

KG

Urteil

vom 11.06.2019

21 U 142/18

BGB a.F. § 649; BGB §§ 280, 314 Abs. 3, § 633

1. Einigen sich die Parteien eines Werkvertrags über das vorzeitige Ende der Leistungen des Unternehmers, so steht diesem nur die "kleine Kündigungsvergütung" zu, wenn im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung zugunsten des Bestellers ein wichtiger Kündigungsgrund verwirklicht war.*)
2. Die Nichteinhaltung der angemessenen Frist des § 314 Abs. 3 BGB stellt eine Einwendung gegen die Wirksamkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund dar und ist folglich vom Kündigungsgegner darzulegen und zu beweisen.*)
3. Hat ein Werkunternehmer, der mit der Bauüberwachung beauftragt ist (Bauüberwacher), zur Darlegung seiner Kündigungsvergütung erbrachte von nicht erbrachten Überwachungsleistungen abzugrenzen, kann dies anhand eines zeitlichen Kriteriums geschehen.*)
4. Ist ein Bauüberwacher auch mit der Rechnungsprüfung beauftragt, so hat er bereits die Abschlagsrechnungen der ausführenden Unternehmer daraufhin zu überprüfen, ob die begehrte Zahlung durch den Leistungsstand des Unternehmers gerechtfertigt ist.*)
5. Unterlässt der Bauüberwacher dies und leistet der Bauherr daraufhin eine überhöhte Zahlung an den ausführenden Unternehmer, entsteht dem Bauherrn mit dieser Zahlung ein Schaden.*)

KG, Urteil vom 11.06.2019 - 21 U 142/18

vorhergehend:

LG Berlin, 15.10.2018 - 9 O 270/16

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 09.04.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Retzlaff als Einzelrichter

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts vom 15. Oktober 2018 dahin geändert, dass der Tenor insgesamt nun wie folgt lautet:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Auf die Drittwiderklage wird festgestellt, dass dem Drittwiderbeklagten die folgenden Ansprüche gegen die Beklagte nicht zustehen:

- Vergütung von Bauleitertätigkeiten für das Bauvorhaben "G-Straße" nach dem Bauleitervertrag vom 2. August 2013 entsprechend seiner Rechnungen Nr. 016-2014 vom 31. März 2014 und Nr. 018-2014 vom 30. April 2014;
- Vergütung von After-Sale-Betreuungen betreffend das Bauvorhaben "G-Straße" entsprechend seiner Rechnung Nr. 022-2014 vom 2. Juni 2014;
- Freistellung von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten wegen dieser beiden angeblichen Forderungen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits werden in Abänderung des landgerichtlichen Urteils wie folgt verteilt:

Die Kosten der ersten Instanz haben die Klägerin zu 37 %, die Beklagte zu 33 % und der Drittwiderbeklagte zu 30 % zu tragen.

Die Kosten der zweiten Instanz haben die Klägerin zu 56 % und der Drittwiderbeklagte zu 44 % zu tragen.

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

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um gegenseitige Ansprüche aus einem Bauleitervertrag.

Die Beklagte ließ ein Wohnhaus in der G-Straße, Berlin modernisieren. Am 2. August 2013 beauftragte sie den Drittwiderbeklagten in einem "Bauleitervertrag" mit in § 1.2 dieses Vertrages näher bestimmten Leistungen. Danach hatte der Drittwiderbeklagte die folgenden *"Ziele im Sinne eines Werkerfolgs für die (...) Baumaßnahme zu erreichen"*:

"Ziel 1: Erarbeitung der zuschlagsreifen Lösung"

Ziel 2: Sicherstellung der Umsetzung der Planung in ein mangelfreies Gebäude

Ziel 3: Dokumentation"

Diese Aufgaben werden in § 1.2 des Vertrages näher detailliert. Nach § 3 des Vertrages sind diese Leistungen "gemäß § 33 HOAI" zu vergüten, wobei auf die Leistungsphasen 6 bis 9 verwiesen wird. Sodann heißt es in § 3.3 des Vertrages wörtlich:

"Honorierung des Bauleiters:

Dies entspricht für die LPH 6-9 einem monatlichen Honorarfixbetrag von 10.500 Euro brutto. Voraussichtlicher Dauer 8 Monate.

Honorarsumme = netto 84.000 Euro brutto"

Handschriftlich ist ergänzt: *"Beginn ab 15.7.2013"*

§ 5.1 des Vertrages sieht vor, dass bei einer Überschreitung einer Bauzeit von acht Monaten aus Gründen, die dem Drittwiderbeklagten nicht zugerechnet werden können, ein ergänzendes Honorar für ihn zu verhandeln sei.

§ 7.3. lautet wie folgt, wobei der Drittwiderbeklagte als "AN" bezeichnet wird:

"Wird der AN wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird. (...)"

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 2 verwiesen.

Der Drittwiderbeklagte wurde bei der Bauleitung durch Herrn RGunterstützt.

Die Beklagte beauftragte die Fa. O GmbH (im Folgenden: Fa. O) mit der Montage eines Wärmedämmverbundsystems an den Fassaden des Gebäudes. Die Fa. O führte Leistungen aus und stellte dafür Abschlags- bzw. Teilrechnungen, die der Drittwiderbeklagte zumindest teilweise prüfte und abzeichnete. Daraufhin leistete die Beklagte Zahlungen in Höhe von insgesamt 69.756,88 Euro an die Fa. O. Deren Leistungen stellten sich zumindest teilweise als mangelhaft heraus. Der Drittwiderbeklagte monierte dies und veranlasste, dass die Wärmedämmung zumindest teilweise wieder abgerissen wurde.

Der Drittwiderbeklagte stellte der Fa. O eine Zahlung in Höhe von 33.320,- Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) für "projektbezogene Beratung, begleitende Planung, Vorbereitung Ausführungsplanung für das BVG-Straße" in Rechnung (Anlage B 6).

Die Fa. O wurde insolvent und stellte weder ihre Leistungen fertig noch leistete sie Rückzahlungen an die Beklagte. Diese ließ das Wärmedämmverbundsystem durch ein anderes Unternehmen montieren.

Der Drittwiderbeklagte stellte der Beklagten für seine Tätigkeit in den Monaten März und April 2014 nach dem Bauleitervertrag eine Vergütung von jeweils 10.500,- Euro in Rechnung (Anlagen K 3 und 4, im Folgenden: Bauleiterhonorar März und April 2014). Die Beklagte bezahlte diese Rechnungen nicht.

Der Drittwiderbeklagte war ferner der Auffassung, aus einer weiteren Vereinbarung mit der Beklagten stehe ihm für die "Käuferbetreuung" für das Objekt ein weiterer Anspruch in Höhe von 12.752,95 Euro zu.

Am 26. Dezember 2016 trat der Drittwiderbeklagte seinen angeblichen Anspruch auf Bauleiterhonorar für März und April 2014 und seine angebliche Vergütung für Käuferbetreuung an die Klägerin ab (Gesamtbetrag dieser Forderungen: 33.752,94 Euro).

Wegen dieser beiden Forderungen hat die Klägerin vor dem Landgericht Berlin Klage gegen die Beklagte auf Zahlung von 33.752,94 Euro nebst Zinsen und Rechtsverfolgungskosten

erhoben. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und außerdem im Wege der Widerklage die Feststellung gegenüber dem Drittwiderbeklagten beantragt, dass die von der Klägerin verfolgten Ansprüche auch ihm nicht zustünden.

Die Beklagte meint unter anderem, die Abrechnung des Bauleiterhonorars des Drittwiderbeklagten sei nicht prüffähig. Ferner behauptet sie, er habe seine Bauleitertätigkeit mangelhaft erbracht. Dafür habe er sich von der Fa. O eine Rückvergütung ("kickback") zahlen lassen. Darum handele es sich bei dem angeblichen "Beraterhonorar", das er dem Unternehmen in Rechnung gestellt hat (Anlage B 6).

Das Landgericht Berlin hat ein Sachverständigengutachten über die Frage eingeholt, ob die von der Fa. O durchgeführten Dämmarbeiten an der Fassade des Bauvorhabens fachgerecht gewesen seien. Wegen der Einzelheiten des Beweisthemas wird auf den Beweisbeschluss vom 30. August 2017 verwiesen, wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf das Gutachten des Sachverständigen Dr.-Ing. R .

Mit Urteil vom 15. Oktober 2018 hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 21.000,- Euro zuzüglich Nebenforderungen verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Drittwiderbeklagte könne sein Honorar nach Zeitabschnitten abrechnen, sodass die monatsweise Abrechnung für März und April 2014 prüffähig sei. Die Beklagte könne das Honorar weder mindern noch dagegen wegen mangelhafter Vertragserfüllung aufrechnen. Hinsichtlich der Leistungen der Fa. O stehe nicht fest, dass die Mängel an der Leistung zur Zeit der Bauleitung durch den Drittwiderbeklagten entstanden seien. Insoweit hat das Landgericht auch die Widerklage gegen den Drittwiderbeklagten abgewiesen. Hinsichtlich der Forderung für die Käuferbetreuung hat das Landgericht die Klage als unschlüssig abgewiesen und der Drittwiderklage stattgegeben. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens und der Begründung des Landgerichts wird auf das Urteil verwiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit der Berufung, zu deren Begründung sie ihr erstinstanzliches Vorbringen betreffend das Bauleiterhonorar wiederholt bzw. vertieft.

Die Beklagte beantragt sinngemäß

das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass die Klage abgewiesen und der Drittwiderklage vollständig stattgegeben werde.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zu ihrer Begründung verteidigt sie das Urteil des Landgerichts und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist vollständig begründet.

I.

Berufung gegen die Klägerin

Soweit das Landgericht zugunsten der Klägerin entschieden hat, ist die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten begründet. Denn der mit der Klage geltend gemachte und vom Landgericht zugesprochene Vergütungsanspruch aus dem streitgegenständlichen Bauleitervertrag (Anlage K 2) bestand zwar in Höhe von 17.497,20 Euro (einschließlich Umsatzsteuer), ist aber durch Aufrechnung erloschen (§§ 406, 389 BGB).

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

2. Die Klägerin hatte gegen die Beklagte einen noch offenen Vergütungsanspruch in Höhe von 17.497,20 Euro aus dem Bauleitervertrag zwischen der Beklagten und dem Drittwiderbeklagten (§ 631 Abs. 1 BGB).

a) Ursprünglich war der Drittwiderbeklagte Inhaber des Vergütungsanspruchs aus diesem Vertrag. Dann trat er diesen Anspruch aber an die Klägerin ab, sodass diese für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aktivlegitimiert ist. Die Wirksamkeit der Abtretung wird von der Beklagten in der zweiten Instanz nicht mehr in Zweifel gezogen.

b) Vor der Abtretung stand dem Drittwiderbeklagten ein noch offener Vergütungsanspruch in Höhe von 17.497,20 Euro (einschließlich Umsatzsteuer) aus dem Bauleitervertrag gegen die Beklagte zu. Soweit das Landgericht von einem höheren abgetretenen Vergütungsanspruch ausgegangen ist, nämlich in Höhe von 21.000,- Euro (einschließlich Umsatzsteuer), ist das Urteil entsprechend abzuändern.

Der Drittwiderbeklagte hat die Leistungen, mit denen die Beklagte ihn beauftragt hat, nicht vollständig erbracht. Da die Beklagte den Bauleitervertrag mit ihm beendet hat und sich dabei auf einen wichtigen Kündigungsgrund berufen konnte, steht dem Drittwiderbeklagten nur ein Anspruch auf Vergütung seiner erbrachten Leistungen ("kleine Kündigungsvergütung") zu. Dieser beläuft sich auf 17.497,20 Euro (einschließlich Umsatzsteuer).

aa) Bei dem streitgegenständlichen Bauleitervertrag handelt es sich um einen Werkvertrag. Zwar ist Hauptgegenstand des Vertrages die Bauüberwachung durch den Drittwiderbeklagten. Doch auch Bauüberwachung ist ein Werk. Zwar handelt es sich im Grundsatz eher um eine dienstvertragliche Leistung, denn wer überwacht, erbringt gerade keine eigenes "primäres Werk", sondern überprüft und koordiniert die Werkleistung von Unternehmern, die nicht seine Erfüllungsgehilfen oder Subunternehmer sind. Die zentrale Aufgabe eines Bauüberwachers ist es aber, dafür Sorge zu tragen, dass die von ihm überwachten Bauleistungen technisch mangelfrei erbracht werden (BGH, Urteil vom 10. Juni 1999, VII ZR 215/98). Dies kann er - anders als die Einhaltung einer Kostengrenze - dadurch gewährleisten, dass er entweder selbst oder über die Beratung des Bauherrn auf die Beseitigung aufgetretener Mängel dringen kann, sodass technische Mangelfreiheit im

Ergebnis sichergestellt werden kann. Deshalb haftet ein Bauüberwacher im Zweifel wie die von ihm überwachten ausführenden Unternehmer grundsätzlich für die technische Mangelfreiheit des Gebäudes als Werkerfolg.

bb) Der Drittwiderbeklagte kann aus dem Bauleitervertrag nur die Vergütung seiner erbrachten Leistungen beanspruchen, da die Beklagte zu seiner Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt war ("kleine Kündigungsvergütung", vgl. KG, Urteil vom 16. Februar 2018, 21 U 66/16).

(1) Die Parteien haben nicht vorgetragen, dass die Beklagte den Bauleitervertrag gekündigt hätte. Allerdings waren sich die Parteien unstreitig darüber einig, dass der Drittwiderbeklagte seine Tätigkeit für die Beklagte vorzeitig, nämlich mit dem Ablauf von April 2014, beenden sollte. Dies betont gerade auch die Klägerin und verweist darauf, dass der Drittwiderbeklagte deshalb nach diesem Zeitpunkt keine Bauüberwachung mehr geschuldet habe (Schriftsatz der Klägerin vom 1 Juni 2018, S. 1 f). Durch diese unstreitige Einigkeit zwischen den Parteien ist das vormalige Schreiben des Drittwiderbeklagten vom 27. April 2014, mit dem er noch die Fortsetzung seiner Tätigkeit angeboten hatte (Anlage K 6), offenbar überholt worden.

Ende April 2014 hatte der Drittwiderbeklagte seine Leistungen aus dem Bauleitervertrag noch nicht vollständig erbracht. Da die Bauarbeiten noch nicht abgeschlossen waren (zumindest die Fassadendämmung war noch nicht fertiggestellt), war noch nicht einmal die von ihm übernommene Bauüberwachung beendet (Ziel 2 nach § 1.2 des Vertrages, Anlage K 2). Zusätzlich hatte der Drittwiderbeklagte eine anschließende "Dokumentationsphase" als Ziel 3 übernommen, die noch das Durchsetzen von Gewährleistungsansprüchen und das Mitwirken bei der Freigabe von Sicherheitsleistungen umfasste (vgl. § 1.2 des Vertrages, Anlage K 2). Diese Leistung, die sich die Parteien offenbar ähnlich der Leistungsphase 9 nach § 34 HOAI vorgestellt haben, hatte der Drittwiderbeklagte ebenfalls noch nicht erbracht; da die Bauarbeiten noch nicht abgeschlossen waren, hatte er mit ihr noch nicht einmal begonnen.

(2) Einigen sich die Parteien eines Werkvertrages über das vorzeitige Ende der Leistungen des Unternehmers, so hat dies im Grundsatz nur die Folge, dass der Unternehmer von weiteren Leistungen freigestellt und der Vertrag beendet ist, ohne dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers modifiziert wird. (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2018, VII ZR 82/17, m.w.N.; Schmitz in: Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Auflage, 2018, § 648 BGB, Rz. 15, m.w.N.). Dem Unternehmer steht bei einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung deshalb derselbe Vergütungsanspruch zu wie im Fall einer Kündigung durch den Besteller. Da der Besteller im Zweifel nicht berechtigt ist, den Werkvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, ist somit im Regelfall von der Vergütungsfolge einer freien Kündigung, also der "großen Kündigungsvergütung" auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2018, VII ZR 82/17; Schmitz in: Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Auflage, 2018, § 648 BGB, Rz. 15 m.w.N.), die abzüglich ersparter Aufwendungen auch die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen umfasst (vgl. § 649 BGB a.F.). Wäre der Besteller im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung aber zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt gewesen, dann hätte der Unternehmer im Falle einer solchen Kündigung nur Anspruch auf die "kleine

Kündigungsvergütung", die sich lediglich auf die Vergütung für die erbrachten Leistungen beläuft. An dieser Vergütungsfolge wollen die Vertragsparteien durch einen Aufhebungsvertrag im Zweifel nichts ändern, sodass dem Unternehmer bei bestehendem Kündigungsgrund zugunsten des Bestellers auch bei einvernehmlicher Vertragsaufhebung nur die kleine Kündigungsvergütung zusteht. Es ist nicht erforderlich, dass sich der Besteller im Zusammenhang mit der einvernehmlichen Beendigung des Werkvertrags ausdrücklich auf den wichtigen Kündigungsgrund bezogen hat. Es genügt, dass dieser Grund tatsächlich besteht, dann kann er als Begründung für die Vertragsbeendigung nachträglich nachgeschoben werden (BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2017, VII ZR 46/15).

(3) Nach diesen Grundsätzen stand dem Drittwiderbeklagten gegen die Beklagte nur ein Anspruch auf die kleine Kündigungsvergütung zu. Denn die Beklagte war bei der einvernehmlichen Vertragsbeendigung zur Kündigung des Bauleitervertrags aus wichtigem Grund berechtigt. Ein solcher Kündigungsgrund besteht dann zugunsten des Bestellers, wenn sein Vertrauen in die Verlässlichkeit und die ordnungsgemäße Vertragserfüllung durch den Werkunternehmer nachhaltig zerstört Insolvenzschuldner, sodass ihm die Fortführung des Vertrages unzumutbar ist (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 78. Auflage, 2019, § 314 BGB, Rz. 7 m.w.N.).

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Denn der Drittwiderbeklagte hat von der Fa. O, die er bei der Bauausführung überwachen sollte, einen Betrag von rund 33.000,- Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) als Gegenleistung dafür gefordert, dass er Zahlungen zu ihren Gunsten freigab, die noch nicht in diesem Umfang verdient waren. Hierdurch hat der Drittwiderbeklagte in schwerwiegender Weise die Interessen seiner Auftraggeberin verletzt und ihre Vermögensinteressen einem Risiko ausgesetzt, das sich im vorliegenden Fall auch zu ihren Lasten realisierte, da die Fa. O später zahlungsunfähig wurde und die Überzahlung nicht mehr zurückleisten konnte.

Die Beklagte hat eine dahingehende Absprache zwischen dem Drittwiderbeklagten und der Fa. O mit Schriftsatz vom 8. November 2017 und in der Berufungsbegründung vom 16. Januar 2019 vorgetragen. Es ist unschädlich, dass sich die Beklagte dabei größtenteils auf Vermutungen gestützt hat. Mit der unstreitigen Rechnung des Drittwiderbeklagten an die Fa. O vom 16. Dezember 2013, die das streitgegenständliche Bauvorhaben betrifft (Anlage B 6), gab es hierfür einen plausiblen Anknüpfungspunkt. Da sich der Vorgang außerhalb der Wahrnehmungssphäre der Beklagten zugetragen hat, kann sie zu den näheren Umständen ohne eigene Tatsachenkenntnis, also auf Vermutungsbasis mit Nichtwissen vortragen (§ 138 Abs. 4 ZPO). Gegenüber solchem zulässigen Vortrag mit Nichtwissen können sich Klägerin bzw. Drittwiderbeklagter nicht auf ein pauschales Bestreiten beschränken, da der Drittwiderbeklagte und somit der Zedent der Klägerin, anders als die Beklagte, Wahrnehmungen zu seinen Absprachen mit der Fa. O gemacht hat. Wollen sie das Vorbringen der Beklagten bestreiten, müssen sie vortragen, was genau der Rechtsgrund für die von der Fa. O verlangte Zahlung gewesen sein soll, wenn die von der Beklagten behauptete Vereinbarung nicht zutrifft ("sekundäre Darlegungslast"). Das ist - auch im nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 2. Mai 2019 - nicht geschehen, sodass von der Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten auszugehen ist.

(4) Die vertragswidrige Absprache zwischen dem Drittwiderbeklagten und der Fa. O stellt einen wichtigen Kündigungsgrund zugunsten der Beklagten im Zeitpunkt der einvernehmlichen Vertragsbeendigung nach Ende April 2014 dar.

(a) Ein wichtiger Kündigungsgrund kann den Vergütungsanspruch des Werkunternehmers nur dann auf die kleine Kündigungsvergütung verringern, wenn er im Zeitpunkt der Kündigung bzw. hier der Vertragsbeendigung bereits voll verwirklicht war (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2017, VII ZR 46/15; zum Nachschieben von Kündigungsgründen vgl. Böttcher in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 314 BGB, Rn. 10). Setzt der Kündigungsgrund eine vorherige erfolglose Abmahnung oder Fristsetzung voraus (analog § 314 Abs. 2 BGB), muss folglich auch diese Tatbestandsvoraussetzung bereits im Zeitpunkt von Kündigung bzw. Vertragsbeendigung gegeben gewesen sein.

Dies steht einer Berücksichtigung des hier zugunsten der Beklagten bestehenden Kündigungsgrunds (vgl. oben (3)) im vorliegenden Fall nicht entgegen. Denn die Absprache zwischen dem Drittwiderbeklagten und der Fa. O stellt einen so schwerwiegenden Vertrauensverstoß dar, dass eine vorherige Abmahnung hier entbehrlich war (§ 314 Abs. 2 S 3 BGB). Dem Drittwiderbeklagten musste klar sein, dass dieses Verhalten geeignet war, das Vertrauen der Beklagten in die Fortsetzung des Vertrages mit ihm in jedem Fall zu zerstören.

Dieser Kündigungsgrund war bereits im Jahr 2013 verwirklicht und lag also bei der einvernehmlichen Vertragsbeendigung zum Ende April 2014 vor.

(b) Dass sich die Beklagte im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung nicht mehr auf den Kündigungsgrund hätte berufen können, weil bereits eine angemessene Frist abgelaufen war, seitdem sie von ihm Kenntnis erlangt hatte (vgl. § 314 Abs. 3 BGB), ist nicht ersichtlich. Diese Ungewissheit geht zu Lasten der Klägerin und des Drittwiderbeklagten, da es sich bei der Frist des § 314 Abs. 3 BGB um eine Einwendung gegen den Kündigungsgrund handelt. Klägerin und Drittwiderbeklagter haben nicht vorgetragen, dass die Beklagte zu einem hinreichend frühen Zeitpunkt Kenntnis von der Rechnung des Drittwiderbeklagten an die Fa. O erlangt hätte (was sie aus den unter (3) dargelegten Erwägungen ihrerseits mit Nichtwissen hätten tun können, § 138 Abs. 4 ZPO).

cc) Der auf Vergütung seiner erbrachten Leistungen gerichtete Vergütungsanspruch des Drittwiderbeklagten beläuft sich auf 17.497,20 Euro.

(1) Zur Darlegung der kleinen Kündigungsvergütung hat der Unternehmer seine erbrachten von den nicht erbrachten Leistungen abzugrenzen und anhand der Vergütungsvereinbarung zu bewerten. Der Detaillierungsgrad, den der Unternehmer dabei zu erreichen hat, richtet sich auf der einen Seite nach dem berechtigten Informationsinteresse des Bestellers, auf der anderen Seite darf die Abrechnung eines Werkvertrags nicht zu unverhältnismäßigen Anforderungen für den Unternehmer führen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Parteien eines Werkvertrags die vertragliche Leistung häufig nur mit einem eher geringen Detaillierungsgrad bepreisen. In einem solchen Fall ist die Abrechnung nach Kündigung in aller Regel nur näherungsweise möglich. Auch unter Berücksichtigung des berechtigten Informationsinteresses des Bestellers muss ein solcher Näherungscharakter in gewissen Grenzen dann von ihm hingenommen werden.

(2) Zur Darlegung des Leistungsstands von Architektenleistungen kommt grundsätzlich eine inhaltliche oder eine zeitliche Abgrenzung von erbrachten und nichterbrachten Leistungen in Betracht.

Geht es um Planungsleistungen ist in aller Regel eine inhaltliche Leistungsabgrenzung vorzunehmen.

Beispiel 1: Ein Architekt ist mit den Leistungsphasen 1 bis 8 beauftragt. Der Besteller kündigt den Vertrag aus wichtigem Grund, als der Architekt die Leistungsphasen 1 bis 4 vollständig, die Leistungsphase 5 teilweise und die Leistungsphasen 6 bis 8 noch gar nicht erbracht hat.

Die inhaltliche Leistungsabgrenzung ist hier so vorzunehmen, dass der Architekt die von ihm erstellten Ausführungspläne zur Gesamtzahl der für das Vorhaben insgesamt erforderlichen Ausführungspläne und der sonstigen Leistungen der Leistungsphase 5 ins Verhältnis setzt und bewertet.

Anders ist es, wenn es um die Abgrenzung von erbrachten und nichterbrachten Überwachungsleistungen geht.

Beispiel 2: Ein Werkunternehmer ist ausschließlich mit der Bauüberwachung (Leistungsphase 8) beauftragt. Vor deren Abschluss kündigt der Besteller den Vertrag aus wichtigem Grund.

Auch hier wäre eine inhaltliche Leistungsabgrenzung möglich, etwa indem sie an das vom Bauüberwacher geprüfte Rechnungsvolumen anknüpft.

Beispiel 3: Im Zeitpunkt der Kündigung hat der Bauüberwacher hat Schluss- und Abschlagsrechnungen im Volumen von 400.000,- Euro geprüft, die Gesamtkosten des Vorhabens betragen voraussichtlich 1.000.000,- Euro

Anhand des geprüften Rechnungsvolumens ermittelte sich hier ein Leistungsstand von 40 %. Allerdings ist nicht selbstverständlich, dass damit das bestmögliche Kriterium zur Leistungsabgrenzung gefunden ist. Denn die zu prüfenden ausführenden Bauunternehmen sind zur Vorleistung verpflichtet, weshalb die Rechnungsprüfung den Abschluss eines jeden Überwachungsabschnitts bildet. Die Leistungsabgrenzung anhand der geprüften Rechnungsbeträge führt damit tendenziell zu einer Unterbewertung der erbrachten Überwachungsleistung. Deshalb muss hier auch eine zeitliche Abgrenzung in Betracht kommen.

Beispiel 4: Die Parteien sind von einer zehnmonatigen Dauer (Monat M 1 bis M 10) der zu überwachenden Bauarbeiten ausgegangen. Nach vier Monaten (nach M 4) kündigt der Besteller den Vertrag aus wichtigem Grund.

Der Senat erachtet es für zulässig, für die Abrechnung eines gekündigten Werkvertrags von der vereinfachenden Annahme auszugehen, die vom Unternehmer zu entfaltende Überwachungstätigkeit verteile sich gleichmäßig über die Gesamtdauer der Bauarbeiten, auch wenn sie tatsächlich je nach dem Baufortschritt Schwankungen unterliegen kann. Deshalb stellt der sich im Beispiel 4 auf zeitlicher Basis ergebende Leistungsstand von 40 % nach Meinung des Senats eine zulässige und für das Informationsinteresse des Bestellers grundsätzlich ausreichende Abgrenzung der erbrachten von den nichterbrachten

Überwachungsleistungen dar, mit der der Unternehmer seiner Darlegungslast für den Vergütungsanspruch nachgekommen ist. Sieht der Besteller dies anders, bleibt es ihm unbenommen, den Vortrag zu bestreiten und einen geringeren Leistungsstand zu behaupten. Die Darlegungslast hierfür fällt dann aber ihm zu.

Beispiel 5: Im Beispiel 4 standen die Bauarbeiten in den Monaten M 2 und 3 vollständig still, sodass die Nettozeit, während der Bauarbeiten tatsächlich zu überwachen waren, nicht vier, sondern nur zwei Monate beträgt.

Da die Abrechnung eines gekündigten Werkvertrags in vielen Fällen nur näherungsweise möglich ist, wenn durch sie kein unverhältnismäßiger Aufwand entstehen soll, kann eine zeitliche Leistungsabgrenzung auch dann noch ein gangbarer Weg für die Abrechnung der Kündigungsvergütung, wenn die Bauüberwachung bzw. die Leistungen der Leistungsphase 8 nach § 34 HOAI nicht alleiniger Vertragsgegenstand, sondern nur ihr Schwerpunkt sind.

Beispiel 6: Ein Architekt ist mit allen Grundleistungen der Leistungsphasen 6 bis 8 beauftragt. Die Parteien gehen davon aus, dass der Architekt sämtliche Leistungen über einen Zeitraum von acht Monaten erbringen wird. Nach sechs Monaten kündigt der Besteller aus wichtigem Grund.

Zwar sind insbesondere die Leistungen der Leistungsphase 6 nach HOAI Planungsleistungen, bei denen der Leistungsstand auch inhaltlich definiert werden könnte analog der Ermittlung des Leistungsstands innerhalb der Leistungsphase 5 (vgl. das obige Beispiel 1). Da im Fall eines Vertrages über die Leistungsphasen 6 bis 8 die Überwachungsleistungen auf Grundlage der Prozentsätze von § 34 HOAI aber einen Anteil von gut 2/3 (32:46) am Vertragsinhalt haben, ist es nach Auffassung des Senats im Grundsatz auch hier zulässig, den Leistungsstand nach einem zeitlichem Kriterium zu bestimmen wie im Beispiel 5. Im Beispiel 6 ergäbe sich so ein Leistungsstand von 75 %.

Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte den Drittwiderbeklagten indes nicht nur mit Leistungen beauftragt, die im Großen und Ganzen dem Programm der Leistungsphasen 6 bis 8 entsprechen, sondern darüber hinaus mit Leistungen der Leistungsphase 9 (vgl. den Bauleitervertrag Anlage K 1, § 1.2 "Ziel 3"). Die Leistungen gemäß diesem Ziel 3 bzw. der Leistungsphase 9 liegen zeitlich allesamt nach dem Abschluss der Bauarbeiten einschließlich Rechnungsprüfung und Mängelbeseitigung. Daraus folgt, dass bei einer Kündigung im Verlauf der zu überwachenden Bauarbeiten der zeitliche Abgleich mit der Gesamtdauer der Bauarbeiten nur für die Ermittlung des Leistungsstands bei den Leistungen der Phasen 6 bis 8 - also "Ziel 1" und "Ziel 2" - geeignet ist. Hingegen ist die Leistungsphase 9 in vollem Umfang noch nicht erbracht, sodass auch der hierauf entfallende Honorarteil nicht von der kleinen Kündigungsvergütung umfasst sein kann.

(3) Aus diesen Grundsätzen folgt für den vorliegenden Fall:

Da die Bauüberwachung Hauptgegenstand des Vertrags mit der Beklagten war, ist der Drittwiderbeklagte wie im obigen Beispiel 6 grundsätzlich berechtigt, den Leistungsstand seiner Vertragserfüllung nach einem zeitlichen Kriterium abzurechnen. Anderes gilt nur hinsichtlich der Leistungen für das Ziel 3 des Vertrages, die im Zweifel mit der Leistungsphase 9 gleichzusetzen sind. Da die Bauarbeiten im Zeitpunkt der

Vertragsbeendigung noch nicht abgeschlossen waren, kann der Drittwiderbeklagte mit dem Ziel 3 noch nicht begonnen haben, sodass der Leistungsstand insoweit 0 sein muss. In Ermangelung besserer Erkenntnisse und wegen des expliziten Verweises auf eine Honorierung gemäß § 33 HOAI in § 3 des Bauleitervertrags sind die danach nicht erbrachten Leistungen des Drittwiderbeklagten gemäß den Honoraraufteilung in § 34 Abs. 3 HOAI mit 2:48, also rund 4,17 % anzusetzen (anteilige Honorarbewertung nach Prozentpunkten im Verhältnis Leistungsphase 9 : Leistungsphasen 6 bis 9). Die restliche Vergütung, 95,83 % von 84.000,- Euro (einschließlich Mehrwertsteuer), entfällt auf die Ziele 1 und 2 des Vertrages (bzw. die Leistungsphasen 6 bis 8). Innerhalb dieses Bereichs ist eine zeitliche Leistungsabgrenzung möglich. Indem der Drittwiderbeklagte die Vergütung für die letzten beiden Monate seiner Tätigkeit (Beginn offenbar im September 2013) geltend macht, bringt er zum Ausdruck, die Leistungen der Ziele 1 und 2 in den vorgesehenen acht Monaten der Bauzeit vollständig erbracht zu haben. Dass die zu überwachenden Bauarbeiten Ende April 2014 noch nicht abgeschlossen waren, ist unerheblich. Nach § 5.1 des Bauleitervertrages wäre der Drittwiderbeklagte zwar zur Fortsetzung der Bauüberwachung über die achtmonatige Dauer hinaus verpflichtet gewesen, ihm hätte hierfür aber auch ein zusätzliches Honorar zugestanden. Daraus folgt, dass die Parteien das Honorar von 84.000,- Euro - bzw. genauer 95,83 % hiervon - als das Äquivalent für eine achtmonatige Tätigkeit des Bauüberwachers angesehen haben. Für die beiden Monate März und April 2014, in denen der Drittwiderbeklagte seine Tätigkeit ausgeführt hat ohne hierfür bezahlt zu werden, stehen ihm somit die vertraglich bestimmten monatlichen Raten zu. Lediglich der auf Ziel 3 / Leistungsphase 9 entfallende Honorarteil von 3.502,80 Euro (= 4,17 %), ist hiervon in Abzug zu bringen, was der Drittwiderbeklagte nicht berücksichtigt hat.

(4) Dem Drittwiderbeklagten stand somit ein Restbetrag seiner kleinen Kündigungsvergütung in Höhe von $(2 \times 10.500,- \text{ Euro}) - 3.502,80 \text{ Euro} = 17.497,20 \text{ Euro}$ zu, den er an die Klägerin abgetreten hat.

c) Diese Forderung ist nicht einredebehaftet.

aa) Zwar hat der Drittwiderbeklagte den Bauleitervertrag mangelhaft erfüllt (dazu sogleich unter d)), dies begründet für die Beklagte aber nicht die Einrede des § 320 BGB. Der Besteller eines Werkvertrags kann diese Einrede nur solange erheben, wie er vom Unternehmer noch die Erfüllung des Vertrages verlangt. Das tut die Beklagte nicht mehr. Sie trägt selbst vor, dass dem Drittwiderbeklagten mittlerweile eine Nacherfüllung gar nicht mehr möglich ist weil die Bauarbeiten abgeschlossen sind (Schriftsatz der Beklagten vom 16. März 2017, S. 1). Zudem hat sie an der Erfüllung des Ziels 3 durch den Drittwiderbeklagten offenkundig kein Interesse mehr.

bb) Der Umstand, dass der Drittwiderbeklagte gegen seine Pflichten aus dem Bauleitervertrag verstoßen hat, indem er sich von der Fa. O die Zahlung einer Rückvergütung versprechen ließ, berechtigt die Beklagte zwar zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund, nicht aber zum Einbehalt der kleinen Kündigungsvergütung. Außerhalb der Geltung des § 320 BGB führt die Verletzung eigener Pflichten durch den Gläubiger eines Anspruchs grundsätzlich nur zu Gegenansprüchen des Schuldners und hindert den Gläubiger nicht an der Geltendmachung seiner Forderung (vgl. BGH, Urteil vom

10. Januar 2013, VII ZR 259/11; Urteil vom 26. November 2004, V ZR 90/04, Urteil vom 8. November 1999, II ZR 197/98).

d) Allerdings ist der an die Klägerin abgetretene Vergütungsanspruch durch Aufrechnung erloschen. Denn der Beklagten steht ein Schadensersatzanspruch gegen den Drittwiderbeklagten zu (§ 280 Abs. 1 BGB), der die berechtigte Klageforderung von 17.497,20 Euro übersteigt und den die Beklagte auch gegenüber der Klägerin aufrechnen kann (§§ 389, 406 BGB).

aa) Der Drittwiderbeklagte hat die von ihm vertraglich übernommene Bauüberwachung mangelhaft erfüllt.

Zur Bauüberwachung gehört auch nach dem streitgegenständlichen Bauleitervertrag die Rechnungsprüfung (vgl. die Liste unter § 1.2 - Ziel 2, Anlage K 2). Danach hat der Bauüberwacher zu überprüfen, ob der von einem ausführenden Unternehmer erreichte Leistungsstand in Quantität und Qualität eine in Rechnung gestellte Zahlung rechtfertigt. Wenn dies nicht der Fall ist, muss der Bauüberwacher den Bauherrn darauf hinweisen, in welchem Umfang die von dem Unternehmer geforderte Zahlung überhöht ist, um ihn vor einer ungerechtfertigten Zahlung an den Unternehmer zu bewahren (vgl. KG, Urteil vom 28. August 2018, 21 U 24/16).

bb) Diese Pflicht hat der Drittwiderbeklagte mangelhaft erfüllt. Denn er hat die Abschlagsrechnungen der Fa. O für die Montage des Wärmedämmverbundsystems abgezeichnet bzw. abzeichnen lassen, sodass die Beklagte insgesamt 69.756,88 Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) an diese zahlte, während die Leistungen wegen Mängeln tatsächlich vollständig wertlos waren und komplett wieder demontiert werden mussten.

(1) Dass der Drittwiderbeklagte die Abschlagsrechnungen der Fa. O freigab bzw. freigeben ließ, ist unstreitig und wird durch die Anlagen B 2 bis 4 belegt. Soweit sich die Klägerin im Schriftsatz vom 2. Mai 2019 darauf beruft, die Unterschrift auf den Rechnungen vom 8. November 2013 und vom 29. November 2013, stamme "evidentermaßen" nicht vom Drittwiderbeklagten mag dies stimmen, ändert aber nichts an seiner Haftung, da der Namenszug "R. G " lautet, es sich also offenkundig um den vom Drittwiderbeklagten eingesetzten Mitarbeiter RG handelt, seinen Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB).

(2) Die von der Fa. O in Rechnung gestellten Zahlungen waren in vollem Umfang unberechtigt, da ihre Leistungen so mangelhaft waren, dass sie vollständig wieder zurückgebaut werden mussten. Genau dies behauptet die Beklagte. Die Klägerin räumt ein, dass die Leistungen der Fa. O jedenfalls teilweise mangelhaft waren, sodass der Drittwiderbeklagte selbst veranlasste, dass sie insoweit wieder abgerissen wurden. Daneben behauptet die Klägerin aber, die mangelhaften Leistungen der Fa. O seien teilweise nicht unter der Bauleitung des Drittwiderbeklagten entstanden, sondern erst nach April 2014, als sein Vertrag mit der Beklagten beendet war.

Bei dieser Prozesslage ist im Sinne des Vortrags der Beklagten und entgegen der Einschätzung des Landgerichts davon auszugehen, dass die Leistungen der Fa. O, die unter der Bauleitung des Drittwiderbeklagten entstanden sind, vollständig mangelhaft waren. Denn die Beklagte hat die Bauüberwachung des Drittwiderbeklagten nicht abgenommen. Wenn sie

die Behauptung aufstellt, der Drittwiderbeklagte habe seine vertraglichen Pflichten aus diesem Werkvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt, tragen folglich dieser bzw. die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die Mangelfreiheit seiner Leistungen (vgl. KG, Urteil vom 28. August 2018, 21 U 24/16 m.w.N.). Die Klägerin muss folglich darlegen und beweisen, dass die Leistungen der Fa. O jedenfalls die in Rechnung gestellten Zahlungen rechtfertigten. Tatsächlich hat die Klägerin ausdrücklich eingeräumt, dass die Leistungen der Fa. O zumindest teilweise mangelhaft waren (Schriftsatz vom 1. Juni 2018, S. 2). Dann obliegt es ihr, den Umfang dieser somit unstreitigen Mängel so einzugrenzen, dass der Leistungsstand zumindest in Ansätzen quantifiziert werden kann. Nur auf diese Weise kann überprüft werden, inwieweit die vom Drittwiderbeklagten freigegebenen Zahlungen entgegen dem Vortrag der Beklagten wenigstens teilweise berechtigt waren. Auch auf den Hinweis des Senats (Terminsprotokoll vom 9. April 2019, S. 2) hat die Klägerin dies nicht näher dargelegt. Die damit bestehende Unsicherheit über die genaue Höhe des Leistungsstands geht somit zu ihren Lasten, sodass im Sinne des Vortrags der Beklagten von einer Mangelhaftigkeit auszugehen ist, die die gesamte Leistung der Fa. O betrifft. Damit ist es unerheblich, dass die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme unergiebig geblieben ist, da die Leistungen der Fa. O nach ihrer Beseitigung nicht mehr begutachtet werden konnten.

cc) Durch die Pflichtverletzung des Drittwiderbeklagten ist der Beklagten ein Schaden entstanden, der sich in jedem Fall auf mehr als 17.497,20 Euro beläuft.

Verletzt ein Bauüberwacher seine Pflicht zur Rechnungsprüfung und leistet der Bauherr daraufhin eine überhöhte Zahlung an den ausführenden Unternehmer, entsteht dem Bauherrn mit der Zahlung ein Schaden in Höhe des überhöhten Betrages (KG, Urteil vom 28. August 2018, 21 U 24/16, Rz. 48; OLG Frankfurt, Urteil vom 31. März 2016, 6 U 36/15). Dass der ausführende Unternehmer dem Bauherrn zur Rückzahlung verpflichtet ist, ändert daran nichts, er haftet neben dem Überwacher als Gesamtschuldner. Da im vorliegenden Fall die Fa. O aufgrund ihrer Insolvenz nicht zur Rückzahlung in der Lage war und ist, besteht der Überzahlungsschaden bei der Beklagten unvermindert fort. Dieser Schaden ist mit dem Gesamtbetrag der Zahlungen gleichzusetzen, die die Beklagte an die Fa. O leistete. Denn da deren Leistungen wegen Mängeln vollständig wieder ausgetauscht werden mussten, reduziert sich ihr berechtigter Vergütungsanspruch auf 0. Dieser nach der Störung des Äquivalenzverhältnisses zum ausführenden Unternehmer berechnete Schaden ist auch im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gegen den Überwacher in Ansatz zu bringen (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2018, VII ZR 100/16). Er beläuft sich somit auf zumindest 58.619,23 Euro im Falle einer Berechtigung der Beklagten zum Vorsteuerabzug, andernfalls auf 69.756,88 Euro (ob § 4 Nr. 9.a) UStG zur Anwendung kommt, ist unklar geblieben).

dd) Der Anspruch der Beklagten gegen den Drittwiderbeklagten scheidet nicht an § 7.3 des Bauleitervertrages. Selbst wenn diese Regelung im vorliegenden Fall trotz der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 16. Februar 2017, VII ZR 242/13) wirksam sein sollte, weil es sich nicht um eine allgemeine Geschäftsbedingung des Drittwiderbeklagten handelt, wäre eine hieraus resultierende eventuelle Andienungspflicht der Beklagten wegen der mangelhaft ausgeführten Fassadendämmung jedenfalls mit dem Aufhebungsvertrag und

dem daneben bestehenden wichtigen Kündigungsgrund weggefallen und der Beklagten aus diesen Grund auch nicht zumutbar.

II.

Berufung gegen den Drittwiderbeklagten

Soweit das Landgericht die Widerklage der Beklagten angewiesen hat, soweit sie auf Feststellung des Nichtbestehens der Honoraranprüche des Drittwiderbeklagten gerichtet ist, hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ebenfalls Erfolg.

1. Die Berufung ist zulässig. Zwar hat die Beklagte in ihrer Berufungsschrift vom 1. November 2018 nur die Klägerin als Berufungsbeklagte bezeichnet, den Drittwiderbeklagten hingegen nicht, immerhin hat sie ihn aber im Rubrum dieses Schriftsatzes aufgeführt. Durch die Berufungsbegründung der Beklagten vom 16. Januar 2019 wird sodann hinreichend deutlich, dass sich das Rechtsmittel auch gegen den Drittwiderbeklagten richtet (zu diesbezüglichen Unklarheiten vgl. Heßler in: Zöller, ZPO, Kommentar, 32. Auflage, 2018, § 519 ZPO, Rz. 32 m.w.N.). Zwar bezieht sich der auf Seite 1 der Berufungsbegründung wiedergegebene Berufungsantrag nicht auf die die Beklagte beschwerende Entscheidung über die Drittwiderklage, allerdings ergibt sich aus S. 11 und 12, dass die Beklagte auch insoweit eine Abänderung des Urteils begehrt. Durch die Bezugnahme auf die "Widerklageanträge zu 1) und 3)" (Berufungsbegründung, S. 11) ist auch das in der Rechtsmittelinstanz verfolgte Ziel der Beklagten verständlich. Der Senat hält an seiner im Termin geäußerten abweichenden Auffassung (vgl. Terminsprotokoll vom 9. April 2019, S. 1) deshalb nicht mehr fest. Die Parteivertreter haben im Termin auch vorsorglich über den die Drittwiderklage betreffenden Berufungsantrag verhandelt (vgl. a.a.O.).

2. Aus den Ausführungen unter I.2. ergibt sich, dass die Drittwiderklage auch hinsichtlich ihrer Anträge Ziff. 1) und 3), die die Bauleiterhonoraranprüche des Drittwiderbeklagten betreffen, anders als vom Landgericht angenommen, Erfolg haben muss. Das Urteil ist daher entsprechend abzuändern.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.