

Titel:

Leistungen, Arbeitszeit, Vertragsschluss, Schlussrechnung, AGB, Unternehmer, Streitwertfestsetzung, Leistung, Widerspruch, Gesellschafter, Anlage, Generalunternehmervertrag, Sicherheitsleistung, Leistungsverzeichnis, alleiniger Gesellschafter, alleinige Kommanditistin, Sinn und Zweck

Schlagworte:

Leistungen, Arbeitszeit, Vertragsschluss, Schlussrechnung, AGB, Unternehmer, Streitwertfestsetzung, Leistung, Widerspruch, Gesellschafter, Anlage, Generalunternehmervertrag, Sicherheitsleistung, Leistungsverzeichnis, alleiniger Gesellschafter, alleinige Kommanditistin, Sinn und Zweck

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Hinweisbeschluss vom 08.02.2022 – 28 U 3880/21 Bau

OLG München, Beschluss vom 26.04.2022 – 28 U 3880/21 Bau

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe 110 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert wird festgesetzt auf 1.065.962,38 €.

Tatbestand

1

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Leistung einer Bauhandwerkersicherheit aus einem gekündigten Vertrag über Elektroarbeiten.

2

Die Parteien schlossen am 31.05.2017 unter Einbezug der VOB/B einen Werkvertrag über die Ausführung von Elektroinstallationsarbeiten beim Bauvorhaben Als Auftragssumme wurden im Vertrag 1.173.417,95 € nt bzw. 1.396.317,36 bt € vereinbart. Die Klägerin hat bereits begonnene Elektroarbeiten eines anderen Unternehmens übernommen.

3

Die Beklagten sind Auftraggeber, dabei ist die Beklagte zu 2 alleinige Kommanditistin der Beklagten zu 1 sowie zugleich alleinige Gesellschafterin ... welche alleine persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 1 ist. Alleinige Gesellschafterin der Beklagten zu 2 ist die ... deren alleiniger Gesellschafter der Geschäftsführer sowohl der I-99 GmbH als auch der Beklagten zu 2, ... ist.

4

In Ziffer IV.2.16 des im Rahmen des Vertrages vereinbarten Leistungsverzeichnisses, ist folgende Regelung enthalten:

„Bei Stundenlohnarbeiten müssen die Nachweise enthalten sein:

- Art der ausgeführten Leistung
- Ort und Datum sowie Dauer der Arbeiten (mit Uhrzeitangabe)
- Anzahl und Name der eingesetzten Mitarbeiter (...)

5

Vier Abschlagsrechnungen mit Rechkürzungen entsprechend dem vereinbarten Sicherheitseinbehalt wurden gezahlt, im Rahmen der 5. Abschlagsrechnungen vom 30.11.2017 haben die Beklagten die Rüge

erhoben, dass die Arbeitszeit nur der Beklagten zu 2 in Rechnung gestellt wurde und um Umstellung gebeten, die sodann erfolgte. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das als Anlage K 15 vorgelegte Schreiben vom 01.12.2017 Bezug genommen. Es ergab sich in der Folge hinsichtlich der Beklagten zu 2 eine Überbezahlung in Höhe von 49.012,39 €.

6

Am 14.02.2018 haben die Beklagten den Vertrag aus wichtigem Grund mit der Begründung, dass ein Leistungsvertrag mit nachvollziehbaren Unterlagen bislang nicht angeboten wurde, gekündigt. Mit gleichem Schreiben, vorgelegt als Anlage K 18, haben die Beklagten hilfsweise ordentlich gekündigt.

7

Mit Datum vom 01.03.2018 hat die Klägerin über die von ihr nach ihrer Ansicht tatsächlich ausgeführten Arbeiten inkl. Material den Beklagten jeweils als Teilschlussrechnung bezeichnete Rechnungen übersandt, in Höhe von 358.010,78 € gegenüber der Beklagten zu 1 (Anlage K 21) und in Höhe von 611.045,93 € gegenüber der Beklagten zu 2 (Anlage K 23), insgesamt 969.056,71 €. Die Beklagte zu 1 hat 649.589,14 € und die Beklagte zu 2 hat 959.825,98 € Abschlagszahlungen geleistet; damit wurden von den Beklagten zusammen insgesamt 1.620.841,51 € netto bezahlt.

8

Die Klägerin ist der Meinung, aufgrund der Rechnungen vom 01.03.2018 inklusive Sicherheitszuschlags einen Anspruch auf Leistung einer Bauhandwerkersicherheit zu haben. Sie ist der Ansicht, einen Selbstkostenerstattungsvertrag mit den Beklagten geschlossen zu haben, eine außerordentliche Kündigung sei unwirksam, da eine Frist nicht gesetzt sei und kein Fall des § 8 Abs. 2 bis Absatz 4 VOB/B vorläge. Die Rechnungen seien aufgrund der den Beklagten vorgelegten Unterlagen nachvollziehbar. Die Beklagten hafteten als Gesamtschuldner wegen ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Verwobenheit.

9

Klägerin beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, der Klägerin eine Sicherheit nach § 648 a BGB a.F. in Höhe von 1.065.962,38 € zu leisten.

10

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

11

Die Beklagten sind der Meinung, die Parteien hätten einen Einheitspreisvertrag geschlossen. Eine Teilschlussrechnung sei zudem unzulässig, da eine solche nicht vereinbart gewesen sei, sich zudem aus der Schlussrechnung nicht zu erkennen gäbe, dass die Rechnung alle Vergütungsforderungen enthält, die die Klägerin aus dem Projekt gegen die Auftraggeber erheben will. Die Beklagten rügen, dass ein prüfbares Aufmaß zu den Materialien und Massen fehle und die auf den z.T. nicht unterzeichneten Regieberichte erfassten Arbeitsstunden nicht nachvollziehbar seien, Leistungen nicht wie ausgeschrieben ausgeführt worden seien, Positionen von den behaupteten Positionen abweichen und es für eventuelle Nachträge am Vertragsschluss fehle. Die Rechnungen seien nicht prüffähig.

12

Die Beklagten hätten die der Klägerin zustehende Vergütung bereits überbezahlt. Die Klägerin hätte über die bereits geleisteten Zahlungen hinaus keinen Anspruch auf weitere Vergütung mehr.

13

Eine Gesamtschuldnerschaft zwischen Beklagten zu 1 und Beklagter zu 2 läge nicht vor, da im Vergabeprotokoll (Anlage B5) die Auftraggeber klar abgegrenzt wurden, und zwar für Haus 8-12 die Beklagte zu 2 und für Haus 1-7 die Beklagte zu 1.

14

Die Beklagten berufen sich auf den von ihr beauftragten Sachverständigen für Elektrotechnik E. W., dem zufolge die von der Klägerin vorgelegten Rechnungen nicht plausibel prüfbar und nicht eindeutig nachvollziehbar sind und eine belastbare Aussage und Zuordnung der berechneten Leistungen nicht vorgenommen werden könne. Es fehle jegliche Bestandsdokumentation, explizit belastbare substantiierte

Mengenansätze an Material fehlten, auch würden Planungskosten mitabgerechnet, es würden so u.a. Jour Fixe Termine abgerechnet obwohl diese keine vereinbarten Leistungen seien.

15

Die von der Klägerin berechnete und vertraglich vereinbarte Vergütung sei mit den Abschlagszahlungen bereits bezahlt worden. Das Sicherungsverlangen der Klägerin beziehe sich daher auf Leistungen, die nicht vertraglich vereinbart worden seien. Ein Großteil der aufgeführten Leistungen sei nicht ausgeführt worden. Das Sicherungsverlangen beziehe sich auf Nachträge.

16

Die von den Beklagten erhobene Widerklage vom 29.04.2019 mit Klageänderung vom 04.11.2021 wurde mit Beschluss vom 05.05.2021 abgetrennt.

17

Auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen, die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 22.05.2019, 13.05.2020 und 05.05.2021 sowie sonstige Aktenbestandteile wird zur Ergänzung des Tatbestands Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

18

Die zulässige Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch aus § 648 a BGB a.F.

19

I. Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich insoweit nach § 648 a BGB in der ab dem 1. Mai 2000 geltenden Fassung, da der Generalunternehmervertrag und die ergänzenden Vereinbarungen nach diesem Zeitpunkt geschlossen wurden (Art. 229 § 1 Abs. 2 S. 1 EGBGB).

20

II. Die Parteien haben am 31.05.2017 einen Werkvertrag unter Einbezug der VOB/B geschlossen.

21

Offenbleiben kann, um welche konkrete Vertragsart es sich dabei handelt. Nach Auffassung des erkennenden Gerichts handelt es sich jedenfalls nicht um einen Pauschalpreisvertrag oder Selbstkostenerstattungsvertrag.

22

Die vertragliche Vereinbarung vom 31.05.2017 (Anlage K1) ist auszulegen. Der Wortlaut in 8.1. ist insoweit widersprüchlich. In 8.1.3 haben die Beteiligten den Vertragstyp „Stundenlohnvertrag“ angekreuzt, dies jedoch handschriftlich mit „Selbstkostenerstattungsvertrag“ ergänzt. Diese beiden Angaben lassen sich nicht widerspruchsfrei vereinbaren. Ein Selbstkostenerstattungsvertrag kein Stundenlohnvertrag, sondern ein Aufwandsvertrag, bei dem sich die Vergütung nicht wie beim Stundenlohnvertrag nach dem vom Auftragnehmer zu erbringenden Aufwand an Zeit und Material, sondern nach dem Kostenaufwand, den der Auftraggeber betreiben muss, um dem Bauerfolg zu verwirklichen, bemisst (vgl. Leupertz, Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, Abschnitt K Rn. 32). Hierzu ist erforderlich, dass die Parteien im Vertrag oder in einer Anlage festlegen, wie Löhne, Stoffe, Gerätevorhaltung und andere Kosten einschließlich der Gemeinkosten zu vergüten sind und wie der Gewinn des Auftragnehmers zu bemessen ist (a.a.O.). Von besonderer Bedeutung ist dabei der zuvor vereinbarte Gewinnaufschlag (Beck OK VOB/B/Kandel § 2 Abs. 2 Rn. 45). Entsprechende für eine Selbstkostenerstattung notwendige und in der Praxis auch übliche Berechnungsmaßstäbe wurden vorliegend nicht festgelegt.

23

Die vertragliche Regelung ist zudem nicht als Pauschalpreisvertrag auszulegen. Ein solcher Leistungsvertrag ist darauf angelegt, die Mengenermittlung durch Abrechnung zu ersparen. Die endgültig zu zahlende Vergütung steht bei einem Pauschalpreisvertrag schon mit der im Vertrag ausgewiesenen Summe fest, da der Unternehmer verspricht, zu diesem Preis einen vertraglich konkretisierten Leistungserfolg herbeizuführen (MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, BGB § 631 Rn. 92). Dies trägt nicht dem Willen der Parteien Rechnung, die durch die bereits erwähnte vertragliche Regelung „Stundenlohnvertrag“ bzw. „Selbstkostenerstattungsvertrag“ unter Ziffer 8.1.3. des Vertrags (Anlage K1) jedenfalls zum Ausdruck

gebracht haben, dass die tatsächlich geleisteten Stunden wesentliches Kriterium für die Gesamtvergütung sind. Zudem stünde die Annahme eines Pauschalpreisvertrags im Widerspruch zu den vertraglichen Regelungen in den Anlagen des Vertrags, insbesondere II. 2.7 und IV 2.16 des Leistungsverzeichnisses (Anlage K2). Im Weiteren würde dies nicht den zu berücksichtigenden Besonderheiten des Vertragsschlusses gerecht. Die Klägerin hat die Arbeiten eines Vorunternehmers fortgesetzt, es bestanden Zeitdruck und Unsicherheiten bei der Planung. Damit wäre die Vereinbarung einer Pauschale schwer zu vereinbaren.

24

Da es für die weitere Entscheidung ohne Relevanz ist, kann vorliegend offenbleiben, ob die Parteien einen kombinierten Einheitspreis-Stundenlohnvertrag geschlossen haben oder ob insgesamt von einem Einheitspreisvertrag als sog. Normaltyp des Bauvertrages nach der VOB (vgl. § 2 Abs. 2 VOB/B, i.Ü. Werner in Werner-Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 1493 m.w.N.) auszugehen ist.

25

III. Klägerin und Beklagten sind grundsätzlich sicherungsberechtigte und -verpflichtete Personen. Die Klägerin ist als Unternehmer eines oder eines Teils eines Bauwerks i.S.v. § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB Sicherungsberechtigte. Die Beklagten sind als Besteller i.S.v. § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich Sicherungsverpflichtete.

26

IV. Gesichert sind grundsätzlich werkvertragliche Vergütungsansprüche und solche, die bei vorzeitiger Beendigung des Vertrags an die Stelle der Vergütung treten.

27

1. Die erfolgte Kündigung des Bauvertrags hindert die Anwendung des § 648 a Abs. 1 BGB nicht, auch nach einer Kündigung des Bauvertrags kann ein Unternehmer Sicherheit verlangen (BGH Urteil vom 06.03.2014, NJW 2014, 2186). Es genügt für einen Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Leistung einer Sicherheit, dass dem Unternehmer (noch) ein Vergütungsanspruch zusteht, dieser stellt ein ausreichendes Sicherheitsbedürfnis dar. Die Frage, ob die außerordentliche Kündigung wirksam ist, kann vorliegend offenbleiben, da lediglich die Sicherheitsleistung für erbrachte Leistungen begehrt wird, mit denen die Klägerin aus ihrer Sicht in Vorleistung gegangen ist.

28

Ebenso offenbleiben kann daher auch die Frage der Zulässigkeit der sogenannten Teilschlussrechnungen für die bereits erbrachten Leistungen nach Kündigung. Sicherungsfähig sind offene Werklohnansprüche, die vor Kündigung entstanden sind, jedenfalls.

29

2. Jedoch konnte die Klägerin nicht schlüssig vortragen, dass ihr noch ein Anspruch gegen die Beklagte zusteht. Der Rechtsstreit um die Sicherheitsleistung ist eilbedürftig. Es widerspricht dem gesetzlichen Konzept eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung, wenn die Entscheidung des Gerichts durch die aufwändige Klärung der Forderungshöhe verzögert würde (BGH NJW 2014, 2186 Rn. 19 m.w.N.). Die Klägerin kann sich vorliegend nicht auf eine vereinbarte Vergütung stützen, erforderlich ist ein ausführlicher substantiierter Vortrag, da der zunächst vereinbarte Preis in Höhe von 1.173.417,90 € netto überschritten wurde und die Beklagten mehr als die ursprünglich vereinbarte Vergütung bezahlt haben. Für die Schlüssigkeit des Anspruchs kommt es daher auf einen prüffähigen Vortrag der erbrachten Leistungen und Kosten an. Vorliegend fehlt es jedoch zumindest an prüffähigen Darstellungen der abgerechneten Arbeitszeit. Zwar ist im Sicherungsprozess nicht die Frage zu klären, ob die vom Unternehmer berechneten Mengen geleistet sind oder nicht. Abverlangt wird dem Unternehmer mithin (nur), die vereinbarte Vergütung, für die er Sicherheit begehrt, schlüssig darzulegen (BGH, Ur. v. 6.3.2014, VII ZR 349/12, NZBau 2014, 343). Letzteres hat die Klägerin vorliegend nicht getan.

30

Bei einem Einheitspreisvertrag ist zunächst die - im Ergebnis nicht verbindliche - Auftragssumme als Grundlage für die Schätzung der Vergütung heranzuziehen. Macht der Unternehmer wie hier einen höheren Sicherheitsanspruch geltend, so obliegt ihm insoweit die Darlegungs- und Beweislast. Entsprechendes gilt beim Stundenlohnvertrag für die Höhe des Anspruchs überhaupt (Kniffka/Koeble, Teil 9 Anspruchssicherung bei Bausachen Rn. 123, beck-online), oder wenn wie vorliegend eine Zahlung bereits in Höhe des vereinbarten Entgelts erfolgt ist (hierzu BGH Ur. v. 9.11.2000 - VII ZR 82/99, BauR 2001, 386).

Die Klägerin hat die ihr nach Kündigung noch zustehende Vergütung schlüssig darzulegen (vgl. nur BGH Urteil vom 06.03.2014, NJW 2014, 2186), sie hat schlüssig darzulegen, welcher Werklohn ihr nach dem Hauptvertrag und/oder durch Zusatzaufträge zusteht, und in welcher Höhe dieser Werklohn bisher nicht gezahlt ist. Zwar sind nicht die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs nachzuweisen und im Rahmen des Streits um die Sicherheitsleistung zu klären (BGH vom 06.03.2014, VII ZR 349/12), erforderlich ist „nur“, dass der Auftragnehmer zum Vergütungsanspruch schlüssig vorträgt, wozu die Vorlage von prüffähigen Rechnungen gehört. Der Bundesgerichtshof begründet dies damit, dass der Besteller ein berechtigtes Interesse daran hat, nur mit einem Sicherungsverlangen konfrontiert zu werden, dass der durch die Kündigung bedingten Veränderung des Vergütungsanspruchs Rechnung trägt. Denn die Sicherheit belastet ihn nach einer Kündigung in größerem Maße (BGH Urt. v. 6.3.2014 - VII ZR 349/12, BeckRS 2014, 7963 Rn. 25, beck-online). Nicht von Bedeutung sind Einwendungen des Bestellers im Hinblick auf die Höhe der Vergütung insoweit, als dass deren tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorlägen, etwa weil die berechneten Mengen nicht geleistet seien (Kniffka/Koebler, Teil 9 Anspruchssicherung bei Bausachen Rn. 169). Eine detaillierte Klärung der Vergütungshöhe hat im Hauptsacheverfahren der Vergütungsklage zu erfolgen.

31

Die Klägerin konnte jedoch nicht mittels Vorlage ausreichend prüffähiger Rechnungen schlüssig vortragen, dass sie einen über die bereits geleisteten Zahlungen hinausgehenden Vergütungsanspruch hat. Die vorgelegten Rechnungen sind mangels nachvollziehbarer Unterlagen zu den Stundenabrechnungen nicht prüffähig, das in Rechnung gestellte Material ist zumindest durch die unstreitig geleisteten Zahlungen in Höhe von 649.589,14 € und 959.825,98 € bereits vergütet.

32

a) Für die Prüfbarkeit der in Rechnung gestellten Stunden fehlt es an der Angabe und zudem an der Vorlage von Aufmaßunterlagen, wer was wann und wo ausgeführt hat. Auch durch die Vorlage von mehreren Leitzordnern an Abrechnungsunterlagen im Laufe des Prozesses ist der Klägerin dies nicht gelungen.

33

Die Pflicht zu entsprechenden Nachweisen ergibt sich zum einen aus den vertraglichen Regelungen, zum anderen aus § 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B.

34

aa) Ziffer IV.2.16 des Leistungsverzeichnisses (Anlage K 2), welches als Anlage 1 Bestandteil des Vertrages ist, sieht vor, dass für Stundenlohnarbeiten u.a. Nachweise mit Angabe von Art der ausgeführten Leistung, Ort und Datum der ausgeführten Leistung sowie Anzahl und Name der eingesetzten Arbeitskräfte zu fertigen sind.

35

Entgegen dem Klägervortrag ist diese Regelung Bestandteil des Vertrages geworden. Sie ist nicht überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 2 BGB. Es werden zwar nach § 305 c BGB solche Regelungen nicht Vertragsbestandteil, die objektiv ungewöhnlich und in subjektiver Hinsicht überraschend sind, mit denen also der typischerweise anzutreffende Vertragspartner nach den Umständen des Falles vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Für Klauseln mit Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt kann keine Vertragsgeltung beansprucht werden (BeckOK BGB/H. Schmidt, 55. Ed. 1.8.2020, BGB § 305 c). Inhaltlich ist die Regelung nicht überraschend, da entsprechende Vereinbarungen im Baubereich nicht unüblich sind und überwiegend auch im Rahmen von § 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B entsprechende Anforderungen gestellt werden. Die Ungewöhnlichkeit der Klausel kann sich zwar auch aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der AGB ergeben (BGH NJW 92, 1235). Jedoch fehlt es hieran: Eine entsprechende Regelung im Leistungsverzeichnis, das durchgängig Regelungen zur Vertragsdurchführung enthält, ist nicht ungewöhnlich. Dies gilt auch für die unter IV. als sog. „zusätzliche technische Vorbemerkungen ALLG. ZTV“ getroffenen Regelungen. Auch unter Ziffer IV sind unabhängig von der Überschrift mehrere Regelungen für die Rechnungserstellung getroffen worden so u.a. IV.2.1 (Angabe wie die Positionen aufzuführen sind), IV.2.15 (Rechnungsstellung mit Aufmaß). Direkt nach der Regelung Rechnungsstellung mit Aufmaß in Ziffer 2.15, bei dem die Parteien handschriftliche Änderungen vorgenommen haben, findet sich die Regelung zu den Stundenlohnarbeiten, sie steht damit auch in

unmittelbaren Zusammenhang, da es sowohl in IV.2.15 als auch IV.2.16 um Konkretisierungen des Nachweises zur Rechnungsstellung handelt.

36

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sämtliche Vertragsbestandteile von der in Bausachen erfahrenen Klägerseite paraphiert wurden, was ebenfalls gegen eine überraschende Klausel spricht.

37

bb) Auch aus § 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B ergeben sich solche Anforderung. § 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B regelt - wie der Klägervertreter ausführt - zwar ausdrücklich nur, dass über die geleisteten Arbeitsstunden, wenn nichts anderes vereinbart ist, je nach der Verkehrssitte werktätig oder wöchentlich Listen (Stundenlohnzettel) einzureichen sind. Die Regelung ist aber nach der Verkehrssitte und ihrem Sinn und Zweck nach auszulegen.

38

§ 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B legt dem Unternehmer die Pflicht auf, die ausgeführten Arbeiten durch Stundenlohnzettel zu dokumentieren dem Besteller zeitnah vorzulegen, damit dieser die Ausführung zumindest nachträglich kontrollieren kann. Dieser Zweck wird nur erreicht, wenn die Stundenlohnzettel detaillierte und präzise Angaben enthalten. Dies erfordert im Einklang mit der wohl herrschenden Kommentarliteratur, dass die eingesetzten Mitarbeiter möglichst namentlich und unter Angabe ihrer jeweiligen Qualifikation aufgeführt werden (Ingenstau/Korbion Rn. 8; Werner/Pastor Rn. 1580; OLG Düsseldorf BauR 2014, 709) und die ausgeführten Arbeiten so genau zu bezeichnen sind, dass der Auftraggeber sie im Einzelnen nachvollziehen und überprüfen kann. Ungeeignet sind daher einfache Zeiterfassungsbögen, aus denen sich lediglich ergibt, welche Mitarbeiter wie viele Stunden an dem Bauvorhaben eingesetzt waren (Kapellmann/Messerschmidt § 15 Rn. 47). Erforderlich ist vielmehr eine detaillierte Beschreibung der ausgeführten Arbeiten, der eingesetzten Personen und des Zeitaufwandes (OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2000, 1470; OLG Hamm IBR 2005, 581).

39

cc) Diesen Anforderungen genügen die vorgelegten Stundenzettel nicht. Eine entsprechend präzise Zuordnung von Mitarbeitern zu konkret ausgeführten Leistungen in konkreten Wohnungen fehlt. Überwiegend finden sich nur Angaben wie beispielsweise „Feinmontage Haus 8“ oder „Grobmontage“. Dies wird weder den vertraglichen Vereinbarungen noch den üblichen Anforderungen an die Stundenzettel im Rahmen von § 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B gerecht. Gerade wenn wie im vorliegenden Fall die Stundenlöhne zwischen den eingesetzten Mitarbeitern nach Qualifikation (hier: Meister und Monteur) unterscheiden, ist eine konkrete Angabe, was von wem erledigt wurde, maßgeblich (hierzu OLG Düsseldorf BauR 2014, 709).

40

Die Klägerin hat nach eigenem Vortrag keine Stundenaufzeichnungen, in denen die Arbeitszeiten konkreten Arbeiten zugeordnet sind (Klägerischer Schriftsatz vom 26.02.2021, Bl. 114 d.A.), es war und ist ihr danach nur möglich Schätzungen aus Bautagesberichten, Stundenaufzeichnungen und ausgeführten Arbeiten zu treffen. Sie kann die Anforderungen daher nicht erfüllen.

41

dd) Einen Rechtsmissbrauch der Beklagten, sich im gerichtlichen Verfahren auf die Nachweise der Stundenlohnarbeiten zu berufen, vermag das Gericht nicht erkennen. Mit Zahlung von Abschlagszahlungen erkennen die Beklagten nicht die Ordnungsmäßigkeit der Rechnungserstellungen an oder verzichten auf die Erfüllung vertraglicher Pflichten. Aufgrund ihrer Vorläufigkeit entfalten Abschlagsrechnungen keine Bindungswirkungen und mit der Bezahlung von Abschlagsrechnungen verbindet sich regelmäßig keine Anerkenntnisse des Auftraggebers.

42

b) Ob und inwieweit ein Vergütungsanspruch bezüglich des Materials ausreichend ist, kann offenbleiben, da in dieser Höhe eine Vergütung erfolgt ist. Ausweislich der Teilschlussrechnung Nr. 208974 vom 01.03.2018 an die Beklagte zu 1 (K21) stellt die Klägerin der Beklagten zu 1 lediglich 215.086,44 € netto an Nicht-Lohnkosten in Rechnung (950.438,54 € netto - 735.352,10 € netto), es wurden jedoch bereits 649.589,14 € von der Beklagten zu 1 an die Klägerin geleistet.

43

Ausweislich der Teilschlussrechnung Nr. 208975 vom 01.03.2018 an die Beklagte zu 2 (K23) stellt die Klägerin der Beklagten zu 2 lediglich 348.038,90 € netto an Nicht-Lohnkosten in Rechnung (1.473.309,96 € netto - 1.125.271,00 € netto), es wurden jedoch bereits 959.825,95 € von der Beklagten zu 2 an die Klägerin geleistet. Damit ist zumindest kein weitergehender nicht erfüllter, zu sichernder Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten schlüssig dargelegt.

B.

44

Der Kostenausspruch folgt aus § 91 ZPO, der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO, die Streitwertfestsetzung auf §§ 63 Abs. 2, 48 GKG, 3 ZPO.