragspreises entnommen werden, da sie auf eine nachträgliche Leistungsänderung zurückgehen, die im Zeitpunkt des

Vertragsschlusses in der Regel nicht antizipiert werden kann, sodass auch der Kalkulation hierzu regelmäßig nichts entnommen werden kann.

Beispiel 1: Der Unternehmer trägt vor, durch die Änderung der Teilleistung T 1, die er zum Einheitspreis von 100 angeboten hat, entstünden ihm nunmehr Kosten N von 120.

Die Kosten A kann der Unternehmer zwar kalkuliert haben, gleichwohl können sie in aller Regel nicht aus dem Leistungsverzeichnis des Bauvertrags abgelesen werden - maßgeblich sind insoweit der Detaillierungsgrad des Leistungsverzeichnisses und die Art der Leistungsänderung. Deshalb kann der Unternehmer zu ihrer Bestimmung auf seine Kalkulation Bezug nehmen, die dem Leistungsverzeichnis zugrundeliegt.

Beispiel 2: Der Unternehmer legt seine Kalkulation vor, aus der sich ergibt, dass er die zum Einheitspreis von 100 angebotene (nunmehr geänderte) Teilleistung T 1 ursprünglich mit Kosten (= Kosten A) von 80 kalkuliert hat.

Wenn dieser Vortrag unstreitig bleibt, dann stehen die Kosten A des Unternehmers mit 80 fest, sodass sich im Beispiel Mehrkosten von $120 - 80 = 40$ als Grundlage für den Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ergeben. Dabei sind die Kosten A aber nicht deshalb mit 80 anzusetzen, weil sie der Unternehmer so kalkuliert hat, sondern weil seine (ggf. konkludente) Behauptung, die Angaben in seiner Kalkulation entsprächen seinen tatsächlichen Kosten, vom Besteller nicht bestritten wird.

Bestreitet der Besteller den Ansatz aus der Kalkulation des Unternehmers

Beispiel 3: Der Besteller behauptet, die Kalkulation des Unternehmers sei "nicht richtig"; durch die Ausführung der ungeänderten Teilleistung T 1 wären dem Unternehmer nicht Kosten A von 80, sondern von 90 entstanden.

so ist über diese Frage Beweis zu erheben. In der Beweisaufnahme kommt es allein darauf an, ob die hypothetisch gebliebenen Kosten A tatsächlich 80 betragen hätten. Dass der Unternehmer sie mit 80 kalkuliert hat, ist hingegen nicht entscheidend, denn die Kalkulation ist nur Hilfsmittel bei der Ermittlung der änderungsbedingten Mehrkosten.

(cc) Sind auf diese Weise die tatsächlichen Mehrkosten ermittelt, ist die Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs des Unternehmers damit noch nicht abgeschlossen. Der Unternehmer ist nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B nicht dazu verpflichtet, Leistungsänderungen nur gegen Kostenerstattung auszuführen. Insbesondere wenn die Vergütung des Unternehmers, auf die sich die Parteien des Bauvertrags geeinigt haben, über die Kostendeckung hinaus einen weiteren Betrag enthält, den der Unternehmer zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns verwenden kann, dann ist ein entsprechender Zuschlag auch beim Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B gerechtfertigt. Denn in ihm spiegelt sich das Verhandlungsergebnis wieder, das zu dem Vertrag geführt hat und das dem Unternehmer auch bei Leistungsänderungen erhalten bleiben soll.

Der zur Kostendeckung benötigte Anteil der Vergütung entspricht dabei der Höhe der direkten Kosten des Bauvorhabens, also der Einzelkosten der Teilleistung und der Baustellengemeinkosten. Da der hierzu nicht benötigte Vergütungsbestandteil als Marge oder Zuschlag begriffen werden kann, kann er mit einem Zuschlagsfaktor auf die Kosten der Bauleistungen dargestellt werden. Ist der Zuschlagsfaktor > 1 hat der Unternehmer einen Zuschlag zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und / oder seines Gewinns erzielt.

Somit gilt:

Dem Unternehmer steht für seinen Mehrvergütungsanspruch also der Zuschlagsfaktor zu, der sich bei Ansatz der tatsächlichen Kosten der Leistungserbringung aus den vereinbarten Preisen ergibt.

Im Beispiel 3 bedeutet das: Bei einem Preis von 100 betragen die Kosten A nach dem Vortrag des Unternehmers 80, der Zuschlag für Allgemeine Geschäftskosten und Gewinn 20, der Zuschlagsfaktor somit $100/80 = 5/4 = 1,25$. Nach dem Vortrag des Bestellers betragen die Kosten A 90, der Zuschlag 10 und der Zuschlagsfaktor also $100/90 = 10/9 = 1,11$.

Im Streitfall ist auch bei der Bestimmung des Zuschlagsfaktors die tatsächliche Höhe der Kosten A maßgeblich. Das heißt: Gelingt dem Unternehmer nicht der Nachweis dass sich die Kosten A gemäß seiner Kalkulation auf 80 belaufen hätten (die Vermutung des § 650c Abs. 2 S. 2 BGB streitet im vorliegenden Fall nicht für ihn, weil das bis zum 31. Dezember 2017 geltende Recht anzuwenden ist), ist von Kosten A in Höhe von 90 auszugehen und dem sich daraus ergebenden geringeren Faktor von 10/9. Denn im Zweifel ist vor dem Hintergrund der vereinbarten Vergütung nur dieser geringere Zuschlagsfaktor darstellbar.

Zu ergänzen ist, dass der Zuschlagsfaktor anhand der beauftragten Gesamtleistung des Unternehmers zu bestimmen ist. So ist in den Beispielen 1 bis 3 nur die Teilleistung T 1 untersucht worden, während der Vertrag aber noch weitere Leistungen, etwa die Teilleistungen T 2 bis T 100 umfassen kann. Sollte der sich aus der Gesamtleistung T 1 bis T 100 ergebende Zuschlagsfaktor, den der Unternehmer zunächst anhand seiner Kalkulation beziffern wird, zwischen den Parteien umstritten sein, können sie sich - und nach Maßgabe ihrer Darlegungen ebenso das Gericht - auf die Untersuchung einzelner Teilleistungen beschränken und das gefundene Ergebnis sodann extrapolieren (vgl. die in BGH, Urteil vom 14. März 2014, VII ZR 142/12, BGHZ 197, 52, Rz 17 angesprochene "Gesamtschau").

(e) Ferner sind bei der Preisfortschreibung die folgenden Besonderheiten zu berücksichtigen, die für den vorliegenden Fall relevant sind:

(aa) Mehrkostenermittlung bei Weitervergabe an Nachunternehmer:

Wenn und soweit der Unternehmer geplant hat, die beauftragten Leistungen an Nachunternehmer weiter zu vergeben oder Baumaterialien einzukaufen, sind die von ihm hierfür zu zahlenden Preise die Kosten seiner Leistungserbringung. Ändert der Besteller die Leistung und gibt der Unternehmer diese Leistungsänderung an Nachunternehmer oder Lieferanten weiter, dann sind die ihm dadurch entstehenden höheren Nachunternehmervergütungen bzw. Lieferantenpreise seine Mehrkosten und somit die Bemessungsgrundlage für den Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B. Behauptet der Besteller zum Beispiel, die an einen Nachunternehmer angeblich gezahlte änderungsbedingt erhöhte Vergütung sei nicht marktgerecht, sondern zu hoch (um auf diese Weise bei der Ermittlung von $M = N - A$ den Wert von N und den Wert der Differenz M anzuheben und eine höhere Mehrvergütung zu erzielen), ist dem in einem Rechtsstreit nachzugehen. Denn nur die marktgerechte Vergütung eines Nachunternehmers, die einem Drittvergleich standhält, ist durch die Leistungsänderung des Bestellers veranlasst und kann Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sein.

(bb) Preisfortschreibung bei nicht auskömmlicher Vergütung:

Ändert der Besteller eines VOB-Bauvertrags die Leistung, so steht dem Unternehmer nach

Ansicht des Senats gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B immer ein Mehrvergütungsanspruch zu, der sich auf seine Mehrkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns beläuft. Das gilt auch, wenn der ursprünglich vereinbarte Preis für den Unternehmer nicht auskömmlich gewesen sein sollte.

Beispiel 4: Der Besteller ändert die Teilleistung T 1, für die ein Einheitspreis von 100 vereinbart ist; durch die Ausführung der ungeänderten Teilleistung T 1 wären dem Unternehmer Kosten A von 120 entstanden. Aufgrund der Leistungsänderung entstehen dem Unternehmer Kosten N von 150.

Hier errechnet sich für die ursprüngliche Leistung ein "Zuschlags"faktor (besser: Unterdeckungsfaktor) von $100 : 120 = 5/6$. Die Mehrkosten $M = N - A$ betragen $150 - 120 = 30$. Es ist nach Ansicht des Senats nicht gerechtfertigt, den Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers in diesem Fall dadurch zu ermitteln, dass wie im Fall einer auskömmlichen Vergütung (d.h. Zuschlagsfaktor > 1) die Mehrkosten mit dem Unterdeckungsfaktor multipliziert werden, was einen wiederum nicht auskömmlichen Mehrvergütungsanspruch von $30 \times 5/6 = 25$ ergäbe. Es stellt für den Unternehmer bereits eine Belastung dar, dass er überhaupt eine geänderte Leistung ausführen muss, wie es § 1 Abs. 3 VOB/B vorsieht. Es gibt keinen Anlass, ihn als verpflichtet anzusehen, diese nicht eingeplante Mehrleistung obendrein mit Verlust auszuführen.

Vielmehr gilt nach Auffassung des Senats genau umgekehrt: Gerade weil der Unternehmer gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B verpflichtet ist, geänderte Leistungen auszuführen, die nicht beauftragt waren, müssen ihm insoweit zumindest die dadurch entstandenen Kosten als Mehrvergütung erstattet werden. Auch wenn sich der VOB/B nach allgemeinem Verständnis durchaus der Grundsatz der Preisfortschreibung entnehmen lässt, folgt daraus nicht automatisch, dass auch ein nicht auskömmlicher Preis fortzuschreiben ist. Der Wortlaut von § 2 Abs. 5 und VOB/B zwingt nicht zu einer solchen Annahme und auch die Systematik tut es nicht. Sie gebietet vielmehr, den Umstand in den Blick zu nehmen, dass bereits das Leistungsänderungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B eine Belastung für den Unternehmer darstellt, die durch einen zumindest auskömmlichen Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ausgeglichen werden muss.

Die zur Rechtfertigung der Fortschreibung nicht auskömmlicher Preise mitunter herangezogene Formel "guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis" gibt deshalb in ihrem zweiten Halbsatz nach der Auffassung des Senats die Rechtslage nach der VOB/B nicht zutreffend wieder.

Nach der Auffassung des Senats erschöpft sich der Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B auch bei einer nicht auskömmlichen vereinbarten Vergütung nicht in der Mehrkostenerstattung. Vielmehr muss dem Unternehmer auch dann ein angemessener Zuschlag auf diese Mehrkosten zustehen. Denn ist der Unternehmer gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B verpflichtet, eine einseitige Leistungsänderung des Bestellers auszuführen, besteht kein Anlass, ihm nur eine Vergütung zuzubilligen, die ihm nicht einmal einen Zuschlag zur Deckung seiner Allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns gewährt. Es mag sein, dass es ihm nicht gelungen ist, eine Vergütung auszuhandeln, die einen solchen Zuschlag abdeckt, entscheidend ist aber, dass der Besteller den Vertrag nicht auf die ursprünglich beauftragten Leistungen beschränkt, sondern diese einseitig ausweitet. Sobald er dies tut, verliert er das Recht, den Unternehmer an der Leistung ohne den üblichen Zuschlag für allgemeine Geschäftskosten und Gewinn festzuhalten. Der Senat kann nicht feststellen, dass der Wortlaut von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B zu einer abweichenden Lösung zwingt.

Die VOB/B beantwortet nicht die Frage, welcher Zuschlagsfaktor angemessen ist, auf den der Unternehmer bei einer nicht auskömmlichen Vergütung "zurückfällt". Allerdings kann aus §§ 649 S. 3 und 648a Abs. 5 S. 3 BGB (in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung) entnommen werden, dass das Gesetz jedenfalls einen Zuschlagsfaktor von 20/19 als angemessen ansieht (vgl. Retzlaff, BauR 2017, 1800). Nach diesen Vorschriften beläuft sich die Vergütung des Unternehmers für seine kündigungsbedingt nicht erbrachten Leistungen auf den Vergütungsteil, der insgesamt auf diese nicht erbrachten Leistungen entfällt, abzüglich der durch die Kündigung ersparten Aufwendungen, im Zweifel aber zumindest auf 5 % des ungeminderten Vergütungsteils. Da der Unternehmer durch die Kündigung eines Bauvertrags allgemeine Geschäftskosten oder Gewinn nicht einsparen kann, da es sich hierbei nicht um direkte Kosten handelt, beschreibt der Anteil von 5 % folglich die vom Gesetz vermutete Mindesthöhe des hierfür im Preis enthaltenen Deckungsbeitrags oder Zuschlags. Ein Zuschlag von 5 auf einem (prinzipiell einsparfähigen) Block direkter Kosten von 95 bedeutet einen Zuschlagsfaktor von $100/95 = 20/19 = 1,0526$. In diesem Betrag liegt der als angemessen anzusehende Mindestzuschlag, der im Zweifel auch im Rahmen von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B anzuwenden ist.

Im Beispiel 4 errechnet sich für den Fall einer nicht auskömmlichen Vergütung mithin die folgende Mehrvergütung:

Ermittlung der Mehrkosten: $N - A = M$, d.h.: $150 - 120 = 30$.

Anwendung des Mindestzuschlagsfaktors: $30 \times 20/19 = 31,58$ Euro.

(f) Dieses Verständnis des Senats von der Preisermittlung nach § 2 Abs. 5 bis 6 VOB/B hat eine wichtige Konsequenz für Bauprozesse:

Selbst wenn die vereinbarte Vergütung nicht auskömmlich sein sollte, stehen dem Unternehmer als Mindestbetrag seines Mehrvergütungsanspruchs stets seine Mehrkosten multipliziert mit einem Zuschlagsfaktor von 20/19 zu. Um diesen Mindestbetrag seiner Mehrvergütung darzulegen, genügt es, wenn der Unternehmer seine änderungsbedingten Mehrkosten vorträgt. Insbesondere wenn es um Mehrleistungen geht, die der Unternehmer selbst weitervergeben oder eingekauft hat, liegen seine Mehrkosten in der Mehrvergütung seiner Nachunternehmer oder Lieferanten. Hat der Unternehmer diese Mehrkosten dargelegt, kann das Gericht seinen Mehrvergütungsanspruch berechnen. Der Vortrag des Unternehmers ist somit schlüssig. Weiteren Vortrag zur Kalkulation seiner Vergütung muss er in diesem Fall nicht liefern (ebenso für die Entschädigung gemäß § 642 BGB: KG, Urteil vom 16.2.2018, 21 U 66/16).

Dies zeigt, dass die Preisfortschreibung anhand tatsächlicher Mehrkosten durchaus auch für den Unternehmer von Vorteil ist. Sie eröffnet ihm die Möglichkeit, aufwändige Streitigkeiten um die Richtigkeit seiner Kalkulation zu vermeiden und gewährt ihm in jedem Fall - auch bei einer vielleicht nicht auskömmlichen Vergütung - einen Mindestzuschlag auf seine Mehrkosten von 20/19.

(g) Der Senat sieht sich bei diesem Konzept der Vergütungsermittlung gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere nicht zu dem Urteil vom 14. März 2013 (VII ZR 142/12, BGHZ 197, 52). Formal schon deshalb nicht, weil - so versteht der Senat diese Entscheidung - der BGH dort keine allgemeingültige Aussage für die Ermittlung der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B trifft, sondern nur für den Fall, dass die Vertragsparteien übereinstimmend von dem Erfordernis einer "vorkalkulatorischen Preisfortschreibung" ausgehen und das Gericht an dieses übereinstimmende Verständnis gebunden ist (BGH a.a.O., Rz 14).

Doch auch inhaltlich kann der Senat keinen Widerspruch feststellen zwischen seiner Auffassung zur Preisfortschreibung einerseits und dem Verfahren, das der BGH in seiner Entscheidung skizziert (BGH, a.a.O., Rz 16 ff m.w.N.). Dabei verkennt der Senat nicht, dass er eine Ermittlung der Mehrvergütung anhand tatsächlicher Mehrkosten für richtig erachtet, während sich der BGH offenbar dagegen ausspricht und stattdessen eine Preisfortschreibung anhand der dem Vertrag zugrundeliegenden Kalkulation des Unternehmers für richtig hält, was als "vorkalkulatorische Preisfortschreibung" bezeichnet wird (vgl. BGH, a.a.O., Rz 14: "nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten"). Der Senat kann aber nicht feststellen, dass das vom BGH in der genannten Entscheidung skizzierte Verfahren der Preisfortschreibung zu einem anderen Ergebnis führt, als die von ihm für richtig gehaltene Methode. Wenn die Frage zu klären ist, ob zwei Auffassungen von einander abweichen, kommt es aber entscheidend darauf an, ob sie in der Sache zu unterschiedlichen Ergebnissen führen oder zumindest unterschiedliche Lösungswege beschreiten, hingegen ist es ohne Belang, ob sie nur unterschiedlich bezeichnet werden.

Nach dem BGH bedeutet das Konzept der Preisfortschreibung anhand der Kalkulation, dass "soweit wie möglich an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft" wird, wobei es vorrangig auf die Kalkulation der von der Leistungsänderung betroffenen Leistungsposition ankommt (BGH, a.a.O. Rz 16). Enthält die Kalkulation der geänderten Position nicht die Kostenelemente, die von der Leistungsänderung betroffen sind und die für die Preisbildung somit maßgebend sind, können die Kostenelemente auch aus der Kalkulation einer anderen Position des Vertrages entnommen werden, die vom BGH als "Bezugsposition" bezeichnet wird (BGH, a.a.O. Rz 17). Auf dieser Grundlage ist sodann auch der Deckungsbeitrag für den Gewinn zu bestimmen (BGH, a.a.O. Rz 17 a.E.).

Diese Vorgehensweise hält auch der Senat für richtig. Sie schließt allerdings mitnichten eine Preisfortschreibung anhand tatsächlicher Mehrkosten aus, sondern ist genau umgekehrt die notwendige Voraussetzung einer solchen Preisfortschreibung. Denn das vom BGH skizzierte Verfahren hat keinen anderen Zweck, als die Kosten A (vgl. oben (d) (aa) bis (cc)) und den Zuschlagsfaktor (bzw. den Deckungsbeitrag für den Gewinn, vgl. BGH a.a.O. Rz 17 a.E.) anhand der Kalkulation des Unternehmers zu bestimmen.

Bei der Vergütungsermittlung anhand tatsächlicher Kosten müssen die Kosten A aber ebenso ermittelt werden, solange sie nicht ausnahmsweise direkt aus dem Leistungsverzeichnis entnommen werden können oder 0 betragen.

Beispiel 5: Die Kosten A sind z.B. dann ausnahmsweise aus dem Leistungsverzeichnis ersichtlich, wenn der Unternehmer andere Materialien verbauen soll und der Einkaufspreis der ursprünglich vorgesehenen Materialien (= Kosten A) dort aufgeführt ist.

Beispiel 6: Die Kosten A betragen 0 und müssen deshalb nicht unter Rückgriff auf die Kalkulation näher hergeleitet werden, wenn die Änderungsanordnung des Bestellers ausschließlich zu einer Leistungsmehrung führt ohne bereits beauftragte Leistungen zu verringern.

Gegen den Rückgriff auf die Unternehmerkalkulation ist somit auch bei der Preisfortschreibung nach tatsächlichen Kosten zunächst nichts einzuwenden (vgl. oben (d) (bb)).

Die Vergütungsermittlung anhand tatsächlicher Kosten einerseits und die "vorkalkulatorische Preisfortschreibung" andererseits können sinnvoller Weise erst dann unterschieden werden, wenn die Parteien um die Richtigkeit der maßgeblichen Kostenansätze streiten. Dies geschieht im obigen Beispiel 3 (vgl. (d) (bb)). An dieser Stelle bedeutet Preisfortschreibung anhand

tatsächlicher Kosten, dass es für die Kosten A auf die Kosten ankommt, die dem Unternehmer im hypothetischen Fall der ungeänderten Leistung entstanden wären. Als Alternative kommt stattdessen in Betracht, die in der Kalkulation ausgewiesenen Kosten allein deshalb für maßgeblich zu halten, weil der Unternehmer sie dort ausgewiesen hat. Wenn sich die Anhänger einer "vorkalkulatorischen Preisfortschreibung" an dieser Stelle nicht für die Maßgeblichkeit der kalkulierten Ansätze aussprechen sollten, gäbe es überhaupt keinen Unterschied zwischen beiden Preisermittlungsmodellen, es läge dann ein reiner Etikettierungsstreit um die Bezeichnung des Verfahrens zur Preisfortschreibung vor.

Zwischen der Auffassung des Senats und der Entscheidung des BGH vom 14. März 2013 (VII ZR 142/12, BGHZ 197, 52) besteht deshalb kein Widerspruch, weil der BGH in seiner Darstellung gar nicht bis zu der Frage vordringt, wie der Streit um die Richtigkeit der Kostenansätze zu entscheiden ist. Erst dort liegt aber die spezifische Differenz zwischen beiden Konzepten. Solange diese Weichenstellung nicht herausgearbeitet und bewertet ist, erscheint die Befürwortung einer "vorkalkulatorischen Preisfortschreibung" gegenüber einer Vergütungsermittlung "anhand der tatsächlichen Kosten" (BGH, a.a.O., Rz 14) durch den BGH deshalb als verfrüht.

(h) Für den Fall, dass der BGH doch die Auffassung vertreten sollte, die Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sei in dem Sinne aus der Kalkulation des Unternehmers abzuleiten, dass im Streit der Vertragsparteien über die Höhe der Mehrkosten des Unternehmers, also die kalkulierten und nicht die tatsächlichen Kosten maßgeblich seien, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen.

Es spricht entscheidend gegen die Maßgeblichkeit der kalkulierten Kosten im Streitfall, dass der Unternehmer dann durch die Gestaltung seiner Kalkulation die Höhe seiner Mehrvergütung beeinflussen könnte, ohne dass dies von der Zustimmung des Bestellers gedeckt wäre.

Dies zeigt die folgende Überlegung: Wenn im oben aufgeführten Beispiel 3 (vgl. oben (d) (bb)) die Kosten A des Unternehmers tatsächlich 90 betragen und die Kosten N 120 so müsste sich für ihn eigentlich der folgende Mehrvergütungsanspruch ermitteln:

Mehrkosten: $N - A = M$, also $120 - 90 = 30$

Zuschlagsfaktor bei einem Preis von 100 und Kosten A von 90: $10/9$

Mehrvergütungsanspruch also $30 \times 10/9 = 33,33$

Bildet die Kalkulation die tatsächlichen Kosten ab, was eigentlich ihr Ziel sein sollte, würde sich nach beiden Methoden dieselbe Mehrvergütung ergeben. Der Unternehmer hätte es aber in der Hand, sich durch eine andere Gestaltung seiner Kalkulation eine höhere Vergütung "herbeizukalkulieren", nämlich indem er die Kosten A mit einem geringeren als ihrem tatsächlichen Wert (90) angibt, also Preisbestandteile von der Kostendeckung in den Zuschlag verschiebt:

Beispiel 7: Die Kosten A werden in der Kalkulation nicht mit 90, sondern mit 80 angegeben.

Daraus folgt:

Mehrkosten $N - A = M$, also $120 - 80 = 40$

Zuschlagsfaktor bei einem Preis von 100 und Kosten A von 80 jetzt $5/4$

Mehrvergütungsanspruch also $40 \times 5/4 = 50$

Beispiel 8: Die Kosten A werden in der Kalkulation nicht mit 90, sondern mit 60 angegeben:

Mehrkosten $N - A = M$, also $120 - 60 = 60$

Zuschlagsfaktor bei einem Preis von 100 und Kosten A von 60 jetzt $5/3$
Mehrvergütungsanspruch also $60 \times 5/3 = 100$

Das "Verschieben" von Preisanteilen aus der Kostendeckung in den Zuschlag entfaltet also eine Hebelwirkung bei der Preisfortschreibung, ohne dass dies von der Zustimmung des Bestellers gedeckt wäre, denn die vertragliche Vereinbarung umfasst in aller Regel nicht das Einverständnis mit einer bestimmten Kalkulation der Vergütung im Sinne eines zwingend zu befolgenden Mechanismus' der Preisfortschreibung. Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer die Kalkulation bei Vertragsschluss offengelegt haben sollte. Vor diesem Hintergrund ist dem Senat nicht ersichtlich, warum es ohne jede Notwendigkeit die Möglichkeit für den Unternehmer geben soll, das Ergebnis der Preisfortschreibung auf diese Weise einseitig zu beeinflussen.

Dem Unternehmer ist die Bezugnahme auf seine Kalkulation damit keineswegs verbaut. Er kann sie weiterhin zur Preisermittlung heranziehen. Im Streitfall muss aber gelten, dass ein Kostenansatz nicht schon deshalb als richtig gilt, weil der Unternehmer ihn in dieser Höhe kalkuliert hat, sondern nur, weil der Betrag den Tatsachen entspricht.

Dieser Ansatz muss erst recht dann gelten, wenn es nicht um die Bestimmung der Kosten A, sondern der Kosten N geht, zu denen die Kalkulation häufig ohnehin keine Angaben enthalten kann, weil sie auf eine Leistungsänderung zurückgehen, die dort nicht antizipiert worden ist.

Diese Lösung dient nicht nur der Verhinderung von spekulativer Preisfortschreibung, sondern sie schafft auch Rechtssicherheit, da die maßgebliche Bezugsgröße der tatsächlichen Kosten A und N unabhängig vom kalkulatorischen Zahlenwerk des Unternehmers und somit objektivierbar ist.

Natürlich kann es im Einzelfall schwierig sein, die tatsächlichen Kosten zu ermitteln. Diese Schwierigkeit folgt aber aus der Natur der Sache, nicht aus der Methode der Preisfortschreibung. Nach der Erfahrung des Senats stellt es eine unerfüllbare Hoffnung dar, beim Streit der Parteien eines Bauvertrags um die Höhe ihrer Vergütung den "richtigen" Betrag auf den Euro genau auszurechnen. Haben sich die Parteien nicht auf eine bezifferte Vergütung geeinigt oder streiten sie sich um die richtigen Mengenansätze ist die Schätzung des Betrages - ggf. unter sachverständiger Hilfe - häufig nicht zu vermeiden. Auf diese Weise lassen sich durchaus gerechte und dem Einzelfall angepasste Lösungen finden. Etwaige Beurteilungsspielräume und Unklarheiten können hier durch die Verabsolutierung der Unternehmerkalkulation nicht vermieden werden, es werden lediglich die Weichenstellungen für die Preisfortschreibung anstelle dem Gericht einer Vertragspartei in die Hand gegeben - ein zweifelhaftes Ergebnis für einen kontradiktorischen Prozess. Durch die Bemessung der Mehrvergütung anhand der tatsächlichen Mehrkosten hingegen wird ein zumindest näherungsweise objektiverbarer und somit möglichst verlässlicher Rahmen geschaffen, in dem sich dann die gerichtliche Preisermittlung bewegen kann.

Die Preisfortschreibung anhand tatsächlicher Mehrkosten setzt auch das bekannte Postulat "guter Preis bleibt guter Preis" um. Denn ob ein Preis wirklich "gut" ist, kann nur sein Vergleich mit der harten Wirklichkeit, also den tatsächlichen Kosten des Unternehmers, zeigen, nicht hingegen eine Kalkulation, in der der Preis vielleicht ohne Realitätsbezug schön gerechnet worden ist. Im Übrigen ist es nach dem Eindruck des Senats durchaus allgemein anerkannt, dass es auch Bauverträge gibt, die einen "schlechten Preis" für den Unternehmer vorsehen, nämlich wenn die Vergütung für ihn zur Kostendeckung nicht auskömmlich ist. Käme es für die Preisfortschreibung aber auf die kalkulierten Kostenansätze des Unternehmers an, dürften "schlechte Preise" eigentlich kaum vorkommen. Denn solange die Kalkulation gedeckte Kosten und einen Zuschlag für Gewinn und / oder allgemeine Geschäftskosten ausweist, ist der Preis

gemäß dem maßgeblichen Zahlenwerk ja "gut", nämlich auskömmlich dargestellt, selbst wenn dies nicht der Wirklichkeit entspricht. "Schlecht" wäre die Vergütung eines Unternehmers hingegen nur dann, wenn er bereits in seiner Kalkulation "versehentlich" eine Unterdeckung ausgewiesen hätte. Das Problem der Fortschreibung einer nicht auskömmlichen Unternehmervergütung gäbe es damit nur in dem Ausnahmefall eines Unternehmers, der ohne Not und sehr ungeschickt ein ihm selbst nachteiliges Zahlenwerk aufsetzt. Dies passt nicht zur tatsächlichen Bedeutung, die diese Fallkonstellation in der baurechtlichen Praxis hat. Diese ist nur dadurch zu erklären, dass sich die Vergütung - gleichgültig wie sie kalkuliert worden ist - vor dem Hintergrund der tatsächlichen Kosten in der "rauen Wirklichkeit" als nicht auskömmlich und somit "schlecht" erweist. Dieses nach dem Eindruck des Senats gar nicht so seltene (und richtige!) Verständnis eines "schlechten Preises" ist aber der Ausgangspunkt einer Preisfortschreibung anhand tatsächlicher Kosten.

(i) Ein weiterer Vorteil der Ermittlung der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B anhand der tatsächlichen Mehrkosten ist, dass dies der Einheitlichkeit des Bauvertragsrechts und somit der Rechtsordnung dient. Denn auch bei der Ermittlung der großen Kündigungsvergütung gemäß § 649 BGB und bei der Ermittlung der Entschädigung bei Mitwirkungsverzug des Bestellers gemäß § 642 BGB kommt es im Streit um Aufwand und Ersparnis des Unternehmers auf seine hypothetischen tatsächlichen Kosten an, nicht hingegen auf seine Kalkulationsansätze (vgl. zur Kündigungsvergütung: BGH, Beschluss vom 16. November 2016, VII ZR 314/13, Rz 23; Urteil vom 28. Oktober 1999, VII ZR 326/98, BGHZ 143,79; Kniffka / Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 2014, Teil 9, Rz 29; zur Entschädigung nach § 642 BGB: KG, Urteil vom 16.2.2018, 21 U 66/16).

(j) Zur Klarstellung weist der Senat darauf hin, dass die von ihm im Rahmen von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B für richtig gehaltene Methode der Preisfortschreibung weitgehend derjenigen entspricht, wie sie § 650c Abs. 1 und 2 BGB in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung vorsieht, wobei die Vermutung des § 650c Abs. 2 S. 2 BGB neu ist (vgl. Retzlaff, BauR 2017, 1797 ff und 1810 f). Es wird nicht verkannt, dass häufig die Auffassung vertreten wird, beide Wege der Preisfortschreibung unterschieden sich grundsätzlich - wobei dies nicht selten ohne konkrete Darlegung nur abstrakt behauptet wird. Der Senat sieht demgegenüber nicht, worin - neben einer uneinheitlichen Terminologie - diese Unterschiede in der Sache bestehen sollen. Auf die konkreten Auswirkungen kommt es aber entscheidend an. Betrachtet man sie, löst sich manches vermeintliche Problem in Luft auf. Aus diesem Grund hat sich der Senat im vorliegenden Fall bemüht, seine Sichtweise anhand von Beispielen darzulegen.

(k) Zur weiteren Klarstellung ist anzumerken, dass die Parteien eines Bauvertrags jedenfalls individualvertraglich durchaus vereinbaren können, die Mehrvergütung des Unternehmers bei Leistungsänderungen allein aufgrund seiner Kalkulation zu bestimmen. Dann mögen die dortigen Kostenansätze auch dann maßgeblich sein, selbst wenn sie nicht den tatsächlichen Kosten entsprechen. Ebenso können sich die Parteien für den Fall von Leistungsänderungen auf Mehrkostenerstattung zuzüglich eines bestimmten Zuschlags einigen. Eine solche Vereinbarung muss aber zweifelsfrei getroffen sein. Allein aus der Bezugnahme auf eine Kalkulation bei Vertragsschluss folgt sie im Zweifel nicht, selbst wenn die Kalkulation offengelegt sein sollte.

(3) Aus den Ausführungen unter (2), auf deren rechtliche Konsequenz der Senat die Parteien hingewiesen hat (Terminsprotokoll vom 28. November 2017, S. 2) ergibt sich zunächst, dass es entgegen der Ansicht der Beklagten im Grundsatz unschädlich für den Mehrvergütungsanspruch des Klägers ist, wenn dieser nichts zur Kalkulation der vereinbarten Vergütung vorgetragen hat. Sein Mehrvergütungsanspruch kann auf Grundlage der unstreitigen Mehrkosten ermittelt werden, die dem Kläger durch die Zusatzleistungen entstanden sind, die über den Grundstandard

gemäß dem ursprünglichen Generalunternehmervertrag hinausgehen.

Der Anspruch ermittelt sich im Einzelnen wie folgt:

(a) Der Kläger hat die Mehrkosten vorgetragen, die ihm durch Zusatzleistungen gegenüber der Basisausstattung entstanden sind und die im Wesentlichen in erhöhten Nachunternehmervergütungen bzw. Materialpreisen bestehen (vgl. Schriftsatz vom 20. November 2015, S. 10 ff). Diese Mehrkosten sind unstrittig geblieben, worauf der Senat ebenfalls im Terminprotokoll vom 28. November 2017 hingewiesen hat (dort S. 2). Diese Mehrkosten bilden die Grundlage für den Mehrvergütungsanspruch des Klägers.

(b) Die Mehrkosten als Bemessungsgrundlage sind sodann analog § 649 S. 3 BGB mit dem Zuschlagsfaktor von $20/19 = 1,0526$ zu multiplizieren. Die Anwendung eines höheren Faktors kommt nicht in Betracht.

Soweit der Kläger einen GU-Zuschlag von 15 %, also einen Zuschlagsfaktor von 1,15 beansprucht, wird von den Beklagten bestritten, dass die Parteien des Bauvertrags sich dahin geeinigt hätten. Die Beweisaufnahme hat eine solche Einigung nicht zur Überzeugung des Senats ergeben. Der Zeuge M# hat zu dieser Frage offenbar keine Wahrnehmungen gemacht, der Kläger hat lediglich angegeben, sein GU-Zuschlag von 15 % sei Herrn v# B## bekannt gewesen (Terminprotokoll vom 10. April 2017, S. 10), was aber ohne weitere Einzelheiten im Zweifel nicht ausreicht, um eine entsprechende Einigung zwischen den Parteien festzustellen.

Da der Kläger nicht im Einzelnen vorträgt - etwa unter Bezug auf die Kalkulation seiner Vergütung -, dass ihm von der vereinbarten Vergütung des Bauvertrags nach Abzug der Kosten, die ihm (tatsächlich!) durch die Vertragserfüllung entstehen ein Vergütungsanteil von mehr 5 % zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns verblieben wäre, beschränkt sich der Zuschlag seines Mehrvergütungsanspruchs somit auf diesen Betrag, also den Zuschlagsfaktor von $20/19$.

(4) Für die einzelnen Zusatzleistungen gemäß seiner Schlussrechnung stehen dem Kläger somit die folgenden Mehrvergütungsansprüche aus § 2 Abs. 5 VOB/B zu (Beträge jeweils netto):

(a) Wegen der Positionen 2.1 bis 3.10 (Sanitärobjekte und Küche) hat der Kläger Anspruch auf 7.304,54 Euro. Er hat seine Mehrkosten mit 7.980,21 Euro vorgetragen (vgl. die Aufstellung Anlage K 14). Dieser Betrag ist unstrittig geblieben, sodass er dem Mehrvergütungsanspruch zugrunde zu legen ist. Allerdings enthält er offenbar bereits einen GU-Zuschlag von 15 % (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 20. November 2015, S. 15 oben), während nur ein Zuschlagsfaktor von $20/19$ berechtigt ist. Der Betrag von 7.980,21 Euro ist daher entsprechend zu kürzen, es ermitteln sich 7.304,54 Euro.

(b) Für die Position 3.11 (Fliesen) steht dem Kläger ein Mehrvergütungsanspruch von 2.143,37 Euro zu. Seine Mehrkosten vor Zuschlag betragen unstrittig 2.036,20 Euro (Anlage K 15), wobei anstelle des Zuschlagsfaktors von 1,15 richtigerweise 1,0526 bzw. $20/19$ anzusetzen sind. Es errechnet sich der genannte Betrag.

(c) Wegen der Position 3.12 (Wohnungstrennwände) hat der Kläger Anspruch auf eine Mehrvergütung von 3.188,14 Euro.

Seine Mehrkosten sind unstrittig (Anlage K 16), enthalten aber wiederum einen GU-Zuschlag von 15 %, der auf 5,26 % bzw. den Zuschlagsfaktor von $20/19$ zu kürzen ist. Es errechnen sich

3.188,14 Euro.

(d) Wegen der Position 3.13 (Türen) steht dem Kläger ein Mehrvergütungsanspruch von 6.038,95 Euro zu. Dieser ergibt sich aus den unstreitigen Mehrkosten vor Zuschlag von 5.737,- Euro (vgl. Anlage K 17), multipliziert mit dem Zuschlagsfaktor von 20/19.

(e) Der Mehrvergütungsanspruch für die Position 3.14 (Massivholztreppekanten) beläuft sich auf die unstreitigen Mehrkosten (Nachunternehmermehrvergütung) von 1.700,- Euro (vgl. Anlagen K 18 und K 19), multipliziert mit dem Zuschlagsfaktor von 20/19, also auf 1.789,47 Euro.

(f) Für die Position 3.15 (Treppen- und Podestbeläge) beläuft sich der Mehrvergütungsanspruch des Klägers auf die unstreitigen Mehrkosten (Nachunternehmermehrvergütung) von 1.000,- Euro (vgl. Anlage K 22) zuzüglich des Zuschlags von 20/19, also auf 1.052,63 Euro.

(g) Der Mehrvergütungsanspruch für die Position 3.16 (zweiflügelige Schranktüren) ermittelt sich auf Grundlage der Mehrkosten (Nachunternehmermehrvergütung) von 2.450,- Euro (vgl. Anlage K 24) mit dem Zuschlag von 20/19, beträgt also 2.578,95 Euro.

(h) Wegen der Position 3.17 (Elektro) hat der Kläger einen Mehrvergütungsanspruch in Höhe seiner unstreitigen Mehrkosten von 5.658,48 Euro (Anlage K 26) multipliziert mit 20/19, also von 5.956,29 Euro.

(i) Für den Nachtrag Position 3.18 steht dem Kläger ein Mehrvergütungsanspruch von 210,08 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer zu. An dieser Stelle liegt ausnahmsweise eine ausdrückliche Vereinbarung mit Herrn v# B## über den entsprechenden Bruttopreis von 250,- Euro vor (Anlage K 27).

(k) Wegen der Positionen 3.19 und 3.20 (Fenstergriffe) beträgt der Mehrvergütungsanspruch des Klägers 1.341,44 Euro. Er ermittelt sich auf Grundlage der unstreitigen Mehrkosten von 147,84 Euro und 1.317,68 Euro, wobei der darin enthaltene Zuschlagsfaktor von 1,15 wiederum auf 20/19 zu reduzieren ist.

(3) Es ermittelt sich eine Gesamtvergütung von 58.823,53 Euro (netto für die Grundausrüstung) + 31.603,86 Euro (netto für die Zusatzleistungen) = 90.427,39 netto gesamt zuzüglich Mehrwertsteuer, also von 107.608,59 Euro brutto.

(4) Von diesem Bruttobetrag sind 510,00 Euro abzuziehen.

Der Kläger hat unstreitig im Wohnzimmer der Wohnung 12.0.3 keinen Kaminanschluss vorgesehen und keine Alarmanlage eingebaut. Beide Leistungen waren offenbar in der mit 70.000,- Euro brutto bewerteten Basisausstattung der Bauleistungen enthalten, dann strichen die Besteller aber diese Ausstattungselemente (vgl. Aussage des Zeugen R# , Terminprotokoll vom 21. März 2018, S 4). In diesem Fall verringert sich die Pauschalvergütung des Unternehmers gemäß § 2 Abs. 7 Nr. 2, Abs. 5 VOB/B um die hierdurch ersparten Kosten. Diese können - genau wie bei einer (Teil-) Kündigung nach § 649 BGB - ohne Herleitung aus der Gesamtkalkulation "von oben herab" von der Gesamtpauschale abgezogen werden, wenn die entfallene Leistung relativ geringfügig ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014, VII ZR 176/12). Das ist hier der Fall, da sich die hierdurch eingesparten Kosten nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin auf lediglich 510,- Euro (ohne Mehrwertsteuer) belaufen (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 16. Januar 2018, S. 4 f).

Die Gesamtvergütung beträgt somit 107.098,59 Euro brutto.

(5) Zu einem Einbehalt von 5 % der Vergütung als Mängelsicherheit gemäß Ziff. 18 des Bauvertrags (Anlage K 1) sind die Beklagten nicht mehr berechtigt. Sie haben die Werkleistung am 13. Oktober 2010 abgenommen, somit ist die Mängelhaftung des Klägers für nicht streitgegenständliche Mängel mittlerweile verjährt. Soweit die streitgegenständlichen Mängel bestehen, können die Beklagten die Einrede des §§ 320, 641 Abs. 3 BGB geltend machen (vgl. dazu unten 2. b)).

(6) Der Vergütungsanspruch ist durch die Zahlungen der Eheleute von B. in Höhe von insgesamt 75.630,26 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer, also 90.000,- Euro brutto, getilgt.

Es errechnet sich ein offener Vergütungsanspruch von 17.098,59 Euro.

cc) Dieser Anspruch ist nicht verjährt.

(1) Da die Klageforderung erst aufgrund der Schlussrechnung vom 28. April 2011 (Anlage K 6) im Verlauf des Jahres 2011 fällig wurde (§ 16 Abs. 3 VOB/B), kann sie nicht vor Ablauf des 31. Dezember 2014 verjährt sein (§§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

(2) Der Ablauf dieser Verjährungsfrist ist dadurch gehemmt, dass den Beklagten am 2. April 2015 ein vom Kläger beantragter Mahnbescheid über die Klageforderung zugestellt worden ist (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Zwar geschah dies nach Eintritt der Verjährung, der Kläger hat seinen Mahnantrag aber noch davor, nämlich am 31. Dezember 2014 gestellt. Diese Antragstellung in unverjährter Zeit hemmt bereits die Verjährung, da der beantragte Mahnbescheid demnächst gemäß § 167 ZPO zugestellt worden ist.

(a) Die Zustellung eines Mahnbescheids ist zum Einen dann "demnächst" im Sinne von § 167 ZPO, wenn sie innerhalb von einem Monat nach Verjährungseintritt erfolgt. Diese Zeitspanne, die bei der Verjährungshemmung durch Zustellung einer Klage nur mit zwei Wochen angesetzt wird (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 3. September 2015, III ZR 66/14; Urteil vom 10. Juli 2015, V ZR 154/14) erklärt sich dadurch, dass ein Wertungswiderspruch zu § 691 Abs. 2 ZPO vermieden werden soll (BGH, Urteil vom 21. März 2002, VII ZR 230/01, BGHZ 150, 221). Diese mit dem 31. Januar 2015 abgelaufene Frist ist hier nicht eingehalten.

(b) Die Zustellung eines Mahnbescheids ist aber auch dann noch als demnächst anzusehen, wenn sie zwar später als ein Monat nach Verjährungseintritt erfolgt, der Gläubiger aber alles ihm Obliegende getan hat, um für eine rechtzeitige Zustellung zu sorgen, und das Verstreichen einer Zeitspanne von (hier) mehr als einem Monat nicht auf seine Versäumnis zurückgeht (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 3. September 2015, III ZR 66/14; Urteil vom 10. Juli 2015, V ZR 154/14; Urteil vom 21. März 2002, VII ZR 230/01, BGHZ 150, 221). Ein solcher Fall liegt hier vor.

(aa) Es ist unschädlich, dass der Kläger den Kostenvorschuss für das Mahnverfahren nicht bereits bei Antragstellung eingezahlt, sondern bis zur Zahlungsaufforderung des Mahngerichts gewartet hat, die erst am 26. März 2015 erfolgte. Der die Zustellung einer Klage oder eines Mahnbescheids betreibende Gläubiger darf die Zahlungsaufforderung der Justizkasse abwarten. Tut er dies und verstreicht dadurch Zeit, verliert die spätere Zustellung dadurch grundsätzlich nicht ihre Eigenschaft als "demnächst" erfolgt (BGH, Urteil vom 10. Juli 2015, V ZR 154/14; Urteil vom 10. Februar 2011, VII ZR 185/07 jeweils m.w.N.).

(bb) Bleibt die Zahlungsaufforderung des Gerichts allerdings sechs Wochen aus und erhält der Gläubiger auch sonst keine Benachrichtigung, wie das Verfahren dort weiterbetrieben wird, obliegt es ihm, sich nach der Bearbeitung zu erkundigen (BGH, Beschluss vom 2. Mai 2017, VI ZR 85/16; Beschluss vom 5. November 2014, III ZR 559713; Urteil vom 1. April 2004, IX ZR 117/03, jeweils m.w.N.). Diese auf den ersten Blick nicht verfahrensförderliche Nachfrage (der anrufende Gläubiger hat keine rechtliche Möglichkeit, das Gericht zu einer schnelleren Sachbearbeitung zu bewegen) soll sicherstellen, dass der Antrag bei Gericht ordnungsgemäß zur Abarbeitung ansteht und nicht durch ein Versehen unbearbeitet liegen bleibt, worauf das sechswöchige Schweigen eines Gerichts nach Ansicht des BGH offenbar indiziell hindeutet.

Der Senat ist davon überzeugt, dass der Kläger diese Vorgaben eingehalten hat, indem sich die Mitarbeiterin H# -S# seines Prozessbevollmächtigten am 9. und 28. Januar, am 16. Februar und am 3. März 2015 beim Mahngericht telefonisch nach dem Stand des Verfahrens erkundigte.

Der Kläger hat diesen Gesichtspunkt ursprünglich übersehen und die genauen Zeitpunkte seiner telefonischen Nachfragen beim Mahngericht nicht vorgetragen. Nachdem er dies auf gerichtlichen Hinweis nachgeholt hat (Terminsprotokoll vom 28. November 2011, S. 3), haben die Beklagten seinen ergänzten Vortrag in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten. Nach Vernehmung der Zeugin H# -S# im Termin vom 21. März 2018 ist der Senat aber von der Richtigkeit des klägerischen Vorbringens überzeugt. Die Zeugin hat nachvollziehbar und plastisch ihre Bearbeitung des Mahnverfahrens und ihre Anrufe beim Mahngericht geschildert, deren Zeitpunkt sie noch aufgrund ihrer Aktenvermerke rekonstruieren konnte. Der Senat sieht keine konkreten Gesichtspunkte, die Anlass geben, an der Richtigkeit dieser Angaben zu zweifeln.

(cc) Unschädlich ist auch, dass der Kläger die Beklagten in seinem Mahnantrag ursprünglich mit dem Zusatz "als Erbengemeinschaft" in Anspruch nahm. Dies ist zwar rechtlich unzutreffend, weil die Beklagten für die Nachlassverbindlichkeiten nach I# v# B## als Gesamtschuldner haften (ggf. gemäß § 1975 BGB beschränkt auf den Nachlass), dieser rechtlicher Fehler steht aber weder der Zustellung des Mahnbescheids noch seiner Verständlichkeit oder der Individualisierbarkeit des verfahrensgegenständlichen Anspruchs entgegen. Er kann im Laufe des folgenden Prozesses durch die Gerichte im Zuge der durch sie zu leistenden Rechtsanwendung behoben werden. Offensichtlich ist dies bereits durch das Mahngericht geschehen, denn nachdem es beim Klägervorteiler angefragt hatte, ob die Angaben so übernommen werden sollen (Schreiben des Mahngerichts vom 2. März 2015) und der Klägervorteiler dies ausdrücklich bejaht hatte (Schriftsatz vom 6. März 2015) hat sich das Mahngericht darüber hinweggesetzt und am 25. März 2015 Mahnbescheide erlassen, die die Beklagten als Gesamtschuldner ausweisen. Aber selbst wenn dies nicht bereits durch das Mahngericht, sondern erst im weiteren Verlauf des Rechtsstreits geschehen wäre, wäre dies ausreichend.

(dd) Schließlich war der Kläger auch nicht deshalb säumig, weil er den Kostenvorschuss für das Mahnverfahren zu spät eingezahlt hätte. Zwar darf ein Gläubiger der auf § 167 ZPO angewiesen ist, hiermit nicht zu lange warten, er muss so zeitig einzahlen, dass ihn keine Verzögerung der Zustellung um mehr als einen Monat (bei einem Mahnbescheid) angelastet werden kann. Eine solche vom Kläger verantwortete Säumnis scheidet hier schon deshalb aus, weil das Mahngericht die Zustellung des Mahnbescheids gleichzeitig mit der Anforderung des Vorschusses veranlasst hat. Zudem hat der Kläger die Zahlungsaufforderung auch innerhalb von einem Monat nach Erhalt befolgt, denn das Mahngericht hat ihm diese mit Schreiben vom 26. März 2015 übersandt, woraufhin die Kosten bereits am 13. April 2015 bei Gericht eingegangen sind.

b) Allerdings sind die Beklagten berechtigt, die fällige und unverjährte Vergütung des Klägers in voller Höhe einzubehalten.

aa) Die Werkleistung des Klägers weist Mängel auf, für deren Beseitigung den Beklagten Kosten von voraussichtlich 13.820,- Euro zuzüglich Mehrwertsteuer, also von 16.445,80 Euro brutto entstehen werden. Somit ist die Beklagte gemäß §§ 320, 641 Abs. 3 BGB zumindest zum Einbehalt des doppelten dieser Beseitigungskosten berechtigt, also eigentlich bis zu einem Betrag von 32.891,60 Euro. Demgegenüber machen die Beklagten diese Mängelinrede nur in Höhe von 24.365,- Euro geltend (Schriftsatz der Beklagten vom 4. September 2015, S. 24). Die Differenz zwischen beiden Beträgen ist aber unerheblich, da sie in jedem Fall die offene Vergütungsforderung übersteigen.

bb) Der Umstand, dass die Beklagte die Abnahme der Werkleistung bereits im Oktober 2010 erklärt hat und die Parteien seither um die Mängel streiten, lässt ihre Mängelinrede nicht entfallen (zum vergleichbaren Problem der bei lang anhaltendem Mängelstreit ebenfalls dauerhaft nicht fälligen Schlussrate eines Bauträgervertrages vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2011, VII ZR 84/09, Rz 23). Der Besteller kann die Mängelinrede erst dann nicht mehr geltend machen, wenn er die Erfüllungsansprüche gegen den Unternehmer verloren hat. Denn dann gibt es für ihn keine rechtliche Grundlage mehr, den Unternehmer durch die Einrede zur Mängelbeseitigung zu bewegen. Allerdings liegt hier ein solcher Fall nicht vor, denn die Beklagten haben jedenfalls mit Schriftsatz vom 9. Januar 2018 (S. 7) klargestellt, den Kläger "vorrangig" auf Vorschuss in Anspruch zu nehmen, sodass sie ihre Erfüllungsansprüche nicht gemäß § 281 Abs. 4 BGB verloren haben.

cc) Im Einzelnen setzt sich der Mängelinbehalt der Beklagten wie folgt zusammen:

(1) Wegen der Parkettmängel sind die Beklagten zum Einbehalt von bis zu 28.560,- Euro berechtigt. Denn das vom Kläger zu verlegende Parkett weist oberflächliche Kratzer, Schattierungen und Farbflecken auf, die seine Überarbeitung in der gesamten Wohnung erforderlich machen. Zwar behauptet der Kläger, das Parkett mangelfrei hergestellt zu haben, im Abnahmeprotokoll vom 13. Oktober 2010 vermerkten die Eheleute v# B## in der Mängelliste aber wiederholt und in Bezug auf unterschiedliche Räume Punkte wie "Parkett wiederholt fleckig", "Parkett nicht feingereinigt", "Farbflecken auf Parkett", "Boden großflächig abgedeckt" etc. Damit haben sie sich bei der Abnahme ihre Rechte hinsichtlich einer mangelhaften oder mangels Reinigung oder Freilegung nicht erkennbaren Parkettoberfläche vorbehalten. Da dieser Mängelvorbelt im Prinzip inhaltsgleich für unterschiedliche Räume erfolgte, gilt er im Zweifel hinsichtlich der gesamten Wohnung. Damit liegt die Beweislast der Mangelfreiheit der Parkettoberfläche hinsichtlich der gesamten Wohnung trotz der Abnahme durch die Beklagten nach wie vor beim Kläger. Dem Kläger ist dieser Nachweis nicht gelungen. Vielmehr steht nach Abschluss der Beweisaufnahme insbesondere aufgrund der sämtlich glaubhaften Aussagen der Zeugen B# , R# und B# sowie aufgrund der Angaben des Sachverständigen M# fest, dass das Parkett nach der Übergabe der Wohnung an zahlreichen Stellen die geschilderten oberflächlichen Schäden aufweist. Die Frage, wodurch diese Schäden entstanden sind, konnte in der Beweisaufnahme - wenig überraschend - nicht geklärt werden. Damit ist im Zweifel davon auszugehen, dass sie vom Kläger in der Zeit bis zum Abnahmetermin und nicht nachträglich durch die Eheleute v# B## verursacht wurden (für spätere Beschädigungen trug er wegen der Abnahme nicht mehr die Gefahr, § 644 Abs. 1 BGB) und er also insoweit mangelhaft geleistet hat.

Die zur Beseitigung erforderlichen Maßnahmen sind insbesondere: Ausräumen, Abkleben und Abdecken von Möbeln, Abschleifen und neue Versiegelung des Parketts, erneutes Einräumen

der überarbeiteten Räume. Auf Grundlage der Aussage des Zeugen B# (Terminsprotokoll vom 21. März 2018, S. 8 f), der als Parkettsachverständiger der Besteller die Wohnung begutachtet hat und denen der Gerichtssachverständige M# ausdrücklich zugestimmt hat (Terminsprotokoll vom 21. März 2018, S. 14), ist von voraussichtlichen Kosten von 12.000,- Euro netto, also 14.280,- Euro einschließlich Mehrwertsteuer auszugehen (Terminsprotokoll vom 21. März 2018, S. 8). Zuzüglich des Druckzuschlags gemäß § 641 Abs. 3 BGB ergibt sich ein Einbehalt von 28.560,- Euro, der durch die summenmäßige Beschränkung der Beklagten begrenzt wird, aber auch dann noch die Klageforderung übersteigt.

(2) Wegen zu weiter Spaltmaße zwischen der Parkettfläche und den Fußleisten sind die Beklagten zu einem Einbehalt von 1.951,60 Euro berechtigt. Nach Abschluss der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Werkleistung des Klägers insoweit mangelhaft ist (vgl. insbesondere die Angaben des Sachverständigen M# , Terminsprotokoll vom 21. März 2018, S. 14 nebst seinen Gutachten). Allerdings handelt es sich um einen lediglich optischen Mangel, der entweder durch das Herabsetzen der Fußleisten einschließlich malermäßiger Überarbeitung oder das Anbringen eines Viertelstabs behoben werden kann. Auf Grundlage der Angaben des Sachverständigen schätzt der Senat die Kosten dieser Maßnahme mit insgesamt 820,- Euro netto, also 975,80 Euro einschließlich Mehrwertsteuer, sodass sich einschließlich des Druckzuschlags gemäß § 641 Abs. 3 BGB ein Einbehalt von 1.951,60 Euro ergibt.

(3) Die Leistung des Klägers ist außerdem insoweit mangelhaft, als einige Fensterbänke aus Holz nicht ordnungsgemäß gestrichen sind. Insoweit sind die Beklagten zu einem Einbehalt von 2.380,- Euro berechtigt. Die Beweisaufnahme - insbesondere die Vernehmung der Zeugen R# und B# und des Sachverständigen M# - hat in diesem Punkt zur Überzeugung des Senats ergeben, dass der Anstrich teilweise nicht deckend ist und Materialeinschlüsse und Unebenheiten aufweist (vgl. Terminsprotokoll vom 21. März 2018, S. 5 f und 15 sowie Terminsprotokoll vom 10. April 2018, S. 3). Auf Grundlage der Schätzung des Sachverständigen M# meint der Senat, dass ein Betrag von 100,- Euro (netto) für eine zufriedenstellende Überarbeitung einer Fensterbank auch bei eventuellen Erschwernissen ausreichend sein müsste (vgl. Terminsprotokoll vom 21. März 2018, S. 15). Da offenbar rund zehn Fensterbänke betroffen sind, errechnen sich Kosten von 1.000,- Euro netto, also 1.190,- Euro einschließlich Mehrwertsteuer, zzgl. Druckzuschlags 2.380,- Euro.

(4) Wegen der angeblich nicht ordnungsgemäß ausgeführten Anputzleisten an den Balkontüren sind die Beklagten nicht zu einem Einbehalt berechtigt. Die Werkleistung des Klägers ist insoweit nicht mangelhaft. Der Zeuge B# , den die Eheleute insoweit als Sachverständigen beauftragten, hat selbst angegeben, dass es sich hier nur um eine geringfügige optische Beeinträchtigung handelt, die ausweislich der Aufnahmen im Gutachten des Sachverständigen M# vom 11. Februar 2013 (dort S. 136 ff) nicht ins Gewicht fallen und deshalb nicht als Mangel anzusehen sind.

cc) Ob die Rechte der Beklagten wegen der Mängel an der Werkleistung des Klägers verjährt sind, ist unerheblich, da die Beklagten sie an dieser Stelle nur im Wege der Einrede geltend machen (§ 215 BGB).

dd) Somit sind die Beklagten zur Zahlung einer Vergütung von 17.098,59 Euro an die Klägerin zu verurteilen, allerdings nur Zug um Zug gegen Beseitigung der unter cc) (1) bis (3) genannten Mängelsymptome.

Hingegen kann die Klage nicht vollständig abgewiesen werden. Zwar haben die Beklagten

gegenüber der Klageforderung zumindest hilfsweise die Aufrechnung mit ihrem Vorschussanspruch (§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB) wegen der Mängel erklärt (Schriftsatz vom 4. September 2015, S. 24), diese Aufrechnung greift mangels Aufrechnungslage aber nicht durch. Trotz der festgestellten Mängel der Werkleistung des Klägers steht den Beklagten kein Vorschussanspruch gegen den Kläger zu. Der Vorschussanspruch soll dem Besteller ermöglichen, die Kosten der Mängelbeseitigung durch den hierfür verantwortlichen Unternehmer finanzieren zu lassen. Hierzu besteht aber kein Bedarf, wenn der Besteller einen auskömmlichen Anteil der Vergütung des Unternehmers einbehalten hat. So verhält es sich hier: Die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung belaufen sich auf 16.445,80 Euro (einschließlich Mehrwertsteuer), die Beklagten behalten aber einen übersteigenden Vergütungsanteil von 17.098,59 Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) ein, auf den sie zur Mängelbeseitigung zurückgreifen können. Anders als beim Mängleinbehalt ist der Besteller beim Vorschuss nicht zu einem Druckzuschlag berechtigt. Dass die Beklagten die Vergütung des Klägers nur gegen mangelfreie Leistung in voller Höhe schulden, ist gleichgültig, denn die durch den Vorschuss finanzierte Mängelbeseitigung dient ja gerade der Herstellung einer solchen mangelfreien Leistung.

c) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Verzinsung seines Vergütungsanspruchs, (§§ 280, 286, 288 Abs. 1 BGB), da das Bestehen der Einrede aus §§ 320 Abs. 1, 641 Abs. 3 BGB dem Verzug der Beklagten entgegensteht.

2. Die Berufung der Beklagten zu 1) gegen die Abweisung ihrer Widerklage durch das Urteil des Landgerichts hat keinen Erfolg.

Die Widerklage ist nicht begründet. Aus den Ausführungen unter Ziff. 1 b) dd) ergibt sich, dass der mit der Widerklage verfolgte Vorschussanspruch der Beklagten ebenso wie ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen der streitgegenständlichen Mängel nicht besteht. Die Beklagten haben einen die Mängelbeseitigungskosten übersteigenden Anteil der Vergütung des Klägers einbehalten.

3. Der Rechtsstreit ist insgesamt zur Entscheidung reif. Der Senat muss nicht abwarten, bis der offenbar länger erkrankten Zeuge B# wieder vernommen werden kann.

Wie sich aus dem Beweisbeschluss vom 30. Januar 2018 ergibt, hat der Senat die Vernehmung des Zeugen nur hinsichtlich der Absprachen zwischen den Vertragsparteien über die nicht ausgeführten Leistungen "Kaminanschluss" und "Alarmanlage" sowie über die noch streitgegenständlichen Mängel für erforderlich gesehen. Nach Abschluss der Beweisaufnahme und Vernehmung aller übrigen Zeugen können die in das Wissen des Zeugen gestellten Tatsachen indes als wahr unterstellt werden, ohne dass sich die Entscheidung des Senats im Ergebnis hierdurch ändert.

4. Bei der Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO und der sog. Baumbachschen Formel.

Dabei ist der Senat von den folgenden gerundeten Eckdaten ausgegangen: Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Klägers sind zu 60 % im Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) entstanden, zu 40 % im Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und den Beklagten zu 2) bis 5), die nicht Partei der Widerklage sind. Das Obsiegensverhältnis zwischen Kläger und Beklagter zu 1) beträgt 1:2, zwischen Kläger und den Beklagten zu 2) bis 5) 1:5. Nach dem Obsiegensverhältnis zwischen Kläger und Beklagter zu 1) sind auch die Kosten zu verteilen, die in dem selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Berlin (7 OH 3/12) entstanden sind. Es ergeben sich die vom Senat leicht gerundeten prozentualen Quoten

der Kostentragung.

5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Die Revision wird zugunsten der Beklagten zugelassen, soweit das Prozessergebnis auf den vom Senat zuerkannten Nachtragspositionen Ziff. 2.1 bis 3.20 beruht, also die Rechtsansicht des Senats zur Preisermittlung gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B streitentscheidend ist. Bei diesen Nachtragspositionen handelt es sich zwar jeweils um unselbständige Rechnungsposten, der Endsaldo des Vergütungsanspruchs des Klägers ist aber teilbar, insoweit er auf ihrer Zuerkennung durch den Senat beruht. Die Revision ist deshalb insoweit zugelassen, wie die Beklagten zur Zahlung von 17.098,59 an den Kläger verurteilt sind - wenn auch unter Mängelvorbehalt. Denn wären seine Nachtragspositionen entsprechend der Ansicht der Beklagten und entgegen der Ansicht des Senats insgesamt unbegründet, wäre seine Vergütungsforderung um 31.603,86 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer, also um 37.608,59 Euro geringer ausgefallen und hätte nur 70.000,- Euro (brutto) betragen, sodass die Klage vollständig unbegründet gewesen wäre. Darin erschöpft sich aber nicht der Umfang der Zulassung der Revision. Denn da 90.000,- Euro (brutto) an den Kläger gezahlt wurden, würden sich die Beklagten ihm gegenüber nicht wie nach der Auffassung des Senats in Zahlungsrückstand befinden, sondern hätten ihn um 20.000,- Euro überzahlt, sodass der mit der Widerklage geltend gemachte Vorschussanspruch der Beklagten zu 1) nicht durch Anrechnung eines Einbehalts gemindert würde, sondern in Höhe der vom Senat ermittelten Mängelbeseitigungskosten von 16.445,80 Euro auf die Widerklage hin zugesprochen werden müsste. Die Revision wird also im Umfang von - nach Meinung des Senats abtrennbaren - Teilpositionen mit einer Beschwer von 17.098,59 Euro (für die Beklagten zu 1) bis 5) + 16.445,80 Euro (zusätzlich für die Beklagte zu 1)), insgesamt 33.544,39 Euro zugelassen.

verkündet am: 10.07.2018