

Titel:

Vertragsstrafe, Bauzeitverzögerung, Kündigung, Werklohnanspruch, Nachtragsmanagement, Beweisaufnahme, Bauablaufstörung

Schlagworte:

Vertragsstrafe, Bauzeitverzögerung, Kündigung, Werklohnanspruch, Nachtragsmanagement, Beweisaufnahme, Bauablaufstörung

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Beschluss vom 13.08.2024 – 28 U 4768/23

BGH, Beschluss vom 02.04.2025 – VII ZR 137/24

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 83.227,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.9.2017 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 2/3 und die Beklagte 1/3.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über kündigungsbedingte Fertigstellungsmehrkosten/Vertragsstrafe (Klage) sowie über Werklohnansprüche (Widerklage).

2

Die Klägerin hat der Beklagten am 19.9.2016 den Auftrag über Abbrucharbeiten zur Vorbereitung einer Nachbaumaßnahme für das Bauvorhaben „...“ auf Grundlage eines Angebots der Beklagten vom 8.9.2016 über eine vorläufige Auftragssumme von 391.344,34 EUR brutto erteilt. Es wurde ein Einheitspreisvertrag geschlossen, die Geltung der VOB/B, der Besonderen und zusätzlichen Vertragsbedingungen GWG BV-VOB und GWG ZV-VOB wurde vereinbart. Im Vertrag war unter Ziffer 2 der Besonderen Vertragsbedingungen geregelt, dass die Beklagte die Abbrucharbeiten bis spätestens zum 8.10.2016 aufnimmt und bis spätestens 17.12.2016 fertigstellt. Die aus den gelösten Erdmassen gebildeten Haufenwerke waren laut Vertrag von der Klägerin zu analysieren, die Probenahmen und die Erstellung der Probenahmeprotokolle war Aufgabe der Klägerin. Auf ein Nachtragsangebot 01 hin beauftragt die Klägerin darüber hinaus am 1.12.2016 die Beklagte während des laufenden Bauvorhabens mit Messungen und Vorarbeiten zur Beseitigung eines asbesthaltigen Dachstuhls. Es kam zu Verzögerungen auf der Baustelle, ein Arbeitsbeginn zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt war möglich. Mit Schreiben vom 2.3.2017 forderte die Klägerin die Beklagte zur Durchführung von Restarbeiten in Gestalt der Asbestsanierung Dach Nachbargarage, unterirdischer Abbruch der Bestandsgebäude sowie Erdarbeiten im Südteil bis zum 13.3.2017 auf. Zugleich forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Anzahl der auf der Baustelle tätigen Arbeitskräfte und -Geräte zu erhöhen. Mit Schreiben vom 7.3.2017 mahnte die Klägerin die Beklagte erneut und drohte zugleich Kündigung an. Mit Schreiben vom 5.5.2017 forderte die Klägerin erneut die Restfertigstellung unter Kündigungsdrohung und verlängerte die Frist bis zum 24.5.2017. Mit Schreiben ihres Prozessvertreters vom 11.5.2017 forderte die Klägerin die Beklagte auf mitzuteilen, wie die Restarbeiten bis zum 24.5.2017 erledigt werden könnten und entsprechende Personal- und Geräteaufstockungen vorzunehmen. Zugleich wurde die Kündigung angedroht. Am 24.5.2017 waren Restleistungen nicht ausgeführt. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 29.5.2017 kündigte die Klägerin den Vertrag. Die Beklagte stellte am 23.8.2018 eine Schlussrechnung über insgesamt 319,197,05

EUR netto. Gegen die Schlussrechnungsprüfung der Klägerin wie auch gegen die Schlusszahlung erklärte die Beklagte Einspruch. Eine 6. Abschlagsrechnung in Höhe von 7.010,53 EUR hat die Klägerin nicht gezahlt. Abschlagszahlungen wurden iHv 250.746,28 EUR gezahlt. Die Klägerin hat die hilfsweise Aufrechnung mit der Rückforderung der Zahlung auf den Nachtrag 1 erklärt.

3

Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte bis zum 24.5.2017 nicht pausibilisiert habe, wie die Arbeiten bis zu diesem Datum abgeschlossen sein könnten und die Baustellenbesetzung und Baustellenaktivität ab dem 10.5.2017 verringert worden sei. Am 24.5.2017 habe die Beklagte überhaupt nicht mehr auf der Baustelle gearbeitet und ihr Arbeitsgerät bereits abgezogen. Die außerordentliche Kündigung sei wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses und Verzuges der Beklagten berechtigt gewesen. Die Beklagte habe gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot verstoßen, indem sie der Aufforderung der Klägerin vom 11.5.2017 zur Mitteilung, bis wann sie die Restfertigstellungsarbeiten organisieren werde, nicht nachgekommen sei. Aufgrund der Kündigung seien der Klägerin Fertigstellungsmehrkosten in Höhe von 20.286,90 EUR entstanden, da sie die Fa. mit Fertigstellung der Arbeiten zu eben diesem Preis beauftragen musste. Diese Kosten seien angemessen und ortsüblich gewesen. Es liege deshalb eine Überzahlung in Höhe von 5.302,14 EUR vor. Eine Überzahlung von 13.202,90 EUR, wie in der Klageerweiterung geltend gemacht, ergäbe sich aus der geschuldeten Vertragsstrafe. Diese sei geschuldet, da der vertraglich festgesetzte Fertigstellungstermin zum 17.12.2016 um 5 Monate überschritten worden sei. Behinderungen hätten nicht vorgelegen, der Beklagten sei es stets möglich gewesen, auf offene Leistungen auszuweichen. Die Nachtragsbeauftragung habe den ursprünglichen Fertigstellungstermin nicht in Frage gestellt. Dies führe zu einer Vertragsstrafe iHv 16.442,62 EUR. Die auf den Nachtrag 1 gezahlte Summe sei zurückzufordern, da die in ihm enthaltene Leistung bereits in der Position 3.2.1 des LV enthalten gewesen sei. Aufgrund der offen gehaltenen Positionsbeschreibung habe die Beklagte das Risiko für den Rückbau der asbesthaltigen Dachpappe übernommen. Die Kürzungen in der Schlussrechnung seien zu Recht erfolgt, Zulagen seien nicht geschuldet, da Massenerhöhungen nicht stattgefunden hätten und die Verzögerungen durch die Beklagte verursacht worden seien. Ein Werklohnanspruch wegen nicht erbrachter Leistungen stehe der Beklagten aufgrund Kündigung aus wichtigem Grund durch die Klägerin nicht zu. Die von der Beklagten abgerechneten Restmengen und – massen würden nicht den tatsächlichen Mengen und Massen entsprechen, die noch ausstanden; diese seien den Leistungen des Nachunternehmers Ottl zu entnehmen. Die Beklagte habe überdies die Mehrkosten, die ihr entstanden seien, nicht in Abzug gebracht.

4

Die Klägerin beantragt zuletzt

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 13.202,90 EUR und Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 26.8.2018 zu bezahlen.

5

Die Beklagte beantragt

Klageabweisung

und im Rahmen einer Teilwiderklage beantragt die Beklagte zuletzt

Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 138.306,30 EUR nebst Zinsen iHv 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. aus einem Betrag von 119.602,09 EUR seit dem 22.9.2017 sowie aus einem Betrag in Höhe von 18.704,21 EUR seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

6

Die Klägerin beantragt

Abweisung der Widerklage.

7

Die Beklagte behauptet, es habe eine freie Kündigung der Klägerin vorgelegen, da sich die Beklagte nicht im Verzug befunden habe. Eine schleppende Bauabwicklung von Seiten der Beklagten habe nicht stattgefunden. Der vertragliche Fertigstellungstermin sei aufgrund des beauftragten Nachtrags wegen Asbest im Dachstuhl hinfällig geworden. Zudem sei die Genehmigung für die notwendigen Baumfällarbeiten erst am 20.2.2017 vorgelegen. Die Klägerin sei ihrer Verpflichtung zu Probenahmen und Erstellung von

Probenahmenprotokollen nicht nachgekommen. Die Beklagte habe deshalb mehrfach zu Recht Behinderung angezeigt, dass wegen mangelhafter Analysen die Haufwerke nicht abgefahren werden könnten. Die Beklagte habe nicht zu wenig Personal auf der Baustelle eingesetzt noch die Erfüllung verweigert, die Verzögerungen seien allein auf die fehlenden Vorleistungen der Klägerin zurückzuführen gewesen. Die Deponien hätten wegen unzureichender Analysen die Annahme des Bauschutts verweigert. Aufgrund der Beauftragung des Nachtragsangebots 01 sei die vertraglich vereinbarte Fertigstellungsfrist hinfällig geworden. Ein weiterer Fertigstellungstermin sei nicht vereinbart worden. Die Abfuhr und Entsorgung des Haufwerks 16 – Oberboden mit Fremdanteil – sei vertraglich nicht geschuldet gewesen und hätte damit nicht Gegenstand einer Mahnung sein können. Die Kündigung könne nicht auf die allgemeine Forderung der Klägerin, mehr Personal einzusetzen, gestützt werden; diese Forderung sei nicht ausreichend spezifisch. Die Klägerin habe willkürlich Fristen gesetzt. Die Vertragsstrafe sei nicht geschuldet, da sich der vertragliche Fertigstellungstermin ohne Zutun der Beklagten verschoben habe und für weitere Fristen keine Vertragsstrafe vereinbart worden sei. Der Beklagten sei es aufgrund fehlender Mitwirkungshandlungen der Klägerin nicht möglich gewesen, ihre Leistungen bis zum 24.5.2017 auszuführen. Die Kürzungen der Klägerin in der Schlussrechnung seien unberechtigt. Die geltend gemachten Ersatzvornahmekosten würden Positionen enthalten, die die Beklagte bereits erbracht habe. Aufgrund der freien Auftraggeberkündigung habe die Beklagte Anspruch wegen nicht erbrachter Leistungen iHv 55.059,71 EUR netto.

8

Es wurde Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen ... und ... sowie durch Einholung von Gutachten der Sachverständigen (Gutachten vom 15.9.2021 und mündliche Anhörung des Sachverständigen vom 27.1.2022) und ... (Gutachten vom 13.6.2023). Auf die Protokolle der Zeugenvernehmungen, der mündlichen Anhörung des Sachverständigen und die Gutachten der Sachverständigen wird verwiesen. Die Sachverständigen wurden durch Beschluss vom 19.7.2021 angewiesen.

9

Es wurden Hinweis erteilt mit Beschlüssen vom 13.2.2020 und vom 13.7.2020.

10

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung, die Schriftsätze der Parteien samt Anlagen sowie den Akteninhalt im Übrigen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Klage

11

Die zulässige Klage ist nicht begründet. Ein Anspruch auf Vertragsstrafe besteht nicht.

12

1. Der streitgegenständliche Bauvertrag unterliegt aufgrund seines Vertragsschließungszeitpunkts vom 19.6.2016 dem bis zum 31.12.2017 geltenden Bauvertragsrecht.

13

2. Ziffer 5 der Besonderen Vertragsbedingungen iVm Nr. 11 der WGW-ZV-VOB sehen eine Vereinbarung einer Vertragsstrafe wegen Verzuges für Leistungen des Arbeitnehmers vor.

14

3. Voraussetzung für einen derartigen Anspruch ist somit, dass der Auftragnehmer mit einer fälligen Leistung in Verzug gerät, d.h. schuldhaft seine Vertragspflichten nicht erfüllt (§ 339 BGB).

15

a) Die Beprobung und die Analytik war von der Klägerin zu stellen, sie war nicht Leistungssoll der Beklagten. Auf S. 3 des Leistungsverzeichnisses heißt es insoweit „Die Beprobung und Analytik von Bausubstanzproben erfolgen ausschließlich durch die Fachbauleitung des AG. Geeignetes Gerät zur Beprobung ist durch den AN ohne gesondere Vergütung bereitzustellen.“.

16

b) Eine Fälligkeit kann vorliegend nicht auf die In Ziffer 2 der Besonderen Vertragsbedingungen aufgeführten und vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen gestützt werden. Zwar wurde entsprechend

Ziffer 2.2 eine Frist Ende der 50. KW 2016 als verbindliche Vertragsfrist iSv § 5 Abs. 1 VOB/B einvernehmlich festgesetzt.

17

Aufgrund der Beweisaufnahme steht allerdings fest, dass diese Frist aufgrund aus dem Bereich der Klägerin stammender Umstände nicht eingehalten werden konnte.

18

a) Die Beauftragung des Nachtrags 1 (Anlage B54) hatte keine Auswirkungen auf die vertraglich vereinbarte Fertigstellungsfrist. Eine Bauzeitverlängerung infolge des Nachtrags war nämlich unter Ziffer 4 des Nachtrags von Beklagtenseite gerade nicht mitgeteilt worden.

19

b) Der Geschäftsführer der Beklagten hat in seiner persönlichen Anhörung insoweit ausgeführt, dass verwendbare Materialproben erst seit dem 2.3.2017 vorgelegen hätten, so dass erst ab dem 20.3. Angefangen hätte werden können, das Material abzufahren.

20

c) Aus Anlage K46 ergibt sich, dass der Zeuge, der Bauleiter der Klägerin, der Beklagten mit Email vom 20.2.2017 mitteilte, dass die Teilbaugenehmigung für die Fällarbeiten im Südteil „jetzt“ vorliege und die Bäume von der Beklagten nunmehr zu fällen seien.

21

In seiner Vernehmung hat der Zeuge ... ebenfalls bestätigt, dass Bau fälltarbeiten erst zu einem späteren Zeitpunkt, im Februar, durchgeführt werden konnten und danach noch Restarbeiten in der betroffenen Zone von der Beklagten durchzuführen waren.

22

Die Klägerin hat insoweit selbst zuletzt schriftsätzlich eingeräumt, dass eine vollständige Leistungserbringung der Beklagte nicht vor dem 28.2.2017 möglich gewesen wäre.

23

d) Schriftsätzlich hat die Klägerin eingeräumt, dass die Beklagte die Analytik für die Haufwerke 2 erst am 28.3.2017 erhalten hat.

24

e) Der Einwand der Klägerin, dass die Zurückstellung der Baum fälltarbeiten bis zum 20.2.2017 andere Arbeiten der Beklagten nicht unmöglich gemacht hätten, ist im Hinblick auf die Einhaltung der Ausführungsfristen und die damit verbundene Vertragsstrafe unbehelflich. Vielmehr räumt die Klägerin damit selbst ein, dass es aufgrund eines in ihrer Sphäre liegenden Umstandes, i.e. der Bau fälltgenehmigungen, der Beklagten nicht möglich war, zum vertraglich festgesetzten Fertigstellungsdatum ihre Leistungen fertigzustellen. Auf eine bauablaufbezogene Darstellung kommt es insoweit nicht an, da die Vertragsstrafe an die Einhaltung des Fertigstellungstermins als Fixdatum und nicht an einen Bauablauf gebunden ist. Der von Klägerseite eingebrachte Verweis auf den Hinweisbeschluss des OLG München vom 5.3.2020 bestätigt, dass es für die Frage der Kündigung darauf ankommt, ob der Auftragnehmer im Verzug war.

25

f) Zuletzt hat die Klägerseite ihren Vortrag dahingehend korrigiert, dass die Frist in Ziffer 2.1.2 der Besonderen Vertragsbedingungen sich nur auf einen nunmehr – entgegen früherem Vortrag – zweigeteilten Vertrag beziehe. Aus dem Leistungsverzeichnis ergebe sich nämlich, so der neue Vortrag der Klägerseite, dass es zwei funktional getrennte Abschnitte gebe.

26

Der Klägervortrag ist widersprüchlich. Er widerspricht nicht nur dem Vortrag in den ersten Schriftsätzen der Klägerseite, sondern auch den vorgerichtlichen Schreiben und Schriftsätzen der Beklagtenseite. So verweisen Anlage K2-K5 allesamt auf eine einheitliche Fertigstellungsfrist für sämtliche bis zum 16.12.2016, ohne eine Differenzierung nach Abschnitten vorzunehmen. Zuletzt heißt es im Kündigungsschreiben selbst: „Die Arbeiten sollten vereinbarungsgemäß am 16.12.2016 festgestellt und beendet werden. Mit der Fertigstellung der nach diesem Vertrag geschuldeten Gesamtleistung befindet sich ... Seit dem 17.12.2016 im Leistungsverzug“. Die Wortwahl „Gesamtleistung“ im Zusammenhang mit einem Leistungsverzug ab

dem 17.12.2016 macht klar und deutlich, dass die Klägerseite, wie im Übrigen auch die Beklagtenseite, von einer einzigen, einheitlichen Ausführungsfrist für den gesamten Vertrag ausging.

27

Aus den Besonderen Vertragsbedingungen ergibt sich eine derartige Zweiteilung auch nicht, allgemein heißt es in Ziffer 2.1.2 „Die Leistung ist zu vollenden ...“. Überdies ist aufgrund der genannten Schreiben der Klägerseite vor Prozessbeginn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass auch die Klägerseite diesen Vertrag nicht als einen Vertrag mit zwei Leistungsabschnitten verstanden hat.

28

g) Aufgrund der Beweisaufnahme ist das Gericht davon überzeugt, dass im Zeitpunkt des vertraglich festgesetzten Fertigstellungstermins ein Verzug der Beklagten mangels Verschuldens nicht eingetreten ist, da es an notwendigen Mitwirkungshandlungen von Klägerseite fehlt.

29

c) Auch im Folgenden ist die Beklagte nicht in Verzug geraten.

30

Voraussetzung hierfür wäre ein Verzug der Beklagten, der eine Mahnung der Klägerin nach Fälligkeitseintritt voraussetzt (§ 286 BGB).

31

a) Da die Frist des Vertrages hinfällig ist (s.o.), hätte zunächst eine neue Fertigstellungsfrist verbindlich gesetzt werden müssen. Eine Verschiebung des Verfalltermins kommt aufgrund der grundlegenden Änderung im Bauablauf, insb. der 2-monatigen Verzögerung bis zum Vorliegen der Baumfallgenehmigung nicht in Betracht (OLG Frankfurt a.M., 3.2.2023 – 21 U 47/20).

32

(1) Eine Einigung über eine Frist kam nicht zustande; beide Parteien haben jeweils unterschiedliche Fristen genannt.

33

(2) Zwar hat die Beklagtenseite zahlreiche weitere Fristen zur Fertigstellung gesetzt, zuletzt bis zum 24.5.2017. Allerdings wurden die von der Klägerseite geschuldeten (s.o.) Analytiken für die Haufwerke 18 und 20 erst am 23.5.2017 der Beklagten übergeben mit der Folge, dass sie diese erst nach diesem Zeitpunkt abfahren konnte. Dieses Datum findet sich in Anlage B51, einer Email von ..., die die Klägerin zu diesem Zweck beauftragt hatte, wieder.

34

Die Klägerin bestreitet dieses Datum und trägt pauschal vor, dass die Beklagte die Haufwerke zu spät erstellt habe. Auf den Hinweis des Gerichts vom 13.7.2020, dass es an einem klägerischen Vortrag zum Vorliegen der Analytiken fehle, hat die Klägerin aber nicht reagiert. Sie beschränkt sich auf die pauschale Behauptung, dass die Haufwerke zu spät von der Beklagten bereitgestellt worden seien. Vor dem Hintergrund, dass sich aus der Anlage B47, einer Email des Bauleiters der Klägerin vom 23.3.2017 ergibt, dass die Haufwerke 2 am 23.1.2017 beprobt wurden und das Ergebnis erst am 23.3.2017 der Beklagten mitgeteilt wurde, reicht dieser Vortrag der Klägerin nicht aus, um ein Fälligkeitsdatum zu begründen, zumal Grundzug des Werkvertrags die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers ist.

35

Es fehlt damit an einer wirksamen Mahnung nach Fälligkeitseintritt; die Leistung konnte aufgrund ausstehender Mitwirkung der Klägerin überhaupt erst ab dem 23.5.2018 erbracht werden. Es kann nun aber von der Beklagten nicht vernünftigerweise erwartet werden, dass sie dann unmittelbar die Haufwerke abfährt. Vielmehr ist hier eine gewisse Vorbereitungszeit zu gewähren, zumal das Datum 23.5.2018 nicht als fest verbindlich mitgeteilt wurde. Ihm lag vielmehr die Terminsetzung der ..., den diese ihrem Labor bis zum 22.5.2017 gesetzt hatten (Anlage B52) zugrunde. Auf den entsprechenden Hinweis des Gerichts vom 13.7.2020 wird verwiesen (Ziffer 3.2.2). Die Beklagte hat insoweit schlüssig und nachvollziehbar dargetan, dass erst ab Vorlage der Analytiken eine Abfrage bei den Deponien bestellt werden kann. Dem ist die Klägerseite nicht entgegengetreten.

36

(3) Eine Leistungsverweigerung der Klägerin ist nicht nachgewiesen. So ergibt sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 19.5.2017 (Anlage B53) die Leistungsbereitschaft der Beklagten.

37

Ein Anspruch auf eine Vertragsstrafe besteht damit mangels Verzuges nicht.

38

4. Ein Anspruch auf Fertigstellungsmehrkosten besteht nicht.

39

Die außerordentliche Kündigung ist nicht berechtigt. Es handelt sich um eine freie Auftraggeberkündigung nach § 8 VOB/B / § 649 BGB a.F., in welche die außerordentliche Kündigung umzudeuten ist.

40

a) Ein Kündigungsgrund aufgrund Verzuges der Beklagten besteht nicht, §§ 8 III iVm 5 IV VOB/B (s.o.)

41

b) Die Klägerin konnte nicht wirksam nach § 314 BGB kündigen, ein Kündigungsgrund liegt insoweit nicht vor.

42

Ein Kündigungsgrund nach § 314 BGB (jetzt § 648 a BGB) setzt voraus, dass im Rahmen einer Abwägung der beiderseitigen Interessen aller Umstände im Einzelfall eine Vertragsfortsetzung der kündigenden Partei nicht mehr als zumutbar erachtet werden kann (BGH, NJW 2023, 1356). Da die Kündigung nicht begründungspflichtig ist, können Kündigungsgründe jederzeit nachgeschoben werden, sofern sie denn im Kündigungszeitpunkt vorlagen (BGH, NJW 2018, 50).

43

Aufgrund des baurechtlichen Kooperationsgebotes als Ausfluss von § 242 BGB ist sowohl der Auftragnehmer verpflichtet, ihm Rahmen des ihm zumutbaren dazu beizutragen, dass dem Interesse des Auftraggebers an einer zeitnahen Ausführung Rechnung getragen wird, als auch der Auftraggeber, dem Auftragnehmer die zumutbaren Hilfestellungen für die Leistungserbringung zu erbringen.

44

a) Vorliegend ergibt sich aus dem vorgelegten Schriftverkehr (z.B. Anlage K2, Schreiben vom 2.3.2017; Anlage K3, Schreiben vom 7.3.2017) und den Aussagen des Zeugen ..., dass der Beklagten nicht nur der Termindruck der Klägerin bekannt war, sondern sie auch um die Probleme in der Erprobung durch die insoweit beauftragte Firma wusste.

45

b) Die mit Schreiben vom 2.3.2017 (Anlage K2) und 7.3.2017 (Anlage K3) gesetzten Fertigstellungsfristen sind im Hinblick auf die gestaffelte Fristsetzung in der Email vom 28.3.2017, die keinen Endtermin enthielt, vielmehr sollte über die Arbeiten am Nordende des Geländes am 5.4.2017 „befunden“ werden, hinfällig geworden. In diesem Schreiben setzte der Bauleiter, der Zeuge ..., „in Übereinstimmung mit der AG“ und in dessen Kenntnis – die Klägerseite war ebenfalls Adressat der Email – nämlich wieder neue Fristen. Die Klägerin kann sich damit nicht auf von ihr selbst als überholt dargestellte Fristen berufen. Eine Kündigungsandrohung war in diesem Schreiben überdies nicht enthalten.

46

c) Der Zeuge ... hat ausgeführt, dass die Beklagte seiner Erinnerung nach zum Ende der vorletzten Woche von der Kündigung aus gerechnet die Baustelle verlassen habe. Der Zeuge ... hat demgegenüber ausgeführt, dass stets ausreichend Personal und Maschinen vorhanden gewesen seien, er aber keine konkreteren Angaben mehr machen könne. Schriftsätzlich hat die Beklagtenseite ausgeführt, dass das Personal und die Maschinen abgezogen worden seien, da es keine auszuführenden Leistungen mehr gegeben habe. Aus Anlage K53 ergibt sich, dass die Beklagte für den 19.5.2017 Leistungen mitgeteilt hat.

47

d) Dass es tatsächlich keine auszuführenden Leistungen mehr gegeben habe, hat der Zeuge ... in glaubwürdiger Weise nicht bestätigt, sondern ausgeführt, dass es zu jedem Zeitpunkt ausführbare Restarbeiten gegeben habe. Dies deckt sich auch mit den schriftsätzlichlichen Ausführungen in der Klageschrift, dass die Abfuhr und Entsorgung der Haufwerke 3, 6, 12, 1, 7, 10, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21,

22, MP3/4, MP6/7, Haufwerk 19 teilweise sowie die Abfuhr und Entsorgung der Bergmannsrohre im Kündigungszeitpunkt nicht ausgeführt worden sei. Entsprechend hat das Gericht darauf hingewiesen, dass mit Ausnahme der Haufwerke 18 und 20 keine Behinderung angezeigt worden ist. Zudem ergibt sich aus Anlage B53, einem Schreiben der Beklagten vom 19.5.2017, dass jedenfalls das Haufwerk 19 spätestens am kommenden Montag vollumfänglich abgefahren sein werde.

48

e) Allerdings steht dieser unterbliebenen Leistungserbringung der Umstand entgegen, dass die Leistungserbringung in toto der Beklagten zu der von Klägerseite gesetzten Kündigungsfrist unstreitig nicht möglich war. Die Analytiken für die Haufwerke 18 und 20 lagen noch nicht vor, aus Anlage B52 ergibt sich, dass dies der Klägerin spätestens seit dem 18.5.2017 bekannt war. Aus diesem Schreiben von ..., die auf Seiten der Klägerin mit den Analytiken beauftragt waren, wusste die Klägerin des weiteren, dass als Termin für die Lieferung der Analytiken dem Labor von Seiten von mplan der 22.5.2018 angesetzt worden war. Mit Schreiben vom 19.5.2017 (Anlage B53) hatte die Beklagte ebenfalls auf diesen Umstand hingewiesen.

49

Damit war der Klägerin positiv ein Leistungshindernis, das nicht im Bereich der Beklagten lag noch dieser zurechenbar war, bekannt. Aus dem genannten Schreiben ergibt sich nämlich auch der Grund, warum die bislang erlangten Ergebnisse der Hautwerksbeprobungen der Haufwerke 18 und 20 noch nicht vorgelegen haben. Es waren nämlich Inhomogenitäten festgestellt worden. Für diese Verzögerung hat die Beklagte allerdings nicht einzustehen.

50

Die Beklagte hat insoweit schlüssig und überzeugend vorgetragen, dass eine unmittelbare Abfuhr der Haufwerke nach Eingang der Analytiken nicht möglich ist. Die Klägerin hat dem entsprechenden Hinweis des Gerichts nicht widersprochen.

51

Nichtsdestotrotz hat die Klägerin, zuletzt mit Schreiben ihres Prozessvertreters vom 11.5.2017 (Anlage K4) darauf bestanden, dass bis zum 24.5.2017 sämtliche Leistungen fertiggestellt sind.

52

f) Es lag damit eine – angezeigte und der Klägerin bekannte – Behinderung der Beklagten vor. Es wäre nunmehr an der Klägerin gewesen, zunächst diese Behinderung auszuräumen.

53

Die Forderung nach einem Ablaufplan für die Restarbeiten einschließlich entsprechender Personal- und Geräteaufstockung, wie sie sich aus dem Schreiben des Prozessvertreters der Klägerin vom 11.5.2017 ergibt, geht damit fehl. Die geforderten Pläne beruhten nämlich auf den von Klägerseite zu übergebenden Analytiken. Die Beklagte konnte sich deshalb schlichtweg nicht erstellen, zumal die Klägerin kein Übergabedatum für diese Daten zusagte, vielmehr auf die fehlenden Analytiken im Schreiben vom 11.5.2017 überhaupt nicht einging.

54

g) Darüber hinaus war auch die Fertigstellungsfrist zu kurz bemessen, da die Analytiken für die Haufwerke 18 und 20 erst am 23.5. übergeben wurden.

55

Die pauschale Behauptung der Klägerseite, die Haufwerke seien zu spät hergestellt wurde, verfängt nicht. Auf den entsprechenden Hinweis des Gerichts vom 13.7.2020 hat die Klägerseite nicht reagiert. Aus den Schreiben ihres Bauleiters, des Zeugen ..., vom 28.3.2018 (Anlage B48) und vom 23.3.2017 (Anlage B47) ergibt sich, dass für die Beprobung der Haufwerke zwischen Beprobung und Mitteilung des Ergebnisses bis zu 2 Monate vergehen konnten; d.h. der Zeitpunkt der Ergebnismitteilung ist per se nicht aussagekräftig. Im Übrigen gab es für die Haufwerke 18 und 20 eine Verzögerung aufgrund von Inhomogenitäten des Befundes, wie am 18.5.2017 mitgeteilt wurde (Anlage B52). Diese haben mit dem Zeitpunkt der Bereitstellung der Haufwerke nichts zu tun.

56

Ein Zahlungsanspruch der Klägerin besteht damit nicht. Die Klage ist abzuweisen.

Widerklage

57

Die zulässige Widerklage ist in Höhe von 83.227,50 EUR begründet.

58

1. Es besteht ein Restwerklohnanspruch in genannter Höhe.

59

Generell ist festzuhalten, dass ein von Klägerseite unterschriebenes Aufmaß nicht vorliegt (Anlage B22 ff.).

a) Position 01.01.001 der Schlussrechnung

60

Die Position erfasst die Baustelleneinrichtung und -räumung. Die Beklagte rechnet eine 1,0 Pauschale ab, die Klägerin hält nur 0,9 Pauschale für geschuldet.

61

Die Beklagte trägt vor, die Leistung sei unabhängig von der Kündigung vollständig erbracht worden. Die Klägerin begründet die Reduzierung damit, dass die Baustelleneinrichtung für die gesamte Dauer der Baustelle geschuldet worden sei und unstreitig die Baustelleneinrichtung nicht für die gesamte Dauer der Abbrucharbeiten vorgehalten worden sei.

62

Die Kürzung ist nicht gerechtfertigt. Die Beklagte hat die unter Position 01.01.0001 des Leistungsverzeichnisses (Anlage K1) beschriebene Leistung vollumfänglich erbracht. Das Leistungsverzeichnis ist nämlich entgegen der Ansicht der Beklagtenseite nicht isoliert zu betrachten, sondern in Zusammenschau mit Nr. 2.1.1 und 2.1.2 der Besonderen Vertragsbedingungen zu lesen, aus denen sich die Ausführungsdauer ergibt. Die in der Leistungsbeschreibung beschriebenen Leistungszeile, z.B. die tägliche Straßenreinigung, bestimmen nämlich ganz erheblich den Leistungsumfang dieser Position.

63

Die Position 01.01.001 ist demnach vollumfänglich erbracht worden; der Werklohn ist geschuldet. Es besteht ein Anspruch iHv 5000 EUR.

b) Position 01.01.2002 der Schlussrechnung

64

Die Position erfasst die Umsetzung des Bauzauns.

65

Die Beklagte trägt schriftsätzlich vor, sie habe die abgerechneten 30 m Umsetzung vorgenommen und verweist auf ein Aufmaß vom 7.3.2017 (Anlage B22). Die Klägerin trägt schriftsätzlich vor, dass die nach Ziffer 1.1.2 des Leistungsverzeichnisses erforderliche Anweisung der Umsetzung über 30 m nicht erfolgt sei.

66

Die Zeugen ... und ... wurden angehört. Der Zeuge konnte keine Angaben hierzu machen; der Zeuge ... führte aus, dass er davon ausgehe, dass aufgrund eines Baumschutzes der Bauzaun auf den Gehweg umgesetzt werden konnte. Eine Anordnung habe es nicht gegeben, sie hätten die Umsetzung nach Bedarf gemacht. Angaben zum Umfang des Umsetzens konnte der Zeuge S. nicht treffen.

67

Der Sachverständige ... kam zu dem Ergebnis, dass einer Auffassung nach ein Umsetzen des Bauzauns sehr realistisch sei, er aber aus sachverständiger Sicht keine Angaben zum Umfang eines Umsetzens machen könne.

68

Aufgrund der Beweisaufnahme ist damit nicht bewiesen, dass eine Anweisung zum Umsetzen erteilt wurde noch welcher Umfang betroffen ist.

69

Ein Anspruch besteht damit nicht.

c) Position 01.01.003 der Schlussrechnung

70

Diese Position betrifft die verlängerte Vorhaltung des Baumschutzzauns. Die Beklagte macht eine verlängerte Standzeit von 33,5 Wochen und einen um 0,10 EUR höheren Einheitspreis für die Verlängerungszeit geltend.

71

Die Klägerin wendet dagegen ein, dass die Beklagte die Bauzeitverlängerung verschuldet habe und dass es keine Vorhaltung über den behaupteten Zeitraum von 33,5 Wochen gegeben habe.

72

Im Leistungsverzeichnis erfasst die Position 01.01.003 die Errichtung des Baumschutzzauns für die Dauer der Arbeiten des Auftragnehmers. Der Werklohn wird für 194 m laufende Zaunlänge als Einheitspreis berechnet.

73

Der Zeuge S. führte aus, dass ein Baumschutz da gewesen sei. Weitere Angaben konnte er nicht machen.

74

Es ist damit nicht nachgewiesen, dass der Baumschutzzaun für 33,5 Wochen vorgehalten wurde. Insoweit besteht kein Anspruch auf eine Zulage nach § 2 III VOB/B; eine Mehrmenge ist nicht nachgewiesen.

d) Position 01.01.006 der Schlussrechnung

75

Diese Position betrifft das Vorhalten von Sanitärcontainern. Die Beklagte rechnete zuletzt 33,5 Wochen von Ausführungsbeginn bis Kündigung ab, die Klägerin nahm eine Streichung auf 8 Wochen vor mit der Bemerkung „gekürzt wegen Stillständen“ (Anlage K6)

76

Die Klägerin bestreitet schriftsätzlich, dass eine Vorhaltung des Sanitärcontainers über 33,5 Wochen sei; zudem sei die Dauer allein dem Leistungsverzug der Beklagten geschuldet.

77

Der Zeuge ... konnte hierzu keine Angaben machen. Der Sachverständige ... konnte zur Standzeit sachverständigenseits nichts beitragen.

78

Die Kürzung auf 8 Wochen, die die Klägerin unter Verweis auf Stillstände vorgenommen hat, d.h. insoweit hat sie die Vorhaltung der Sanitärcontainer nicht bestritten, ist jedenfalls unberechtigt vor dem Hintergrund, dass die Stillstände nicht zulasten der Beklagten gehen können (s.o.).

79

Darüber hinaus geht das Gericht von einer Vorhaltezeit von 33 Wochen – die Abrechnung erfolgt laut Position 1.1.6 mit wöchentlichem Einheitspreis – aus. Die Arbeiten der Beklagten zogen sich bis zum 24.5.2017 hin (s.o.). Dass für diese Bauzeit das Vorhalten der Sanitärcontainer erforderlich war, entnimmt das Gericht einerseits dem Umstand, dass laut Leistungsverzeichnis das Vorhalten an sich für die gesamte Dauer der Ausführung für erforderlich gehalten wurde, andererseits auch der Nachunternehmer, die Fa. ..., für ihre Ausführungszeit eine Chemo-Toilette vorhielt (Anlage K9). Dies wurde von der Klägerin entsprechend ihrer Aufstellung in K9 auch anerkannt.

80

Vor diesem Hintergrund ist das Gericht überzeugt, dass für die gesamte Bauzeit Sanitärcontainer vorgehalten wurden.

81

Ein Anspruch besteht damit ein Anspruch iHv 4455,00 EUR

e) Position 01.01.008

82

Die Position betrifft die Baustromversorgungsanlage. Die Beklagte rechnet zuletzt 33,5 Wochen ab von Ausführungsbeginn bis Kündigung, die Klägerin nahm eine Kürzung auf 8 Wochen vor.

83

Die Klägerin bestreitet schriftsätzlich da eine Vorhaltung der Baustromversorgungsanlage über 33,5 Wochen; zudem sei die Dauer allein dem Leistungsverzug der Beklagten geschuldet.

84

Der Zeuge ... führte aus, dass er denke die Baustromversorgung habe länger als 10 Wochen gestanden, er könne sich aber nicht festlegen.

85

Aufgrund der Beweisaufnahme ist das Gericht überzeugt, dass die Baustromversorgungsanlage 10 Wochen lang stand. Eine längere Standzeit ist nicht nachgewiesen. Insbesondere kann aus der Anlage K9 im Vergleich mit den Leistungen des Nachunternehmers keine längere Standzeit entnommen werden, da der Nachunternehmer insoweit keine Position abgerechnet hat.

86

Es besteht somit ein Anspruch iHv 1175 EUR.

f) Position 01.02.002

87

Die Position betrifft den Schutz von Pflastersteinen.

88

Die Beklagte behauptet unter Verweis auf ihr Aufmaß vom 7.3.2017, 40m² bei der Giebelwand der Hausnummer 70 geschützt zu haben. Die Klägerin hat diese Position gestrichen, der ausgeschriebene Schutz sei nicht ausgelegt worden, das Aufmaß sei nicht korrekt.

89

Der Zeuge ... hat ausgeführt, dass der Schutz der Pflasterflächen nicht ausgeführt worden sei; er sei selbst vor Ort gewesen und hätte keinen Schutz der Pflastersteine gesehen. Der Zeuge ... hat angegeben, dass die Pflastersteine geschützt worden wären, da die Abbrucharbeiten relativ nahe am Gehweg stattgefunden hätten. Zur Örtlichkeit des Schutzes konnte er keine Angaben machen.

90

Der Sachverständige ... hat ausgeführt, dass öffentliche Pflasterflächen bei Abbrucharbeiten geschützt werden müssen.

91

Die Beklagte hat damit nicht nachgewiesen, dass sie die Position 01.02.002 erbracht hat. Ein Lohnanspruch besteht insoweit nicht.

g) Position 01.02.003

92

Diese Position betrifft die Sicherung des Elektroverteilerkastens.

93

Die Beklagte behauptet unter Verweis auf ein Aufmaß vom 7.3.2017, dass ein 1 Stück auf der nördlichen Giebelseite des Abbruchgeländes Hausnummer 90 geschützt worden sei. Die Klägerin bestreitet die Leistung.

94

Der Zeuge ... hat ausgeführt, dass er selbst gesehen habe, dass die Sicherung der Elektroverteilerkästen nicht vorgenommen worden sei. Der Zeuge ... konnte keine Angaben mehr machen. Der Sachverständige ... führt aus, dass die Leistungserbringung realistisch erscheine, da Beschädigungen nicht mitgeteilt worden seien, ein positiver Nachweis aber nicht vorliege.

95

Danach hat die Beklagtenseite nicht den Beweis für ihre Leistung erbracht. Ein Anspruch besteht insoweit nicht.

h) Position 02.02.001

96

Die Position betrifft das Abräumen von Einfriedungen.

97

Die Beklagte behauptet unter Verweis auf ein Aufmaß vom 1.1.2017, 125 m auf der nördlichen Giebelseite des Abbruchgeländes Hausnummer 90 erbracht zu haben. Die Klägerin trägt vor, dass die Beklagte keine Einfriedungen geräumt habe.

98

Der Zeuge ... hat ausgeführt, dass die Einfriedungen erst zu einem späteren Zeitpunkt, von einem Nachfolgeunternehmen beseitigt worden seien. Der Zeuge ... hat ausgeführt, dass die Einfriedungen abgeräumt worden seien. Sie hätten alles weggeräumt. Er halte es für ausgeschlossen, dass ein Nachfolgeunternehmen diese Leistungen erbracht habe. Der Sachverständige hat sich dahingehend geäußert, dass die für die Durchführung der Arbeiten im Weg stehende Einfriedungen zu beseitigen sind.

99

Einen Nachweis des Abräumens der Einfriedungen hat die Beklagtenseite damit nicht erbracht. Ein Lohnanspruch besteht insoweit nicht.

i) Position 02.02.002

100

Die Position betrifft die Aufnahme von Asbestzementplatten.

101

Die Beklagte behauptet, die 15 m³ in der ehemaligen Kleingartenanlage aufgenommen zu haben, und verweist auf ihr Aufmaß vom 31.1.2017. Die Klägerin trägt vor, dass nicht nachvollziehbar sei, ob und in welchem Umfang Asbestzementplatten überhaupt aufgenommen worden seien.

102

Der Zeuge ... hat ausgeführt, dass die Beklagte die Asbest-Zementplatten eingesammelt haben müsste. Angaben zum Aufmaß konnte er nicht machen. Der Zeuge ... führte aus, dass seiner Erinnerung nach die Platten abgebaut worden wären, wohl an der Südseite. Der Sachverständige ... beurteilte die Position als unrealistisch, da keine entsprechenden Wiege- und Begleitscheine vorgelegt worden seien.

103

Aus Anlage K9 ergibt sich, dass der Nachunternehmer, die Fa. ..., insoweit keine Leistung erbrachte.

104

Aufgrund der Beweisaufnahme ist das Gericht überzeugt, dass die Position von Beklagtenseite erbracht wurde.

105

Es besteht damit ein Anspruch in Höhe von 300 EUR.

j) Position 02.02.004 der Schlussrechnung

106

Die Position betrifft den Abbruch von Betonbauteilen. Der Streit betrifft eine Kürzung um 10 m³.

107

Der Zeuge ... führte aus, dass er sich nicht erinnern könne, dass Betonbauteile, bei denen es um Einzelfundamente ging, von der Beklagten abgebrochen worden wären.

108

Einen Nachweis ihrer Leistungen hat die Beklagte damit nicht erbracht. Ein Lohnanspruch besteht insoweit nicht.

k) Position 02.02.005 der Schlussrechnung

109

Die Position betrifft den Abbruch von Pflasterbelägen aus Beton oder Granit.

110

Die Beklagte behauptet unter Verweis auf ihr Aufmaß vom 31.1.2017 (Anlage B23), die abgerechneten 80m² abgebrochen zu haben. Laut Klägerin sei nicht feststellbar, dass von der Beklagten Pflasterbeläge aus Beton oder Granit abgebrochen worden seien.

111

Der Zeuge ... bestätigt, dass die Beklagte Pflasterbeläge aus Beton abgebrochen habe; Angaben um Umfang konnte er nicht machen. Der Sachverständige ... hat die Position als unrealistisch beurteilt.

112

Einen Nachweis für den Umfang ihrer Leistungen hat die Beklagte damit nicht erbracht.

l) Position 02.02.006

113

Die Position betrifft den Abbruch von Beeteinfassungen und Randsteinen. Die Beklagte behauptet, die abgerechneten 45 m abgebrochen zu haben. Sie verweist auf ihr Aufmaß vom 31.1.2017 (Anlage B23).

114

Der Zeuge ... hat ausgeführt, dass die Beklagte hier Abbrucharbeiten durchgeführt habe in einem Umfang von „sicherlich 30, 40 Metern“, die Beklagte ihre Massen aber nicht nachgewiesen habe. Der Sachverständige ... beurteilte die Position als realistisch.

115

Aufgrund der Beweisaufnahme ist das Gericht überzeugt, dass 40 m von der Beklagten abgebrochen wurden. Für eine größere Masse wurde der Beweis nicht erbracht.

116

Es besteht damit ein Anspruch iHv 200 EUR.

m) Position 02.02.008 der Schlussrechnung

117

Die Position betrifft die Aufnahme von Asphalt-Unterbau.

118

Die Beklagte behauptet, die abgerechneten 627,79 m² aufgenommen zu haben, und verweist auf ihr Aufmaß vom 31.1.2017 sowie die von Klägerseite anerkannte Position 02.02.007, die den darüberliegenden Asphaltbelag betrifft. Die Klägerin bestreitet dies.

119

Der Zeuge ... konnte hierzu keine Angaben machen, er führte lediglich aus, dass das Grundstück letztlich komplett abgeräumt worden sei. Der Sachverständige ... hat die Position als realistisch beurteilt vor dem Hintergrund, dass generell der Untergrund entfernt werden muss, um eine saubere und stabile Basis für einen neuen Belag bzw. das nachfolgende Bauprojekt zu erhalten.

120

Aus Anlage K9 ergibt sich, dass der Nachunternehmer hier keine Leistungen erbracht hat.

121

Insoweit ist aufgrund der Beweisaufnahme das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die Leistung erbracht wurde.

122

Es besteht ein Anspruch in Höhe von 596,40 EUR

n) Position 03.02.003

123

Die Position betrifft den Ausbau teerhaltigen Bodenbelags. Die Klägerin hat eine Kürzung um 40 m² vorgenommen.

124

Die beiden Zeugen ... und ... konnten hierzu keine Angaben machen. Der Sachverständige erachtete die Position als realistisch, konnte aber keine Angaben zum Aufmaß machen.

125

Die Beklagte hat damit keinen Nachweis ihrer Leistung erbracht. Ein Anspruch besteht nicht.

o) Position 03.02.008

126

Die Position betrifft das Abfräsen von Putz-Schichten.

127

Die Beklagte macht eine Zulage um 25% geltend für die Mengenerhöhung.

128

Der Sachverständige ... konnte Mehrmengen nicht feststellen. Ein Anspruch auf Zulage besteht damit nicht.

p) Position 05.005

129

Die Position betrifft Aushubarbeiten gewachsener Boden.

130

Die Beklagte behauptet unter Verweis auf ihr Aufmaß vom 31.1.2017, die abgerechneten 451,83 m³ ausgehoben und gehaldet zu haben. Die Klägerin bestreitet dies.

131

Der Zeuge ... konnte hierzu keine Angaben machen. Der Zeuge ... führte aus, dass die Aushubarbeiten gewachsener Boden gemacht worden seien und es eine Menge von 451 Kubikmetern gewesen sein könnten. Der Sachverständige ... beurteile die Position als realistisch, die Leistung sei durchgeführt worden.

132

Es besteht ein Zahlungsanspruch in Höhe von 745,52 EUR.

q) Position 06.010 und 06.011

133

Die Position betrifft die Verwertung von Bauschutt RW1.

134

Die Beklagte behauptet, die Zuordnung und die Mengenerfassung der Haufwerke 11 mit 141,30 to und Haufwerk 15 mit 28,26 to sei richtig, die entsprechenden Wiegescheine seien von der Bauüberwachung der Klägerin vor Abfuhr abgezeichnet worden. Die Haufwerke seien nicht Position 06.011 zuzuordnen. Dagegen sei das Haufwerk 2 zu Recht der Position 06.011 zugeordnet worden.

135

Der Zeuge ... führte aus, dass unter Zugrundelegung der Analytiken von einer Eingruppierung des Bauschutts in die Kategorien RW1 und RW2 vorgenommen worden sei. Der Zeugen ... gab an, dass sowohl die Belastungsarbeiten RW1 als auch RW2 angefallen seien. Zu den entsprechenden Mengen konnte der Zeuge keine Ausführungen treffen, er habe die Aufmäße nicht überprüft. Der Sachverständige ... kam zu dem Ergebnis, dass bei dem Abbruch von Gebäuden mineralischer Bauschutt unterschiedlicher Baustoffklassen anfalle. Zum den einzelnen Massen konnte er keine Ausführungen treffen, diese ließen sich – entgegen den Ausführungen der Beklagten – aus den in der Akte befindlichen Unterlagen nicht entnehmen.

136

Da beide Baustoffklassen abgerechnet und z.T. auch anerkannt wurden, sind vorliegend die Ausführungen des Sachverständigen, dass beim Gebäudeabbruch beide Baustoffklassen anfallen, nicht weiterführend, da sie zu den jeweiligen Mengen nichts aussagen.

137

Die Beklagte hat mithin die von ihr behaupteten Aufmäße nicht bewiesen. Es verbleibt damit bei den von der Klägerseite zugestanden Aufmaßen.

138

Ein weitergehender Anspruch besteht nicht.

r) Position 06.11 der Schlussrechnung

139

Laut Ausschreibung umfasst die Position 6.11 „Verwertung Bauschutt RW“ eine Menge von 100 t. Die Beklagte behauptet, dass für die Position 6.11 eine nach § 2 III VOB/B berechnete Mehrmenge von 2.048,03 to angefallen seien, für die ein Mehrpreis zu erheben sei. Aufgrund der erheblichen Mengenerhöhung habe sie sich weitere, teurere Kontingente sichern müssen.

140

§ 2 III VOB/B erlaubt eine Abrechnung der Mehrmengen, soweit sie über 110% der vertraglich vereinbarten Menge hinausgehen auf Grundlage eines neuen, nur für die Mehrmenge geltenden Einheitspreises. Dieser wird aufgrund der tatsächlichen Mehrkosten berechnet.

141

Eine Mehrmenge bei der Position 6.11 ist vorliegend aber nicht nachgewiesen, die Beklagte hat den ihr obliegenden Nachweis des erbrachten Aufmaßes nicht erbracht (s.o.).

142

Ein Anspruch auf Zulage nach § 2 III VOB/B besteht damit nicht.

s) Position 06.16

143

Die Position betrifft die Verwertung von gemischten Bau- und Abbruchabfällen.

144

Die Beklagte macht für Mehrmengen eine Zulage iHv 33,35 EUR/to geltend.

145

Der Sachverständige ... hat insoweit ausgeführt (S. 9 seines Gutachtens), dass er keine Begutachtung durchführen kann, Mehrmengen hat er nicht festgestellt.

146

Ein Zulagenanspruch besteht damit nicht.

t) Position 06.19

147

Die Position betrifft die Entsorgung von Holz A IV.

148

Die Beklagte behauptet, dass eine Zulage von 42,75 EUR/to für die gesamte Menge anzusetzen sei, da die Leistung aufgrund mangelhafter Ausschreibung durch die Beklagte anstatt wie geplant im Oktober 2016 erst Anfang 2017 erbracht hätte werden können und sich die Menge mehr als verdoppelt habe.

149

Wie der Projektleiter Rochus in der persönlichen Anhörung der Klägerin glaubhaft ausgeführt hat, war die Asbesthaltigkeit des Dachstuhls erst im Rahmen der Abbrucharbeiten zu Tage getragen. Insoweit wurde der von Beklagten vorgelegte Nachtrag beauftragt und durchgeführt.

150

Die Behauptete Mehrmenge konnte der Sachverständige ... nicht feststellen. Darüber hinaus war die Asbesthaltigkeit des Dachstuhls bereits im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben (s.o.).

151

Ein Zulagenanspruch besteht damit nicht.

u) Position 06.24

152

Die Position betrifft die Entsorgung der KMF-Dämmung.

153

Die Beklagte behauptet, es liege eine Mindermenge vor, da nur 0,4 to anstatt der ausgeschriebenen 10 to angefallen sind bei gleichbleibenden Kosen für Entsorgungsnachweis und Fracht. Sie macht insoweit eine Zulage geltend.

154

Eine Mindermenge konnte der Sachverständige H. nicht bestätigt. Ein Anspruch besteht damit nicht.

v) Mehrkosten wegen gestörtem Bauablauf

155

Unter Berufung auf einen gestörten Bauablauf macht die Beklagte Mehrkosten für die Baubetreuung iHv 3.500 EUR und für die Geräte iHv 7.500 EUR geltend.

156

Der Mehrkosten aus gestörtem Bauablauf sind nicht ausreichend substantiiert dargetan. Die Notwendigkeit einer bauablaufbezogenen Darstellungen wurde mit den Parteien diskutiert, die Beklagte hat deren Notwendigkeit ausdrücklich abgelehnt mit dem Argument, dass keine Mehrvergütung geltend gemacht würde (S. 293 d.A., Rückseite).

157

Bemessungsgrundlage für einen Anspruch nach § 642 BGB sind die dem Unternehmer entstandenen Mehrkosten, die verzögerungsbedingt sind (KG Berlin, 10.1.2017 – 21 I 14/16). An einem derartigen Vortrag fehlt es bereits, die Beklagtenseite beschränkt sich – ohne Herleitung – auf die pauschale Bezifferung der Mehrkosten auf 3.500 EUR für die Baubetreuung und 7.500 EUR für Geräte. Mit Hinweis vom 13.2.2020 war die Beklagte auf die fehlenden Substantiiertheit ihres Vortrages zu den Behinderungen hingewiesen worden.

158

Ein Anspruch wegen Mehrkosten aus gestörtem Bauablauf besteht damit nicht.

2. Vergütung für nicht erbrachte Leistungen

159

a) Es liegt eine freie Auftragnehmerkündigung vor, die von Klägerseite ausgesprochene Kündigung ist entsprechend umzudeuten, nachdem diese eine Drittfirma mit der Fertigstellung der Arbeiten beauftragt hat und damit ihre Vertragslösungswillen absolut manifestierte (s.o.). Die Beklagte hat damit nach § 8 I Nr. 2 VOB/B, § 649 BGB Anspruch auf die vereinbarte Vergütung unter Abzug der ersparten Aufwendungen.

160

b) Die Beklagtenseite ist der ihr obliegenden Erst-Darlegungslast zu den ersparten Aufwendungen mit der Aufstellung in Anlage K21 nachgekommen. Auf eine Ermittlung und einen entsprechenden Vortrag der tatsächlich ersparten Kosten kommt es nicht an (Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl., § 8 Abs. 1 Rn. 62). Es reicht vielmehr aus, dass der Auftragnehmer die ersparten Soll-Kosten auf der Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation berechnet. Darlegungs- und beweispflichtig für höhere ersparte Aufwendungen ist sodann der Auftraggeber.

161

a) Die Beklagte hat die ersparten Aufwendungen entsprechend ihrer dem Angebot beigefügten Kalkulation (Anlage K1, Formblatt 221) mit 75 % beziffert und damit 25% des jeweiligen Einheitspreises für die Berechnung der ersparten Aufwendungen zugrundegelegt. Dies bedeutet, dass die Beklagte lediglich die in der Kalkulation angesetzten Positionen Allgemeine Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn angesetzt hat (vgl. Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 VOB/B, Rn. 74 und 75). Die Beklagte hat damit ihrer Erstdarlegungslast genügt (BGH., 24.3.2016 – NJW 2016, 2944; Ingenstau/Korbion, § 8 Abs. 1 VOB/B, Rn. 62).

162

b) Ein substantiierter Vortrag der Beklagtenseite, dass die ersparten Aufwendungen höher lägen, liegt demgegenüber nicht vor. Soweit die Beklagtenseite auf den Leistungsumfang des Nachunternehmers ... verweist (Anlage K9), übersieht sie, dass sich der Leistungsumfang der Beklagten aus dem Vertrag, Anlage K1, ergibt und die Beklagte ihren Anspruch gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B danach zu berechnen hat. Denn nur nach demjenigen Vertrag, der die Parteien selbst bindet, kann die Frage nach erbrachten und nicht

erbrachten Leistungen beantwortet werden. Das vertragliche Leistungssoll des Nachunternehmers vermag schon deshalb nicht das Leistungssoll des Anspruchsinhabers nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu bestimmen, da so die Möglichkeit von Teilkündigungen von Leistungen, die im Rahmen der Ausführung weggefallen sind, ausgeblendet würde.

163

c) Es besteht danach ein Werklohnanspruch für erbrachte Leistungen iHv 46.074,78 EUR.

164

d) Soweit die Beklagte darüber hinaus Zulagen für nicht erbrachte Leistungen geltend machen will, dringt sie nicht durch. Die Zulage für die Position 6.11 besteht mangels Nachweises der Massen nicht (s.o.). Im Übrigen sind die Zulagen völlig unsubstantiiert geltend gemacht, es fehlt an jeglichen Ausführungen. Insbesondere lässt die Beklagte hier das Gebot der Gesamtsaldierung außer Betracht (BGH, 11.2.1999, VII ZR 399/97).

3. Aufrechnung

165

Der Anspruch der Beklagten ist in Höhe von 8.925 EUR durch Aufrechnung erloschen.

166

a) Mit Schriftsatz vom 21.7.2020 hat die Klägerin die hilfsweise Aufrechnung mit der Rückforderung von 8.925 EUR brutto erklärt.

167

b) Ein Anspruch auf 8.925 EUR bestand nicht.

168

a) Die Beauftragung eines Nachtrags ist nicht die Anerkennung, dass das Nachtragsangebot zu Recht gestellt ist. Ist die entsprechende Leistung bereits Gegenstand des Ursprungsauftrags, vermag eine Nachtragsbeauftragung an sich keine weitere Zahlungspflicht des Auftraggebers zu schaffen.

169

b) Die Beklagte hat am 25.11.2016 (Anlage B3) ein Nachtragsangebot erstellt, die Klägerin hat dieses mit Schreiben vom 1.12.2016 (Anlage B54) angenommen. Die Auftragssumme beläuft sich danach auf 8.925 EUR brutto.

170

c) Der Nachtrag umfasst die beiden Position „arbeitsplatzbezogene Messungen incl. Auswertung zur Bestätigung dass nach TRGS 519/14.4 gearbeitet werden kann“ und „vorbereitende Maßnahmen: Einhausung, Aufbauen einer Personenschleuse, Herstellung Unterdruck“.

171

d) Position 3.2.10 des LV (Anlage K1) lautet „Ausbau asbesthaltiger Dachpappe“. Im Text, auf den verwiesen wird, wird ausdrücklich auf TRGS 519 Nr. 14 Bezug genommen.

172

Der Geschäftsführer der Beklagten hat insoweit in seiner persönlichen Anhörung überzeugend ausgeführt, dass es vor Vertragsschluss zu einer Änderung in der TRGS 519 gekommen sei, die die Messungen im Einzelfall erforderlich machten.

173

Die Position 3.2.10 des LV erfasst bei verständiger Auslegung nach §§ 133, 157 BGB damit sämtliche Maßnahmen, die nach TRGS 519 Nr. 14 in der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen Fassung erforderlich sind, mithin also auch die arbeitsplatzbezogenen Messungen einschließlich der vorbereitenden Maßnahmen. Aufgrund dieser LV-Position war für beide Parteien klar, dass sämtliche nach TRGS 519/14 erforderlichen Leistung im Vertragssoll der Beklagten stehen.

174

e) Es besteht damit ein Rückforderungsanspruch nach § 812 Abs. 1 1. Alt BGB in Höhe von 8.925 EUR.

Werklohnanspruch der Beklagten

175

Nach alldem besteht folgender Werklohnanspruch der Beklagten gegen die Klägerin:

- Erbrachte Leistungen:
- Schlussrechnung (Anlage B21): 289.771,22 EUR netto
- Abzüglich der Positionen
 - 01.01.002: 120 EUR
 - 01.01.003: 1496,25 EUR
 - 01.01.008: 1175 EUR
 - 01.02.003: 350 EUR
 - 02.02.001: 375 EUR
 - 02.02.004: 875 EUR
 - 02.02.005: 320 EUR
 - 02.02.006: 25 EUR
 - 03.02.003: 450 EUR
 - Zulage 03.02.008: 1.287,23
 - 06.010 u. 06.11: 7775,36 EUR
 - Zulage 06.16: 1.277,13 EUR
 - Zulage 06.19: 5.635,31 EUR
 - Zulage 06.24: 258,13 EUR
 - Baustellengemeinkosten 11.000 EUR
- Abzüglich 2,5% Nachlass
- Abzüglich Umlage Bauleistungsversicherung 0,175 %
- Zuzüglich Mehrwertsteuer 19%
- Nicht erbrachte Leistungen:
- 46.074,78 EUR netto (!)
- Abzüglich Nachlass und Umlage Bauleistungsversicherung
- Abzüglich
- Aufrechnung 8.925 EUR brutto
- Abschlagszahlungen 250.746,28 EUR

176

Die Widerklage ist damit in Höhe von 83.227,50 EUR begründet. Im Übrigen ist sie abzuweisen.

177

Die Nebenforderung ergibt sich aus §§ 280, 286 BGB.

178

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.