

per Fax vorab: 05141-206208

Oberlandesgericht Celle
Schloßplatz 2
29221 Celle

Rechtsanwalt · Notar a.D. · Partner

Rechtsanwalt · Notar · Partner
Fachanwalt für Bank- u. Kapitalmarktrecht

Rechtsanwalt · Partner

Rechtsanwalt · Partner

Rechtsanwalt · Partner

Rechtsanwalt

Bitte stets angeben:

Unser Zeichen: [redacted]

Rechtsanwalt: [redacted]

Sekretariat: [redacted]

Durchwahl: [redacted]

Rechtsanwältin · Partnerin
Fachanwältin für Familienrecht

Notariatsfachangestellte:

Rechtsanwalt · Partner
Fachanwalt für Verkehrsrecht
LL.M. (Versicherungsrecht)

Rechtsanwalt

Rechtsanwältin
Maître en Droit

[redacted] 26.01.2015

Berufungsbegründung

In dem Rechtsstreit

Holz gegen [redacted]
-5 U 178/14-

beantragen wir unter Abänderung des Urteils des Landgerichtes Verden vom 24.09.2014 -8 O 189/12-, die Beklagte über den bereits ausgeurteilten Betrag hinaus zu verurteilen,

[redacted signature area]

- 1. an den Kläger weitere 1.601.146,83 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.10.2011 zu zahlen;**
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 9.995,76 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.08.2011 zu zahlen.**

Begründung:

I.

Das Landgericht hat die Klage zu Unrecht zum überwiegenden Teil abgewiesen.

Es hat rechtsirrig gemeint, dass dem Kläger gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch auf Grund pflichtwidrig verzögerter Zahlungen auf Abschlagsrechnungen des Klägers zustehe und er im Übrigen aus der Schlussrechnung lediglich einen Betrag in Höhe von 34.832,45 verlangen könne. Insoweit hat es ausgeführt, dass dem Kläger nach Erteilung der fünften Abschlagsrechnung kein fälliger und voll wirksamer Anspruch auf Bezahlung weiterer Bauleistungen gegenüber der Beklagten zugestanden habe. Auf die Fälligkeit des Betrages aus der vierten Abschlagsrechnung komme es insoweit nicht an, da in der fünften Abschlagsrechnung die Beträge der vierten Abschlagsrechnung enthalten seien. Im Hinblick auf die fünfte Abschlagsrechnung, auf welche die Beklagte lediglich einen Betrag in Höhe von 20.000,00 EUR gezahlt habe, habe der Kläger nicht ausreichend darlegen bzw. nachweisen können, dass er Ansprüche hieraus in Höhe von 359.035,37 EUR habe. Zugleich habe der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln zugestanden. Dem insoweit beweispflichtigen Kläger sei es nicht gelungen, nachzuweisen, dass der Einbehalt zuzüglich Druckzuschlages unangemessen hoch gewesen sei.

Wegen der Positionen, welche sich in der fünften Abschlagsrechnung auf das Brückenteil bezogen hätten, hätte der Kläger ohnehin keine Zahlung verlangen können, da dieses auf dem Werkgrundstück des Klägers gelagert habe und eine Zahlung nach § 16 Nr. 1, Absatz 1, Satz 3 VOB/B erst dann vorzunehmen sei, wenn nach Wahl der Beklagten das Eigentum an dem Brückenteil übertragen worden wäre oder der Kläger eine entsprechende Sicherheit geleistet hätte.

Beide Voraussetzungen hätten im Zeitpunkt der Erteilung der fünften Abschlagsrechnung nicht vorgelegen.

Die Beweisaufnahme habe zunächst ergeben, dass von dem Kläger in der fünften Abschlagsrechnung geltend gemachte Leistungen in Höhe von 37.812,61 EUR nicht gefordert werden könnten, da der Kläger im Rahmen der Beweisaufnahme nicht nachgewiesen habe, dass diese Leistungen entweder erbracht worden oder aber notwendig gewesen seien.

Zudem habe der Beklagten wegen Mängeln, welche in dem Beweissicherungsverfahren festgestellt worden seien, ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 73.401,18 EUR zugestanden.

Eine Zahlungsanspruch aus der fünften Abschlagsrechnung habe daher nicht bestanden, da der Kläger bis zur fünften Abschlagsrechnung Zahlungen in Höhe von 218.210,83 EUR erhalten habe, die Bezahlung des Brückenüberbauteils in Höhe von 247.821,58 EUR nicht beansprucht werden konnte, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststehe, dass Leistungen aus der fünften Abschlagsrechnung in Höhe von 37.812,61 EUR nicht erbracht worden seien bzw. dass der Kläger die Erbringung dieser Leistungen nicht nachgewiesen hätte und zudem die Beklagte wegen Mängeln ein Zurückbehaltungsrecht inklusive Druckzuschlag in Höhe von 73.434,90 EUR gehabt habe. Dieses ergebe in Summe einen Betrag in Höhe von 577.279,92 EUR, welcher den Rechnungsbetrag der fünften Abschlagsrechnung übersteige.

Dem Kläger stehe darüber hinaus auch kein Anspruch wegen Eingehungsbetruges aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB zu, da er nicht nachgewiesen habe, dass die Beklagte bei Auftragserteilung nicht in der Lage gewesen wäre, die Auftragssumme zu zahlen.

Aus der Schlussrechnung stehe dem Kläger lediglich ein Vergütungsanspruch in Höhe von 34.796,45 EUR und nicht in Höhe von 284.285,87 EUR brutto zu. Der Kläger habe insoweit keinen Anspruch auf Zahlung von Leistungen, welche von diesem nicht erbracht worden seien, da die Beklagte den Werkvertrag mit Schreiben vom 09.09.2008 wirksam fristlos gekündigt habe. Der Kläger habe insoweit zu Unrecht die

Arbeiten eingestellt. Die Voraussetzungen des § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B hätten mangels Verzuges der Beklagten mit Zahlungen und einer fehlenden angemessenen Nachfristsetzung nicht vorgelegen.

Die fristlose Kündigung sei auch deshalb gerechtfertigt gewesen, da der Kläger gegen den Geschäftsführer der Beklagten zu Unrecht Strafantrag wegen Eingehungsbetruges gestellt habe. Mit der Strafanzeige habe der Kläger die Basis für eine kooperative Zusammenarbeit zwischen den Parteien zerstört.

Die unstreitig nicht erbrachten Leistungen aus der Schlussrechnung würden sich auf insgesamt 90.503,21 EUR belaufen, welche der Kläger aus den genannten Gründen nicht verlangen könne.

Im Hinblick auf weitere im Rahmen der Schlussrechnung abgerechnete Positionen in Höhe von 108.500,83 EUR, von denen der Kläger behauptet habe, Leistungen erbracht zu haben, habe der Kläger entweder nicht ausreichend dargelegt, dass er die abgerechneten Leistungen tatsächlich erbracht habe, oder er habe dieses nicht bewiesen.

Hinsichtlich der tatsächlich erbrachten Leistungen ergebe sich ein Betrag in Höhe von 496.501,76 EUR netto bzw. 590.873,09 EUR brutto. Von diesem Betrag seien die geleisteten Zahlungen in Höhe von 218.210,83 EUR, in Höhe von 159.609,75 EUR, in Höhe von 35.00,00 EUR sowie in Höhe von weiteren Zahlungen in Höhe von 13.737,84 EUR, welche von dem Kläger nicht hinreichend bestritten worden seien, in Abzug zu bringen, so dass insgesamt Zahlungen in Höhe von 536.322,34 EUR zu Grunde zu legen seien. Nach dem Vortrag der Beklagten und der Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren könne die Beklagte jedoch weitere Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 19.718,30 EUR inklusive Mehrwertsteuer von dem verbleibenden Restwerklohn in Abzug bringen. Es ergebe sich damit ein noch offener Werklohn in Höhe des ausgerichteten Betrages.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet. Das Urteil des Landgerichtes Verden beruht auf diversen Rechtsverletzungen und die zugrunde liegenden Tatsachen hätten eine andere Entscheidung gerechtfertigt. Das Landgericht Verden hat in

seiner Urteilsbegründung keinen Fehler ausgelassen, der bei einer Urteilsbegründung unterlaufen kann. Dem Landgericht Verden sind insoweit Rechtsanwendungsfehler unterlaufen, es hat Sachverhalte zugrunde gelegt, welche sich in dem Prozessstoff nicht wiederfinden, es hat zahlreiche Beweisantritte des Klägers ignoriert, welche für die Entscheidung erheblich sind und zudem hat es im Hinblick auf die durchgeführte Beweisaufnahme Beweisergebnisse gefunden, die durch die Beweisaufnahme in keiner Weise gerechtfertigt sind, das heißt, dem Landgericht Verden sind eklatante Fehler im Rahmen der Beweiswürdigung unterlaufen.

Bereits eingangs der Urteilsbegründung verkennt die Kammer die Rechtslage, indem sie ausführt, bei der Beurteilung des Zahlungsverzuges komme es maßgeblich auf die fünfte Abschlagsrechnung, wohingegen es dahingestellt bleiben könne, wann die Beträge aus der vierten Abschlagsrechnung fällig gewesen seien, da in der fünften Abschlagsrechnung die Beträge aus der vierten Abschlagsrechnung enthalten gewesen seien. Dieses kann gerade nicht dahingestellt bleiben, da die Arbeiten wegen Zahlungsverzuges in Bezug auf die 3. und 4. Abschlagsrechnung nach Vorankündigung eingestellt wurden. Erst später wurde die Einstellung der Arbeiten auch auf die fünfte Abschlagsrechnung gestützt.

Bereits in der Klageschrift auf Seite 7 wurde vorgetragen, dass sämtliche Abschlagsrechnungen am Rechnungsdatum an das von der Beklagten eingeschaltete Planungsbüro [REDACTED] übergeben wurden. Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Es ist daher unzutreffend und ein weiterer Beleg dafür, dass die Kammer sich unzureichend mit dem Prozessstoff auseinandergesetzt hat, indem sie auf Seite 37 des Urteils zur Berechnung der Fälligkeit der fünften Abschlagsrechnung ausführt, dass die 18 Tagesfrist drei Tage nach Rechnungsdatum wegen der Zustellungsdauer beginne.

Unrichtig ist auch die Darstellung auf Seite 37 des Urteils, die Voraussetzungen für eine Arbeitseinstellung nach § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B hätten nicht vorgelegen, weil das mit der Klageschrift als Anlage A10 überreichte Schreiben des damaligen anwaltlichen Vertreters des Klägers vom 29.01.2008 keine Fristsetzung enthalten würde und die in dem Schreiben vom 14.02.2008 enthaltene Frist von 3 Tagen viel zu kurz bemessen sei. Auch damit belegt die Kammer erneut ihre oberflächliche Ar-

beitsweise, welche zu einer fehlerhaften Sachverhaltserfassung und damit zwangsläufig zu einem unzutreffenden Ergebnis führt. Denn das Schreiben vom 29.01.2008 enthält sehr wohl und zwar auf Seite 3 eine Zahlungsfrist für die Beklagte von einer Woche über einen Betrag in Höhe von 79.213,08 Euro. Das Schreiben des anwaltlichen Vertreters vom 13.02.2008, indem dieser eine weitere Nachfrist zur Zahlung des mit dem Schreiben vom 29.01.2008 angemahnten Betrages von drei Tagen setzt und zugleich androht bei fruchtlosem Verstreichen der gesetzten Fristen die Arbeiten einzustellen, hat die Kammer dann offensichtlich komplett übersehen, weil dieses unerwähnt bleibt und stattdessen neben der Sache legende und rechtlich irrelevante Ausführungen zu dem Schreiben vom 14.02.2008, welches tatsächlich vom 21.02.2008 stammt –aus dem Sachzusammenhang ist erkennbar, dass das Schreiben lediglich fehlerhaft datiert ist, was auch so vorgetragen wurde- gemacht werden. In dem Schreiben vom 21.02.2008 wird dann eine Nachfrist zur Zahlung der fünften Abschlagsrechnung, welche selbst nach Aussage der der Kammer spätestens am 21.02.2008 fällig war, von drei Tagen gesetzt, so dass Verzug hinsichtlich des Betrages aus der fünften Abschlagsrechnung spätestens am 24.02.2008 eingetreten ist. In dem mit der Klageschrift als Anlage A11 überreichten Schreiben vom 21.02.2008 wurde ferner angekündigt, dass die Einstellung der Arbeiten bei fruchtlosem Verstreichen der gesetzten Frist auch auf die zusätzlichen Forderungen aus der fünften Abschlagsrechnung gestützt wird.

Geradezu unerträglich werden dann die grob unrichtigen Ausführungen der Kammer zu dem angeblichen Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen angeblicher Mängel und angeblich nicht erbrachter Leistungen.

Die Kammer hat übersehen, dass die Beklagte unabhängig von bestehenden Mängeln, welche zum überwiegenden Teil ohnehin nicht vorlagen, Einwendungen gegen die vierte und fünfte Abschlagsrechnungen nicht geltend gemacht hat und mit etwaigen Einwendungen auch ausgeschlossen ist.

Der Kläger hat substantiiert vorgetragen, dass die 4. als auch die 5. Abschlagsrechnung von der Beklagten nie geprüft wurden. Die Beklagte hat damit die Darlegungs- und Beweislast zumindest aber eine sekundäre Darlegungslast, dass eine Prüfung stattgefunden hat. Die Beklagte hat weder substantiiert vorgetragen, wann und durch

wen eine Rechnungsprüfung erfolgt, noch wann und auf welchem Wege dem Kläger ein Ergebnis mitgeteilt worden sein soll. Das einfache Bestreiten der Beklagten ist damit unbeachtlich, so dass es unstreitig ist, dass die vierte und die fünfte Abschlagsrechnung nicht geprüft wurden. Nach ständiger Rechtsprechung besteht eine Prüfungs- und Mitteilungspflicht auch für Abschlagsrechnungen, mit der Folge, dass eine Versäumung dieser Pflicht zur uneingeschränkten Durchsetzbarkeit der Abschlagsrechnung und zwar in voller Höhe führt. Auch dieser Vortrag des Klägers wurde von der Kammer komplett ausgeblendet und findet sich in der Urteilsbegründung nicht wieder.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 18.11.2014 lässt die Beklagte unter 3.) vortragen, dass sich bezüglich der vorherigen Rechnungsprüfungen angeblich nichts geändert habe oder neue Positionen wegen einer angeblich mangelnden Sicherheit nicht beachtlich gewesen seien. Daraus soll sich dann ergeben, dass die Beklagte sich „selbstverständlich“ mit den Rechnungen auseinandergesetzt habe. Damit räumt die Beklagte allerdings tatsächlich ein, dass eine Prüfung der letzten Abschlagsrechnungen nicht erfolgt ist, weil nämlich die Beklagte die Auffassung zu vertreten scheint, eine entsprechende Prüfung sei gar nicht erforderlich gewesen. Dass diese Einschätzung unzutreffend ist, bedarf keiner näheren Erläuterung und wurde von dem Kläger bereits erstinstanzlich hinreichend dargelegt. Dass sich die Beklagte mit den Rechnungen lediglich „auseinandergesetzt“ haben will, trifft noch nicht einmal eine Aussage darüber, ob ein Ergebnis dieser Auseinandersetzung auch dem Kläger fristgerecht mitgeteilt wurde, was tatsächlich nicht der Fall gewesen ist.

Im Übrigen hatte die Beklagte natürlich, die jeweils nachfolgende Abschlagsrechnung zu prüfen, da ja aufgrund des Fortganges der Arbeiten neue Leistungen hinzu kamen und die ursprünglichen Gründe für den Einbehalt einer Zahlung aus der vorherigen Abschlagsrechnung –sofern diese berechtigt gewesen wären- in der Zwischenzeit hätten entfallen sein können.

Die Beklagte soll gleichwohl nach Auffassung der Kammer ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB gehabt haben. Bei einem Zurückbehaltungsrecht, handelt es sich aber um eine Einrede, die entsprechend von der Beklagten darzulegen ist, damit die Einrede nach § 320 BGB –unterstellt eine Rechnungsprüfung hätte

stattgefunden- überhaupt greifen kann. Ein Zurückbehaltungsrecht kann daher nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Auftraggeber die einzelnen Mängel benennt, d.h. das äußere Erscheinungsbild beschreibt. Die Beklagte hat weder in diesem Verfahren noch außergerichtlich im Rahmen der Bauausführung konkrete Mängel dargelegt, so dass ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB nicht substantiiert dargelegt ist und unabhängig von der fehlenden Rechnungsprüfung keine Berücksichtigung hätte finden dürfen.

Entsprechend erfolgte eine Zahlungsverweigerung auch nicht aufgrund angeblicher Mängel, sondern tatsächlich ohne jede Begründung.

Lediglich im Schriftsatz der Beklagten vom 23.8.2013 (Seite 5) heißt es, die Beklagte habe im Rahmen der Begründung des Antrags zum selbstständigen gerichtlichen Beweisverfahren vorgetragen und glaubhaft gemacht, welche Mängelrügen mit Fristsetzung erfolgt seien. Dies ist nicht unzutreffend. Denn zum einen wurde das Beweisverfahren erst beantragt, als bezüglich der 4. Abschlagsrechnung längst Verzug vorlag. Zum anderen heißt es im Antrag zum Beweisverfahren auf Seite 9 lediglich „Es wurden im Einzelnen diverse Mängel gerügt, Fristen zur Beseitigung gesetzt sowie ferner auch Nachfristen für die Mängelbeseitigung.“ Abgesehen von dieser reichlich unspezifischen Behauptung ist auch im Antrag zum Beweisverfahren kein weiterer Vortrag zu finden.

Beweis: Beiziehung der Gerichtsakte des Landgerichtes Verden 8 OH 7/08

Trotz des Vorstehenden gelangt das Landgericht zu dem Ergebnis, dass der Beklagten wegen angeblicher Mängel ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 73.434,90 Euro bezogen auf die fünfte Abschlagsrechnung zugestanden hätte.

Nach dem Beweissicherungsverfahren stünde fest, dass sich die Mängelbeseitigungskosten auf 20.750,00 Euro belaufen hätten. Für Verträge, die vor dem 31.8.2008 geschlossen worden wären, dürfe nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich das Dreifache der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten einbehalten werden. Im vorliegenden Fall habe die Beklagte also 73.434,90 € einbehalten dürfen. Dabei scheint das Landgericht sich über die tatsächliche Höhe der Mängel-

beseitigungskosten nicht wirklich eine Meinung gebildet zu haben, da ein und dieselben Mängelbeseitigungskosten in der Urteilsbegründung variieren

Auf Seite 30 des Urteils sollen sich aus dem Beweissicherungsverfahren angeblich Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 20.570,00 € netto ergeben, die sich dann inklusive Druckzuschlag und Mehrwertsteuer auf 73.434,90 € erhöhen. Auf Seite 35 führt das Landgericht aus, die Beklagte habe im Rahmen des Beweissicherungsverfahrens noch wesentlich höhere Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 73.880,00 € (ohne Druckzuschlag) geltend gemacht, und dem sei der Sachverständige angeblich in seinem Gutachten beigetreten. Auf Seite 65 beziffert das Landgericht dann Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 19.718,30 € inklusive Mehrwertsteuer, welche sich aus dem Beweissicherungsverfahren ergeben sollen.

Keine der genannten Zahlen sind zutreffend. Der Kläger hat erstinstanzlich mehrfach und ausführlich dargelegt und unter Beweis gestellt, dass in dem Beweissicherungsverfahren lediglich Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 8.700,00 Euro festgestellt wurden und zwar bezogen auf die Positionen 5.1, 5.2, 6.5 (vgl. beispielsweise Schriftsatz des Klägers vom 24.7.2012 S. 13-15). Hierzu hat der Kläger weiter ausgeführt und unter Beweis gestellt, dass von dem festgestellten Betrag noch die Kosten für 5.1 abzuziehen sind, da es sich dabei um eine noch nicht beauftragte weiterführende Leistung gehandelt habe, so dass noch ein Betrag in Höhe von 4.000,00 € an Mängelbeseitigungskosten verbleibt. Dabei hat der Gutachter in dem Beweissicherungsverfahren nach seinen Angaben die von ihm festgestellte übliche Vergütung verdoppelt oder verdreifacht, da die Kosten von Drittfirmen bei Fertigstellung eines bereits begonnenen Bauwerkes regelmäßig so hoch seien, so dass in der von dem Gutachter genannten Vergütung bereits der Druckzuschlag enthalten ist. Der Kläger hat bereits vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass er diese Mängel mit seiner Firma mit einem Aufwand in Höhe von 2000,00 Euro beseitigt hätte. Der Kläger hat ferner vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass alle weiteren in dem Beweissicherungsverfahren angeführten bzw. behandelten Punkte keine Mängel, sondern ausschließlich weiterführende Arbeiten sind. Von der Beklagten fehlt hierzu jeglicher Vortrag.

Den Beweisantritten des Klägers ist das Landgericht nicht nachgegangen, sondern hat selbst wenn auch mit unterschiedlichen Ergebnissen festgestellt, was ein Mangel und was eine weiterführende Arbeit ist. Hierfür fehlt dem Landgericht allerdings die notwendige Sachkunde. Stellt man sich daher auf den Standpunkt, was nach diesseitiger Auffassung nicht vertretbar ist, dass die Beklagte wegen angeblicher Mängel bzgl. der vierten und fünften Abschlagsrechnung ein Zurückbehaltungsrecht hatte, so hätte das Landgericht durch Anhörung des Gutachters oder durch Einholung eines weiteren Sachverständigengutachten klären müssen, was als Mangel und was als weiterführende Arbeit einzustufen ist.

Nur rein vorsorglich trägt der Kläger zu den von dem Landgericht unzutreffend als Mangel eingeordneten Punkten wie folgt vor:

- Gütenachweise für Betonqualität Fertigteile (im Urteil als Mangel (4) gekennzeichnet): Diese Nachweise waren von einem Subunternehmen (nämlich dem Hersteller der Fertigteile) zu erbringen, der in der Verpflichtung stand, die Betongüte auch gegenüber dem Kläger nachzuweisen. Allerdings waren entsprechende Dokumente zum Zeitpunkt der Abschlagsrechnung noch nicht vorzulegen, sondern erst zur Schlussrechnung. Es handelt sich deshalb auch nicht um einen Mangel, sondern um eine noch nicht vorgelegte Dokumentation. Die Fertigteile waren aber trotzdem bereits hergestellt und konnten somit auch in der Abschlagsrechnung berücksichtigt werden. Dieser angebliche Mangel war bis zur Fälligkeit der 4. und 5. Abschlagsrechnung noch nie von der Beklagten erwähnt worden, sondern wurde erst im Beweisverfahren, d.h. ohne vorherige Mitteilung an den Kläger, eingeführt. Er kann entsprechend auch nicht nachträglich als Argument dienen, warum die Beklagte angeblich die Rechnung habe kürzen dürfen.
- Versatz eines Fertigteils (im Urteil als Mangel (8) gekennzeichnet): Dies ist ein optischer Mangel, der auch laut Beweisgutachten ohne jegliche Auswirkung bleibt. Bei Bauwerken dieser Art ist ein solcher Mangel (d.h. ein Versatz im Millimeterbereich an einer einzelnen Stelle entlang des gesamten Eisenbahnbrückenbauwerks) schlicht und einfach hinzunehmen. Auch dieser angebliche Mangel wurde außerdem vor dem

Beweisverfahren nicht benannt. Auf beide angeblichen Mängel an den Fertigteilen (Gütenachweise und Versatz) kann sich die Beklagte ohnehin nicht mehr beziehen, da sie dem Hersteller der Fertigteile diese Leistung auf eigene Veranlassung direkt bezahlt hat. Sie kann aber nicht auf der einen Seite eine Leistung vollständig bezahlen (und damit als erbracht akzeptieren), und dann dem Kläger einen Mangel entgegenhalten.

- Fehlende Gurtung und Anker der Spundwand (im Urteil als Mangel (5) gekennzeichnet): Hier handelt es sich zunächst um Restleistungen und nicht um einen Mangel, wie auch die Kammer einräumt. Diese Restleistung konnte außerdem entfallen. Dazu geht aus der Baubeschreibung hervor, dass bei statischer Gleichwertigkeit andere Lösungen als nur die im Leistungsverzeichnis beschriebene Lösung möglich sind (Baubeschreibung Seite 17/18 unter 1.1.1.13). Diese andere Lösung wurde bereits von der Bauoberleitung akzeptiert (laut Besprechungsprotokoll 10.12.2007, Anlage A6 der Klageschrift), nachdem die statische Gleichwertigkeit vertragsgemäß vom Prüfstatiker [REDACTED] bestätigt worden war (Prüfbericht vom 24.1.2008, mittels Freigabe des statischen Nachtrages von Bauleiter [REDACTED] vom 14.1.2008). Es lag also weder ein Mangel noch eine fehlende Restleistung vor und die erbrachte Leistung konnte vollständig in der Abschlagsrechnung berücksichtigt werden.
- Fehlende glatte Betonoberfläche (im Urteil als Mangel (6) gekennzeichnet): Hierbei handelt es sich schlicht um eine unzutreffende Aussage des Gutachters. Dies ergibt sich bereits aus einem Vergleich seiner schriftlichen Aussagen mit dem Protokoll der mündlichen Befragung, denn daraus wird eine auch für technische Laien offenkundige Widersprüchlichkeit erkennbar. Entsprechend hat selbst die Richterin [REDACTED] während der Befragung des Gutachters verlauten lassen, die Logik seiner Aussage erschließe sich ihr nicht. Die Widersprüchlichkeit wurde bereits im Befangenheitsantrag gegen den Gutachter ausführlich herausgearbeitet. Entscheidend ist aber einerseits, dass eine glatte Betonoberfläche (wie offenbar von der Kammer erwartet) etwas anderes ist als eine für die Abdichtung geglättete Betonoberfläche (wie im Leistungsverzeich-

nis unter Pos. 5.2.30 gefordert und andererseits, dass die Rauigkeit der Betonoberfläche in einer Größenordnung zu beurteilen ist, die sich mit bloßem Auge oder durch Handauflegen gar nicht beurteilen lässt. Stattdessen ist eine instrumentelle Messung der Rauhtiefe erforderlich, die lediglich vom Kläger durchgeführt wurde. Der Gutachter hat nach eigener Aussage auf eine solche Messung verzichtet, an seiner Aussage aber gleichwohl festgehalten. Auch hierzu ist unverständlich, warum das Landgericht die Aussagen des Gutachters vollkommen unkritisch akzeptiert und den Beweisanträgen des Klägers nicht nachkommt.

- Entfernung zweier Gleisjoche (im Urteil als Mangel (7) gekennzeichnet): Gleisjoche stellen einen nicht unerheblichen Materialwert dar, der vertraglich dem Kläger hätte zu Gute kommen sollen. Dass die Gleisjoche noch nicht entfernt worden waren, stellt entgegen der Behauptung des Landgerichts keinen Mangel dar. Im Gegenteil wurden die Gleisjoche dem Zugriff des Klägers entzogen. Dem Kläger geht also nicht nur der entsprechende Materialwert verloren, sondern die noch nicht erbrachte Leistung wird außerdem als Mangel dargestellt, um eine Rechnungskürzung zu rechtfertigen

Dass es sich bei den Vorstehenden Punkten nicht um Mängel, sondern allenfalls um nicht erbrachte Leistungen handelt stellen wir rein vorsorglich nochmals unter Beweis durch:

Beweis: Einholung eines Sachverständigengutachtens
Einvernahme des Gutachters 

Nach alledem hat das Landgericht zu Unrecht festgestellt, dass der Beklagten wegen der angeblichen Mängel ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 73.434,90 Euro zugestanden hat..

Soweit die Kammer davon ausgeht, dass die Beklagte 247.821,58 € für den Brückenüberbau aus den Abschlagsrechnungen zu Recht einbehalten durfte, da diese Beträge mangels Sicherheitsleistung bzw. Übereignung des Brückenüberbaus nicht fällig gewesen seien, ist dieses ebenfalls unzutreffend.

Hierzu führt die Kammer unzutreffend aus, der Kläger habe keine entsprechende Sicherheit geleistet und der Beklagten auch kein Eigentum an dem Brückenüberbau verschafft. Die Beklagte habe sich außerdem noch nicht auf die Vornahme einer Eigentumsübertragung festgelegt. Die vom Kläger in der 4. Abschlagsrechnung vorgelegte Übereignungserklärung sei zudem unzureichend gewesen, da es bereits an der Bestimmtheit der zu übereignenden Sache gefehlt habe. Es habe letztlich im Ermessen der Beklagten gelegen, ob sie das Brückenüberbauteil bezahlt oder nicht, jedenfalls habe der Kläger auf die Zahlung keinen Anspruch gehabt.

Entgegen den Ausführungen der Kammer stand dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung des Brückenüberbauteiles nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B zu. Nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B sind auch für eigens angefertigte Bauteile Abschlagszahlungen zu leisten, sofern gleichzeitig eine entsprechende Sicherheit gestellt wird. Als Sicherheit kommen in der Regel entweder eine Übereignungsvereinbarung oder eine Bürgschaft in Betracht. Entsprechend hat der Kläger im Zuge seiner Abschlagsrechnung die Übereignung gleich mit angeboten. Dies geschah, weil die Beklagte sich anders als das Landgericht meint, bereits für eine Übereignung entschieden hatte. Der Kläger hätte auch eine Bürgschaft stellen können, gerade dieses hat die Beklagte aber nicht verlangt, denn hätte sie dieses gefordert und hätte der Kläger eine Bürgschaft gestellt, dann wäre deutlich zu Tage getreten, dass die Beklagte die Zahlung überhaupt nicht hätte leisten können .

Dass die Beklagte entgegen den Ausführungen des Landgerichtes eine Übereignung des Überbaus schon am 14.12.2007 gewählt hatte, ergibt sich zunächst aus dem Protokoll vom 14.12.2007, welches der Klageschrift als Anlage A6 beigelegt ist. Der in diesem Protokoll vorkommende Begriff „gegebenenfalls“ bezieht sich, anders als das Landgericht meint, offenkundig nicht auf eine alternative Sicherheitsleistung, sondern lediglich darauf, dass der Brückenüberbau noch nicht ansatzweise fertiggestellt war und daher zu diesem Zeitpunkt für eine Übereignung noch nicht geeignet war. Sowohl inhaltlich als auch sprachlich ist bereits hier ein Wahlrecht durch die Beklagte ausgeübt worden. Dieses wird auch durch die nachfolgenden Aktivitäten der Beklagten bestätigt

Denn am 22.2.2008 legte die Beklagte selbst einen Entwurf einer Übereignungsvereinbarung vor, welche der Klageschrift als Anlage A4 beigelegt ist. Eine Regelung zur Zahlung der fünften Abschlagsrechnung fand sich dort allerdings nicht. Mit Schreiben vom 25.2.2008, welches der Klageschrift als Anlage A 13 beigelegt ist, erklärte der Kläger sich erneut mit der Übereignung einverstanden, machte die Unterschrift aber von einer Zahlung der fälligen Abschlagsrechnungen abhängig. Eine Unterschrift unter einen Übereignungsvertrag, der eine Zahlungsverpflichtung enthielt, erfolgte schließlich am 9.5.2008 durch die Beklagte. Wie das Landgericht vor diesem Hintergrund auf die Idee kommen konnte, die Beklagte habe ihr Wahlrecht nicht ausgeübt, ist nicht nachvollziehbar. Dass die Beklagte, die Übereignung hinauszögerte, ist allein darauf zurückzuführen, dass sie zunächst finanziell nicht in der Lage war, den mangelfreien Brückenüberbau zu bezahlen und der Kläger zu Recht die Übereignung von der Zahlung der fünften Abschlagsrechnung abhängig machte. Als die Übereignung schließlich doch unter Berücksichtigung einer Zahlungsklausel vollzogen wurde, erfolgte eine Bezahlung mit Hilfe von Mitteln, deren Herkunft bis heute nicht öffentlich nachvollziehbar ist, in den Tageszeitungen war lediglich von einem nicht namentlich genannten Investor die Rede. Selbst dieser zahlte erst mit einer Woche Verspätung nach dem festgelegten Zahlungstermin.

Anders als das Landgericht meint, wurden die Voraussetzungen für eine Übereignung des Brückenüberbaus durch den Kläger bereits bei Übersendung der 4. Abschlagsrechnung, welche der Klageschrift als Anlage A6 beigelegt ist, geschaffen. Denn der vierten Abschlagsrechnung war eine aufschiebend bedingte Übereignungserklärung beigelegt, welche der Klageschrift als Anlage A8 beigelegt ist. Die Beklagte hätte lediglich Zahlung auf die fünfte Abschlagsrechnung leisten müssen, dann wäre das Eigentum an dem Brückenüberbauteil auf die Beklagte übergegangen.

Die Ausführungen des Landgerichtes zur mangelnden Bestimmtheit des Übereignungsangebotes liegen neben der Sache. Durch das aufschiebend bedingte Übereignungsangebot des Klägers ist der Bestimmtheitsgrundsatz geradezu vorbildlich erfüllt worden. Das Angebot ist der vierten Abschlagsrechnung beigelegt und ist damit Bestandteil der vierten Abschlagsrechnung. In der vierten Abschlagsrechnung

sind alle bis dahin vorhandenen Komponenten des Brückenüberbaus enthalten. Genauer hätte der Brückenüberbau daher nicht bezeichnet werden können.

Auch geht das Landgericht rechtsirrig davon aus, dass in dem Angebot die Vereinbarung eines Besitzkonstitutes nicht enthalten gewesen sei. Dieses ist selbstverständlich konkludent in dem Angebot enthalten gewesen. Die konkludente Vereinbarung eines Besitzkonstitutes ist zulässig und im Übrigen auch üblich. Denn das Eigentum und damit die Rechtsherrschaft über den Brückenüberbau sollte mit der Zahlung des auf die Brücke entfallenden und in der Abschlagsrechnung ausgewiesenen Betrages auf die Beklagte unwiderruflich übergehen. Damit war auch klar, dass der Kläger ab dem Zeitpunkt der Zahlung den Brückenüberbau nur noch für die Beklagte besitzen würde und die Beklagte auch einen Herausgabeanspruch gegen den Kläger bzgl. der Brücke hatte. Eine Übereignung ist kein exotischer Sonderfall, sondern im Baugeschäft ein üblicher Routinevorgang, der in der Regel formlos und damit jedenfalls auch konkludent in Bezug auf das Besitzkonstitut erfolgt.

Sämtliche Gründe, welche die Beklagte dafür anführte, warum sie das Angebot des Klägers durch Zahlung angeblich nicht annehmen konnte, sind vorgeschoben und dienen allein dem Zweck eine Situation zu schaffen, um die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten zu verschleiern.

Anders als das Landgericht meint, konnte die Zahlung nicht wegen eines angeblichen Eigentumsvorbehaltes verweigert werden.

Denn unterstellt man, dass ein Eigentumsvorbehalt bestanden hätte, was entschieden bestritten wird und im Übrigen vom Kläger auch nachgewiesen wurde, dass ein solcher nicht bestand, wäre das Eigentum an dem Brückenüberbau gleichwohl auf die Beklagte übergegangen, da der Kläger zwangsläufig wegen Verarbeitung und Vermischung nach § 950 BGB Eigentümer des gesamten Brückenüberbaus gewesen ist.. Rechte der Lieferanten konnten daher an dem Überbau nicht bestehen.

Zudem war auf der der 4. Abschlagsrechnung zugesichert, dass alle Lieferantenanprüche - sofern noch nicht beglichen - aus der Zahlung geleistet werden würden, wodurch ebenfalls keine Rechte Dritter bestehen konnten.

Der Kläger hatte mit dem Stahllieferanten auch, anders als das Landgericht anscheinend meint, keinen Eigentumsvorbehalt vereinbart, was er auch hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt hat. Dass die Forderung des Stahllieferanten Eingang in die Übereignungsvereinbarung gefunden hatte, erfolgte lediglich auf Verlangen der Beklagten. In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass der Stahllieferant mit Fax vom 29.2.2008, welches als Anlage 6a von dem Kläger überreicht wurde, versucht hat, sich von dem Kläger rückwirkend unterschreiben zu lassen, dass ein Eigentumsvorbehalt vereinbart sei. Dieses war nicht nur unzutreffend, sondern zeigt auch, dass der Stahllieferant nicht in der Lage war, den Nachweis eines Eigentumsvorbehalts zu führen, weil ein solcher nicht bestand. Dabei liegt der Verdacht nahe, dass der Stahllieferant sich im Nachhinein eine solche Vereinbarung, welche zwischen dem Kläger und dem Lieferanten nie getroffen wurde, deshalb unterschreiben lassen wollte, weil die Beklagte mit diesem korrespondiert hat.

Anders als das Landgericht meint, bestand kein Verpächterpfandrecht und wurde auch nicht geltend gemacht. Dieses ist von dem Kläger ebenfalls hinreichend belegt und unter Beweis gestellt worden. Die Ehefrau des Klägers hatte lediglich eine Nutzungsentschädigung verlangt, da die Beklagte den ihr bereits übereigneten Brückenüberbau auf ihrem Gelände monatelang gelagert hatte, woraufhin der Beklagtenvertreter unter Vorspiegelung höchster Dringlichkeit eine einstweilige Verfügung erwirkte, um den Überbau abholen zu können, um diesen dann mehrere Monate auf dem Gelände der [REDACTED] zwischenzulagern, womit zugleich auch widerlegt ist, dass eine Dringlichkeit gerade nicht bestand.

Damit steht fest, dass die Beklagte, welche den Brückenüberbau allein schon deshalb zahlen musste, weil sie die vierte und fünfte Abschlagsrechnung nicht geprüft und das Prüfergebnis nicht mitgeteilt hat, sich darüber hinaus nicht darauf berufen kann, die Zahlung des Brückenüberbaus sei nicht fällig gewesen, weil ihr nicht die notwendige Sicherheit gestellt worden sei. Sie selbst hat als Sicherheit die Eigentumsübertragung gewählt und den Bedingungseintritt durch Nichtzahlung nach § 162 BGB vereitelt, so dass sie so zu stellen ist, wie sie gestanden hätte, wenn sie den Bedingungseintritt nicht vereitelt hätte.

Entgegen den Ausführungen des Landgerichtes hat die Beweisaufnahme keineswegs ergeben, dass von dem Kläger in die fünfte Abschlagsrechnung eingestellte Positionen in Höhe von 37.812,61 Euro nicht erbracht wurden.

Dem Landgericht ist im Rahmen seiner Beweiswürdigung ein gravierender Fehler unterlaufen, indem es ausgeführt hat, dass es sich vorrangig an dem Leistungsverzeichnis zu orientieren habe und die Baubeschreibung nur eine untergeordnete Rolle spiele und daher quasi unbeachtlich sei. Dieses ist rechtlich in keiner Weise vertretbar, da die Baubeschreibung, soweit das Leistungsverzeichnis und die Baubeschreibung sich überschneiden mindestens gleichrangig ist und darüber hinaus in der Baubeschreibung Inhalte zu finden sind, die sich in dem Leistungsverzeichnis naturgemäß nicht wieder finden. Der Kläger hat in seinem nachgelassenen Schriftsatz vom 21.08.2014 zur Beweisaufnahme auch unter Bezugnahme auf die Baubeschreibung Stellung bezogen und nachgewiesen, dass die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] Aussagen getätigt haben, die im deutlichen Widerspruch zur Baubeschreibung standen und damit nachweislich unwahr sind. Das Landgericht hat den erheblichen Vortrag des Klägers aus dem Schriftsatz vom 11.08.2014 einschließlich der dortigen Beweisantritte komplett unbeachtet gelassen und ist damit zu nicht tragbaren Beweisergebnissen gelangt. Das gilt u.a. für den Vormontageplatz und die gesamte Vergütung, welche im Zusammenhang mit den Abbrucharbeiten steht..

Dabei sollte die Bedeutung der Baubeschreibung eigentlich auch für Laien offensichtlich sein: Ein Bauwerk lässt sich nur aufgrund der Baubeschreibung errichten, nicht aber aufgrund einer lediglich tabellarischen Ausschreibungsunterlage, wie sie eben das Leistungsverzeichnis darstellt. Das Leistungsverzeichnis enthält zwar, wie im Urteil auf Seite 23 behauptet, tatsächlich detaillierte Angaben, die sich aber lediglich auf die grundsätzlich auszuführenden Leistungen, sowie die Mengen und Stückzahlen beziehen, die für eine Angebotserstellung wichtig sind. Das Leistungsverzeichnis stellt somit lediglich eine Art Inventar der Einzelleistungen dar, wogegen Einzelheiten der Bauausführung ausschließlich in der Baubeschreibung vorgegeben werden.

Was die grundsätzlichen Leistungsposten und die jeweiligen Mengen angeht, müssen Leistungsverzeichnis und Baubeschreibung natürlich konsistent sein, was hier aber nicht der Fall war. Ob also zusätzliche Leistungen oder Mehrmengen durch den

Kläger berechnet werden durften, lässt sich allein aufgrund des Leistungsverzeichnisses gar nicht beurteilen, denn nur die Baubeschreibung gibt Auskunft darüber, wie die jeweiligen Einzelleistungen miteinander in Beziehung gesetzt werden müssen. Ob Planungsfehler vorlagen, lässt sich ebenfalls nicht ohne die Baubeschreibung beurteilen, da etwa Verstöße gegen vertragliche Planungsrichtlinien oder Sicherheitsvorgaben nicht nur Einfluss auf eventuelle Mehrmengen haben oder Zusatzarbeiten bedingen, sondern auch die Arbeitsbedingungen betreffen, unter denen bestimmte Leistungen zum Teil rechts- oder regelwidrig hätten durchgeführt werden sollen. Und zu der Frage, wie etwa die alten Bögen abzurechen waren, findet sich eine detaillierte Vorgabe lediglich in der Baubeschreibung. Es ist aber gerade der Abbruch der alten Bögen, der von der Beklagten als streitig betrachtet wird, und der in der Summe zu erheblichen Zusatzkosten geführt hat, die von der Beklagten bis heute nicht bezahlt wurden.

Entsprechend unverständlich ist, dass das Landgericht der Baubeschreibung keinerlei Bedeutung beizumessen scheint. Dass das Landgericht auf Seite 23 des Urteils behauptet, die Baubeschreibung habe bei der Beurteilung der streitigen Fragen keinerlei Vorrang gegenüber dem Leistungsverzeichnis, ist bereits unrichtig und kann auch nicht zu dem Ergebnis führen, dass die Baubeschreibung, wie es das Landgericht anscheinend meint, keinerlei Beachtung findet

Tatsächlich haben aber sowohl die Beklagte als auch das Landgericht übersehen, dass nicht nur das Leistungsverzeichnis, sondern auch die Baubeschreibung unstreitig Vertragsgrundlage ist. Dass sich das Landgericht also bereits seit 2008 (Beweisverfahren) auf den Standpunkt stellt, ein maßgeblicher Teil der Vertragsgrundlagen sei für seine Entscheidung vollkommen unbeachtlich, ist mit sachlichen Argumenten überhaupt nicht zu erklären und ruft beim Kläger Fassungslosigkeit hervor.

Unverständlich sind die Ausführungen des Landgerichtes, der Kläger habe auf Unstimmigkeiten zwischen Leistungsverzeichnis und Baubeschreibung entsprechend hinweisen müssen. Genau dies ist nachweislich geschehen, und dazu wurde auch entsprechend vorgetragen.

Dass den Feststellungen des Gutachters zu den Fragen 4 AG – E4 und 5 AG – E5 und zu Fragen 14 AG – E14 bis Frage 18 AG – E18 zurecht widersprochen wurde, wurde unter Beweis gestellt. Entsprechend ist auch der Hinweis der Kammer auf Seite 34 des Urteils deplaziert, der Kläger habe lediglich „ins Blaue hinein Vermutungen geäußert, um die für ihn nachteiligen Feststellungen des Sachverständigen zu entkräften“. Tatsächlich waren sämtliche Feststellungen des Sachverständigen zu angeblichen Mängeln größtenteils zum Vorteil des Klägers. Kritisiert wurde im Wesentlichen nur, dass der Gutachter sämtliche Planungsfehler der Beklagten als Ausführungsfehler des Klägers dargestellt hat

Zu allen Punkten der Beweisaufnahme erfolgte im Schriftsatz vom 11.8.2014 ein ausführlicher Vortrag des Klägers, einschließlich zahlreicher Beweisanträge, die sich auf die Baubeschreibung bezogen. Zur Vermeidung von Wiederholungen soll nur auf nachfolgendes eingegangen werden:

(1) Die Baubeschreibung sagt nicht nur aus, dass der Beton der alten Bögen bereits stark zerstört war, so dass größere Schäden bei dem Abbrucharbeiten nicht vermieden werden konnten, sondern auch, dass die alten Bögen mit Hilfe eines Abbruchbaggers vor Kopf ausgebaut werden sollten. Gemäß der Baubeschreibung hatte nur der Abbruch unter Positionen 3.1.30 und 3.1.40 erschütterungsarm zu erfolgen, was nicht mit erschütterungsfrei gleichzusetzen ist. Von Bedeutung ist aber die Position 3.1.50, welche der Baubeschreibung auf Seite 16, Mitte zugeordnet ist: Dritte große Abbruchposition (Eisenbetontröge auf den Gewölbebögen). Für diese Arbeiten ist nach der Baubeschreibung ein Abbruchbagger zu verwenden, also schweres Gerät, wobei die Art und Weise des Abbruchs genau beschrieben ist. Dass auch in der Weise abgebrochen wurde, wurde von dem Zeugen [REDACTED] und zusätzlich durch Lichtbilder (Kratzspuren des Baggers) bestätigt. Die anderen Zeugen hatten den Abbruch nicht gesehen. Die schlechte Betonqualität war der Beklagten ausweislich der Baubeschreibung (Seite 8, unter 1.1.1.6.1: „Der stark geschädigte obere Bereich der Gewölbebögen...“) bekannt und muss daher nicht weiter belegt werden. Sofern im Leistungsverzeichnis von einem Abbruch ohne Erschütterung die Rede ist, widerspricht das entgegen der Ansicht des Landgerichtes nicht der Baubeschreibung, da die DIN 18459 (Abbruch und Rückbauarbeiten) durch ATV DIN 18299 Abschnitt 3

ergänzt wird. Dabei gilt der Ausdruck „ohne Erschütterung“ gemäß DIN 4150. Dies ist Stand der Technik und muss nicht gesondert hervorgehoben werden.

Beweis: Beiziehung der Gerichtsakte des Landgerichtes Verden 8 OH 7/08
Einholung eines Sachverständigengutachten

Bei Bauvorhaben dieser Größenordnung kommt schwereres Gerät, insbesondere ein Abbruchbagger regelmäßig zum Einsatz. Dennoch behauptet der Gutachter, es habe mit schwerem Gerät nicht abgebrochen werden dürfen. Anschließend haben die Zeugen der Beklagten behauptet, der Abbruch mit einem Abbruchbagger sei nicht zulässig gewesen, weshalb alle dadurch entstandenen Mehrkosten durch den Kläger zu tragen seien. Dass der Abbruch in der Weise durchgeführt wurde, wie in der Baubeschreibung vorgegeben, wurde durch den Zeugen [REDACTED] bestätigt. Alle anderen Zeugen haben ausgesagt, den Abbruch nicht gesehen zu haben. Außerdem belegen Lichtbilder die entsprechenden Kratzspuren durch die Baggerschaufel, welche in der Beweisaufnahme vorgelegt wurden.

Beweis: Beiziehung der Gerichtsakte des Landgerichtes Verden 8 OH 7/08

Soweit das Landgericht meint, der Sachverständige [REDACTED] habe im selbstständigen Beweisverfahren, erstes Ergänzungsgutachten vom 9.9.2008, Seite 7, 1. Absatz oben ausgeführt, dass der Abbruch unplanmäßig und unsachgemäß ausgeführt worden sei, weil statt ca. 10 cm teilweise über 1 m Abbruchhöhe unter den Fertigteilen vorzufinden gewesen sei, ist dieses nur eingeschränkt richtig und kann im Rahmen der Beweiswürdigung so nicht zugrunde gelegt werden. An der angegebenen Stelle hat der Sachverständige tatsächlich ausgeführt, die Arbeit sei mit schwerem Gerät nicht zugelassen gewesen. Aufgrund der schweren Schäden beim Abbruch liege die Vermutung nahe, dass mit einem Hydromeißel gearbeitet worden sei. Ob tatsächlich mit schwerem Gerät gearbeitet worden sei, habe vor Ort nicht mehr festgestellt werden können.

Beweis: Erstes Ergänzungsgutachten aus dem Beweissicherungsverfahren

Aus der Baubeschreibung (Seite 16 Mitte) geht unmissverständlich hervor, dass ein Abbruchbagger verwendet werden soll, um die alten Betontröge auszubauen, so dass anders als der Sachverständige behauptet, sehr wohl schweres Gerät zum Einsatz kommen sollte. Die Feststellungen des Gutachters sind daher offensichtlich, für einen Laien erkennbar, unrichtig und konnten daher vom Landgericht nicht zugrunde gelegt werden.

Die Ausführungen des Landgerichtes der Kläger hätte Widersprüche zwischen Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis bei der Beklagten anmelden müssen, was er allerdings nicht getan habe, liegen neben der Sache.

Denn tatsächlich hat er entsprechende Widersprüche bei der Beklagten angemeldet und diese auch in diesem Verfahren vorgetragen. Wir verweisen insoweit auf die vom Kläger schriftsätzlich überreichten Schreiben des Klägers an die Beklagte bzw. deren Bauaufsicht vom 9.10.2007 und 19.10.2007 (vgl. Anlage A2a)

Ebenso wurden erhebliche Mehrmengen und Zusatzleistungen aufgrund des fehlerhaften Leistungsverzeichnisses angemeldet (vgl. Anlagen A1a und A3a).

Unrichtig führt das Landgericht auf Seite 25 zweiter Absatz aus:

„Unabhängig davon, dass der Kläger diesen ohnehin nicht ersetzt verlangen kann, erschliesst sich auch nicht, warum die Abrechnung zu Pos. 5.2.10, die immerhin einen Einheitspreis von 190,00 €/m³ vorsieht, gegenüber einer Abrechnung zu Pos. 5.1.60, bei der der Einheitspreis lediglich 35,00 €/m³ beträgt, interessengerecht sein soll und der Beklagten entgegenkommt“

Der Einheitspreis zu Pos. 5.1.60 beträgt ausweislich des Leistungsverzeichnisses nicht 35,00 €/m³, sondern 35,00 €/m² (Quadratmeter anstatt Kubikmeter) bei einer Annahme von 10 cm Schichtdicke. Umgerechnet ergäbe sich also ein Einheitspreis von 350 €/m³ (pro Kubikmeter). Das wäre etwa das 1.84-fache des von dem Kläger durch Ausweichen auf eine andere und angemessenere Position abgerechneten Einheitspreises. Anders als das Landgericht daher meint, handelt es sich um ein Entgegenkommen des Klägers.

Beweis: Einholung eines Sachverständigengutachtens

(2) Die Baubeschreibung legt unmissverständlich fest, wann der Vormontageplatz zu erstellen war und wo er zu erstellen war. Die Zeugen der Beklagten haben grundsätzlich etwas anderes behauptet, als in der Baubeschreibung vorgegeben war.

(3) Die Zeugen der Beklagten haben behauptet, die Spundwände seien bis heute nicht gekürzt worden, die Oberkante sei auch heute noch gerade. Das Gegenteil kann vor Ort durch Inaugenscheinnahme besichtigt werden und wurde ebenfalls durch Vorlage von Lichtbildern im Termin zur mündlichen Verhandlung belegt. Dem Beweisantritt des Klägers ist das Landgericht nicht nachgekommen

Beweis: Inaugenscheinnahme

Das Vorstehende ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Zeugen der Beklagten nicht nur für die Bauüberwachung zuständig waren, sondern auch das Projekt geplant und die Baubeschreibung mit verfasst haben. Dass sie die Baubeschreibung nicht nur ignorieren, sondern stattdessen das Gegenteil dessen bekunden, was sie selbst in den Vertragsunterlagen niedergelegt haben, trifft eine deutliche Aussage über die mangelnde Glaubhaftigkeit dieser Zeugenaussagen. Insofern ist unverständlich, warum die Kammer nach eigener Würdigung ausgerechnet die Aussagen der Zeugen der Beklagten als grundsätzlich glaubhaft einstuft, die Aussagen der Zeugen des Klägers dagegen als insgesamt unglaubhaft.

Die Zeugen der Beklagten haben das Bauvorhaben mit geplant und deshalb auch unstreitig an der Baubeschreibung mitgewirkt. Es ist lebensfremd, dass diese sich nach über sechs Jahren noch im Detail daran erinnern wollen, an welchen Stellen der Kläger gegen Planungsvorgaben verstoßen haben soll, ihnen gerade diese Planungsvorgaben dann aber nicht mehr geläufig sein sollen, obwohl sie sie selbst mit erarbeitet haben. Stattdessen geht aus der Baubeschreibung recht offenkundig hervor, dass die Planung fehlerhaft war, was gleichzeitig auch die Motivation der Planer erklärt, vor Gericht unzutreffende Angaben zu machen.

Die Zeugen der Klägerseite haben detailreich und präzise ausgesagt, soweit sie sich noch an die Vorgänge erinnern konnten. Ebenso haben sie freimütig eingeräumt, wenn sie sich an die fraglichen Details nicht mehr erinnern konnten. Dieses Aussageverhalten, welches nach Auffassung des Landgerichtes auch bei den Zeugen der Beklagtenseite vorzufinden war, wird allerdings nur bei den Zeugen der Beklagtenseite positiv bewertet, wohingegen den Zeugen des Klägers widersprüchliches Aussageverhalten vorgeworfen wird.

Dabei stehen Zeugen des Klägers schon lange nicht mehr in einem Angestelltenverhältnis zu dem Kläger und hätten durch unwahre Aussagen keinerlei Vorteile, so dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, warum deren Aussagen nicht wahrheitsgemäß gewesen sein sollen.

Die Zeugenaussagen der Zeugen der Beklagten hat das Gericht als insgesamt glaubhaft und überzeugend gewürdigt, obwohl es sich bei ihnen entweder um Mitarbeiter eines Gesellschafters der Beklagten handelte oder sie ([REDACTED]) gemeinsam die Bauüberwachung zu verantworten hatten. Als Mitarbeiter des Ingenieurbüros [REDACTED] hatten letztere ebenfalls gemeinsam die Bauplanung zu verantworten. Die Zeugen der Beklagten hätten sich also durch ein wahrheitsgemäßes Einräumen der von dem Kläger vorgetragenen Sachverhalte selbst belasten müssen, weil sie damit auch Planungsfehler hätten einräumen müssen. Die beiden Zeugen [REDACTED] waren demnach nicht unabhängig, sondern haben vor allem sich selbst verteidigt.

Zudem hat die Zeugin [REDACTED] zu Beginn ihrer Befragung eingeräumt, dass sie sich an ein so lange zurückliegendes Projekt gar nicht mehr erinnern könne. Sie habe sich deshalb vor der Befragung mit dem Zeugen [REDACTED] besprochen, so dass es auf der Hand liegt, dass die recht detaillierte Aussage der Zeugin [REDACTED] jedenfalls nicht aus ihrer Erinnerung stammt, sondern dass die beiden Zeugen sich vor Durchführung der Beweisaufnahme abgestimmt haben.

Auch ist nicht nachvollziehbar, warum sich die Mitarbeiter der Bauoberleitung, also die Zeugen der Beklagten, die nur ab und zu vor Ort waren, durchgängig besser an

die Vorgänge vor Ort erinnern sollten, als die direkt beteiligten Mitarbeiter des Klägers oder der direkt verantwortliche Bauleiter.

Die Beweiswürdigung des Landgerichtes gipfelt schließlich darin, dass das Landgericht es als erwiesen ansieht, dass der Kläger die Abbrucharbeiten unsachgemäß mit einem Bagger mit Meißel durchgeführt habe, weil die Zeugin [REDACTED] beim Vorbeifahren an der Baustelle einen nicht im Einsatz befindlichen Bagger mit Meißel gesehen haben will und führt dazu aus, dass ein Meißel gar keinen anderen Zweck gehabt haben kann. Das Landgericht, welches auch an dieser Stelle offensichtlich, wieder meint, dass es die notwendige Fachkompetenz hat, übersieht, dass der Meißel zur Ausstattung des Baggers gehört und dass aus dem Vorhandensein eines Meißels keine Rückschlüsse darüber getroffen werden können, ob und wie dieser bei dem streitgegenständlichen Bauvorhaben verwendet wurde. Ausdrücklich hat auch keiner der Zeugen der Beklagten diesen Meißel in Aktion gesehen. Fotos des Klägers beweisen dagegen anhand der Spuren der Baggerschaufel, dass ein Abbruch der Tröge so erfolgt ist, wie es in der Baubeschreibung vorgegeben ist, was der Zeuge [REDACTED] auch bestätigt hat. Die Zeugen der Beklagten waren dagegen nach eigenen Bekundungen beim Abbruch nicht vor Ort.

Zur Position 10.1.20 führt das Landgericht auf Seite 33 des Urteils unrichtig aus:

„Insoweit kann die Beklagte zu dieser Mangelposition dem Kläger lediglich die fehlende Gurtung und den Anker in Höhe von 5.500,00 € entgegenhalten. Nur diese Position des Leistungsverzeichnisses 10.1.20 hat der Kläger mit der 5. Abschlagsrechnung abgerechnet“

Ausweislich des Leistungsverzeichnisses waren unter Pos. 10.1.20 lediglich die Spundwände herzustellen. Gurte und Verankerungen waren unter dieser Position überhaupt nicht gefordert (sondern unter Pos. 10.1.30, 10.1.50, 10.1.60). Pos. 10.1.20 wurde daher in der 5. Abschlagsrechnung korrekt abgerechnet. Ausweislich der 5. Abschlagsrechnung wurden Gurtungen und Verankerungen in dieser gar nicht abgerechnet, also auch nicht unter Pos. 10.1.20. Die Beklagte kann dem Kläger also auch nicht einen weiteren Betrag Höhe von 5.500,00 Euro von der fünften Abschlagsrechnung in Abzug bringen.

Auf Seite 33 zweiter Absatz führt das Landgericht zu Unrecht aus, dass die Betonoberfläche nicht den Anforderungen an die in dem Leistungsverzeichnis geforderte glatte Betonoberfläche entspräche. Ausweislich des Leistungsverzeichnisses zu Pos. 5.2.30 war die Betonoberfläche für die Abdichtung zu glätten. Das ist nicht dasselbe wie eine glatte Oberfläche. Der damalige Klägervertreter [REDACTED] hat mit Schreiben vom 13.4.2011 (unter 5. zu Ziffer 8) bereits darauf hingewiesen, dass die Darstellung des Gutachters an dieser Stelle fehlerhaft ist. Denn zur Beurteilung einer glatten Betonoberfläche wäre außerdem eine Rauhtiefenmessung erforderlich gewesen, die vom Kläger, nicht aber vom Gutachter durchgeführt wurde. Weder im Hauptgutachten noch in den Ergänzungsgutachten wurde zu dieser Position ein Mangel beziffert.

Beweis: Beiziehung der Gerichtsakte des Landgerichtes Verden 8 OH 7/08
Einholung eines Sachverständigengutachtens

Nicht nachvollziehbar ist ebenfalls, warum die Kammer trotz des Sachvortrags des Klägers, seiner Beweisanträge und der Vorlage der Baubeschreibung nicht erkannt haben will, welche Kürzungen oder Mehrmengen der Kläger gemeint haben will, oder mehrfach ausführt, der Kläger habe nicht hinreichend vorgetragen oder sei den Behauptungen der Beklagten nicht ausreichend entgegengetreten. Das genaue Gegenteil ist der Fall, wie es der gesamte erstinstanzliche Vortrag des Klägers zeigt..

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Beklagte, anders als das Landgericht meint, verpflichtet war die vierte und fünfte Abschlagsrechnung jeweils zu zahlen, sich mit der Zahlung der Rechnungen in Verzug befand, der Kläger der Beklagten angemessene Nachfristen gesetzt hat und der Kläger die Arbeiten an der Baustelle nach vorheriger Ankündigung zu Recht eingestellt hat.

Dementsprechend ist die Feststellung des Landgerichtes auch unzutreffend, dass die Beklagte den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen konnte, weil der Kläger die Arbeiten mangels Zahlungsverzuges zu Unrecht eingestellt habe.

Ebenso geht das Landgericht fehl in der Annahme, dass der Bauvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden konnte, weil der Kläger gegen den Geschäftsführer der Beklagten Strafantrag wegen Eingehungsbetruges gestellt hat, nachdem die Beklagte dafür gesorgt hatte, dass das Unternehmen des Klägers zahlungsunfähig wurde, weil die Beklagte ihren Zahlungspflichten nicht nachgekommen ist. Anders als das Landgericht meint, ist es unstreitig und im Übrigen erwiesen, dass der Geschäftsführer der Beklagten sich bei Unterschriftsleistung unter den Bauauftrag wegen Eingehungsbetruges strafbar gemacht hat, weil er wusste, dass die Beklagte innerhalb der Zahlungsfristen der VOB/B und hierauf kommt es an, nicht ansatzweise in der Lage war, die Werklohnvergütung zu zahlen. Das Bauvorhaben sollte Ende Januar 2008 fertiggestellt sein. Es war vereinbart, dass das Bauvorhaben mit Abschlagszahlungen vergütet wird. Es mussten daher bis Januar 2008 Gelder in Höhe von mindestens 700.000,00 Euro fließen und dementsprechend auch bereitstehen. Unstreitig ist der Eingehungsbetrag, weil die Beklagte dem äußerst dezidierten Vortrag des Klägers, wenn überhaupt, nur durch pauschales Bestreiten nicht entgegengetreten ist. Das Landgericht konnte nur zu diesem grob unrichtigen Ergebnis gelangen, weil es sich mit wesentlichem Vorbringen des Klägers überhaupt nicht auseinandergesetzt hat, insbesondere der Ratssitzung der Gemeinde [REDACTED] vom 21.02.2008 und dem ausführlichen Vortrag des Klägers dazu, welche Finanzierungsvoraussetzungen für eine GmbH gelten, deren Gesellschafter öffentliche Körperschaften sind. Darüber hinaus lässt sich das Landgericht geradezu haarsträubend über die Bedeutungslosigkeit und mangelnde Aussagekraft von Jahresabschlüssen aus. Wenn das Landgericht selbst nicht in der Lage ist, Bilanzen zu lesen, hätte es dem Beweisantritt des Klägers durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachgehen müssen. Ferner arbeitet das Landgericht mit Unterstellungen, welche allerdings nicht Gegenstand des Sachvortrages sind, indem es behauptet, die Auftragserteilung sei von den Gesellschaftern und den jeweiligen Gemeinderäten beschlossen worden, was der Kläger bestreitet.

Aus dem Sachvortrag des Klägers ergibt sich:

Eine öffentliche Ausschreibung nach VOB/A setzt eine gesicherte Finanzierung der Baumaßnahme voraus.

Im Schriftsatz vom 8.9.2011, Seite 10, 5. Absatz (LG Verden -8 O 304/11-) hat die Beklagte selbst eingeräumt, dass die Gelder nicht bewilligt waren. Es sei üblich, dass die Beklagte sich die Gelder immer dann bewilligen lasse, wenn diese zur Zahlung fällig seien. Diese Aussage hat der Beklagtenvertreter noch mit Schreiben vom 18.11.2014 (unter 2.) bekräftigt.

Im Schriftsatz vom 25.3.2014 räumt der Beklagtenvertreter auf Seite 14 ein, die Beklagte habe wegen einer Kreuzungsvereinbarung mit der Deutschen Bahn nur 20% an Eigenmitteln benötigt. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei die Beklagte für die Durchführung dieses Bauvorhabens finanziell mehr als üppig ausgestaltet gewesen. Damit hatte die Beklagte bei Auftragsvergabe unstreitig nicht den vollen Auftragswert zur Verfügung. Sie sah offenkundig auch nicht die Veranlassung, selbst mehr als lediglich 20% des Auftragswertes aufzubringen.

Darüber hinaus ist kein Vortrag der Beklagten erfolgt, wie die Finanzierung des Bauvorhabens sichergestellt gewesen sein soll. Insbesondere wurde weder ein entsprechendes Haushaltskonto belegt noch irgendwelche anderen Dokumente vorgelegt, die die fristgerechte Abrufbarkeit der Mittel in irgendeiner Form garantierten.

Aus der Ergänzungseinladung zur Ratssitzung in [REDACTED] vom 20.2.2008 geht eindeutig hervor, welchen Finanzierungsbeschränkungen die Beklagte unterlag. Unter anderem konnte eine Finanzierung des Bauvorhabens nur durch Kredite finanziert werden, die über Bürgschaften der drei an der Beklagten beteiligten Gemeinden abgesichert werden mussten. Alternativ wäre nur eine Kapitaleinlage der Gesellschafter in Frage gekommen, da der Beklagten keine dinglichen Sicherheiten zur Verfügung standen. Allerdings war der Kreditrahmen, den die Gemeinden jährlich zu Gunsten der Beklagten über Bürgschaften absichern durften, begrenzt. Für das Jahr 2008 betrug er lediglich 400.000,00 €. Dieser Betrag wurde am 20.2.2008 per Ratsbeschluss für das streitgegenständliche Bauwerk nachfinanziert. Mindestens der entsprechende Betrag muss also bei Auftragsvergabe gefehlt haben. Für das Jahr 2007 betrug die Kreditgrenze lediglich 160.000,00 €, wobei diese Mittel erst nach Auftragsvergabe durch entsprechenden Ratsbeschluss beschafft wurden. Das Projekt war bei Auftragsvergabe also gar nicht, bis Ende 2007 mit lediglich 160.000,00 € und bis Ende 2008 lediglich mit insgesamt 560.000,00 € gegenfinanziert, wobei das Projekt bereits im Januar 2008 hätte beendet sein sollen und die meisten Abschlagsrechnungen

bereits 2007 fällig waren.. Die beschafften Mittel in 2008 deckten noch immer nicht die Auftragssumme, sollten aber trotzdem noch für die durch Dritte durchgeführten Gleisbauarbeiten reichen (ausweislich der Unterlagen zur Ratssitzung). Hinzu kommt, dass eine Mittelbeschaffung der Beklagten Ratsbeschlüsse gleich dreier Gemeinden erfordert, die man nicht einfach vorwegnehmen kann, und die auch durch eventuelle Haushaltssperren oder Uneinigkeiten innerhalb oder zwischen den Gemeinden keinesfalls garantiert sind. Vor allem aber lassen sich solche Ratsbeschlüsse auch organisatorisch gar nicht innerhalb der kurzen Zahlungsfrist für Abschlagsrechnungen realisieren. Bereits aus zeitlichen Gründen konnte die Beklagte also keinesfalls auf die Schnelle, etwa erst bei Fälligkeit einer Rechnung, die jeweils erforderlichen Mittel beschaffen.

Seit dem 20.2.2008 musste der Kläger also davon ausgehen, dass die Beklagte bis über das Jahr 2008 hinaus zahlungsunfähig war. Deshalb hat er auch ausdrücklich aufgrund der Ratssitzung vom 20.2.2008 seine Arbeiten eingestellt. Entsprechend war die Beklagte auch bereits zu diesem Zeitpunkt mit dem Vorwurf eines Eingehungsbetruges konfrontiert. Wäre der Vorwurf aus bisher unersichtlichen Gründen unberechtigt gewesen, hätte sie auch in eigenem Interesse eine vorhandene Finanzierung belegen können, um einen Fortgang der Arbeiten zu gewährleisten. Die Beklagte hat aber nicht einmal aufgrund der Strafanzeige des Klägers vom 27.2.2008 (Aktenzeichen [REDACTED]) eine Finanzierung nachweisen müssen, weil sie dazu von der Staatsanwaltschaft [REDACTED] nie aufgefordert wurde. Dabei handelt es sich doch um ein öffentlich-rechtliches Bauvorhaben, für das die Verfügbarkeit von Mitteln problemlos belegbar sein sollte. Ein solcher Nachweis wäre naheliegend gewesen, um den Vorwurf eines Eingehungsbetruges ohne große Umstände aus der Welt zu schaffen. Ein solcher Nachweis konnte aber nie erfolgen, da er gar nicht existierte. Insofern hat es sich die Staatsanwaltschaft sehr einfach gemacht.

Eine vollständige Mittelbeschaffung war ausweislich der Unterlagen zur Ratssitzung in [REDACTED] vom 20.2.2008 bis Ende 2008 gar nicht mehr möglich. Dies erklärt auch, warum die Ersatzvornahme erst im Januar 2009 durchgeführt wurde, obwohl bereits Monate zuvor das Beweisverfahren abgeschlossen, der Brückenüberbau im Besitz der Beklagten und dem Kläger gekündigt worden war. Hätte man zuvor, wie behauptet, alle Mittel zur Verfügung gehabt, hätte man also bereits im letzten Quartal 2008

die Ersatzvornahme beauftragen können bzw. müssen, um endlich das klaffende Loch im Schienennetz zu schließen. Nur durch eine Zahlungsunfähigkeit der Beklagten ist außerdem zu erklären, warum diese sich mit Händen und Füßen dagegen gewehrt hat, die bestehenden Mängel (Beseitigungskosten laut Beweisgutachten 8.700,00 €) und Restarbeiten noch 2008 durch den Kläger durchführen zu lassen, um dann erst viele Monate später eine erheblich teurere Ersatzvornahme durch Dritte durchführen zu lassen.

Im Jahresabschluss der Beklagten (2007) sind für das streitgegenständliche Bauvorhaben keinerlei Mittel ausgewiesen. Auch die Beträge der ersten drei Abschlagsrechnungen, die Ende 2007 noch zum Teil von der Beklagten bezahlt wurden, sind darin nicht aufgeführt. Bilanztechnisch hat es 2007 also gar kein Brückenbauprojekt der Beklagten gegeben.

Es ist angesichts des bestehenden Vortrags unklar, was die Kammer mit der Aussage meint, der Kläger habe eine mangelnde Finanzierung durch die Beklagte „nicht ausreichend dargelegt“. Obwohl die mangelnde Finanzierung des Bauprojektes kaum besser zu belegen ist, stellt sich die Kammer dann auf folgenden Standpunkt: Dass die Beklagte ab der 3. und 4. Abschlagsrechnung nur noch geringfügige Zahlungen geleistet habe und auf die 5. Abschlagsrechnung gar nichts mehr bezahlt habe, stelle kein taugliches Indiz für eine mangelnde Finanzierung dar. Die Kammer unterstellt dabei, dass sich der Kläger lediglich auf einen Indizienbeweis gestützt habe, was aber gerade nicht der Fall ist, vielmehr hat der Kläger die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten nachgewiesen. Die Zahlungsverweigerung bzw. Zahlungsunfähigkeit der Beklagten stellte nie einen Beweis für die mangelhafte Finanzierung, sondern lediglich eine offenkundige Konsequenz aus einer solchen dar. Im Übrigen war die Beklagte auch nicht, wie die Kammer zu glauben scheint; zu einem Einbehalt berechtigt, was bereits oben nachgewiesen wurde.

Die Landgericht behauptet außerdem, dass sich das Fehlen finanzieller Mittel aus dem Jahresabschluss der Beklagten nicht zwingend ergebe. Dabei tut die Kammer so, als sei es möglich, eine Brückenerneuerung im Auftragswert von rund einer dreiviertel Million Euro zu beauftragen, die erforderlichen Gleisbauarbeiten durch Dritte noch gar nicht mit hinzugerechnet, ohne dass dies in den Bilanzen auch nur im An-

satz erwähnt werden muss. Entsprechend liegen auch die weiteren Ausführungen der Kammer, dass nämlich Nachschusspflichten oder Patronatserklärungen vorgelegen haben könnten, erkennbar neben der Sache. Die Beklagte selbst hat dazu auch nie etwas vorgetragen.

Im Übrigen übersieht das Landgericht den Sinn und Zweck einer Bilanzveröffentlichung. Eine Bilanz hat Dokumentationsfunktion und stellt den formellen Abschluss der Buchführung dar. Die Richtigkeit einer Bilanz wird als hohes Gut angesehen, weil dieses für eine funktionierende Wirtschaft und einen funktionierenden Staat von besonderer Bedeutung ist. Nicht umsonst steht der Tatbestand der Bilanzfälschung unter Strafe. Noch nicht einmal die an den Kläger gezahlten Leistungen sind in der Bilanz aufgeführt. Für Interessierte stellt die Bilanz außerdem ein Informationsinstrument bezüglich ihres zukünftigen Verhaltens gegenüber Dritten dar. Sie dient damit auch im weiteren Sinne dem Gläubigerschutz.

Die Feststellung der Kammer, das Vorhandensein von Mitteln oder Reserven ergebe sich aus dem Fortgang der Ereignisse, ist erkennbar unzutreffend. Die Beklagte hat ninsoweit behauptet, ein Vorhandensein der Mittel sei allein dadurch belegt, dass die Ersatzvornahme pünktlich bezahlt worden sei. Tatsächlich hat sie die Ersatzvornahme aber auf ein neues Haushaltsjahr verschoben. Dass die Beklagte im Jahr 2009 eine Ersatzvornahme bezahlen konnte, sagt nichts darüber aus, ob die entsprechenden Gelder bereits 2007 oder 2008 vorhanden waren. Das Gegenteil ist der Fall. Es ist ein weiterer Beleg dafür, dass die Gelder gerade nicht vorhanden waren, sondern das nächste Haushaltsjahr für die Fertigstellung abgewartet werden musste.

Es ist schon erstaunlich, dass das Landgericht die nachgewiesene Zahlungsunfähigkeit der Beklagten verneint, gleichzeitig aber auf die Einladung und das Protokoll zur Ratssitzung in [REDACTED] vom 20.2.2008 mit keinem Wort eingeht. Dabei belegen allein diese Unterlagen, dass eine mangelhafte Finanzierung bei Auftragsvergabe amtlich und öffentlich bestätigt wurde. Dass die Ratssitzung ausdrücklich das streitgegenständliche Bauvorhaben betraf, was von der Gegenseite auch nicht bestritten wurde wird unter anderem auch durch einen bereits mit der Klageschrift eingereichten Zeitungsartikel bestätigt.

Es ist somit festzustellen, dass die Finanzierung des Bauprojekts – entgegen der Auffassung des Landgerichtes – nicht ausreichend war, und dass die Beklagte zu einer vollständigen Zahlung ab der 4. Abschlagsrechnung gar nicht mehr in der Lage war.

Nach alledem steht fest, dass sich die Beklagte bzw. die für sie handelnden Personen wegen Eingehungsbetruges, der Bilanzfälschung und der Insolvenzverschleppung schuldig gemacht haben.

Damit steht zugleich auch fest, dass die Beklagte den Bauvertrag nicht aus wichtigem Grund kündigen konnte, weil der Kläger gegen den Geschäftsführer der Beklagten Strafantrag gestellt hat. Selbst wenn der Strafantrag nicht gerechtfertigt gewesen wäre, so stellt die Stellung des Strafantrages vor dem Hintergrund, dass die Beklagte nachweislich berechnete Ansprüche des Klägers nicht oder aber viel zu spät ausgeglichen hat, was zum Untergang seines Unternehmens geführt hat, sicherlich keinen wichtigen Grund zur Kündigung dar. Denn die gesamten Umstände begründen jedenfalls einen dringenden Verdacht, dass die oben näher bezeichneten Straftatbestände verwirklicht wurden.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren eingestellt hat. Durch den Einstellungsbeschluss steht nicht fest, dass die Straftaten nicht begangen wurden. Es handelt sich insoweit nicht um ein rechtskräftiges Urteil. Zudem ist der Einstellungsverfügung zu entnehmen, dass die Staatsanwaltschaft sich mit der Sache nicht auseinandergesetzt hat, indem sinngemäß ausgeführt wird, dass die öffentliche Hand immer Geld hat, nach dem Motto „Was nicht sein darf, kann nicht sein“. Darüber hinaus geht der Kläger davon aus, dass der Strafantrag nicht mit der notwendigen Akribie vorbereitet wurde, wozu er seinerzeit aus den bekannten Umständen auch nicht die Zeit und Muße hatte

Nicht der Kläger, sondern die Beklagte hat durch das unberechtigte Einbehalten von Geldern unter Vorschieben von Scheinargumenten (angebliche Mängel, Beweisverfahren, Aushandeln eines Brückenübertragungsvertrages über mehrere Monate) die Voraussetzungen für eine kooperative Zusammenarbeit zerstört, was ihn berechtigt hätte, den Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, nicht aber die Beklagte.

Anders als das Landgericht meint, ist die Kündigung der Beklagten daher als ordentliche Kündigung zu werten, so dass der Kläger den vollen Betrag aus der Schlussrechnung verlangen kann, da es nicht darauf ankommt, welche Leistungen er erbracht hat und welche nicht. Hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen muss er sich lediglich die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen, was er getan hat. Im Übrigen hat der Kläger alle Positionen seiner Schlussrechnung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Beweis gestellt. Rein vorsorglich wird nochmals darauf hingewiesen, dass der Kläger, anders als das Landgericht meint, Mehrmengen und Zusatzleistungen ausführlich dargelegt und unter Beweis gestellt hat und auch dargelegt und unter Beweis gestellt hat, dass er Mehrmengen und Zusatzleistungen rechtzeitig gegenüber der Beklagten angemeldet hat.

Auch wenn es hierauf im Ergebnis nicht ankommen dürfte ist die Berechnung des Landgerichtes, hinsichtlich des angeblich noch bestehenden Werklohnanspruches nicht nachvollziehbar.

Ein Abzug für Mängel in Höhe von 19.718,30 Euro ist aus den oben dargestellten Gründen nicht gerechtfertigt. Hier kommt allenfalls ein Betrag in Höhe von 2000,00 Euro in Betracht.

Die Zahlung des Betrages in Höhe von 35.000,00 Euro ist nicht in Abzug zu bringen. Die Beklagte hat für diesen Betrag noch eine von dem Kläger gestellte Bürgschaft, welche sie jederzeit bei der Sparkasse [REDACTED] zur Zahlung vorlegen kann. Die Bürgschaft wurde bis zum heutigen Tage nicht zurückgegeben, so dass Erfüllung nicht eingetreten ist.

Warum der Betrag in Höhe von 13.737,84 Euro in Abzug gebracht werden soll, ist nicht ersichtlich. Angeblich habe der Kläger die Zahlung dieses Betrages nicht hinreichend bestritten. Auch habe er es nicht erneut bestritten. Das Landgericht verkennt insoweit, dass eine Tatsache nicht in jedem Schriftsatz erneut bestritten werden muss. Einmal Bestreiten reicht aus. Die Zahlung eines Betrages in Höhe von 13.737,84 Euro an einen Dritten ist nicht Gegenstand der Wahrnehmung des Klägers, so dass er entsprechendes nur einfach bestreiten kann.

Das Landgericht nimmt im Übrigen irrtümlich an, der Kläger trage trotz Kündigung und Ersatzvornahme die Beweislast für ein mangelfreies Erbringen der Arbeiten. Denn auch die Frage, ob eine Abnahme erfolgt sei, ist für das Verfahren vollkommen unerheblich. Sowohl die Kammer als auch die Beklagte übersehen, dass eine Abnahme bei gekündigtem Werkvertrag entbehrlich ist, sobald der Auftraggeber eine Erfüllung oder Nacherfüllung gar nicht mehr verlangt (OLG Dresden, Az. 13 U 273/10, vom 20.7.2011). Sobald eine Ersatzvornahme durchgeführt wurde, kann sich demnach ein Auftraggeber nicht einmal mehr darauf berufen, die Abnahme ursprünglich zu Recht verweigert zu haben. Außerdem trägt demnach auch der Auftraggeber die Beweislast, wenn er angebliche Mängel im Wege der Ersatzvornahme beseitigen lässt, ohne dem Auftragnehmer die Gelegenheit zur vorherigen Beweissicherung zu geben. Dies ist nicht geschehen, da die von der Kammer berechneten Mängelbeseitigungskosten nicht mit dem bereits vorliegenden Beweisgutachten übereinstimmen und sich stattdessen auch auf einen Vortrag der Beklagten stützen. Die Beklagte hatte zuvor eine Mängelbeseitigung durch den Kläger gar nicht erst ermöglicht, obwohl dieser die Mängelbeseitigung angeboten hatte.

Entgegen den Ausführungen des Landgerichtes besteht noch ein Werklohnanspruch in Höhe von 284.285,87 € brutto aus der Schlussrechnung.

Aufgrund des Sach- und Streitstandes steht auch, entgegen der Ansicht des Landgerichtes fest, dass die Beklagte sich gegenüber dem Kläger schadensersatzpflichtig gemacht hat und zwar wegen Verzuges nach § 286 I BGB und aus Delikt nach § 823 II BGB i.Vm: § 263 StGB sowie wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB. Der Schaden ist erstinstanzlich ausführlich dargelegt und unter Beweis gestellt worden.

Im Ergebnis hat die Kammer also nach außen hin einen überflüssigen Aufwand und eine scheinbar sorgfältige Sachaufklärung betrieben, die sie dann im Rahmen einer 68-seitigen Urteilsbegründung ausführlich dokumentiert. Tatsächlich hat sie sich aber trotz umfassenden Vortrags und zahlreicher Beweisantritte des Klägers lediglich mit ungefähr 3% der Klagesumme auseinandergesetzt (etwa 50.000,00 € von 1.6 Millionen Euro). Bei diesen 3% ging es außerdem um Sachfragen, die entweder ohnehin

unstreitig waren, oder deren Klärung nur durch einen unabhängigen Sachverständigen möglich gewesen wäre. Ein Sachverständiger wurde aber trotz der zahlreichen Anträge des Klägers gar nicht erst geladen. Auch wurde kein Sachverständigengutachten eingeholt.

Nur abschließend und der Vollständigkeit halber wird noch gerügt, dass das Landgericht die Beweisaufnahme nicht zu den Leistungen des Klägers durchgeführt hat, welche in dem Schriftstück aufgelistet sind, welche als Anlage 1 zu dem Protokoll der Beweisaufnahme genommen wurde.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird im Übrigen auf den gesamten erstinstanzlichen Vortrag einschließlich der Beweisantritte Bezug genommen.

Nach alledem ist der Berufung vollumfänglich stattzugeben.


-Rechtsanwalt-
-Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht