

Titel:

Werkvertrag: Beweislastverteilung bei § 632 II BGB

Normenkette:

BGB § 631 Abs. 1, § 632 Abs. 2, § 640

Leitsatz:

Macht der Unternehmer die übliche Vergütung gemäß § 632 II BGB geltend, so hat der Besteller eine von ihm behauptete und vom Unternehmer bestritten Vergütungsvereinbarung nachzuweisen. (Rn. 119 – 121) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schreinerarbeiten, Vergütung, Beweislast, Vergütungsvereinbarung, Pauschalpreis, übliche Vergütung, Abnahme

Rechtsmittelinstanz:

OLG München vom -- – 28 U 1591/21

Tenor

Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger 22.063,89 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 11.06.2019 zu bezahlen,

davon einen Teilbetrag in Höhe von 12.000 € jedoch lediglich Zug um Zug dagegen, dass der Kläger noch folgende Mängel am Bauvorhaben H., beseitigt:

(Mangel 1) Vier Fenster an der Nord- und Ostseite sind von außen noch nicht ausreichend geölt.

(Mangel 8) Die Schiebetür ist undicht.

(Mangel 9) Am Griff an der Schiebetür kann man sich verletzen.

(Mangel 10) An der Schiebetür in der Einliegerwohnung fehlt die Blende.

(Mangel 11) Die Sockelleisten sind verzogen.

(Mangel 12) An der Speisekammertür fehlt die Gummiabdichtung.

(Mangel 13) An der Speisekammertür ist ein Lackschaden.

(Mangel 15) An der Eingangstür und an der Schiebetür sind Kleberrest-Flecken.

(Mangel 17) Bei den Türbändern fehlt die Abdeckung.

II.-

Es wird festgestellt, dass bezüglich der Leistungen des Klägers am Bauvorhaben des Beklagten H., seit dem 3.8.2019 die Wirkungen einer Abnahme durch den Beklagten eingetreten sind.

III.-

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

IV.-

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben. Der Streithelfer trägt selbst die Kosten der Nebenintervention.

V. -

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen 110% desjenigen Betrages, der vollstreckt werden soll

VI. -

Beschluss: Der Streitwert beträgt 38.050,80 €

Tatbestand

1

Der Kläger verlangt mit der Klage vom Beklagten restlichen Werklohn.

I. - Unstreitig:

2

Die Parteien sind verbunden durch einen oder mehrere Werkverträge (je nach Zählung). Der Beklagte beauftragte den Kläger mit Schreinerarbeiten. Umfang und zeitliche Abfolge der Auftragserteilung ist streitig.

1. - Streitig ist auch, ob und was für eine Vergütung vereinbart wurde.

3

Unstreitige Einzeltatsachen um dieses Thema herum sind Folgende:

4

Beide Parteien (K 1 und B 1) haben dem Gericht eine Fensterliste vorgelegt, die Fenster und Verglasungen beschreibt, aber keine Preise nennt. Sie lag dem Auftrag zugrunde.

5

Der Kläger bekam die Fensterliste (B 1) vom Streithelfer (dem Architekten des Beklagten = dem Zeugen) mit der Bitte, ein Angebot abzugeben. Die Fensterliste umfasste die Fenster und Fenstertüren einschließlich einer Haustür.

6

Dem Auftrag zugrunde lagen auch Pläne (K2).

7

Der Kläger unterbreitete dem Architekten des Beklagten dann schließlich ein Angebot, welches wie folgt lautete (B2):

(...) Anbei die Preise (Vorstellungen)

BV Schlagmann [das meinte unstreitig das hiesige Bauvorhaben]

46.250 netto

+19% 8.787,50

...

55.037,50 ohne Alu

Lärche 78 mm Natur geölt

Glas UG 0,6"

8

Unstreitig bedeutete „ohne Alu“, dass Aluschalen an den Fenstern nicht von der Pauschale umfasst sein sollten (Blatt 27); solche Aluschalen wünschte der Beklagte seinerzeit noch.

9

Unstreitig floss das Angebot in den Auftrag ein - Einzelheiten sind streitig.

10

Daneben gibt es noch ein Angebot des Klägers an den Beklagten vom 2.8.2018 (B3) und ein weiteres Angebot des Klägers an den Beklagten vom 23.9.2018 (B4). Diese beiden bringt der Beklagte in Verbindung damit, dass er im Jahre 2018 noch zwei Zusatzaufträge erteilt hat. B3 und B4 enthalten aufgezählte Leistungsbeschreibungen ohne Nummerierung, aber mit der Angabe von Preisen.

11

Die VOB/B ist nicht vereinbart.

12

Unstreitig war ursprünglich vorgesehen, die Fenster und Fenstertüren aus Lärche zu bauen (vgl. Insbesondere B 2). Später wollte der Beklagte stattdessen das Material Eiche. Die Auswirkungen dieses Vorgangs sind zwischen den Parteien umstritten. Unstreitig war ursprünglich auch eine Hebeschiebetür in der Einliegerwohnung mit vorgesehen - auf diese Ausführung verzichtete der Beklagte (Blatt 17/18), sie wurde nicht Auftragsinhalt.

2. -

Der Kläger erbrachte Leistungen. Der Beklagte hat diese Leistungen bis heute nicht abgenommen - obwohl ihn der Kläger über seine jetzigen Prozessbevollmächtigten im Juli 2019 schriftlich (K7) unter Fristsetzung hierzu auffordern ließ.

3. -

Der Kläger stellte zwei Rechnungen (K3, K4).

13

Mit der Rechnung K3 verlangte er 41.882,42 €.

14

Mit der Rechnung K4 verlangte er 21.665,62 €.

15

Unumstritten sind jeglichem Betrag aus K3 und K4 (wie hoch der auch immer begründet wäre) Abschlagszahlungen des Beklagten gegenzurechnen, die dieser noch wie folgt geleistet hat:

- am 28.2.2019 in Höhe von 25.000 € sowie

- am 1.3.2019 in Höhe weitere 10.000 €,

somit in Höhe von insgesamt 35.000 €.

16

Umstritten ist, ob der Beklagte bei diesen Abschlagszahlungen eine Tilgungsbestimmung getroffen hat. Der Kläger hat diese Frage für sich mit Nein beantwortet und die gesamten Abschlagszahlungen von 35.000 € komplett auf die Rechnung K3 verrechnet.

4. - Infolgedessen verlangt der Kläger mit der Klage

- aus der Rechnung K3 noch 6.882,47 € als offen,

- während der aus K4 die vollen dort abgerechneten 21.655,62 € begehrt.

17

Beide Teilbeträge ergeben zusammen die klagegegenständliche Hauptsacheforderung.

5. - Der Kläger mahnte über seine jetzigen Prozessbevollmächtigten (K5) zur Bezahlung dieses Betrages (Blatt 4).

II. - Der Kläger bringt vor:

18

Der Gesamtauftrag stamme aus Herbst 2016 (Blatt 3).

19

Oder: Die abgerechneten Leistungen seien zum Teil ursprünglich (B 2), zum Teil später (B 3, B 4) beauftragt. Die 2018 angebotenen (B 3, B 4) Zusatzarbeiten habe der Beklagte nicht selektiv beauftragt, sondern alle (Blatt 29). Es seien aus B 3 und B 4 auch keine Leistungen von einer Pauschale mitumfasst (Blatt 29).

20

Die in K 3, K 4 abgerechneten Preise seien ortsüblich für die genannten Leistungen.

21

Die aufgeführten Stunden seien zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung erforderlich gewesen (Blatt 4, SV; erneut Blatt 29, SV). Sie seien angemessen bewertet mit Stundensätzen von

52,- € für den Kläger selbst,

48,- € für den Gesellen und

42,- € für den Junggesellen (Blatt 29).

1. -

22

Auf die ortsüblichen Preise sei abzustellen, weil eine Pauschalierung für die ausgeführten Leistungen nicht vereinbart sei und weil jegliche Preisvereinbarungen der Parteien sich immer nur auf die ursprüngliche Ausführung in Lärche bezogen hätten und niemals auf die spätere tatsächliche Ausführung in Eiche:

23

Das Angebot B 2 habe sich nur auf eine Ausführung in Lärche bezogen, und zu bedenken bleibe auch, dass B 2 (für sich unstreitig) sich nur zu den Fenstern und Fenstertüren verhielt - nicht etwa zusätzlich zu einer Haustüre (Blatt 27). Nun seien sich die Parteien zwar einig geworden darüber, dass die in B2 angebotenen Leistungen vom Kläger für 55.037,50 € brutto ausgeführt werden sollten (Blatt 27). Aber darauf komme es nicht an, weil ja nicht diese Leistungen ausgeführt sind: Zwar habe der Kläger mit der Leistung begonnen (Blatt 27/28), aber alsbald, nämlich am 16.11.2017, vom Architekten mitgeteilt bekommen, der Beklagte wünsche nun sämtliche Leistungen aus B2 in Eichenholz statt in Lärche. Der Kläger habe sogleich darauf hingewiesen, dass alle Leistungen dann erheblich teurer werden, weil Eichenholz (für sich genommen unstreitig) wesentlich teurer ist als Lärchenholz und auch aufwendiger in der Bearbeitung (gleichfalls für sich genommen unstreitig). Der Architekt habe in Aussicht gestellt, das sei kein Problem, die Zahlung bekomme man dann schon hin, wichtiger sei, dass der Kläger sofort mit der Arbeit beginne, weil es eile (Blatt 28, Zeuge).

2. -

24

Die Leistung habe der Kläger ordnungsgemäß erbracht, insbesondere ohne wesentliche Mängel (Blatt 4, SV). Zu Unrecht wende der Beklagte Mängel ein (K6); zu Unrecht mache er von deren Beseitigung jegliche weitere Zahlung abhängig. Es verhalte sich vielmehr umgekehrt: Erst müsse der Kläger bezahlt werden, und dann sei er bereit, die Restmängel abzustellen.

3. -

25

Klageantrag 2 sei nach alledem ebenfalls begründet: Selbst wenn sämtliche Mängel, die der Beklagte behauptet, vorhanden wären, wären diese nicht wesentlich. Nach der Fiktion des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB alte Fassung seien die Leistungen daher spätestens seit dem 3.8.2019 abgenommen (Blatt 34).

4. -

26

Auch ein Zurückbehaltungsrecht habe der Beklagte nicht. Denn zu Recht mache der Kläger die Beseitigung unwesentlicher Restmängel davon abhängig, dass der Beklagte erst einmal einen Abschlag von 15.000 € leistet. Die Kosten der Beseitigung würden sich auf maximal 6.000 € belaufen (Blatt 34).

5. -

27

Unschlüssig sei der Einwand des Beklagten, wonach der Kläger Sicherheit nach § 650 Abs. 2 BGB alte Fassung stellen müsse und dies ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten begründe (Blatt 34). Denn eine entsprechende Verpflichtung ergebe sich nicht aus § 648a BGB alte Fassung, da dieser nicht auf die vom Kläger erbrachten Schreinerleistungen anwendbar sei (Blatt 34).

III. - Anträge

1. -

28

Der Kläger beantragt,

I. Der Beklagte wird dazu verurteilt, an den Kläger 28.538,09 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 11.06.2019 zu bezahlen.

II. Es wird festgestellt, dass die Leistungen des Klägers am Bauvorhaben des Beklagten Hatzfelder Weg 2, 8..1476 München, seit dem 3.8.2019 abgenommen sind.

III. Der Beklagte wird dazu verurteilt, an den Kläger als Schadensersatz die diesem entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.590,91 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

wobei die Klage zugestellt wurde am 08.11.2019

2. -

29

Der Beklagte beantragt Klageabweisung.

IV. - Der Beklagte bringt vor:

30

Die Klage sei unbegründet. Der Kläger habe keinen Zahlungsanspruch prüfbar dargestellt.

31

1. - Schon im Ansatz übersehe der Kläger, dass für den ursprünglichen Auftrag 2016 eine Pauschale vereinbart sei (Blatt 16/18, Zeugen). Die Zusatzaufträge 2018 (Teile aus B3 und B4) seien allerdings erst später erteilt. Die Rechnung K3 leide an einem schweren Rechenfehler (Blatt 19). Bei richtiger Abrechnung sei der Kläger überzahlt (im einzelnen Blatt 19/20).

32

2. - Die Abschlagszahlungen seien sehr wohl von einer Tilgungsbestimmung des Beklagten begleitet gewesen; beide Zahlungen habe der Beklagte auf die Rechnung vom 17.02.2019 bezogen (Blatt 20, damit meint der Beklagte die Rechnung K4). Den Beweis hierfür werde der Beklagte liefern in Form einer Bankbestätigung, die er gelegentlich nachzureichen gedenke (Blatt 20).

33

3. - Unabhängig davon sei die Leistung des Klägers bodenlos schlecht (Blatt 20). Sie sei behaftet mit denjenigen Zuständen, die auf Seiten 6 und 7 der Klageerwiderung (Blatt 20/22) anhand von Spiegelstrichen geschildert werden. Diese Zustände seien jeweils ein Mangel. Die Behebung dieser Mängel werde 15.000 € kosten. „Auch diesbezüglich“ mache der Beklagte „vorsorglich ein Zurückbehaltungsrecht in zweifacher Höhe geltend“ (Blatt 22).

34

4. - Das Abnahmeverlangen des Klägers habe der Beklagte berechtigterweise zurückgewiesen (Blatt 22, B5, B6). Weder habe der Kläger einen Anspruch auf Abnahme, noch sei die Klageforderung aus Klageantrag I.- in der Hauptsache jemals fällig geworden.

5. - Davon unabhängig habe der Beklagte ein weiteres Zurückbehaltungsrecht, nämlich dahin, dass der Kläger noch eine Sicherheit stelle (Blatt 22). Diese ergebe sich aus § 650 Abs. 2 BGB alter Fassung und belaufe sich auf 5% der Gesamtvergütung, folglich in auf eine Höhe von mindestens 4.500 € (Blatt 22).

V. - Prozessuales

35

Die Kammer hat die Sache dem Einzelrichter übertragen (Blatt 15).

36

Der ursprüngliche erste Termin (Blatt 12) platzte, da der Beklagte einen Monat nach Ladung zu diesem Termin eine Kollision mit einem früher geladenen Gerichtstermin feststellte (Blatt 24,25, 37/38), sodass das Gericht den ersten Termin „hergeben“ musste, ohne ihn für eine andere Sache nutzen zu können. Um sich eine wiederholte Erfahrung gleicher Art möglichst zu ersparen, hat das Gericht den neuen

Verhandlungstermin mit einem so großen Vorlauf bestimmt, dass es gänzlich unwahrscheinlich erschien, es könne bereits irgendein anderes Gericht derart frühzeitig eine konkurrierende Ladung erlassen haben. In der Zwischenzeit hat das Gericht Sachverständigenbeweis erhoben aufgrund eines Beweisbeschlusses nach § 358a ZPO.

37

Der Sachverständige kündigte Ende April 2020 an, einen Ortstermin zu benötigen (Blatt 62) Ende Mai beraumte er ihn an (Blatt 67), und zwar zur „Inaugenscheinnahme“. Am 2.6.2020 (Blatt 71) ließ der Beklagte über seinen Prozessbevollmächtigten dem Sachverständigen mitteilen, dass die anberaumte Besichtigung „nicht möglich“ sei. Zur Begründung gab er an, seine Frau sei hochschwanger und müsse sich nach den Corona-Schutzvorschriften von allen möglichen potentiellen Ansteckungsgefahren fernhalten. Als Angehöriger der Hochrisikogruppe könne sie sich weder mit Abstandsregeln noch mit Atemschutzmasken vor dem Risiko einer Ansteckung schützen. Eine Besichtigung könne daher „erst später stattfinden, wenn über die Fortdauer der Schutzvorschriften Klarheit besteht“. Das Schreiben endet mit der Wertung, die „derzeitige und noch bis mindestens Ende Juni 2020 geltende Sicherheitslage erlaubt keinen freien Zutritt von Privaträumen“.

38

Das Gericht hat hierauf reagiert mit Beschluss vom 4.6.2020 (Blatt 73), auf den vorliegend Bezug genommen wird. Es gab dem Sachverständigen auf, den Ortstermin abzusetzen, da der Beklagte nicht verpflichtet werden könne, diesen zu dulden. Das Gericht gab zu bedenken, dass der Beklagte den Rechtsnachteil des § 371 Abs. 3 ZPO zu befürchten hat, indem er sich auf unbestimmte Zeit weigert, einen Ortstermin zu dulden, der ihm durchaus zumutbar sein könne: Schließlich müsse die Ehefrau am Ortstermin ja nicht teilnehmen. Der Beklagte hat bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht mehr mitgeteilt, ein Ortstermin könne jetzt doch stattfinden, sondern ist bei seiner Ablehnung geblieben.

39

Ergänzend hat er nach Schluss der mündlichen Verhandlung (Schriftsatz vom 1.3.2021= Blatt 128) mitgeteilt, unter welchen Voraussetzungen er bereit wäre, einen Ortstermin zwecks Besichtigung zu dulden: „nur zwei externe Personen im Haus, nämlich der Gutachter und entweder die Anwältin oder der Kläger selbst mit FFP2-Masken und vorheriger ordnungsgemäßer Desinfektion und Schnelltestvorlage“.

Entscheidungsgründe

A.- Zulässigkeit

40

Die Klage ist zulässig.

41

Insbesondere besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für den Feststellungsantrag II-:

42

Das Gericht legt Klageantrag II.- dahin aus, es solle nicht die erfolgte Abnahme festgestellt werden (denn an dieser fehlt es unstreitig), sondern es solle festgestellt werden, dass die Wirkungen der Abnahme zwischen den Parteien seit dem 3.8.2019 eingetreten sind (denn hierauf kommt es erkennbar dem Kläger an). In dieser Form ist der Antrag zulässig. Er erschöpft sich nicht lediglich darin, eine Rechtsbehauptung festzustellen, die inzident bereits bei Klageantrag I.- zu prüfen war (nämlich ob der Klageanspruch Ziffer I „hier und heute“ fällig ist, was von der Abnahme oder Abnahmefähigkeit abhängen musste) sondern darüber hinausgehend kann wegen der vielfältigen Wirkungen der Abnahme ein Interesse regelmäßig nicht verneint werden, den genauen Zeitpunkt geklärt wissen zu wollen, zu dem die Abnahmewirkungen eingetreten sind. Es handelt sich um ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 ZPO, der dem Kläger auch das nötige Rechtsschutzbedürfnis gibt.

B.- Begründetheit

43

Die Klage ist zum Teil begründet.

I. - Klageantrag I.- ist teilweise begründet.

44

1. - Nicht angekommen ist es auf den Streit um die Tilgungsbestimmung der Abschlagszahlungen. Das Gericht hat deswegen dem Beklagten auch keine Beibringungsfrist (entsprechend § 356 ZPO) zur Vorlage einer Bankbestätigung gesetzt. Denn da sich unstreitig um Abschlagszahlungen handelte und K3 und K4 unumstritten eine abrechnungstechnische Einheit bilden, sind sämtliche Abschlagszahlungen mit sämtlichen verdienten Werklohnanteilen zu saldieren. Wegen dieser Saldierungsnotwendigkeit stehen sich restlicher Werklohn insgesamt (aus K3/K4, soweit begründet) und alle geleisteten Abschlagszahlungen (unstreitig 35.000 €) denknotwendig unabgestuft gegenüber. Das führt dazu, dass die Klageerwiderung im Prinzip richtig agiert, indem sie danach fragt, was an Werklohn verdient ist, und dem Werklohnsaldo einen Abschlagszahlungssaldo gegenüberstellt. Nichts anderes wird das Gericht nachfolgend tun - nur dass es, was den verdienten Werklohn anbelangt, zu seinen eigenen Ergebnissen gelangt. Das Gericht hat hierauf hingewiesen.

45

2. - Nicht angekommen ist es auf den Rechenfehler in Form eines falschen Übertrags in K3 (Blatt 19), da das Gericht nachfolgend die Positionen einzeln erörtern wird mit Blick auf die Frage, welche streitig und welche unstreitig sind. Indem das Gericht gleichsam „von unten“ rechnet, wird der Übertrag keine Rolle spielen. Aus demselben Grund führt der Rechenfehler nicht zur Unschlüssigkeit der Abrechnung oder gar der ganzen Klage. Das Gericht hat hierauf hingewiesen.

46

3. - Ankommen musste es jedoch auf die streitige Behauptung des Beklagten, abweichend von B 2 („Lärche“, 55.037,50 € brutto) habe man im September 2017 bereits für die später ausgeführte Leistung („Eiche“) eine nur wenig höhere Pauschalsumme, nämlich 56.000 € brutto, vereinbart (Blatt 17/18), und „dafür“ habe man vereinbart, dass die Schiebetür in der Einliegerwohnung „entfällt“ (Blatt 18 oben).

47

Traf das nämlich zu, dann konnte der Kläger in K 3 für die dortigen Positionen 1 bis 14 sowie Positionen 16 bis 21 (Fenster, Fenstertüren) und 43 bis 52 (Haustüre), die er mit zusammen netto 69.512,42 € berechnet, nur netto 47.058,52 € (entsprechend 56.000 € brutto) verlangen, weil seine Vergütung hierauf gedeckelt wäre (§ 631 Abs. 1 BGB). Für den Fall, dass es nicht zutraf, musste sachverständig geklärt werden, ob die Preise, die der Kläger abrechnet, ortsüblich waren (§ 632 Abs. 2 BGB).

48

Rechtlich schlüssig war die Wertung des Klägers, dass eine Vergütung, die die Parteien für eine Ausführung in „Lärche“ vereinbart haben mögen, nicht für die hier erbrachte Leistung in Eiche gelten kann. Die Ausführung in Eiche ist eine andere Leistung, und die Behauptung des Klägers, dass für die Ausführung „Eiche“ kein Preis vereinbart wurde, kann unter § 632 Abs. 2 BGB subsumiert werden.

49

Beweisbelastet dafür, dass es zur Höhe der Vergütung keinerlei Vereinbarung der Parteien gebe, war nach herrschender Ansicht der Kläger, der diese Negativtatsache für § 632 Abs. 2 BGB benötigt (dazu nachfolgend 4.-), also dass „eine Vergütung nicht vereinbart sei“.

50

Nach vorzugswürdiger Ansicht müsste man den Beklagten für jegliche Vergütungsvereinbarung beweisbelastet sehen, die er behauptet (dazu nachfolgend 5.-)

51

Welcher Ansicht man sich anschließt, kann vorliegend im Ergebnis offenbleiben, wie nachfolgend (Abschnitte 4.- und 5.-) ebenfalls gezeigt werden soll.

52

Beweisbelastet war umgekehrt der Beklagte speziell für seine Behauptung, wonach die Parteien die o.g. Pauschale vereinbart haben sollen. Denn diese Behauptung konnte nur ihm (dem Beklagten) nützlich sein, aber niemals dem Kläger. Letzterer konnte rechtlich in keiner Weise davon profitieren, wenn das Ergebnis lauten würde, es sei eine „Pauschale nicht vereinbart“.

53

3.1 Die Aussage der Zeugin (= der Ehefrau des Beklagten) gibt keine Stütze ab für den Vortrag des Beklagten, dass er mit dem Kläger eine 56.000-€-Pauschale vereinbart habe. Die Zeugin stützt eher noch den Vortrag des Klägers, wonach er keine Vereinbarung darüber getroffen habe, wie die Leistung (Ausführung in Eiche) schlussendlich vergütet werde. Hinsichtlich der Beweisbehauptung des Beklagten ist sie lediglich Zeugin vom Hörensagen.

54

Die Zeugin hat glaubhaft ausgesagt, dass sie seinerzeit federführend mit dem Projekt der Eheleute befasst war. Sie hat überzeugend angegeben, dass sie mit dem Kläger nie über eine Pauschalsumme von 56.000 € oder einen endgültigen Preis für die Ausführung in Eiche gesprochen habe. Sie hat auch die Behauptung nicht bestätigt, dass der Umstellung auf Eiche der „Entfall“ einer Schiebetür gegenüber haben stehen sollen (so aber der Beklagte, Blatt 18 oben); vielmehr habe sie lediglich vom Streithelfer gehört, der Kläger sei bereit, die Leistungen der Fensterliste (B 1) für 56.000 € netto in Lärche zu erbringen. Das Angebot B 2 (dem diese Angabe ähnelt) habe sie damals noch nicht gekannt, sondern die Information telefonisch vom Streithelfer bekommen. Bei einer gemeinsamen Baustellenbesprechung habe sie den Kläger gefragt, ob er bei 56.000 € netto bleibe, wenn er statt Lärche in Eiche ausführt und statt der aufwendigen Hebe-Schiebetüre in der Einliegerwohnung nur eine Drehtür ausführen muss. Das habe der Kläger überlegen wollen und zugesagt, sich dazu zu melden. Bei ihr - der Zeugin - habe sich der Kläger aber nicht gemeldet. Indessen habe der Streithelfer ihr - der Zeugin - in einem Mail mitgeteilt, der Kläger habe eingewilligt. Die Zeugin schilderte zwar eine spätere Baustellenbegehung mit dem Kläger, bei der dieser die Maße genommen und man zahlreiche Details der Ausführung besprochen habe (nachfolgend: „Aufmaßtermin“) - aber dabei habe man über dessen Vergütung nicht mehr gesprochen.

55

3.2 Der Zeuge (Architekt) „stützt“ die Einlassung des Beklagten, überzeugt aber nicht.

56

Der Zeuge (= zugleich Streithelfer des Beklagten) war sich zwar sicher, sich erinnern zu können, dass beim „Aufmaßtermin“ der Kläger sinngemäß bekräftigt habe, die Leistung B 1 in Eiche für 56.000 € zu erbringen. Der Zeuge konnte sich aber an keinen Wortlaut erinnern, und auch sonst hatten seine Angaben wenig Plastizität, sooft es um die Frage ging, was der Kläger denn gesagt habe.

57

Seine Angabe steht zudem in einem unauflösbaren Widerspruch zu dem, was die Zeugin mitteilte (nämlich dass beim „Aufmaßtermin“ nicht mehr über die Vergütung gesprochen wurde).

58

Abseits der vorerwähnten (blassen und der Zeugin widersprechenden) Angabe hat der Zeuge sonst durchaus lebendige und dabei strukturierte Angaben gemacht. Er erklärte transparent, warum es den Bauherrn und ihm so besonders auf die Summe von 56.000 € ankam. Er vermochte auch schlüssig zu erklären, warum er das Angebot des Klägers über die Ausführung in Lärche (B 2) als „Pauschalangebot“ verstand, obwohl das Wort „pauschal“ darinnen nicht steht. Ginge es nur um die Frage, ob die Parteien „56.000 € für die Leistungen B1, B 2“ vereinbart hatten, dann wäre dem Zeugen in seinen Betrachtungen wohl zu folgen, und mangels genauerer Aufschlüsselung des klägerischen Angebots würde man eine solche Summe für die Ausführung in „Lärche“ wohl auch „pauschal“ verstehen müssen. Darum ging es hier aber nicht.

59

Sondern es ging darum, ob die Parteien diesen Betrag für eine Ausführung in Eiche vereinbart haben.

60

Der Zeuge bejaht dies, mit der Begründung, dass der Kläger ihm gegenüber diese Frage (im Anschluss an die erste Baustellenbegehung) telefonisch mit ja beantwortet habe; hierhin gehöre das (im Termin vorgezeigte) E-mail, mit dem er - der Zeuge - diese Information an die Zeugin und den Beklagten weitergegeben habe.

61

Aber auch von diesem telefonischen „ja“ des Klägers ist das Gericht nicht mit hinreichender Sicherheit überzeugt.

62

Es bleibt zu bedenken, dass bei der Würdigung von Zeugenaussagen die so genannte „Null-Hypothese“ gilt. Der Zeuge soll wahrheitsgemäß aussagen, und er will das wahrscheinlich auch, weil er weiß, dass er es muss. Aber das Gericht kann nicht schon deshalb seine Angaben als vorab glaubhaft unterstellen (mit der Folge, dass diese nur noch auf etwaige Unstimmigkeiten abzuklopfen und in deren Ermangelung zu übernehmen wären). Sondern das Gericht muss sich geradezu „rechtfertigen“ für jede Einzelheit, die es einem Zeugen glauben will (mit der Folge, dass es für alles einen Grund braucht, was es aus der Zeugenaussage übernimmt).

63

Das Gericht hat keinen zureichenden Grund, dem Zeugen zu glauben, dass der Kläger telefonisch „ja“ gesagt hat:

64

Der Zeuge kann den Kläger so verstanden haben. Das würde erklären, warum er dies Verständnis per e-mail an die Zeugin und den Beklagten als Aussage des Klägers vorstellte. Das heißt aber noch nicht, dass der Kläger dasjenige gesagt haben muss, was der Zeuge verstand und den Bauherren mitteilte. Der Kläger kann genauso gut etwas vergleichbar Vages gesagt haben wie man es zuvor (auf der ersten Baustellenbegehung) von ihm zu hören bekommen hatte. Der Zeuge kann das in seinem Sinne verstanden haben, weil er - psychologisch verständlich - den Betrag von 56.000 € „brauchte“, damit die ganze Aktion „Beauftragung des Klägers“ irgendeinen Sinn ergab.

65

Denn wie der Zeuge in Übereinstimmung mit der Zeugin berichtete, hatte der Beklagte bereits einen anderen Schreiner unter Vertrag, der (bereits in „Lärche“) teurer geboten hatte als das geplante Budget reichte. Das Budget betrug genau „56.000 €“ - hierher kam die Zahl, nicht etwa aus dem Angebot B 2 des Klägers (wenngleich die Größenordnung des „Lärche-Angebots“ B 2 sich im Rahmen dieses Budgets gehalten hätte). Und dem teureren Auftragnehmer (der sogar schon an Ort und Stelle die Maße genommen hatte) gedachte man kurzerhand abzusagen, wenn der Kläger kurzfristig noch für eine geringere Vergütung einschläge.

66

Der Zeuge schilderte, dass es ihm selbst bei der Einhaltung des „Budgets“ von 56.000 € für die Leistungen B 1 (Fenster, Fenstertüren, Haustür) nicht auf die Holzart ankam und er gerne mit dem bereits beauftragten anderen Schreiner zusammengearbeitet hätte, wohingegen er bei der Einschaltung des Klägers nur mitgewirkt habe, um im Interesse der Bauherren die Kosten noch zu drücken und das Budget wieder einzuhalten. Der Zeuge kann unter einem autosuggestiven Druck solcher Erwartungen auf die „56.000 €“ dermaßen stark fokussiert gewesen sein, dass er unbewusst aus einer noch so vagen telefonischen Mitteilung des Klägers dasjenige herausgehört haben kann, woran er einzig interessiert war, ohne dass das sich mit dem decken müsste, was der Kläger ihm angab.

67

Die Möglichkeit eines solchen telefonischen Fehlverständnisses ist namentlich deshalb nicht von der Hand zu weisen, weil die Aussage des Zeugen betreffend bestätigende Äußerungen des Klägers beim „Aufmaßtermin“ recht farblos war und - vor allem - in einem unauflösbaren Widerspruch steht zu den Angaben der Zeugin.

68

Die Möglichkeit eines Fehlverständnisses ist ferner deshalb nicht von der Hand zu weisen, weil es - wie der Zeuge von sich aus auch einräumte - ungewöhnlich ist, wenn über einen Auftrag der hier gegebenen wirtschaftlichen Bedeutung kein schriftlicher Vertrag geschlossen, ja nicht einmal angesteuert wird. Selbst der mündlich bereits beauftragte Auftragnehmer (= der Konkurrent des Klägers, nachfolgend: „der erste Auftragnehmer“) hatte immerhin ein Angebot gelegt - so der Zeuge -, das nach der Fensterliste positionsweise aufgliedert war und Aufschluss gab, was der erste Auftragnehmer bauen sollte und für welchen Preis. Der Zeuge hatte - folgt man seinen Angaben - Erfahrungen mit dem Kläger wie auch mit dem ersten Auftragnehmer und kannte beide seit langem. Es hätte nahe gelegen, dass auch die hiesigen Parteien wenigstens dazu angesetzt hätten, eine schriftliche einheitliche Aufstellung über Leistung und Preis zu machen. Das gilt auch und gerade dann, wenn dieser Preis sich als Pauschale verstehen sollte.

Erst recht nahe gelegen hätte es, dass der Zeuge als Architekt hierauf hingewirkt hätte, so wie er es bei dem ersten (mündlich bereits beauftragten) Auftragnehmer getan hatte.

69

Dass das vorliegend unterblieb, lässt sich nicht zureichend damit erklären, dass es schnell habe gehen müssen: Unstreitig (und durch beide Zeugen bestätigt) ging es dem Beklagten darum, dass der Kläger schnell die Arbeit aufnehmen und durchführen sollte, aber das hätte die Parteien nicht gehindert, die für sie bedeutenden Vertragsinhalte einmal in strukturierter Form schriftlich zu fixieren. Das wäre namentlich dann ein leichtes gewesen, wenn dieser Inhalt tatsächlich dermaßen schlicht war, wie das der Beklagte behauptet („B 1 ohne Schiebetür, aber in Eiche für 56.000 € brutto“).

70

Dass eine systematische schriftliche Fixierung vorliegend unterblieb, lässt sich auch nicht etwa damit erklären, dass der Zeuge angab, er habe dem Kläger, den er seit langem kannte, besonderes Vertrauen entgegengebracht. Denn dasselbe hätte auf den anderen Auftragnehmer genauso zugetroffen, und letzterem war dennoch der Auftrag erteilt worden auf der Grundlage einer soliden und schriftlichen Definition von Leistung und Vergütung. Im Übrigen stellt in dem professionellen Bereich, in dem der Zeuge sich als Architekt bewegt, persönliches Vertrauen keinen Grund dar, von einer systematischen schriftlichen Fixierung wesentlicher Vertragsinhalte abzusehen bzw. nicht darauf hinzuwirken. Denn das Vertrauen in eine bestimmte Person garantiert einem ja nicht, dass man selbst die entscheidenden Aussagen dieser Person richtig verstanden hat, und als Architekt ist man regelmäßig auch gehalten, Verhandlungsergebnisse für den Bauherrn beweissicher und nachhaltig zu dokumentieren, auch wenn es einen Allgemeinplatz darstellt, dass Werkaufträge - rein juristisch betrachtet - auch mündlich gültig sind.

71

Das Fehlen einer systematischen und schriftlichen Fixierung fällt desto mehr aus dem Rahmen, als der Zeuge allgemein einen sehr strukturierten Eindruck gemacht hat und dies auch auf die Zeugin zutrifft, die seinerzeit federführend für den Beklagten, ihren Ehemann, das Projekt betreute.

72

Erkennbar wird, dass beide Zeugen erzbereit waren anzunehmen, der Kläger könne die Leistung zugleich „in Eiche“ erbringen und (dank entfallender Schiebetür) auch noch einen budgetkonformen Preis bieten, der erheblich günstiger lag als der bereits beauftragte erste Auftragnehmer. Das Budget war dem Beklagten und der Zeugin erkennbar so wichtig, dass sie nicht davor zurückschreckten, den bereits erteilten Auftrag an den ersten Auftragnehmer „abzusagen“ - was rechtlich nichts anderes darstellt als eine freie Kündigung - in der Vorstellung, dass der Kläger günstiger und schneller sei.

73

Blieb dessen Auftrag ohne systematische schriftliche Fixierung, dann heißt das: Es wurde nicht exakt gearbeitet. Es fehlt daher an einem hinreichenden Grund anzunehmen, dass gerade und genau die Erinnerung des Zeugen an das Telefonat mit dem Kläger im hier interessierenden Punkt exakt ist.

74

Hinsichtlich der Zeugin kam es auf die Exaktheit einer Erinnerung ohnehin nicht an, dass sie unmittelbar mit dem Kläger keine Vereinbarung getroffen und über die Vergütung für die Leistung in Eiche nicht abschließend geredet hat - was nachvollziehbar ist, weil sie glaubte, das sei schon vereinbart.

75

3.3 Was der Kläger bei seiner informatorischen Anhörung im Termin angab, war nicht geeignet, einen Hintergrund abzugeben, vor dem die Angaben des Zeugen anders zu würdigen wären als vorstehend geschehen. Der Kläger ist bei seiner Darstellung geblieben, die schon seinen Schriftsätzen zu entnehmen war: Eine definitive Vergütungsvereinbarung für die Ausführung in Eiche sei nicht getroffen worden, insbesondere nicht vor Beginn der Ausführung und insbesondere nicht als Pauschale. Offenbleiben konnte, ob der Kläger dem Zeugen am Rande der „Aufmaßbegehung“ eigens den Hinweis gegeben hat, dass die Leistung „deiriger“ (teurer) werde (so der Kläger bei seiner Anhörung) oder ob ein solcher Hinweis unterblieb (so der Zeuge bei seiner ergänzenden Vernehmung).

4. -

76

Betrachtet man dieses Beweisergebnis mit den Augen der herrschenden Meinung, so wird man der Entscheidung als Tatsachenergebnis zugrunde legen müssen, dass von der beklagtenseits behaupteten Vergütungsvereinbarung nicht auszugehen ist, weil die Beweiserhebung hierzu die oben erörterten Unsicherheiten und Unstimmigkeiten hinterlassen hat, nämlich (zusammengefasst)

- eine Zeugin vom Hörensagen (Ehefrau des Beklagten)
- einen an der entscheidenden Stelle auffällig blassen Zeugen mit besonderer psychischer Motivationslage (Streithelfer als Architekt),
- ferner einen unauflösbaren Widerspruch zwischen beiden Zeugenaussagen, der zudem das Kerngeschehen betrifft, daneben die Merkwürdigkeit, dass „ausgerechnet“ mit dem Kläger eine Vergütungsabrede in keiner Weise dokumentiert wurde.

77

Diese Folgerung beruht auf den Besonderheiten der herrschenden Meinung, die wie folgt zu skizzieren sind:

78

4.1 Nach herrschender Meinung ist im Ausgangspunkt der Kläger beweisbelastet für seine Negativbehauptung. Ungeachtet dieses Ausgangspunktes weicht die herrschende Meinung diese Beweislast des Negativbeweismehrführers in der Umsetzung stark auf.

79

Denn die herrschende Meinung erkennt nicht, dass die Negativ-Beweismehrführung unüberwindbare Schwierigkeiten machen kann, was zugleich der Haupteinwand der verbreiteten Kritik ist. Die herrschende Meinung reagiert bewusst auf diese Kritik, indem sie einen gewissen Ausgleich schaffen und dem Negativbeweismehrführer helfen möchte durch

- verschärfte Darlegungsanforderungen an den Auftraggeber für die Vergütungsvereinbarung und
- erleichterte Beweismehrführung durch den Auftragnehmer.

80

4.2 Die beklagtenseits zitierte Kommentarstelle (Blatt 127/128) belegt diese Tendenz: In sehr schwierigen Fällen, bei denen ein Nachweis der Positivtatsache recht leicht fallen müsste (wie hier) soll das Gericht aus der Tatsache, „dass der Gegner den Beweis des Seins nicht führt“ das „Nichtvorhandensein der Tatsache kraft freier Beweiswürdigung“ feststellen können.

81

4.3 Ähnlich drückt es der BGH aus (BGH 26.03.1992, VII ZR 180/91; BGH 23.1.1996, X ZR 63/94):

„Um jedoch den Unternehmer, der insoweit einen negativen Beweis führen muss, nicht in unüberwindbare Beweisnot zu bringen, stellt der Senat seit langem höhere Anforderungen an die Darlegungslast des Bestellers. Danach muss der Besteller, der eine bestimmte Vergütungsabrede behauptet, diese Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung substantiiert darlegen. Sache des Unternehmers ist es dann, die geltend gemachten Umstände zu widerlegen, die für die behauptete Vereinbarung sprechen können. An diese Beweismehrführung sind keine zu strengen Anforderungen zu stellen“. Damit meint der BGH nicht die satzungsmäßig bekannten allgemeinen Qualitätsanforderungen, die an jeden bestrittenen Sachvortrag und nicht das allgemeine Verbot, niemals zu strenge Anforderungen zu stellen. Sondern der BGH führt vor, was er meint: Er lässt es im Entscheidungsfall an einer „substantiierten“ Erstdarlegung des Auftraggebers schon deshalb fehlen, weil dessen Darstellung einer Vergütungsvereinbarung „widerspruchsvoll und in sich unstimmtig“ war mit Blick auf Details des zeitlichen Ablaufs und bezüglich benutzter Formulare. Zudem sieht der BGH Zweifel an der angeblich vereinbarten Vergütung, weil die für den Auftragnehmer unwirtschaftlich war und es deswegen „desto eher nahe“ gelegen hätte, die Vereinbarung aus Beweisgründen schriftlich zu treffen.

82

Hier liegt eine gewisse Parallele zum vorliegenden Prozess).

83

4.4 Ähnlich verfährt OLG Hamm (26. 3.1993, 12 U 203/92): Der Senat bestätigt den Ausgangspunkt der herrschenden Ansicht. Sogleich folgen lässt der Senat die bekannte Einschränkung, textlich fast genauso formuliert wie vom BGH (s.o), nämlich

- verschärfte Substantiierungsanforderungen an den Auftraggeber und
- entschärftes Beweismaß für den Auftragnehmer, der die Einlassung widerlegen will.

84

Im Entscheidungsfall sah der Senat eine widerspruchsvolle und in sich unstimmgige Darstellung des Beklagten zum Zustandekommen der behaupteten Pauschalpreisvereinbarung; diese entspreche nicht den zu stellenden Anforderungen. Dahinter stand, dass im Entscheidungsfall der Auftraggeber Beweis angetreten hatte durch eine Urkunde, die zu seinem Vorbringen nicht ganz passte. Der Senat behandelt somit (ungeachtet der im Ausgangspunkt postulierten Beweislast des Auftragnehmers) die Urkunde nicht bloß als Gegenbeweis des Beklagten, sondern würdigt sie so kritisch wie einen Hauptbeweis.

85

Eine Parallele zum hiesigen Prozess bietet das nur insofern, als auch hier Urkunden vorliegen; allerdings behauptet vorliegend bereits niemand, diese Urkunden gäben die streitige Vereinbarung selbst wieder.

86

Der Senat spricht dann an, dass auch noch Zeugen aus dem Lager des Beklagten vernommen worden waren (Ehefrau, Architekt). Zum Vorteil des Werklohnklägers würdigt der Senat, dass diese Zeugen nur vom Hörensagen über eine behauptete Pauschalierungsvereinbarung berichtet hatten.

87

Hier sind Parallelen zum vorliegenden Prozess erkennbar, wenngleich nur zum Teil.

88

Der Senat fasst zusammen: „Nach alledem“ - was meint: wegen der vom Senat aufgegriffenen Unstimmigkeiten und Unsicherheiten - „gehen die letztlich verbleibenden Zweifel zulasten des [Auftraggebers]“. Der Auftraggeber sei derjenige, der „die behauptete Preisvereinbarung nicht hinreichend nachgewiesen“ habe.

89

4.5 Bedenkt man nun nochmals, dass die herrschende Meinung (so ja auch die beiden vorgenannten Beispiels-Judikate) mit dem Ausgangspunkt einer Beweislast des Werkunternehmers „gestartet“ waren, so wird das Ausmaß erkennbar, in dem sie dieses Postulat in der Umsetzung anschließend aufweicht.

90

Diese Aufweichung erscheint andererseits nötig, wenn man im Ausgangspunkt der herrschenden Meinung folgt, da sonst jene Härten auftreten, die die herrschende Meinung voraussieht und zu Recht vermeiden will.

91

Nach diesen Maßstäben kann vorliegend nicht von einer Pauschalpreisvereinbarung ausgegangen werden. Denn zwar fehlt es im hiesigen Prozess nicht an der „Substantiierung des Sachvortrags“ auf Beklagtenseite. Aber auf der Beweisebene verbleiben Zweifel und Unstimmigkeiten, namentlich angesichts des Widerspruchs zwischen der Zeugin und dem Zeugen im Kernbereich des Beweisthemas, die nicht ausgeräumt werden können (siehe oben).

5. - Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man der herrschenden Meinung in ihrem Ausgangspunkt nicht folgt, sondern von vornherein den Auftraggeber beweisbelastet hält für seine Positivbehauptung, dass er eine Vergütung (z.B. eine Pauschale) vereinbart habe.

92

Ergänzend soll darum hier (= Abschnitt 5.-) nachfolgend begründet werden, warum für diese (nicht herrschende) Auffassung die besseren Gründe sprechen. Gezeigt werden soll: Es bietet sich an, Negativbehauptungen, wo immer es auf sie ankommt, strukturell gleich zu behandeln, da dies zu einer konsequenteren und im Ergebnis einfacheren, praktikableren und in einer Weise auch „ehrlicheren“ Rechtsanwendung führt:

93

5.1 Der geläufigste Fall einer Negativtatsache im Bauprozess besteht darin, dass der Werklohnkläger, um schlüssig zu seiner Schlussrechnungsforderung vorzutragen, unter anderem behaupten muss, seine Leistung sei entweder abgenommen oder aber mangelfrei, genauer: „jedenfalls abnahmefähig, da frei von wesentlichen Mängeln“. Das ist eine Negativbehauptung. Sie muss der Auftragnehmer beweisen; das ist auch hier der Ausgangspunkt. Und auch hier wird er anschließend aufgeweicht: Wenn der Auftraggeber diese Behauptung bestreiten will, muss er Mängel substantiiert rügen. Substanzierte Mangelbehauptungen muss alsdann der Auftragnehmer widerlegen, aber: Der Auftraggeber trägt immer die Beweislast für die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit und überhaupt für die Sollbeschaffenheit der Bauleistung (vgl. nur Werner/Pastor, 16. Aufl. Rn 1963 m.w.N). Die Grenze der Negativbeweislast ist also namentlich dort erreicht, wo die Vereinbarung streitig ist. Die Vereinbarung muss beweisen, wer sie behauptet.

94

Es bietet sich an, das auf die Frage „Vergütung vereinbart?“ zu übertragen. Denn für die Vergütungsvereinbarung wie auch für die Beschaffenheitsvereinbarung gilt gleichermaßen, dass ihre Existenz für den Auftraggeber regelmäßig leicht zu beweisen ist, verglichen mit den Schwierigkeiten, die der Auftragnehmer haben wird, das Gegenteil zu beweisen. Und in beiden Fällen gilt, dass es den Parteien am ehesten zumutbar ist, rechtzeitig taugliche Beweise für die Positivbehauptung zu schaffen (nicht: für die Negativtatsache).

95

5.2 Ein weiterer geläufiger Fall tritt gelegentlich im Schadensersatzprozess gegen den Planer auf, wenn dieser Verjährung einredet. Ob die Einrede des Planers durchgreift, kann davon abhängen, ob der Auftraggeber die Planerleistung durch eine vorbehaltlose Schlusszahlung am Ende von Phase 8 konkludent abgenommen hat. Dies wiederum wird oft davon abhängen, ob der Planer seine Leistungen mit Phase 8 bereits abgeschlossen hatte (dann regelmäßig konkludente Abnahme) oder noch die Phase 9 im Auftrag hatte (dann regelmäßig nicht). Dieser Problemlage widmen sich die Entscheidungen OLG Koblenz 12.4.2018, 2 U 660/17 und OLG Düsseldorf, 6.8.2004, 22 U 135/03. Die Behauptung des Planers, man habe Leistungen der Phase 9 nicht vereinbart, ist eine Negativtatsache.

96

Beide Entscheidungen (Koblenz und Düsseldorf) folgen der herrschenden Meinung und bestimmen deshalb den Ausgangspunkt dahin, dass die Beweislast für die Negativtatsache „im Rahmen der Verjährung“ beim Planer liege. In der Umsetzung wird dies auch hier nicht streng durchgehalten, sondern aufgeweicht dadurch, dass die herrschende Meinung alle Beweismittel (einerlei ob Haupt- oder Gegenbeweis) kritisch daraufhin prüft, ob die Positiv-Behauptung glaubhaft ist, wonach die Parteien tatsächlich Leistungen der Phase 9 vereinbart haben. Dies Vorgehen zeigen beide Entscheidungen (OLG Koblenz a.a.O. und OLG Düsseldorf a.a.O.). Dass die Ergebnisse sich unterscheiden, lag nicht in der Methode der Senate, sondern an den Umständen des jeweils zu entscheidenden Einzelfalls.

97

Am Ausgangspunkt der herrschenden Meinung ist noch zutreffend, dass die Verjährung eine für den Planer günstige Tatsache ist. Günstig, weil für den Verjährungseinwand nötig, ist somit auch die konkludente Abnahme. Die hängt wiederum davon ab, dass vorher die vereinbarte Planerleistung (im wesentlichen) erbracht war (denn sonst hat die vorbehaltlose Zahlung der Schlussrechnung wohl keinen ausreichenden Erklärungswert der „Billigung als im wesentlichen vertragsgemäß“). Letztere Behauptung hing davon ab, was die „vereinbarte Planerleistung“ war, also ob auch Phase 9 vereinbart worden ist.

98

Diese logische Kette genügt aber nicht, um dem Planer den Beweis für die Negativtatsache anzusinnen (nämlich auch noch dafür, dass er Phase 9 nicht vereinbart habe).

99

Das zeigt erneut eine Parallele zu dem Beispiel des Streits um Mängel: Vor Abnahme muss der Werkunternehmer grundsätzlich beweisen, dass ein Mangel nicht vorliege. Der Auftraggeber bleibt aber immer beweisbelastet für eine streitige Beschaffenheitsvereinbarung (siehe oben 5.1). Seine Behauptung, der Planer habe auch Leistungen der Phase 9 geschuldet, betrifft nichts anderes als die Sollbeschaffenheit des vom Planer zu erbringenden Werks. Schuldet der Planer nämlich Leistungen der Phase 9 und erbringt sie nicht, so ist sein Werk mangelhaft (BGH VII ZR 259/02 und VII ZR 128/03).

100

Es wäre also evident sachgerecht, die streitigen Vereinbarungen gleich zu behandeln, einerlei ob es um die Vereinbarung der Phase 9 geht oder um die Vereinbarung einer sonstigen Sollbeschaffenheit des Werks.

101

5.3 Die dritte geläufige Fallgruppe betrifft die Vergütung für Bauleistungen:

102

Der Werkunternehmer verlangt Vergütung, z.B. als „übliche“ nach § 632 Abs. 2 BGB, während der Auftraggeber eine Vergütungsvereinbarung behauptet, regelmäßig eine Pauschale.

103

Hierhin gehört auch die Konstellation im vorliegenden Prozess.

104

Auch hier ist der Ausgangspunkt der herrschenden Meinung nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen: Die Anspruchsgrundlage § 632 Abs. 2 BGB will ihrem Wortlaut nach gelten, wenn eine „Vergütung nicht bestimmt“ ist. Mit dieser Begründung sieht die herrschende Ansicht den Auftragnehmer in der Beweislast für die (Negativ-)Behauptung, dass die Parteien für die hier interessierenden Positionen keine Vergütung vereinbart haben, insbesondere keine Pauschale (OLG Düsseldorf 15.8.2006, 23 U 22 /06) bzw. keinen Höchstpreis (BGH 23.1.1996, X ZR 63/94) oder keinen Festpreis (BGH 26.3.1992, VII ZR 180/91).

105

Nach allgemeinen Regeln bedarf es dennoch einer besonderen Begründung, wenn man einer Partei die Beweislast für eine Negativtatsache ansinnen will: Eine Negativtatsache zu beweisen, ist im allgemeinen schwer oder gar nicht möglich. Der Hauptkritikpunkt lautet denn auch, dass die herrschende Auffassung den Werkunternehmer in diese spezifische Beweisnot bringt.

5.3.1

106

Der BGH (23.1.1996, X ZR 63/94) greift diesen Kritikpunkt auf und hält ihm entgegen, „dass der positive Beweis der Vereinbarung einer niedrigeren Vergütung für den Besteller häufig ebenso schwer zu führen sein wird“. Im Hinblick darauf bestehe „kein Anlass von der Beweislastverteilung nach der anerkannten Rechtsprechung abzugehen“.

107

Das stimmt inhaltlich überein mit der beklagtenseits zitierten Kommentarstelle (Blatt 127/128). Es überzeugt aber nicht. Denn es erledigt die Kritik nicht.

108

Der Kritikpunkt ist, genau besehen, dass für eine Negativbehauptung regelmäßig erheblich schwerer Beweis zu erbringen ist als für eine Positivbehauptung. Mit dem Hinweis, auch Positivbehauptungen könnten gelegentlich schwer zu beweisen sein, entkräftet man nicht die Feststellung, dass der Negativbeweis typischerweise die größeren Schwierigkeiten machen wird und überanteilig oft ganz unmöglich ist. Haben die Parteien eine Vergütungsvereinbarung getroffen, so ist es verhältnismäßig einfach, einen Beweis dieser Positiv-Tatsache zu sichern, typischerweise dadurch, dass man die Vereinbarung schriftlich oder in Textform fixiert. Für etwas, was nicht existiert, Beweise zu sichern, erscheint ungleich schwerer und ist a priori regelmäßig auch ganz fernliegend.

5.3.2

109

Das OLG Düsseldorf (15.8.2006, 23 U 22/06) nimmt ebenfalls den Kritikpunkt „Beweisnot des Auftragnehmers“ auf. Der Senat relativiert ihn mit dem Hinweis, dass diese Schwierigkeit „auch bei anderen zu beweisenden negativen Tatsachen auftritt“; deswegen könne sie vorliegend „nicht dazu führen, den sich aus §§ 631 Abs. 1 und 632 BGB ergebenden Regelungszusammenhang zu sprengen“.

110

Auch das überzeugt nicht. Denn auch so kann man die Kritik nicht erledigen.

111

Die Kritik (s.o) besteht nicht in einem allgemeinen Bedauern darüber, dass Negativtatsachen besonders schwer zu beweisen sind; sondern die Rechtsfrage lautet, ob dem Auftragnehmer die Beweisnot für eine Negativtatsache angesonnen werden darf, wo doch der Auftraggeber für die entgegengesetzte Positivtatsache weitaus einfacher die nötigen Beweise hätte schaffen können, siehe oben.

112

Zweitens stimmt bereits die Bewertung nicht, als ob die Beweisnot des Auftragnehmers im Vergütungsstreit lediglich das gleiche Ausmaß habe wie sonst bei Negativtatsachen. Denn oben (5.1) war zu zeigen: Im Mangelstreit ist die Beweislast des Auftragnehmers - immer der herrschenden Meinung folgend - viel weniger gefährlich als hier im Vergütungsstreit:

- Nach der herrschenden Logik könnte ein Auftraggeber (auch wahrheitswidrig, wenn er sich zum Missbrauch verleiten ließe) theoretisch stets einwenden, man habe eine Pauschale von sehr geringer Höhe vereinbart: Solange man nur dem Ausgangspunkt der herrschenden Meinung folgte und jede Aufweichung vermiede, bräuchte der Auftraggeber zu seiner Positivbehauptung ohnehin keinen Beweis anzutreten; und der Auftragnehmer sähe sich für seine Negativbehauptung regelmäßig prompt in der Beweisnot mit der Folge, dass der Auftraggeber mithilfe von Beweislastgrundsätzen die Werkleistung enorm günstig erhalten könnte.

- Beim Mangel-Thema käme das nicht in Betracht, denn der Auftraggeber muss dort - immer nach herrschender Meinung - die Sollbeschaffenheit beweisen, insbesondere eine streitige Vereinbarung hierzu (siehe oben, 5.1).

5.3.3

113

Die herrschende Ansicht verwirklicht auch nur unvollkommen den im Kern richtigen Ansatz, dass derjenige, der eine ihm günstige Tatsache behauptet, diese zu beweisen hat.

114

Dass eine „Pauschale nicht vereinbart“ sei, ist dem Auftragnehmer in dieser Form weder günstig noch ungünstig. Rechtsnotwendig für § 632 Abs. 2 BGB ist die Behauptung, dass „keinerlei Vergütung vereinbart“ sei. Dabei kommt es auf Vergütungsart nicht an, somit auch nicht auf die Frage nicht an, ob eine Vergütung, sofern vereinbart, eine „Pauschale“ wäre.

115

Der einzige, dem das Merkmal „Pauschale“ günstig werden könnte, ist der Auftraggeber, der sich darauf berufen hat, der Werklohn sei hierdurch „gedeckt“. Die Behauptung „Eine Pauschale ist vereinbart“ ist dazu angetan, die Rechtsfolge des § 632 Abs. 2 BGB zu sperren. Insoweit ist sie erst einmal niemandem „günstig“, sondern nur dem Gegner (Auftragnehmer) ungünstig. Dem Auftraggeber günstig wird die Pauschale erst, sobald ihre Höhe unterhalb dessen liegt, was der Auftragnehmer sonst als üblichen Werklohn verlangen könnte.

5.3.4

116

Der herrschenden Meinung bleibt freilich zugute zu halten, dass sie den mühsam verteidigten (s.o., 5.3.1 und 5.3.2) harschen Ausgangspunkt anschließend zugunsten des Auftragnehmers in der Umsetzung aufgeweicht, um praktikable und gerechte Ergebnisse anzusteuern. Aber selbst darin überzeugt sie methodisch und dogmatisch nicht:

117

Zwar hält sie formal daran fest, dass der Werklohnkläger die Beweislast für eine Negativbehauptung trage; der Ausgangspunkt bleibt aber anschließend nicht so stehen, sondern dann setzt das Korrektiv ein. In dessen Umsetzung wird der Auftraggeber am Ende weitgehend oder sogar restlos so behandelt, als träfe ihn die Beweislast. Nur so konnte (s.o. 4.4.) das OLG Hamm zu der zusammenfassenden Schlussfolgerung gelangen, dass der - im Ausgangspunkt nicht beweisbelastete - Auftraggeber „die behauptete Preisvereinbarung nicht hinreichend nachgewiesen“ habe.

118

Einfacher und zugleich transparenter wäre es, den Ausgangspunkt entgegen der herrschenden Ansicht zu bestimmen, d.h. ehrlicherweise den Auftraggeber in der Beweislast für die Vereinbarung sehen. Denn erstens strebt der Auftraggeber in Gestalt des von ihm behaupteten „Vergütungsdeckels“ eine Rechtsfolge an, die voraussetzt, dass seine Positivbehauptung zutrifft, d.h. dass die streitige Vergütungsvereinbarung existiert. Zweitens spricht dafür auch der „Gleichlauf“ mit der Beweislast für „Mangelfreiheit vor Abnahme“ (siehe oben 5.1).

119

5.4 Verlangt der Werkunternehmer, wie hier, die übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB, so spricht für die hier vertretene Auffassung (und somit gegen die herrschende Meinung) ergänzend die Erwägung, dass man § 632 Abs. 2 BGB als Auffangvorschrift wird verstehen müssen.

120

Tut man dies, so ist die übliche Vergütung

- nicht nur geschuldet, wenn bewiesen ist, dass eine Vergütungsvereinbarung fehlt,
- sondern auch dann geschuldet, wenn
- einerseits feststeht, dass ein Werkvertrag geschlossen ist,
- andererseits keine der Parteien eine streitige Vergütungsvereinbarung beweisen kann.

121

Dies Verständnis führt dazu, dass der Werkunternehmer für einen Anspruch nach § 632 Abs. 2 BGB nicht zwingend die Negativtatsache beweisen muss (= keinerlei Vergütung vereinbart zu haben); vielmehr genügt es bereits, wenn für die Positivbehauptung (= eine Vergütung vereinbart zu haben) kein Nachweis geführt ist (insbesondere nicht durch den Auftraggeber).

122

5.4.1 Für eine Deutung des § 632 Abs. 2 BGB als Auffangvorschrift spricht die systematische Stellung der Vergütungsvorschriften im Werkrecht:

123

Das Leitbild des Werkvertrages geht in erster Linie davon aus, dass die Parteien sich über die Höhe der Vergütung einigen (wie sich das § 631 Abs. 1 BGB als Normalfall vorstellt).

124

Der Gesetzgeber betrachtet dann (in § 632 Abs. 1 BGB) das Problem, dass manchmal unklar ist, ob überhaupt eine Vergütung geschuldet sein soll, und entscheidet sich hier für den Maßstab der Verkehrssitte.

125

Systematisch verbleibt dann lediglich noch ein Bedürfnis zu regeln, was gelten soll, wenn zwar feststeht, dass eine Vergütung geschuldet ist, aber deren Höhe unklar ist. An dieser Stelle soll

126

§ 632 Abs. 2 BGB helfen, damit dem Werkunternehmer überhaupt ein bestimmter Werklohn zugesprochen werden kann. Steht nämlich fest, dass ein Werkvertrag vorliegt und der Werkunternehmer eine Werkleistung erbracht hat, so soll er nicht leer ausgehen, nur weil ihm vorzuhalten ist, dass er sich auf keine Vereinbarung zur Höhe des Werklohns berufen kann.

127

Diese Hilfe misslingt, wenn man das Merkmal des § 632 Abs. 2 BGB „Ist eine Vergütung nicht bestimmt, ...“ stets als echte Tatbestandsvoraussetzung versteht, also als Faktum, das entweder unstreitig oder bewiesen sein müsse (nachfolgend „Theorie des harten Faktums“). Damit § 632 Abs. 2 BGB seine Hilfsfunktion erfüllen kann, muss es für seine Anwendung bereits genügen, wenn sich eine Vergütungsvereinbarung nicht beweisen lässt (nachfolgend: „Auffang-Theorie“). Die „Theorie des harten Faktums“ würde nämlich schnell zu einer Rechtsschutzlücke führen können, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann.

128

5.4.2 Hierzu genügt es, sich folgenden einfachen Fall vorzustellen:

129

Der Auftragnehmer klagt Werklohn ein mit der Behauptung, dieser sei vereinbart.

130

Der Auftraggeber bestreitet jegliche Vereinbarung zur Werklohnhöhe.

131

Kann nun der Werklohnkläger seine Behauptung nicht beweisen, dann ist § 631 Abs. 1 BGB gesperrt.

132

Der Werklohnkläger wird nun auf die Auffangvorschrift des § 632 Abs. 2 BGB ausweichen wollen und mitteilen, dass er die Klageforderung „dann eben als den üblichen Werklohn“ verfolge.

133

Doch auch diese Anspruchsgrundlage würde man ihm (nach der „Theorie des harten Faktums“) versagen müssen: Sie erfordert eine Negativbehauptung, und die hat der Werkunternehmer ja nicht erhoben; er hätte behaupten müssen, dass eine Vergütung nicht vereinbart sei (§ 632 Abs. 2, 1. Halbsatz BGB). Im Raum steht stattdessen seine eigene Positivbehauptung.

134

Der Werklohnkläger wird nun vielleicht hilfsweise die Behauptung aufstellen, es fehle eine Vergütungsvereinbarung. Ein solches Hilfsvorbringen ist nach allgemeiner Ansicht erlaubt.

135

Ebenso erlaubt wäre es dann dem Auftraggeber, hilfsweise (für den Fall, dass das Gericht § 632 Abs. 2 BGB anwenden möchte) ebenfalls das Gegenteil von dem zu behaupten, was er zuvor vorgebracht hat; der Auftraggeber könnte also nunmehr hilfsweise eine Vergütungsvereinbarung behaupten. Diese wird der Werklohnkläger kaum überzeugend widerlegen können, hatte er doch selbst anfangs irgendeine Vereinbarung zur Vergütungshöhe behauptet.

136

Nach der „Theorie des harten Faktums“ wäre das Ergebnis Folgendes: Der Auftragnehmer ist mit § 631 Abs. 1 BGB gesperrt und mit § 632 Abs. 2 BGB ebenso gesperrt. Er bekommt im Beispielsfall keine Vergütung zugesprochen. Seine Werklohnklage wird abgewiesen, obwohl feststeht, dass er aufgrund Werkvertrages Werkleistungen für den Auftraggeber ausgeführt hat.

137

Es bedarf keiner Darlegung, dass ein solches Ergebnis unbefriedigend wäre und gesetzgeberisch nicht gewollt ist. Die Rechtsschutzlücke schließt sich, sobald man erkennt, dass § 632 Abs. 2 BGB eine Auffangnorm ist und darum bereits dann greift, wenn weder die Vergütungsvereinbarung (Positivtatsache) beweisbar ist noch deren Inexistenz (als Negativtatsache).

138

Die Konsequenz für den vorliegenden Prozess wäre, dass § 632 Abs. 2 BGB schon deshalb eingreifen müsste, weil jedenfalls niemand eine Vergütungsvereinbarung als Positivtatsache bewiesen hat, bezogen auf die hier ausgeführte Werkleistung in „Eiche“.

6. - Soweit es auf die Ortsüblichkeit ankam, sind die abgerechneten Preise ortsüblich mit den nachfolgend ausgeführten Einschränkungen.

139

Das Gericht folgt dabei hier wie an allen anderen Stellen den einschränkungslos plausiblen und nachvollziehbaren Angaben des Sachverständigen, der dem Gericht als kompetent, zuverlässig und unparteiisch bekannt ist.

140

Der Sachverständige hat keinen Ortstermin abhalten können. Das musste er für die hier interessierende Frage der Ortsüblichkeit der Vergütung überwiegend auch nicht tun. Der Sachverständige hat die hier interessierenden Leistungen im Wege eines Preisspiegels geprüft, um eingrenzen zu können, was für solche Leistungen üblicherweise gefordert und bezahlt wurde.

141

Die Kritik des Beklagten an diesem Vorgehen des Sachverständigen hält das Gericht für unberechtigt. Der Sachverständige verlässt sich keineswegs nur auf die Auskünfte Dritter, sondern hat diejenigen Hersteller befragt, die er als ausübender Schreiner auch immer wieder für die Vorfertigung von Fenstern und Türen heranzieht. Er hat anschließend auf der Basis von deren abgefragten Preisen so weiter kalkuliert wie ein Schreiner den Einbau selbst kalkulieren würde. Das ist plausibel, da der Sachverständige selbst als Schreiner tätig ist und Aufträge abwickelt: Desto glaubhafter ist, dass der Sachverständige dabei aus seiner professionellen Erfahrung schöpft und das mit besonderer Sachkunde zu verbinden weiß. Mit Blick auf den Zeitablauf hat der Sachverständige (auch hierin durchaus reflektiert) eine Preissteigerung einberechnet, die er aus seiner eigenen Erfahrung schöpft (und nicht aus allgemeinen Preisindizes, die Dritte veröffentlichen).

142

Dem Sachverständigen könnte umgekehrt auch nicht etwa vorgeworfen werden, das Vergütungsthema ohne einen Augenschein an den konkret eingebauten Fenstern und Türen behandelt zu haben, denn der Beklagte hat den Ortstermin blockiert, obwohl ihm (und auch seiner schwangeren Ehefrau) zuzumuten war, dessen Durchführung zu dulden: Die Ehefrau musste dabei ja nicht anwesend sein, und nach dem Ortstermin hätte man lüften und desinfizieren können, flankierend zu allen anderen einschlägigen Sicherheitsmaßnahmen gegen Infektionen. Das Gericht hat darauf hingewiesen, dass der Beklagte nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung Rechtsnachteile zu befürchten habe (Blatt 73).

143

Zu den Positionen von K 3 ist daher festzustellen:

6.1

K 3 Pos. 1 bis 14 (Fenster und Fensterelemente)

Die Preise sind angemessen (Blatt 95).

K3 Pos. 15 (Stahlfüße verzinkt) ist unstreitig beauftragt und nicht pauschaliert. Der Preis ist angemessen (Blatt 107).

K3 Position 16 bis 21 (Fenster und Fensterelemente)

Die Preise sind angemessen (Blatt 95).

Diese Positionen summieren sich miteinander auf 60.442,42 €.

Ansatz für den Kläger: 60.442,42 € netto

144

6.2 K3 Position 22 und 23 (Selbstabzüge) sind bloß die Gegenrechnung von Abschlagszahlungen, die bereits bewirkt waren, als die Rechnung K3 gestellt wurde. Diese Abschlagszahlungen, nämlich 15.000, 20.000 und 18.050 € summieren sich auf 52.050 € netto und haben nichts zu tun mit jenen, die schriftsätzlich (Klage Seite 4 oben) vorgetragen sind und die der Beklagte später bewirkt hat. Daher an dieser Stelle Abzug 53.050

145

6.3 K 3 Position 25 bis 39 (Zimmertüren) sind unstreitig beauftragt und nicht pauschaliert. Die Preise sind angemessen (Blatt 96).

146

Ansatz für den Kläger: 12.439,80 €

147

6.4 K 3 Position 40 bis 42 (Sockelleisten) sind unstreitig beauftragt und nicht pauschaliert. Die Preise sind angemessen (Blatt 96).

148

Ansatz für den Kläger: 487,50 € netto

149

6.5 K3 Position 43-52 (Haustüre)

150

Das Gericht versteht den Beklagten darin, dass er behaupten will, auch diese Leistung sei von der Pauschale abgegolten, die man aufgrund B 2 vereinbart habe. Dem folgt das Gericht allerdings nicht, da diese Leistungen in dem Angebot B2 des Klägers nicht beschrieben waren und der Beklagte hier folglich keinen Anknüpfungspunkt für seine Pauschalierungseinlassung hat, worauf der Kläger hingewiesen hat (Blatt 28).

151

Das Gericht hat vorsorglich durch Sachverständigen untersuchen lassen, ob die Leistungen Position 43-52 bereits in anderen aus technischer Sicht enthalten seien.

152

Der Sachverständige hat das verneint, nämlich herausgearbeitet (Blatt 97 blau, Blatt 109), dass die Positionen die Abrechnung einer Haustüre mit Montage darstellen, die sich von den anderen Komplexen (Blatt 95/97 gelb, lila und rot) in der Sache deutlich unterscheiden.

153

Der Sachverständige hat aber die Behauptung des beweispflichtigen Klägers nicht bestätigen können, dass die Vergütung für den Komplex Haustüre = Positionen 43-52 angemessen und ortsüblich sei. Vielmehr ist sie um ca. 30% überhöht (Blatt 108). Statt der klägerseits verlangten 9.070 € netto für Haustüre inklusive Montage setzt das Gericht daher nur 6.350 € netto an.

154

Ansatz für den Kläger: 6.350,- € netto

155

6.6 K3 Positionen 53 bis 56 (Außenverschalung) sind unstreitig beauftragt und nicht pauschaliert.

156

Die Angemessenheit der Preise konnte der Sachverständige mangels Augenscheins nicht bestätigen (Blatt 109), was aber ebenfalls nach § 371 Abs. 3 ZPO zulasten des Beklagten geht, indem das Gericht diese Positionen als angemessen unterstellt. Der Sachverständige hat bei seiner Anhörung die näheren Schilderungen des Klägers verwertet, die für sich unbestritten waren. Er ist hierüber (Blatt 115) zum Ergebnis gelangt, das der Ansatz angemessen und ortsüblich ist: Der Sachverständige würde anhand eigener Kalkulationen sogar auf 5.228,91 € netto kommen. Daraus ist zu schließen, dass die 3.085,13 €, die der Kläger verlangt, jedenfalls im Rahmen dessen liegen, was angemessen und ortsüblich ist.

157

Dass der Sachverständige überhaupt einen höheren Ansatz mitteilt (Blatt 115), gereicht diesem weder zum Vorwurf noch mindert es gar die Glaubhaftigkeit seiner Ausführungen. Erstens war er zuletzt gefragt, ob sich an seinen Feststellungen durch ergänzende Angaben des Klägers etwas ändere, und „wenn ja, was?“; dies konnte er als Frage danach verstehen, welchen Betrag er selbst „herausbringe“, unabhängig davon, ob der Ansatz des Klägers dahinter zurückblieb. Und schon generell gilt: Beweisfragen wie diejenigen, die hier interessieren, darf ein Gerichtssachverständiger dahin verstehen, dass er jedenfalls mitteilen darf, was sein eigenes Ergebnis ist; das Gericht hat darauf hingewiesen (Blatt 115/116).

158

Ansatz für den Kläger: 3.085,13 €

6.7 K3 Positionen 57 bis 62:

hier ist schon der Auftrag streitig. Es handelt sich um reine Stunden und Fahrtkosten.

159

Mangels aussagekräftiger Angaben des Klägers darüber, was in diesen Stunden gearbeitet worden sein soll (das nicht schon in anderen Positionen von K3 erfasst wäre) hat das Gericht - in der Vorstellung, dieser Teil der Rechnung K3 werde als nicht nachvollziehbar abzuerkennen sein - nicht dazu Beweis erhoben.

160

Ergänzender Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 22.06.2020 (Blatt 81/83, K9 bis K 13, Zeugen) lässt sich dahin zusammenfassen, dass der Kläger und seine Mitarbeiter Eichenholz bearbeitet haben und eine Außenverschalung montierten; daneben sollen einzelne Handgriffe angefallen sein (Überstände beseitigen,

Holz Weichfasern schneiden, Konterlatten befestigen und ausrichten, Paneele befestigen, Winkel verleimen). Diese Schilderungen lassen nicht erkennen, worin dabei eine echte Zusatzleistung gegenüber dem Hauptauftrag liegen soll. Ein selbstständiger Auftrag über diese Leistungen ist nicht geschildert.

161

Der vorsorglich dennoch befragte Sachverständige (Blatt 116) konnte die Regieberichte und Aufwandsbeschreibungen ebenfalls nicht so zuordnen, dass er verstanden hätte, welcher Aufwand da beschrieben ist, der nicht schon in einer anderen Position erfasst wäre. Unterstelle man, dass die Positionen ebenfalls zur Außenwandverstrahlung gehören, erhöhe sich dort der Ansatz - so der Sachverständige.

162

Das Gericht kann letzteres aber nicht „unterstellen“ und sieht keine ausreichende Basis, um bei Positionen 53-56 (Außenverschalung) nunmehr noch die Vergütung hinaufzusetzen. Andererseits gibt es keine ausreichende Grundlage, auf die Positionen 57-62 separat etwas zuzubilligen.

163

Kein Ansatz für den Kläger

164

Die Ansätze aus K3 summieren sich bis hier auf die Zwischensumme von 82.804,85 € netto, der Abzug von 53.050 € netto (siehe oben) reduziert den Saldo auf 29.754,85 € netto. Hiernach ergeben sich brutto 35.408,27 € aus K 3

7. -

165

Rechnung K4 hat der Beklagte in der Klageerwidern auf Seite 5 (Blatt 20 der Akte) mit den vollen 21.655,62 € brutto aus K4 seiner eigenen Berechnung ungekürzt zugrundegelegt. Anders als der Kläger (Blatt 29) meint, ist hiermit ein Anerkenntnis des Beklagten aber nicht verbunden, weil dies der Beklagte in der Klageerwidern ausdrücklich ausgeschlossen hat (Blatt 19 unten).

166

Sonach wären Einwendungen des Beklagten gegen den rechnerischen Werklohn aus K4 zu wägen, wenn diese vorlägen.

167

Solche Einwendungen sind andererseits nirgends erkennbar. Der Beklagte kritisiert an den Zusatzangeboten-2018 (B3 und B4), dass darin einige Positionen schon von der behaupteten Pauschale umfasst seien und er die darum nie extra-beauftragt habe (was dann wieder streitig ist). Der Beklagte teilt aber nirgends mit, dass und gegebenenfalls inwiefern sich hieraus eine Kürzung der Rechnung K4 ergeben sollte. Das Gericht hat hierauf hingewiesen (Blatt 44 Mitte).

168

Ansatz für den Kläger aus K 4: 21.655,62 € brutto.

8. - Zwischenergebnis rechnerischer Werklohn:

169

Die berechtigten Beträge aus K3 brutto und K4 brutto summieren sich auf 57.063,89 € brutto.

170

Gegenzurechnen sind die oben (K 3 Pos. 22 und Pos. 23) noch nicht übernommenen Abschlagszahlungen mit ihrer Gesamtsumme von 35.000 €, wie seit der Klage (Blatt 4 oben) unstreitig vorgetragen. Es verbleiben als offen 22.063,89 € brutto.

9. - Dieser als Hauptforderung auszuurteilende Betrag ist auch fällig.

171

Die Leistungen des Klägers sind als abgenommen zu behandeln (§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB in der Fassung vor 2018), da der Kläger (K7) zur Abnahmeerklärung eine Frist gesetzt hat, die fruchtlos ablief, und da weiter von Abnahmefähigkeit auszugehen ist, nämlich davon, dass

- die streitigen Mängel nicht vorliegen und

- die unstreitigen Mängel nicht gravierend genug sind, um einer Billigung des Werkes als „im wesentlichen vertragsgemäß“ entgegenzustehen.

172

Von beidem ist deshalb auszugehen, weil nach der Regel des § 371 Abs. 3 ZPO die Grundsätze der Beweisvereitelung heranzuziehen waren:

173

Der Gerichtssachverständige brauchte den Augenschein durch einen Ortstermin, um streitige Mängel zu untersuchen und sich ein Bild von dem Gewicht unstreitiger Mängel zu machen. Einen solchen Ortstermin konnte nur der Beklagte ermöglichen, der das Anwesen bewohnt.

174

Die Duldung war ihm nicht gegen seinen Willen aufzugeben (§ 144 Abs. 1 Satz 3 ZPO). Vielmehr war im Rahmen des § 371 Abs. 3 ZPO der Wertung Rechnung zu tragen, dass der Ortstermin für den Beklagten voll und ganz zumutbar war:

175

Soweit er eine Infektion seiner damals schwangeren Ehefrau befürchtete, ist dies zwar verständlich. Die Gefahr konnte aber bereits dadurch abgewendet werden, dass die Ehefrau am Ortstermin nicht teilzunehmen brauchte und die Teilnehmer des Ortstermins diesen mit allen Hygienevorkehrungen durchgeführt hätten. Das war im Zeitraum dieses Verfahrens als ständige Praxis der Gerichtssachverständigen und der Bauvertragsparteien in Prozessen gängig und auch im vorliegenden Prozess gangbar. Gesetzliche Verbote standen nicht entgegen, und im fraglichen Zeitraum wie auch noch jetzt werden in zahlreichen Verfahren Ortstermine unter sorgfältiger Befolgung sämtlicher nötiger Kautelen mit Erfolg abgehalten. Auch vorliegend hätte durch die nötigen Vorsichtsmaßnahmen die Infektionsgefahr gebannt werden können.

176

Der Beklagte hat sich demnach ohne objektiven Grund geweigert, den Ortstermin zuzulassen. Von dieser Weigerung ist er auch in der Folgezeit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht abgerückt. Er hat somit die Augenscheinseinnahme zurechenbar vereitelt. Das rechtfertigt es, die zu untersuchende Tatsachenbehauptung des Klägers als wahr zu behandeln.

177

Zu den behaupteten Mängeln im einzelnen ist nachfolgend auszuführen (Fundstelle: Klageerwiderung Seite 6/7 = Blatt 21/22 der Akten). So oft das Gericht nachfolgend schreibt, dass der Sachverständige sich nicht äußern konnte, ist jedes Mal gemeint, dass er wegen des vereitelten Ortstermins kein Ergebnis liefern konnte, weshalb die jeweilige Behauptung des Klägers zu unterstellen ist.

178

9.1 Unstreitig sind vier Fenster im EG Nord und Ost von außen noch nicht ausreichend geölt. Bei allen anderen Fenstern und bei allen Türen ist das streitig.

179

Der Beklagte meint: Bei allen Fenstern und Türen wurde ein falsches, nicht für außen geeignetes Imprägnieröl verwendet, das zur vorzeitigen Fäulnis und Verrottung führt. Die Fenster seien abzuschleifen und richtig zu behandeln.

180

Der Kläger wendet ein, zutreffend sei lediglich, dass die vier Fenster im EG an der Nord- und der Ostseite noch ein zweites Mal geölt werden müssen. Das werde der Kläger nachholen, sobald seine Abschlüsse bezahlt würden (Blatt 30). Das Öl sei für sich genommen geeignet. Auf diese Meinungsunterschiede kam es entscheidungserheblich an, weil das Gericht den Mangel, wenn der besteht, richtig im Tenor wiedergeben muss, und es macht einen Unterschied, ob das Öl lediglich in unzureichender Menge oder mit zu wenig Arbeitsgängen eingebracht ist oder das bereits eingebrachte ungeeignet ist.

181

Der Sachverständige konnte kein Ergebnis liefern zu der Frage, ob die fehlende zweite Ölung ein so wesentlicher Mangel ist, dass sie der Abnahme entgegenstünde. Daher Mangel, aber nicht abnahmehindernd.

182

9.2 Unstreitig haben die Fenster und Türen auch Glaselemente.

183

Der Beklagte bringt vor: Bei drei Glaselementen seien „Fehler vorhanden“.

184

Der Kläger wendet ein: Glaselemente habe er gar nicht geschuldet.

185

Ein Mangel besteht nicht. Der Beklagte hat nicht dargelegt, woraus er herleite, dass die Glaseinsätze geschuldet seien (vgl dazu auch oben 5.1). Es kann daher nicht mehr drauf an, dass die Behauptung „Fehler“ pauschal und unsubstantiiert ist.

186

Kein Mangel

9.3

187

An den Terrassentürklinken sind unstreitig keine Absperrschlösser angebracht.

188

Der Beklagte sieht das als Mangel (Blatt 21).

189

Der Beklagte wendet ein, Absperrschlösser nicht geschuldet zu haben (Blatt 31).

190

Ein Mangel besteht nicht. Der Einwand des Klägers ist schlüssig und unwiderlegt. Genauer: Mangels erklärter Abnahme ist zwar der Beklagte grundsätzlich beweisbelastet dafür, dass ein Mangel nicht vorliege. Geht es aber, wie hier, darum, ob eine bestimmte Leistung überhaupt geschuldet war (was erst die Voraussetzung dafür wäre, dass von Mängeln überhaupt die Rede sein kann) oder/und steht in Rede, ob eine bestimmte Beschaffenheit der Leistungen des Klägers zwischen den Parteien vereinbart war (woran dann eine Mangelbehauptung anknüpfen soll), so ist bekanntlich der Auftraggeber darlegungs- und beweisbelastet, hier der Beklagte (s.o 5.1).

191

Kein Mangel

9.4

192

Unstreitig ist im Schlafzimmer ein UV-Fenster nicht vorhanden.

193

Der Beklagte sieht das als Mangel.

194

Der Kläger wendet ein: Auch hier gelte, dass nicht er, der Kläger, sondern der Glaser, dieses UV-Fenster geschuldet habe.

195

Ein Mangel besteht nicht. Der Einwand des Beklagten ist schlüssig und unwiderlegt. Im einzelnen gilt dasselbe wie oben 9.3 und 5.1.

196

Kein Mangel

9.5

197

Unstreitig ist die Terrassentür in der Einliegerwohnung undicht. Im Hauseingang sind unstreitig Flecken auf dem Holz entstanden (deren Verursachung aber streitig ist).

198

Der Beklagte moniert als Mangel die Undichtigkeit der Terrassentür und dass im Hauseingang Flecken auf dem Holz entstanden sind (Blatt 21).

199

Der Kläger räumt die Undichtigkeit ein; diese behebe er gerne. Ob die Flecken im Hauseingang tatsächlich vom Kläger stammten, überprüfe er gerne (Blatt 31).

200

Die Flecken im Hauseingang sind kein Mangel, sondern wären ein Mangelfolgeschaden der nicht dichten Tür. Mangelfolgeschäden können aber nicht vom Kläger nachzubessern sein, sodass ihr Vorliegen weder der Abnahmefähigkeit entgegenstehen kann noch ein Gegenrecht des Beklagten zu begründen in der Lage wäre.

201

Die Undichtigkeit der Tür bestritten.

202

Der Sachverständige hat kein Ergebnis liefern können.

203

Kein Mangel

9.6

204

Der Beklagte behauptet:

205

An der Eingangstür und haften Kleberreste an.

206

Der Kläger bezweifelt, ob er Kleberanhaftungen verursacht habe, und hat sich bereit erklärt, das zu prüfen (Blatt 30/31).

207

Der Sachverständige hat kein Ergebnis liefern können.

208

Kein Mangel

9.7

209

Unstreitig sind die Terrassentürklinken ohne Schloss.

210

Hierin sieht der Beklagte einen Mangel.

211

Der Kläger bestreitet, ein Schloss geschuldet zu haben.

212

Der Mangel besteht nicht: Der Einwand des Beklagten ist schlüssig und unwiderlegt (wie oben 8.3).

kein Mangel

9.8

213

Unstreitig ist die Schiebetür undicht (Blatt 21,31).

214

Der Beklagte meint: Ursache der Undichtigkeit sei ein Spaltmaß, das nicht stimme.

215

Der Kläger hat die Überprüfung des als falsch gerügten Spaltmaßes angeboten, meint aber dass der Vortrag des Beklagten unsubstantiiert sei, weil dieser nicht angibt, welches Spaltmaß denn stattdessen richtig wäre.

216

Der Mangel besteht unstreitig. Er ist in der Undichtigkeit der Schiebetür zu sehen. Auf die Ursache kommt es nicht an.

217

Der vorsorglich auch insoweit befragte Sachverständige hat kein Ergebnis liefern können.

218

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.9

219

Unstreitig stellt die Griffanordnung an der Schiebetür ein Verletzungsrisiko dar (Blatt 83).

220

Der Beklagte sieht hierin einen Mangel.

221

Der Kläger wendet ein: Die Ehefrau des Beklagten habe aber die Griffanordnung ausdrücklich so gewünscht (Blatt 31, Zeugin, für sich aber unbestritten). Darum liege kein Mangel vor. Der Kläger habe „den Beklagten, respektive seiner Ehefrau“ drei verschiedene Griffe zur Auswahl vorgeschlagen, darunter auch jene Griffmuscheln, die er zuletzt an der Schiebetür eingebaut hat (Blatt 83). Der Kläger habe die Ehefrau des Beklagten explizit darauf hingewiesen, dass diese Edelstahlmuschel einen kleinen Überstand hat und hieraus eine Verletzungsgefahr resultiert. Die Ehefrau des Klägers habe dennoch ausdrücklich den Einbau dieses Griffes gewünscht (Blatt 83, Zeuge).

222

Der Mangel besteht. Der Einwand des Beklagten ist unschlüssig. Eine mangelhafte Ausführung wird nicht dadurch mangelfrei, dass sie der Auftraggeber ausdrücklich gewünscht hat. Sie wird erst recht nicht dadurch mangelfrei, dass nicht der Auftraggeber, sondern seine Ehefrau sie gewünscht hat. Unbehelflich ist der Einwand des Klägers, die Ehefrau auf die Gefahr hingewiesen zu haben, die auf der Ausführung bestanden habe. Denn der richtige Adressat für Bedenkenanmeldungen ist allein der Auftraggeber, und nur wenn dieser nach aussagekräftigen Bedenkenhinweis auf der Ausführung besteht, kommt jener Haftungsausschluss zustande, auf den der Auftragnehmer angewiesen ist, um wegen des erzeugten Mangels nicht haftbar gemacht zu werden.

223

Vorsorglich hat das Gericht den Sachverständigen befragt, wieder Mangel zu beseitigen wäre und was das ungefähr an Aufwand und Kosten erfordern würde. Der insoweit von Amts wegen befragte Sachverständige hat keine Ergebnisse liefern können.

224

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.10

225

Unstreitig fehlt die Blende an der Schiebetür in der Einliegerwohnung. Unstreitig fehlt ein Holzelement an der Wand; ebenso unstreitig war beides schon einmal vorhanden und wurde auf Wunsch der Ehegattin des Beklagten vom Kläger wieder entfernt (Blatt 21, Blatt 31).

226

Der Mangel besteht:

227

Die Schiebetür als solche schuldet der Kläger in der Einliegerwohnung zwar nicht, worauf der Beklagte, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, hingewiesen hat (Blatt 127): Hierüber gibt es, entgegen ursprünglicher Wünsche, keinen Auftrag. Aber die Blende bei der Schiebetür ist nicht „die Schiebetür“. Der Vortrag der Parteien ist dahin zu verstehen, dass die Blende und auch das Holzelement geschuldet seien, da das beide Parteien übereinstimmend voraussetzen. Da diese fehlen, liegt hierin ein Mangel. Auch hier kommt es nicht auf Ursachen des Mangels an, also auch nicht auf die sonach unschlüssige Einwendung des Klägers.

228

Zur Frage, ob diese Mängel der Abnahmefähigkeit entgegenstehen, hat der Sachverständige keine Ergebnisse liefern können.

229

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.11

230

Unstreitig sind Sockelleisten vorhanden. Die Parteien scheinen auch als selbstverständlich vorauszusetzen, dass der Kläger diese Sockelleisten geschuldet hat. Unstreitig sind diese Sockelleisten verzogen (Blatt 21,31).

231

Der Beklagte bringt vor:

Die Sockelleisten seien verkehrt eingebaut, hätten ... [hier fehlt in der Klageerwiderung offensichtlich etwas] und seien verzogen (so wörtlich Blatt 21).

232

Der Kläger wendet ein:

Die Sockelleisten hätten „lediglich eine Vorderseite, von daher können diese gar nicht verkehrt, was auch immer der Beklagte damit ausdrücken möchte eingebaut sein“. Der Kläger überprüfe das aber gern (Blatt 31).

233

Mit dem streitigen Sachvortrag beider Parteien kann das Gericht überwiegend nichts anfangen. Das Gericht versteht nicht, was der Beklagte unter „verkehrt“ versteht. Das Gericht hält die Einwendungen des Klägers für ebenso wenig sinntragend, wonach eine Sockelleiste nur eine Vorderseite habe (Leisten ohne Vorderseite oder/und ohne Rückseite, wären keine Leisten).

234

Als Mangelbehauptung bleibt sonach nur übrig, dass die Sockelleisten unstreitig verzogen sind. Dieser Mangel besteht.

235

Zur Frage, ob Mängel der Abnahmefähigkeit entgegen stehe, der Sachverständige keine Ergebnisse liefern können.

236

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.12

237

Unstreitig fehlt die Gummiabdichtung an der Speisekammertür (Blatt 21,31). Der Kläger hat Nachrüstung angeboten. Er meint aber, wegen der ausstehenden Abschlagszahlungen müsse er derzeit nicht aktiv werden (Blatt 32).

238

Dem folgt das Gericht rechtlich nicht. Der Mangel besteht.

239

Zur Frage, ob dieser Mangel alleine oder in Verbindung mit den übrigen Mängeln der Abnahmefähigkeit entgegen stehe, der Sachverständige keine Ergebnisse liefern können.

240

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.13

241

Unstreitig ist an der Speisekammertür ein Lackschaden. Der Kläger ist bereit, den zu begutachten, beheben will er ihn aber erst, wenn seine Abschläge bezahlt sind. Der Mangel besteht. Der Einwand des Klägers ist nicht schlüssig.

242

Zur Frage, ob dieser Mangel alleine oder in Verbindung mit den übrigen Mängeln der Abnahmefähigkeit entgegen stehe, der Sachverständige keine Ergebnisse liefern können.

243

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.14

244

Türklinken an den Zimmertüren sind unstreitig (Blatt 21,32) nicht vorhanden.

245

Der Beklagte sieht hierin einen Mangel.

246

Der Kläger wendet ein, die Klinken nicht geschuldet zu haben.

247

Dieser Einwand ist schlüssig und unwiderlegt. Kein Mangel Kein Mangel

9.15

248

Unstreitig sind an der Eingangstür und an der Schiebetür der Einliegerwohnung Flecken von Kleberresten vorhanden. Streitig ist nur, ob sie der Beklagte verursacht hat. Darauf kommt es nicht an. Der Mangel liegt vor. Der Auftragnehmer hat bis zur Abnahme sein Gewerk vor zufälligen Beschädigungen aller Art zu schützen. Dass die Kleberreste erst nach Abnahme (oder nach Eintritt der Abnahmewirkungen) entstanden wären, ist nicht behauptet und läge auch fern.

249

Zur Frage, ob dieser Mangel alleine oder in Verbindung mit den übrigen Mängeln der Abnahmefähigkeit entgegen stehe, der Sachverständige keine Ergebnisse liefern können.

250

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.16

251

Unstreitig war Teil der Leistung auch, eine Sitzbankoberfläche einzuölen. Der Beklagte behauptet, der Kläger habe die Sitzbankoberfläche nicht ausreichend eingeölt (Blatt 21).

252

Der Kläger hält die Einölung für ausreichend; abgeschliffen und erneuert werden müsste die Ölung nur deshalb, weil die Tochter des Beklagten die Sitzbankoberfläche mit Filzstiften bemalt hat (letzteres für sich unstreitig, Blatt 32, Zeugin).

253

Zur Frage, ob ein Ölungs-Mangel bestehe, hat der Sachverständige keine Ergebnisse liefern können.

254

Kein Mangel

9.17

255

Unstreitig fehlt die Abdeckung bei den Türbändern. Der Kläger möchte sie erst ausführen, wenn da Abschlagszahlungen erhalten hat. Der Mangel besteht. Die Einwendung des Klägers ist nicht schlüssig. Zur Frage, ob dieser Mangel alleine oder in Verbindung mit den übrigen Mängeln der Abnahmefähigkeit entgegen stehe, der Sachverständige keine Ergebnisse liefern können.

256

Mangel, aber kein Abnahmehindernis

9.18

257

Als Mangelbehauptung gemeint ist die Behauptung des Beklagten, beim Einbau der Schiebetüren sei „das Parkettschaden beschädigt“ worden (Blatt 21 der Akte; meint: „ein Schaden im Parkett erzeugt worden, und zwar durch den Kläger“). Der Kläger bestreitet dies (Blatt 32). Darauf kommt es aber nicht an. Die Beschädigungen des Pakets, dass der Kläger nicht selber auszuführen schuldete, ist kein Mangel der Werkleistung. Der Kläger schuldet deshalb auch keine Nachbesserung. Deswegen hat der Beklagte auch kein entsprechendes Gegenrecht, das der Abnahmereife entgegenstünde oder zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung Anlass gäbe.

258

Kein Mangel

9.19

259

Ebenso als Mangelbehauptung gemeint ist, dass bei der Aufrichtung der Schiebetür die Fliesen beschädigt worden seien. Hinsichtlich einer Fliese (Blatt 33) ist das sogar unstreitig, stellt aber ebenfalls keine Mangelbehauptung dar; Begründung wie vorstehend.

260

Kein Mangel

9.20

261

Die Haustür hat keinen Griff.

262

Der Beklagte sieht das als Mangel.

263

Der Kläger wendet ein, den Griff nicht geschuldet zu haben.

264

Diese Einwendung ist schlüssig und unwiderlegt.

265

Kein Mangel

9.21

Unstreitig hat die Haustür ein Schloss. Unumstritten ist für dieses eine Mehrfachverriegelung geschuldet.

266

Der Beklagte behauptet: Die Mehrfachverriegelung des Schlosses fehle.

267

Der Kläger behauptet: Sie sei vorhanden, er habe sie eingebaut (Blatt 33)

268

Der Sachverständige konnte das nicht feststellen.

269

Kein Mangel

9.22

270

Unstreitig braucht der Beklagte, wenn er eine KfW-Förderung beantragen will, die UW-Wert-Angaben für die Fenster und Türen (Blatt 21).

271

Der Beklagte hat als Mangel gerügt, dass diese Angaben ihm fehlen würden (Blatt 21).

272

Der Kläger hat diese als Anlage K8 übergeben (Blatt 33) ungeachtet dessen, dass er meint, er habe ein eigenes Zurückbehaltungsrecht (wegen ausstehender Abschlagszahlung).

273

Ein Mangel besteht nicht. Es versteht sich weder von selbst noch ist es vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass der Kläger dem Beklagten diese Angaben überhaupt schuldete. Dass der Beklagte sie braucht und der Kläger ihm dazu etwas übergeben hat (K 8), führt nicht dazu, dass sie gleichsam automatisch vom Kläger geschuldet wären.

274

Kein Mangel

9.23

275

Unstreitig liegt dem Beklagten keine Fachunternehmererklärung vor (von welchem Fachunternehmen und mit welchem Inhalt auch immer).

276

Der Beklagte empfindet das als Mangel (Blatt 21 unten).

277

Der Kläger versteht nicht, welche Fachunternehmererklärungen der Beklagte begehrt (Blatt 33).

278

Ein Mangel liegt nicht vor. Es versteht sich weder von selbst noch ist vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass und woraus eine Fachunternehmererklärung (mit welchem Inhalt auch immer) im Verhältnis der hiesigen Parteien geschuldet wäre.

279

Kein Mangel

9.24

280

Unstreitig hat der Kläger zwei kleine Löcher in der Badezimmerwand beim Einbau verursacht.

281

Der Beklagte rügt diese Löcher in der Vorstellung, damit eine Mangelbehauptung zu erheben (Blatt 22 oben).

282

Der Kläger wendet ein, sich mit dem Beklagten bereits darauf geeinigt zu haben, dass der Beklagte diese Löcher durch den Trockenbauer schließt und dem Kläger die entsprechende Rechnung hierzu übermittelt (Blatt 33, Zeugen, für sich unstreitig); auf eine solche Rechnung wartet der Kläger heute noch.

283

Hierauf kam es nicht an. Die Löcher sind kein Mangel, sondern ein Schaden an der baulichen Anlage, nämlich an dem Trockenbau, den der Kläger selber einzubauen nicht schuldete. Es gibt also keinen Anspruch auf Mangelbeseitigung, folglich auch keine Zug-um-Zug-Verurteilung und kein Abnahmehindernis insoweit.

284

Kein Mangel

10. - Soweit vorstehend Mängel zu bestätigen waren, ist der fällige Restwerklohn lediglich Zug um Zug gegen deren Beseitigung auszuurteilen gewesen.

10.1

285

Die Höhe des Zurückbehaltungsrechts bestimmt sich nach § 641 Abs. 3 BGB (Fassung bis 2018): angemessen ist in der Regel das Doppelte der erwarteten Mangelbeseitigungskosten. Vorliegend gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein anderer Faktor sachgerechter wäre.

10.2

286

Die Höhe der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten war streitig. Laut dem Kläger waren Mängel, soweit sie vorlägen, mit 6000 € Aufwand zu erledigen. Nach der Auffassung des Beklagten sollten die von ihm angenommenen Mängel nur mit Kosten von 15.000 € zu beseitigen sein. Zugrundelegen war dieser Entscheidung die Angabe des Klägers.

10.2.1

287

Die Angabe des Beklagten war per se unschlüssig, weil in seiner Mängelliste auch Sachverhalte auftauchen, die keine Mängel sind, siehe oben. Da die 15.000 € sich auf die Mängelliste im Ganzen beziehen, folgt schon hieraus, dass ein Mangelbeseitigungsbetrag niedriger anzusetzen sein müsste. Hierauf kam es aber nicht entscheidend an, denn der Beklagte war nicht darlegungsbelastet, soweit es um die Höhe seines Zurückbehaltungsrechts ging.

10.2.2

288

Vielmehr war der Kläger darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass ihm auch bei Berücksichtigung des Zurückbehaltungsrechts noch ein einredefreier Werklohnanteil verbleibt.

10.2.3

289

Diesen Beweis zu führen hat er unternommen. Der Beweisbeschluss fragte den Gerichtssachverständigen im Zusammenhang mit Mangelbehauptungen auch danach, was die Mangelbeseitigung voraussichtlich kosten würde.

10.2.4

290

Auch hier gilt: Die Chance des Klägers, den ihm obliegenden Beweis zu führen, hat der Beklagte vereitelt, siehe oben. Die Folge ist auch hier, dass die Behauptung des Klägers als wahr zu unterstellen ist, sodass die Bemessungsgrundlage des Zurückbehaltungsrechts nur in dem klägerseits angegebenen 6.000 € zu sehen ist.

10.2.5

291

Multipliziert mit dem Faktor 2 macht das 12.000 €. In Höhe dieser 12.000 € war dem Kläger der ausgeurteilte Werklohn nur Zug um Zug zuzusprechen. Der verbleibende Rest war ihm unbedingt zuzusprechen.

10.3

292

Nicht zu folgen war dem Kläger, soweit er argumentierte, zur Mangelbeseitigung erst verpflichtet zu sein, wenn er nochmals eine Abschlagszahlung erhalte. Auf Abschlagszahlungen hat der Kläger nämlich keinen Anspruch, und zwar schon deswegen nicht, weil seine Leistung abnahmereif und damit schlussrechnungsreif ist. Die Abnahmereife hat der nicht nur selbst behauptet, sondern sie ist auch ein Ergebnis des Gerichts, siehe oben. Kann der Kläger aber keine Abschläge mehr verlangen, so kann er Mangelbeseitigungsleistungen auch nicht von ihnen abhängig machen. In dem Zug-um-Zug-Verhältnis im Sinne von § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 641 Abs. 3 BGBalt stehen insoweit nur der Schlusszahlungsanspruch des Klägers einerseits und das Gegenrecht des Beklagten andererseits, der die Mängel noch beseitigt bekommen muss.

10.4

293

Nicht zu folgen war den Beklagten, soweit er meinte, vom Kläger eine Sicherheit verlangen zu können. Sollte der Beklagte sich vorgestellt haben, hierwegen ein gesondertes Gegenrecht geltend machen zu können, trifft das nicht zu. Eine Anspruchsgrundlage für eine Sicherheitsleistung ist nicht ersichtlich. Insbesondere gibt diesen Anspruch nicht § 650 Abs. 2 BGB alte Fassung (so aber Klageerwidern Seite 7 = Blatt 22). Das Gericht hat darauf hingewiesen, dass ihm die Darlegung nicht einleuchtet (Blatt 41 unten).

11. -

294

Zinsen sind in Höhe des gesetzlichen Zinsfußes von § 288 Abs. 1 BGB auszuurteilen gewesen. Zinseinsatzzeitpunkt ist der 11.06.2019, weil der Beklagte zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Mahnung K 7 in Verzug geriet, jedoch nicht mit der dort angemahnten Summe, sondern nur mit der hier tenorierten.

II. - Klageantrag II.- ist begründet.

295

Die Aufforderung zur Abnahme (K7, Seite 1 unten) war befristet auf den 3.8.2019. Nach dem Vorbringen des Klägers wurde der Vertrag bereits 2016 geschlossen, sodass insoweit § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB in der Altfassung bis Ende 2017 den Maßstab abgibt. Es kam sonach darauf an, ob der Beklagte verpflichtet war, das Werk abzunehmen, mithin: ob die Leistung des Klägers abnahmereif ist - da der Zustand der Leistung seit Fristende derselbe ist (zumindest sind Abweichungen nicht behauptet noch sonst ersichtlich).

296

Der Besteller ist verpflichtet, das Werk abzunehmen, wenn es vertragsmäßig hergestellt ist (§ 640 Abs. 1 Satz 1 BGBalt), und er kann wegen unwesentlicher Mängel die Abnahme nicht verweigern (Satz 2).

297

Das Gericht hatte deshalb (Blatt 44) insbesondere mit Blick darauf, dass ein Teil der Mangelbehauptungen unstreitig war und daher Nachbesserungsarbeiten des Klägers in diesem Umfang unumstritten noch ausstehen, Sachverständigengutachten zur Behauptung des Klägers erholt, wonach seine Leistung dennoch aus technischer Sicht als im wesentlichen tauglich gewertet werden könne.

298

Der Sachverständige konnte hierzu weder Untersuchungen anstellen noch ein Ergebnis liefern, da ihm der Zutritt für einen Ortstermin nicht gewährt wurde. Auch hier gilt, dass die hierfür angegebenen Gründe des Beklagten nicht schlüssig waren, weshalb das Gericht den Vorgang dahin zu werten hat, dass der Beklagte den Beweis vereitelt hat, den der Kläger führen wollte.

299

Auch hier verfährt das Gericht nach § 371 Abs. 3 ZPO und unterstellt zugunsten des Klägers, dass seine Leistung ungeachtet der unstreitigen Mängel und in Ermangelung der streitigen Mängel abnahmereif ist.

III. - Klageantrag III.- ist unbegründet.

300

Ein Nebenanspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten besteht nicht, auch Zinsen hieraus sind nicht geschuldet. Denn die Kosten, die der Kläger hier getragen hat, sind nicht kausal dadurch

verursacht, dass der Beklagte in Verzug mit seinen übrigen Verpflichtungen geraten wäre. Vielmehr ist der Verzug ist dadurch eingetreten, dass in die jetzigen Prozessbevollmächtigten des Klägers durch Mahnschreiben herbeigeführt haben.

C.- Entscheidungen von Amts wegen

I. - Kosten

301

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Absatz 1 ZPO. Beide Parteien obsiegen nur zum Teil, und ihr Unterliegen ist jeweils nicht ganz geringfügig. Die Kostenaufhebung kommt bei jedem Teilobsiegen bzw. Teilunterliegen in Betracht, nicht lediglich dann, wenn die Quoten annähernd hälftig liegen. Hinsichtlich der Nebenintervention beruht die Kostenentscheidung zusätzlich auf § 101 Abs. 1 Fall 2 ZPO: da die Kosten zwischen den Hauptparteien aufgehoben sind, hat keine von ihnen noch Kosten der anderen zu tragen. Als Konsequenz ordnet das Gesetz an, ausdrücklich auszusprechen, dass der Nebenintervenient, weil er hiernach keinen Kostenerstattungsanspruch hat, seine Kosten selbst trägt.

II. - vorläufige Vollstreckbarkeit

302

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 Satz 2 ZPO.

III. - Streitwert

303

Der Streitwert war gemäß § 63 Abs. 2 GKG endgültig zu bestimmen, und zwar durch Beschluss, der aber in den Urteilstenor mit aufgenommen werden konnte. Maßgebend war eine Addition zwischen dem Hauptsachebetrag aus Klageantrag I.- und einem Ansatz für Klageantrag II.-, den das Gericht, der Vorstellung des Klägers folgend, mit rund 10.000 € vorgenommen hat. Klageantrag III.- erhöht den Streitwert als Nebenforderung nicht.