

Gericht: KG Berlin 21. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 13.05.2025
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 21 U 8/25
ECLI: ECLI:DE:KG:2025:0513.21U8.25.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Leitsatz

1. Der Vertrag über die Instandhaltung der Brandmeldeanlage einer Klinik ist ein Bauvertrag im Sinne von § 650a Abs. 2 BGB.
2. Beansprucht ein Werkunternehmer die „große“ Kündigungsvergütung und stellt seine Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer in Rechnung, ist dies in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit angesichts des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. November 2024 (C-622/23) nicht zu beanstanden.
3. Im Rahmen der Abrechnung der „großen“ Kündigungsvergütung genügt es für die Erstdarlegung des anderweitigen Erwerbs, wenn der Werkunternehmer die Gesamtdauer der kündigungsbedingt entfallenen Arbeitslast herleitet und die Bruttogesamtkosten der kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräfte pro Einsatzstunde mitteilt.

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, 16. Dezember 2024, 14 O 137/23, Urteil

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Berlin II vom 16.12.2024, Az. 14 O 137/23, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.
2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme **binnen vier Wochen** nach Zustellung dieses Beschlusses.

Gründe

- 1 Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 16.12.2024 bietet nach einstimmiger Auffassung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Berufungsgerichts und eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten, § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO.

- 2 Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Beides ist hier nicht der Fall.
- 3 Der Senat folgt den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die durch das Berufungsvorbringen nicht entkräftet werden. Das Landgericht hat die Klage zurecht abgewiesen.
- 4 Ergänzend wird, auch mit Blick auf die Argumentation in der Berufungsbegründung, auf Folgendes hingewiesen:
- 5 A. Bauvertrag
- 1.
- 6 Im Ausgangspunkt hat die Klägerin einen Anspruch auf eine maximale Pauschalvergütung in Höhe von 499.500,- EUR netto für eine vollständige Leistungserbringung schlüssig dargelegt. Diese setzt sich aus dem Hauptauftrag über 200.000,- EUR und den unstrittig beauftragten Nachträgen zu 1 und 2 über 290.000,- EUR und 9.500,- EUR, jeweils netto, zusammen.
- 7 Hingegen fehlt es an einer schlüssigen Darlegung, weshalb die Klägerin darüber hinaus berechtigt sein sollte, eine Vergütung für Leistungen gemäß ihres Nachtrags 3 beanspruchen zu können. Die Klägerin hat nicht schlüssig vorgetragen, weshalb diese Leistungen neben dem Hauptauftrag und dem Nachtrag 1 zusätzlich angefallen und zu vergüten sein sollen.
- 8 Durch die Nachtragsvereinbarung 1 war sie verpflichtet, die Brandmeldeanlage von Teil- schutz auf Vollschutz zu ertüchtigen und sämtliche Räume in den Etagen UG bis 4. OG, welche bisher nicht überwacht wurden und auch nicht im Hauptauftrag vorgesehen waren, mit in den Überwachungsumfang aufzunehmen. Alle Melder, welche Bestandteil des Hauptauftrags waren, sowie diejenigen des Nachtrags, waren mit einer akustischen Alar- mierung aufzurüsten oder vorzusehen. Weshalb daneben noch eine Massenerhöhung von 132 Stück für 51.000,- EUR gemäß dem Nachtrag 3.1 notwendig sein soll, erschließt sich ohne weiteren Vortrag der Klägerin nicht. Gleiches gilt für die zusätzlichen Melder gemäß dem Nachtrag 3.2, der sich auf 48.000,- EUR bezieht und von dem die Klägerin nur 28.000,- EUR abrechnet. Erläuternde Unterlagen hat die Klägerin der Rechnung vom 13.01.2023 nicht beigefügt und solche auch sonst nicht in das Verfahren eingeführt.
- 9 Soweit die Klägerin die volle Vergütung auch für nicht erbrachte Leistungen geltend macht, ist im Grundsatz von einem Vergütungsanspruch in Höhe von 594.404,- EUR brutto einschließlich der Umsatzsteuer auszugehen. Entgegen der Ansicht der Beklagten unterfallen auch nicht erbrachte Leistungen der Umsatzsteuer. Die höchstrichterliche Rechtsprechung des (BGH, Urteil v. 22.11.2007 - VII ZR 83/05 - Rn. 16 zum VOB-Vertrag; BFH, Urteil v. 26.08.2021 - V R 13/19 - Rn. 15 zum Architektenvertrag), wonach für den auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenen Vergütungsanteil keine Umsatzsteuer anfällt, ist durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs inzwischen überholt (EuGH, Urteil v. 28.11.2024 - C-622/23 - Rn.18 f). Danach ist ein im Vorhinein festgelegter Betrag, den ein Leistungserbringer im Fall der vorzeitigen Beendigung eines Dienstleistungsvertrags mit einer bestimmten Laufzeit durch seinen Kunden oder aus einem

diesem zurechnenden Grund bezieht und der dem Betrag entspricht, den der Leistungserbringer ohne die vorzeitige Beendigung während der Laufzeit erhalten hätte, als Gegenleistung für eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung anzusehen und unterliegt der Mehrwertsteuer, selbst wenn die Beendigung u.a. die Deaktivierung der vertragsgegenständlichen Dienste vor dem Ende der vereinbarten Laufzeit zur Folge hatte (EuGH, a.a.O.).

- 10 Hieraus folgt, dass auch die Vergütung für nicht erbrachte Leistungen grundsätzlich einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UstG steuerbaren Umsatz darstellt und bei der Bemessungsgrundlage gemäß § 10 Abs. 1 UstG zu berücksichtigen ist. Diese Vorschriften sind im Lichte von Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (Mehrwertsteuerrichtlinie) richtlinienkonform auszulegen (vgl. KG, Beschluss v. 19.08.2019 – 21 U 10/19 – Rn. 64 f zur richtlinienkonformen Auslegung).
- 11 Der Senat hat in diesem Zusammenhang bedacht, dass die Klägerin eine Forderung für einen vor der oben genannten Entscheidung des EuGH liegenden Zeitraum geltend macht. Eine andere Sichtweise ist aber auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes nicht geboten. Denn die Klägerin hat in ihrer Rechnung vom 13.01.2023 die Umsatzsteuer auch auf die nicht erbrachten Leistungen ausgewiesen und deshalb kein Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung des BGH und BFH zur Frage der Umsatzsteuerpflicht von nicht erbrachten Leistungen in Anspruch genommen. In gleicher Weise ist deshalb auch kein Vertrauensschutz gegenüber der Beklagten gerechtfertigt.
- 12 Hier kommt es auf die Frage, ob die Klägerin Bruttopreise auch für nicht erbrachte Leistungen geltend machen kann, für die Entscheidung letztlich nicht an. Denn die Klägerin hat die Höhe des behaupteten restlichen Vergütungsanspruchs – wie das Landgericht zutreffend ausführt – nicht schlüssig dargetan (nachstehend unter Ziffer 3).
- 2.
- 13 Der Senat lässt es deshalb auch dahinstehen, ob die Kündigung der Beklagten als Auftragsentziehung gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B oder als freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B anzusehen ist. Nur im letzteren Fall steht dem Unternehmer im Grundsatz neben der Vergütung für die erbrachten Leistungen auch die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen zu, wobei er sich gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B anrechnen lassen muss, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat. Denn selbst wenn der Senat das Vorliegen einer freien Kündigung zugunsten der Klägerin unterstellt, fehlt es an einer schlüssigen Darlegung der Klageforderung.
- 14 Der Vergütungsanspruch setzt auch im Fall der Kündigung eines Pauschalpreisvertrages die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung voraus, wobei die Informations- und Kontrollinteressen des Auftraggebers zu berücksichtigen sind (vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 18.02.2020 – 10 U 2/17 – Rn. 194, 199 m.w.N.). Diese Anforderung hat die Klägerin – trotz des Hinweises des Landgerichts vom 21.08.2023, des entsprechenden Beklagtenvorbringens und den Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung – nicht erfüllt. Zwar trägt die Beklagte nichts dazu vor, dass sie die fehlende Prüffähigkeit der Rechnung vom 13.01.2023 rechtzeitig gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B gerügt hat. Die Schlüssigkeit der Klage ist jedoch von Amts wegen zu prüfen. Das Fehlen dieser

Voraussetzung (nachstehend unter Ziffer 3) führt vorliegend zur vollständigen Klageabweisung als unbegründet.

3.

15 Die Klägerin hat ihre restliche Vergütungsforderung aus dem Bauvertrag nicht schlüssig dargelegt.

3.1

16 Zu Recht geht das Landgericht davon aus, dass der zwischen den Parteien geschlossene Bauvertrag vorzeitig durch die Beklagte gekündigt wurde, das heißt vor Vollendung der von der Klägerin geschuldeten Leistung.

17 Die Beklagte hat die volle Leistungserbringung bestritten und wegen der offenen Restleistungen auf den Prüfbericht des Prüfsachverständigen B vom 23.10.2022 (Anlage B 9) verwiesen.

18 Die Klägerin hat zuletzt die Mängel bzw. offenen Restleistungen auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens S vom 09.12.2022 unstreitig gestellt. Hierdurch hat sie ihren vorherigen variierenden Vortrag korrigiert.

19 Zwar hatte die Klägerin in der Klageschrift zunächst vorgetragen, sie habe die Leistungen aus dem Hauptvertrag bis zum Kündigungszeitpunkt ordnungsgemäß erbracht. Dieses Vorbringen dürfte dahin zu verstehen sein, dass es sich konkludent auch auf die über die Nachträge abgerechneten Leistungen erstreckt.

20 Der Vortrag der Klägerin mit Schriftsatz vom 13.03.2024 geht lediglich dahin, dass teilweise Leistungen, die die Beklagten als Mangel eingestuft hatte, von der Klägerin nicht geschuldet und besonders zu vergüten seien. Diese Leistungen seien erbracht und die weiteren von der Beklagten berechtigt geltend gemachten Mängelpunkte abgestellt. Zum Kündigungszeitpunkt seien lediglich geringfügige Mängel und zusätzliche, nicht beauftragte Leistungen offen gewesen. Ausweislich des Sachverständigengutachtens S habe die Klägerin die von ihr zu erbringenden Leistungen vollumfänglich erbracht.

21 Dagegen hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 29.08.2024 wiederum vorgetragen, zum Zeitpunkt der Kündigung sei die ursprünglich vertraglich geschuldete Leistung mangelfrei fertiggestellt gewesen.

22 Schließlich hat der Geschäftsführer der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung am 21.10.2024 ausweislich der Sitzungsniederschrift bestätigt, dass die vom Sachverständigen S festgestellten Mängel, die sich auf den Hauptauftrag und auf die Nachträge beziehen, nach wie vor vorhanden sind. Danach waren die von der Klägerin mit der Rechnung vom 13.01.2023 abgerechneten Leistungen im Zeitpunkt der Kündigung gerade nicht zu 100 % erbracht.

23 Dies ergibt sich im Einzelnen aus Folgendem:

3.1.1

24 Hervorzuheben sind zunächst die Mängel der Kategorie M, die der Sachverständige S in seinem Gutachten vom 09.12.2022 unter Bezugnahme auf den Prüfbericht des Sachverständigen Bayer vom 23.10.2022 festgestellt hat. Dabei handelt es sich um Mängel mit

bauordnungsrechtlicher Beeinträchtigung, die unverzüglich zu beseitigen sind und so-
dann einer Nachprüfung zu unterziehen sind. Hierzu zählen die Mängel Nr. 4, 5, 9, 10, 28
und 34.

- 25 Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 13.03.2024 die Mängel Nr. 4, 9, 28 und 34 als zu-
sätzliche Leistung bezeichnet hat und mit Ausnahme des Mangels Nr. 4 auf den Nach-
trag verwiesen hat, ist dies unerheblich. Denn die Klägerin rechnet offenbar mit der
Rechnung vom 13.01.2023 diese Nachträge vollständig ab, obwohl die Leistung selbst
nach ihrem Vorbringen jedenfalls teilweise nicht erbracht ist. Es erschließt sich auch
nicht, weshalb die brandschutztechnische Einhausung des Verteilers sowie der Kabelan-
lage, die nicht in Funktionserhalt ausgeführt ist, eine zusätzliche Leistung darstellen soll
(Mangel Nr. 4). Ausweislich des Leistungsverzeichnisses vom 23.08.2021 ist die Brand-
meldeanlage betriebsfertig zu übergeben (S. 14, Ziffer 1). Dies schließt unzweifelhaft die
hierzu erforderlichen brandschutztechnischen Maßnahmen ein, was sich aus Ziffer 3 un-
ter Hinweis auf die Richtlinie über brandschutztechnische Anforderungen an Leitungsan-
lagen (Muster-Leitungsanlagen-Richtlinie; nachfolgend: MLAR) ergibt. Nach Ziffer 5.2.2.
b) sind Verteiler von elektrischen Leitungsanlagen mit Funktionserhalt durch Gehäuse
abzutrennen. So liegt der Fall hier. Es handelt sich deshalb um eine offene Restleistung,
ebenso wie bei den Mängeln Nr. 9, 10, 28 und 34. Die Leistung zum Mangel Nr. 34 ge-
hört – anders als die Klägerin meint – auch zum Hauptauftrag. Ausweislich von Ziffer 4
des Leistungsverzeichnisses vom 23.08.2021 (S. 17) sind die Paralleltableaus am Emp-
fang auszutauschen.
- 26 Den Mangel Nr. 5 hat der Geschäftsführer bestätigt, obwohl dieser im Schriftsatz vom
13.03.2024 als erledigt gekennzeichnet ist. Die erforderliche Zustimmung seitens der
Beklagten zu der erfolgten Leitungsverlegung hat die Klägerin jedenfalls nicht vorgelegt.
- 27 Der Mangel Nr. 10 war unstreitig vorhanden.
- 3.1.2
- 28 Auch die unstreitigen Mängel der Kategorie O, nämlich solche ohne bauordnungsrecht-
liche Beeinträchtigung, die zu beseitigen und sodann als behoben anzuzeigen sind, be-
legen, dass die Klägerin bis zum Ausspruch der Kündigung ihre Leistungen gerade nicht
in vollem Umfang erbracht hatte. Die Mängel Nr. 8, 11-20, 22, 23, 25-27, 29-31, 33, 35,
36, 39 und 40 sind nach den klarstellenden Ausführungen des Geschäftsführers der Klä-
gerin offen. Dies gilt auch, soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 13.03.2024 die Män-
gel Nr. 13 und 15 als erledigt bezeichnet hat. Entgegen ihrer Auffassung war die Kläge-
rin verpflichtet, einen Überspannungsschutz für die Zentrale (Mangel Nr. 15) vorzusehen
und kann sich nicht darauf zurückziehen, dass ein Feinschutz bauseits zu erfolgen hat.
Denn gemäß Ziffer 3 des Leistungsverzeichnisses vom 23.08.2021 hatte die Klägerin für
den umfassenden Schutz der Brandmeldeanlage vor Überspannungen Sorge zu tragen.
Soweit der Sachverständige die Mängel Nr. 17 und 19 bestätigt, aber festgehalten hat,
dies sei kein Mangel, sondern Altbestand, kann die Klägerin zu ihren Gunsten hieraus
nichts herleiten. Sie schuldete ein funktionsfähiges Werk und gerade die Ertüchtigung
des Altbestandes.
- 29 Entsprechendes gilt hinsichtlich der Mängel Nr. 26 und 27. Diese Mängel hat der Sach-
verständige S bestätigt, jedoch ausgeführt, diese seien nach Aussagen der Beteiligten
nicht relevant. Hierauf kommt es für die Frage, ob die Klägerin sämtliche von ihr ge-
schuldeten Leistungen vollständig und mangelfrei erbracht hat, aber zunächst nicht an.

Festzustellen ist, dass die Leistung der Klägerin auch insoweit nicht zu 100 % erbracht ist.

30 Gleiches ist für den Mangel Nr. 33 zu konstatieren, den die Klägerin im Schriftsatz vom 13.03.2024 als „bauseits nicht möglich“ gekennzeichnet hat. Es handelt sich um eine offene Restleistung, so dass die Klägerin nicht einfach die Vertragspreise abrechnen kann.

31 Soweit die Klägerin in Bezug auf den Mangel Nr. 40 auf eine bauseits zu erbringende Leistung verweist, teilt der Senat diese Auffassung ebenfalls nicht. Die Ansteuerung der Beleuchtung der Außentreppe und des Sammelplatzes dürfte zu dem geschuldeten Brandmelde- und Alarmierungskonzept gehören.

3.2

32 Vor diesem Hintergrund genügt die Abrechnung der Klägerin nicht den Grundsätzen zur Aufstellung einer prüfbaren Schlussrechnung und damit schlüssigen Abrechnung, die nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung an einen vorzeitig gekündigten Pauschalpreisvertrag zu stellen sind.

33 Danach hat ein Unternehmer für die Abrechnung eines durch Kündigung vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrages zunächst die erbrachten Leistungen darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Der Unternehmer muss deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen (BGH, Urteil v. 29.06.1995 - VII ZR 184/94 - Rn. 9; BGH, Urteil v. 07.11.1996 - VII ZR 82/95 - Rn. 9; BGH, Urteil v. 16.10.1997 - VII ZR 82/96 - Rn. 7; BGH, Urteil v. 11.03.1999 - VII ZR 371/97 - Rn. 7; BGH, Urteil v. 04.05.2000 - VII ZR 53/99 - Rn. 47; BGH, Urteil v. 16.10.2014 - VII ZR 176/12 - Rn. 10). Soweit zur Bewertung der erbrachten Leistungen Anhaltspunkte aus der Zeit vor Vertragsschluss nicht vorhanden oder nicht ergiebig sind, muss der Auftragnehmer im Nachhinein im Einzelnen darlegen, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten sind. Die Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen und deren Bewertung muss den Auftraggeber in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen (BGH, Urteil v. 04.05.2000 - VII ZR 53/99 - 47; BGH, Urteil v. 25.07.2002 - VII ZR 263/01 - Rn. 9).

34 Nach diesen Maßstäben ist die Abrechnung der Klägerin nicht schlüssig.

3.2.1

35 Die Klägerin rechnet in ihrer Schlussrechnung vom 13.01.2023 so ab, als hätte sie die von ihr geschuldeten Leistungen vollständig und mängelfrei erbracht, was nach ihrem eigenen Vorbringen unzutreffend ist. Lediglich hinsichtlich des Nachtrags 3.2 macht sie eine nicht erläuterte Teilforderung geltend. Sie nimmt weder Abzüge für Minderleistungen noch für ersparte Aufwendungen vor.

3.2.2

- 36 Soweit die Klägerin meint, sie habe mit ihrem Vortrag im Schriftsatz vom 13.03.2024 den Anforderungen des Bundesgerichtshofs an die Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrages genügt, teilt der Senat diese Auffassung nicht.
- 37 Selbst wenn der Senat das dortige Vorbringen der Klägerin auf S. 15 ff (Bl. 93 ff d.A.) als Vortrag zu den nicht erbrachten Leistungen und deren Umfang zugrunde legt, ist die Abrechnung nicht schlüssig. Es bleibt völlig unklar, wie die Klägerin diese Leistungen ursprünglich kalkuliert hat und wie dieser Preisansatz für die Einzelleistung in den Pauschalpreis eingeflossen ist. Ein vollständig bepreistes Leistungsverzeichnis als Grundlage der vorgenommenen Pauschalierung liegt nicht vor. Wie die Klägerin die von ihr teilweise angegebenen Werte für die Restleistungen herleitet, ob diese als Netto- oder Bruttopreise zu verstehen sein sollen, ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen. Ein Bezug zu ihrer Kalkulationsgrundlage für den vereinbarten Pauschalpreis ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Ob die Klägerin ihre ersparten Aufwendungen im Verhältnis zur vertraglichen Gesamtleistung überhaupt und wenn ja zutreffend mit „null“ bewertet, ist unklar.
- 38 Anhand dieses Vortrags ist es nicht möglich, die Berechnungsgrundlagen der Klägerin zu überprüfen. Weder die Beklagte noch der Senat sind in der Lage abzugleichen, ob die preisliche Bewertung der als erbracht abgerechneten Leistung der vertraglichen Grundlage entspricht.

3.3

- 39 Die Klägerin hat auch nicht dargetan, dass hier ausnahmsweise eine „Abrechnung von oben“ zulässig ist.
- 40 Für den Fall, dass lediglich noch ganz geringfügige Leistungen ausstehen, kann der Werklohnanspruch bei einem gekündigten Pauschalpreisvertrag, sofern keine „kalkulatorischen Verschiebungen“ zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können, auch auf die Weise berechnet werden, dass die nicht erbrachte Leistung bewertet und von der Gesamtvergütung abgezogen wird (BGH, Urteil v. 16.10.2014 – VII ZR 176/12 – Rn. 11; BGH, Urteil v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99 – Rn. 49). Dadurch wird dem Unternehmer die Erstdarlegung der großen Kündigungsvergütung, das heißt der Vergütung auch für kündigungsbedingt nicht erbrachte Leistungen einschließlich des Gewinns und nur abzüglich ersparter Aufwendungen, erleichtert (KG, Teilurteil v. 16.02.2018 – 21 U 66/16 – Rn. 65). Die Geringfügigkeitsschwelle ist bei maximal 5 % bezogen auf die Gesamtleistung anzusetzen (vgl. KG, a.a.O. unter Verweis auf BGH, a.a.O.). Ist die Geringfügigkeit der Restleistung umstritten, kann sie nicht ausschließlich anhand der Abrechnung des Unternehmers berechnet werden, der diese Restleistung möglicherweise unterbewertet. Lässt der Besteller die Werkleistung nach der Kündigung durch einen anderen Unternehmer fertigstellen, so können die dadurch entstandenen Kosten als Anhaltspunkt für die Beurteilung herangezogen werden, ob die kündigungsbedingt weggefallenen Restleistungen geringfügig waren (KG, a.a.O., Rn. 88 ff).
- 41 Nach den allgemeinen Grundsätzen trägt die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für den Ausnahmefall einer zulässigen „Abrechnung von oben“. Ihr Vortrag ist unzureichend.

3.3.1

- 42 Soweit die Klägerin darauf verweist, die vorhandenen Mängelpunkte seien unwesentlich und machten allein einen Wert von 2.220,- EUR aus, was in Relation zur Gesamtauftrags-

summe von 744.323,34 EUR brutto nur 3 Promille entspräche, kann dies nach der vorgeannten Maßgabe ihrer Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Die von der Klägerin vorgebrachten Beseitigungskosten umfassen schon nicht alle unstreitigen Mängel. Die teilweise vorgetragene Werte lassen sich zudem ohne näheren Sachvortrag nicht nachvollziehen und sind deshalb auch einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Ohne den erforderlichen Sachvortrag kann der Senat auch nicht ausreichend beurteilen, welchen Wert die seitens der Beklagten beanstandeten Punkte objektiv bzw. in Anbetracht der Kalkulation des Vertrags haben. Ferner ist nicht festzustellen, ob in der Abrechnung etwaig kalkulatorische Verschiebungen zu Lasten der Beklagten verdeckt werden. Deshalb ist dem Senat auch eine Schätzung gemäß § 287 ZPO nicht möglich. Grundlage für eine Schätzung nach § 287 ZPO kann nur eine prüfbare Schlussrechnung sein (BGH, 13.07.2007 - VII ZR 68/05 - Rn. 10), die hier nicht vorliegt. Die Klägerin hat keinerlei Kalkulation oder sonstige Umstände offengelegt, die eine Überprüfung der von ihr erbrachten Leistungen ermöglichen könnte.

- 43 Der Schwellenwert für geringfügige Restleistungen ist vorliegend bei maximal 24.975,- EUR netto bzw. 29.720,25 EUR brutto anzusetzen (5 % der Gesamtleistung von 499.500,- EUR netto bzw. 594.404,- EUR brutto).
- 44 Die Beklagte hat die Kosten für die Fertigstellung durch ein Drittunternehmen mit 110.451,56 EUR netto angegeben (Schriftsatz vom 24.05.2024S. 4; Bl. 132 d.A.; Anlage B 19). Diese übersteigen die Geringfügigkeitsschwelle bei weitem, selbst wenn der Senat nur auf die Positionen abstellt, die für die Beseitigung der Protokollmängel angesetzt sind.
- 45 Ungeachtet der rein rechnerischen Betrachtung lässt sich eine Ausnahme von den für die vorzeitige Kündigung von Pauschalpreisverträgen entwickelten Grundsätzen vorliegend auch deshalb nicht rechtfertigen, weil unstreitig Mängel der Kategorie M vorlagen. Diese standen der Betriebssicherheit der Anlage entgegen, weshalb auch keine technische Abnahme der klägerischen Leistung erfolgen konnte. Die fehlende Funktionalität der Brandmeldeanlage im Zeitpunkt der Kündigung spricht indiziell gegen die Annahme, dass die Klägerin nur noch geringfügige Restleistungen zu erbringen hatte und deshalb eine Abrechnung „von oben“ in Betracht kommt. Eine Brandmeldeanlage ohne technische Abnahme und bestätigter Betriebssicherheit ist kein bis auf geringfügige Restleistungen vollendetes Werk.

3.3.2

- 46 Zu vermissen ist ferner ein Vortrag der Klägerin zu ihren ersparten Aufwendungen und zum anderweitigen Erwerb. Denn der Vergütungsanspruch entsteht von vornherein nur abzüglich der Ersparnis (BGH, Urteil v. 05.05.1992 - X ZR 133/90 - Rn. 16; Grüneberg/Retzlaff, BGB, 84. Aufl., § 648, Rn. 5).
- 47 Bezüglich der nicht erbrachten Leistungen muss sich der Unternehmer auf seinen Anspruch auf vertragliche Vergütung u.a. anrechnen lassen, was er durch die Kündigung an Aufwendungen erspart. Als erspart sind die Aufwendungen anzurechnen, die der Unternehmer bei Ausführung des Vertrages hätten machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind. Was er sich in diesem Sinne als Aufwendung anrechnen lässt, hat der Unternehmer vorzutragen und zu beziffern; denn in der Regel ist nur er dazu in der Lage. Dazu muss er im Einzelfall die

Grundlagen der Kalkulation des Preises für die vereinbarte Leistung offenlegen (BGH, Urteil v. 07.11.1996 – VII ZR 82/95 – Rn. 10). Wenn der Besteller höhere Einsparungen berücksichtigt wissen will, obliegt ihm die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil v. 05.05.1992 – X ZR 133/90 – Rn. 14 ff).

- 48 Abzüge für ersparte Aufwendungen nimmt die Klägerin bezüglich des Bauvertrags überhaupt nicht vor. Ob diese Bewertung der ersparten Aufwendungen mit „null“ zutreffend ist, bleibt offen. Der Senat hält eine solche Annahme allerdings für fernliegend. Das zum Vertrag gehörende Leistungsverzeichnis ist nicht bepreist, so dass sich hieraus eine Bewertung der Leistungen und etwaiger ersparter Aufwendungen nicht herleiten lässt.

3.4

- 49 Die fehlende Schlüssigkeit des Klägervortrags bestätigt sich auch im Rahmen der Kontrollüberlegung, dass die Klägerin für die Fertigstellung der geschuldeten Leistung mutmaßlich keine höheren Kosten hätten aufwenden müssen als das von der Beklagten beauftragte Drittunternehmen. Wenn der Senat von der vertraglichen Gesamtpauschalsumme netto in Höhe von 499.500,- EUR die von der Beklagten benannten Fertigstellungskosten netto mit 110.451,56 EUR in Abzug bringt, verbleibt ein Vergütungsanspruch in Höhe von 389.048,44 EUR. Die Beklagte hat indes bereits Zahlungen in Höhe von 522.338,75 EUR geleistet.

- 50 B. Instandhaltungsvertrag

1.

- 51 Soweit die Klägerin ihren entgangenen Gewinn wegen der Kündigung des Instandhaltungsvertrags auf der Grundlage ihrer Kalkulation (Anlage K 5) berechnet, hat sie auch einen solchen Anspruch aus § 648 Satz 2 BGB weder dem Grunde noch der Höhe nach schlüssig dargetan.

1.1

- 52 Der Senat klassifiziert den Instandhaltungsvertrag als Bauvertrag gemäß § 650 a Abs. 2 BGB, da die Instandhaltung der Brandmeldeanlage für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des der Klinik von wesentlicher Bedeutung ist. Ein Instandhaltungsvertrag ist grundsätzlich als Dauer- bzw. Sukzessivwerkvertrag und nicht als Dienstleistungsvertrag einzuordnen (vgl. OLG Düsseldorf, Teilurteil v. 15.12.2015 – 23 U 27/14 – Rn. 31, 43). Die von der Klägerin zu erbringende Leistung bestand gemäß Ziffer 1.1 des Vertrags in der Inspektion, Wartung und Instandhaltung der Brandmeldeanlage. Sie war darauf gerichtet, die erneuerte Brandmeldeanlage funktionstüchtig zu erhalten (Ziffer 2.2.2 des Vertrags). Der Einbau bzw. die Ertüchtigung der Brandmeldeanlage ist als Bauwerk anzusehen, weil sie eng und auf Dauer mit dem Gebäude verbunden ist. Die Geltung der VOB/B haben die Parteien für den Instandhaltungsvertrag nicht vereinbart.

1.2

- 53 Die Klägerin kann schon deshalb nicht die große Kündigungsvergütung gemäß § 648 Satz 2 BGB, die die Klägerin als entgangenen Gewinn bezeichnet, beanspruchen, weil es sich vorliegend um eine außerordentliche Kündigung gemäß Ziffer 11.3, 1. Gliederungspunkt des Instandhaltungsvertrags handelt. Deshalb steht der Klägerin allenfalls die nur

auf die Vergütung der erbrachten Leistung gerichtete „kleine“ Kündigungsvergütung zu (§ 648a Abs. 5 BGB), die sich im vorliegenden Fall mangels derartiger Leistungen auf 0 beläuft.

1.3

- 54 Hilfsweise merkt der Senat an, dass selbst wenn der Klägerin der geltend gemachte Anspruch auf die große Kündigungsvergütung zustünde, dieser nicht in vollem Umfang fällig wäre. Denn gemäß Ziffer 7 des Instandhaltungsvertrags ist die vereinbarte monatliche Vergütung vierteljährig zu zahlen. Dem Vertrag ist nicht zu entnehmen, dass im Fall einer – tatsächlich nicht ersichtlichen – ordentlichen Kündigung des Vertrags anderes gilt.

1.4

- 55 Ebenfalls hilfsweise ist anzumerken, dass die Klägerin einen – tatsächlich nicht bestehenden – Anspruch auf die große Kündigungsvergütung auch der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt hätte.

1.4.1

- 56 Mangels ausgeführter Leistungen bedürfte es zwar keiner Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Positionen.

1.4.2

- 57 Auch den anderweitigen Erwerb (AWE) dürfte die Klägerin teilweise ausreichend dargelegt haben. Dieser kann jedenfalls im Ausgangspunkt mit der Formel $AWE = T \times A$ ermittelt werden, wobei T die Gesamtdauer der kündigungsbedingt entfallenen Arbeitslast und A im Zweifel die Bruttogesamtkosten sind, die der Klägerin pro Einsatzstunde ihrer kündigungsbedingt freigestellten Arbeitskräfte entstehen (vgl. Retzlaff in: Grüneberg, BGB, 84. Auflage, § 648 BGB, Rn 9 m.w.N.). Dies leistet die von der Klägerin vorgelegte Anlage K 5: Ihr ist die Gesamtdauer der kündigungsbedingt entfallenen Arbeitslast (in Minuten) sowie – jedenfalls implizit – die Bruttogesamtkosten ihrer Arbeitskräfte (60 € pro Stunde) zu entnehmen. Es handelt sich dabei nur um ein von der Klägerin behauptetes Zahlenwerk, ihrer Erstdarlegungslast ist damit gleichwohl genüge getan. Dass die Klägerin irrtümlich davon ausgeht, mit der Anlage K 5 ersparte Aufwendungen dargelegt zu haben, während es sich tatsächlich um den anderweitigen Erwerb handelt, ist unerheblich (vgl. Retzlaff, BauR 2023, 1168 (1179) unter Hinweis auf OLG Brandenburg, Urteil vom 20. Oktober 2022, 12 U 37/21).

1.4.3

- 58 Allerdings hat die Klägerin mit der Anlage K 5 ihren anderweitigen Erwerb und ihre ersparten Aufwendungen offenkundig nicht erschöpfend dargelegt.
- 59 Die Beklagte hat bereits in der ersten Instanz die Höhe der ersparten Aufwendungen bestritten und darauf hingewiesen, dass die Klägerin aufgrund der Kündigung auch den Aufwand für die Anfahrten zu den Inspektionsterminen und für Material erspart hat. Nach Ziffer 2.3.4. des Instandhaltungsvertrags sind Ersatzteile bis zum jeweils aktuellen Ersatzteillistenpreis von insgesamt 30,- EUR (netto) je Instandsetzungsauftrag mit der Vergütung abgegolten. Hierzu hat die Klägerin nicht weiter vorgetragen. Dies gilt ebenso

für die Kosten der Anfahrt in Gestalt des zeitlichen Aufwands des eingesetzten Personals und der Sachkosten für Benzin der Fahrzeugflotte. Diese Kosten erscheinen dem Senat auch nicht unbeträchtlich, wenn die Strecke von über 300 km vom Sitz der Klägerin nach B mindestens viermal pro Jahr wegen der vorgesehenen Wartungsintervalle zurückgelegt werden muss. Ein Abzug für ersparte Aufwendungen bezüglich der Material- und der Fahrtkosten ist insoweit unzweifelhaft vorzunehmen, wobei es sich bei dem ersparten Zeitaufwand ihrer Arbeitskräfte wiederum um anderweitigen Erwerb handelte. Mangels ausreichendem Klägervortrag stehen dem Senat auch nicht die für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO notwendigen Anknüpfungspunkte zur Verfügung. Auch hieran scheidet der geltend gemachte Anspruch der Höhe nach.

C.

1.

60 Zu den mit der Berufung ebenfalls weiterverfolgten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten fehlt es schon an einer Berufungsbegründung, § 520 Abs. 3 ZPO.

2.

61 Nachdem die Klägerin die zutreffenden rechtlichen Erwägungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung zur Abrechnung des vorliegenden Pauschalpreisvertrages auch in der Berufungsbegründung nicht beachtet, bedarf es keiner weiteren Auseinandersetzung mit der Rüge, das Landgericht habe den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt. Die Beklagte hatte die fehlende Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen der Klägerin bereits in der Klageerwiderung moniert und konkrete Einwendungen hinsichtlich der ersparten Aufwendungen durch die Klägerin sowie die Positionen 4 und 5 der Schlussrechnung erhoben. Hierzu hat sich die Klägerin weder mit Schriftsatz vom 13.03.2024 noch in ihrem weiteren Vortrag einschließlich der Berufungsbegründung ausreichend erklärt.

62 Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägervertreter vom 07.11.2024 unter Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 13.03.2024 ist – wie ausgeführt – nicht geeignet, den nach der Rechtsprechung erforderlichen Vortrag zur Abrechnung eines vorzeitig gekündigten Pauschalpreises zu halten.

63 Die Verletzung einer Hinweispflicht durch das Landgericht ist ebenfalls nicht festzustellen. Die Klägerin führt den erforderlichen Vortrag, auf den das Landgericht bereits mit Verfügung vom 21.08.2023 hingewiesen hatte, nicht einmal mit der Berufungsbegründung ein.

D.

64 Der Klägerin wird die Prüfung anheimgestellt, die Berufung aus Kostengründen zurückzunehmen. Für diesen Fall ermäßigt sich die Verfahrensgebühr von 4,0 auf 2,0 (KV 1222). Ausgehend von einem Streitwert in Höhe von 221.984,59 EUR entfallen auf eine Gebühr 2.119,- EUR, so dass sich eine Ersparnis in Höhe von 4.238,- EUR ergäbe.