



Landgericht Verden
Geschäfts-Nr.:
8 O 189/12

Verkündet am:
24.09.2014

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamtin/beamter der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Herrn Hartmut Holz, Im Hachegrund 9, 28857 Syke,

Kläger

Geschäftszeichen: [REDACTED]

gegen

[REDACTED]
Beklagte

Prozessbevollmächtigte: [REDACTED]

Geschäftszeichen: [REDACTED]

hat die 8. Zivilkammer des Landgerichts Verden auf die mündliche Verhandlung vom 16.07.2014 nach Ablauf der Schriftsatznachlassfrist bis zum 13.08.2014 durch

den Vorsitzenden Richter am Landgericht [REDACTED]
die Richterin am Landgericht [REDACTED]
die Richterin am Landgericht [REDACTED]

für **R e c h t** erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 34.832,45 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.10.2011 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
4. Das Urteil ist für beide Parteien nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
5. Der Streitwert wird auf 1.635.979,28 € festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger verlangt Schadensersatz von der Beklagten wegen unberechtigter Nichtzahlung fälliger Abschlagsrechnungen aus einem Bauvertrag und dadurch verursachter Insolvenz seines Einzelunternehmens sowie restliche Vergütung aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag.

Der Kläger war Inhaber der Firma D. Rippe, die im Bereich des Brückenbaus tätig war. Die Beklagte besteht überwiegend aus Körperschaften des öffentlichen Rechts. Zu jeweils 30 % sind die Gemeinden [REDACTED], [REDACTED] und die Samtgemeinde [REDACTED] beteiligt, zu 10 % die [REDACTED] deren Gesellschafterin die [REDACTED] ist.

Am 10.09.2007 beauftragte die Beklagte die Firma des Klägers mit der Erneuerung der [REDACTED]-Brücke zur Auftragssumme von brutto 718.709,72 €. Die [REDACTED]-Brücke sollte höher gelegt werden, um die Straßenbahnlinie [REDACTED] der [REDACTED] darüber führen zu können. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B. Wegen des genauen Inhalts des Werkvertrages wird Bezug genommen auf den Auftrag vom 10.09.2007 nebst Leistungsverzeichnis im Langtext und Baubeschreibung, vorgelegt als Anlage A1 zur Klagschrift (Bl. 1 - 118 Anlagenordner I).

Die Vergabe erfolgte zunächst im Wege der öffentlichen Ausschreibung. Sodann kündigte die Beklagte eine Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung im Vergabegespräch im August 2007 an. Dem widersprach der Kläger. Es erfolgte die Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung und die Aufforderung zur Abgabe eines neuen Angebots. Der Kläger erhielt den Zuschlag.

Am 22./23.09.2007 begann der Kläger mit den Bauarbeiten, also mit dem Abbruch der alten Brücke und der Neuerstellung des neuen Brückenüberbauteils auf dem Werksgelände seiner Firma, das im Eigentum seiner Ehefrau stand.

Am 05.10.2007 erteilte der Kläger eine erste Abschlagsrechnung in Höhe von 48.838,79 €, auf die die Beklagte 44.751,26 € zahlte (Bl. 119 ff. Anlagenordner I). Am 05.11.2007 erteilte der Kläger eine zweite Abschlagsrechnung über 147.030,75 €, auf die die Beklagte 106.460,31 € zahlte (Bl. 124 ff. Anlagenordner I). Am 28.11.2007 erteilte der Kläger die dritte Abschlagsrechnung über 117.644,76 €, auf die die Klägerin 46.544,52 € zahlte (Bl. 131 ff. Anlagenordner I). Am 18.12.2007 erteilte der Kläger die

vierte Abschlagsrechnung über 264.936,08 €, auf die die Beklagte 20.454,19 € zahlte (Bl. 255 ff. Anlagenordner I). Schließlich erteilte der Kläger am 28.01.2008 die fünfte Abschlagsrechnung über 359.035,37 € (Bl. 283 ff. Anlagenordner I). Darauf leistete die Beklagte keine Zahlungen mehr.

Mit Schreiben seines ehemals bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 29.01.2008 nahm der Kläger zu den Rechnungskürzungen aus der dritten und vierten Abschlagsrechnung Stellung und wies die Ausübung von Zurückbehaltungsrechten durch die Beklagte zurück (Bl. 289 ff. Anlagenordner I). Mit weiterem Schreiben seines ehemals Bevollmächtigten vom 14.02.2008 mahnte der Kläger eine Begleichung des Betrages aus der fünften Abschlagsrechnung binnen 3 Tagen nach Zugang des Schreibens an und drohte für das Ausbleiben der Zahlung die Einstellung der Arbeiten an (Bl. 293 ff. Anlagenordner I).

Hinsichtlich des Brücken-Überbauteils, das sich zu diesem Zeitpunkt noch auf dem Werksgelände der Firma des Klägers befand, übersandte der Bevollmächtigte der Beklagten am 14.12.2007 unter Überreichung eines Besprechungsprotokolls vom 10.12.2007 ein Schreiben an den Kläger. Unter Ziffer 6. war auf Seite 3 des Schreibens folgendes erläutert:

„Um gegebenenfalls die Voraussetzungen für eine weitere Abschlagszahlung noch in diesem Kalenderjahr zu schaffen, soll dann gegebenenfalls die Übereignung des teilsfertig gestellten Überbauteiles sowie des gelieferten Stahlmaterials, das sich in der Produktionshalle der Firma Rippe findet, erfolgen.

Zur Vorbereitung einer entsprechenden Übereignungsvereinbarung hat sich die Firma Rippe bereit erklärt, kurzfristig die Rechnungskopien für die betreffenden Stahlbauteile an [REDACTED] axen.

Danach soll der Entwurf einer entsprechenden Übereignungsvereinbarung abgestimmt werden.“ (Bl. 278 Anlagenordner I).

Bereits mit der vierten Abschlagsrechnung rechnete der Kläger daraufhin das Brückenüberbauteil mit 112.000,00 € ab. Auf dem Aufmaß-Blatt zur Position 7.1.10 des Leistungsverzeichnisses notierte der Kläger dazu

*„Übertrag gesamte fertig gestellte Leistung ≈ 160.000,- €
gem. VOB/B § 16 1 (1) = 70 % > 160.000 €
= 112.000,- €*

gegen Übereignung der vorgen. Leistung an den AG. Der AN versichert, alle

Lieferantenansprüche aus der vorgen. Leistung - sofern noch nicht beglichen - aus o. gen. Zahlung zu leisten." (Bl. 271 Anlagenordner I).

Noch vor Unterzeichnung einer Übereignungsvereinbarung durch die Beklagte stellte der Kläger am 21.02.2008 die Arbeiten aus dem Werkvertrag ein.

Eine Übereignungsvereinbarung hinsichtlich des Brückenüberbauteils schlossen die Parteien erst am 29.04./09.05.2008. Diese Übereignungsvereinbarung enthielt zusätzlich eine vom Kläger gegengezeichnete Anlage 1, in der die zu übereignenden Stahlbauteile unter Bezugnahme auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses aufgelistet waren. Wegen des genauen Inhalts der Übereignungsvereinbarung sowie der anliegenden Liste der zu übereignenden Stahlbauteile wird Bezug genommen auf die Anlage B3 zum Schriftsatz vom 17.10.2012 (Bl. 95 ff. Anlagenheft I). Daraufhin leistete die Beklagte eine Zahlung in Höhe von 159.609,75 € an den Kläger. Eine weitere Zahlung in Höhe von 109.763,92 € leistete sie über den bevollmächtigten Rechtsanwalt [REDACTED] für die Firma des Klägers an den [REDACTED]. Schließlich erbrachte die Beklagte eine weitere Zahlung in Höhe von 35.000,00 € an den Kläger, nachdem dieser eine Bürgschaft in Höhe dieses Betrages gestellt hatte.

Im Folgenden verweigerte die Ehefrau des Klägers eine Herausgabe des Brücken-Überbauteils vom Betriebsgrundstück. Die Beklagte erwirkte im Rahmen einer einstweiligen Verfügung einen Beschluss zur Herausgabe des Überbauteils und ließ dies im Folgenden pfänden und mittels Gerichtsvollzieher abholen.

Am 21.08.2008 gab der Kläger die eidesstattliche Versicherung ab. Mit Schreiben vom 09.09.2008 kündigte die Beklagte den zwischen den Parteien bestehenden Werkvertrag fristlos. Wegen des genauen Inhalts der Kündigung wird Bezug genommen auf die Anlage B 4 zum Schriftsatz vom 17.10.2012 (Bl. 119 ff. Anlagenheft I).

Am 26.09.2011 übersandte der Kläger eine Schlussrechnung über brutto 284.285,87 € (Bl. 536 ff. Anlagenordner II).

Auf Antrag der Beklagten vom 07.03.2008 führten die Parteien ein selbständiges Beweissicherungsverfahren zu Mängeln der Arbeiten des Klägers beim Landgericht Verden zum Aktenzeichen 8 OH 7/08 durch, in dem der Sachverständige [REDACTED] ein schriftliches Gutachten vom 09.09.2008 und insgesamt drei Ergänzungsgutachten

vom 21.04.2009, 04.11.2009 und 13.08.2010 erstattete und seine Gutachten im Termin vom 28.03.2011 mündlich erläuterte und ergänzte.

Der Kläger behauptet, der Grund für die Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung entgegen der VOB/A sei gewesen, dass diese Vorschriften die Sicherung der Finanzierung der Baumaßnahme voraussetzten. Das sei bei Erteilung des Auftrages durch die Beklagte nicht der Fall gewesen. Der Kassenbestand der Beklagten habe sich bei Auftragserteilung auf 118.282,76 € belaufen. Die Werklohnforderung von rund 718.000,00 € sei danach bei Auftragserteilung und auch im Februar/März 2008 nicht gedeckt gewesen. Im Rechtsstreit des Landgerichts Verden zum Aktenzeichen 8 O 304/11, im Schriftsatz vom 08.09.2011, Seite 10, 5. Absatz habe die Beklagte auch eingeräumt, dass Gelder für das Bauvorhaben bei Beauftragung und auch später nicht bewilligt gewesen seien. Es sei üblich, sich die Gelder bewilligen zu lassen, wenn Zahlungen fällig seien. Eine derartig kurzfristige Bewilligung sei jedoch gar nicht möglich, weil diese der Zustimmung mindestens dreier Gemeindegremien bedürfe. Aus der fehlenden Deckung der Werklohnforderung bei Auftragserteilung ergebe sich, dass sich die Beklagte bzw. die für sie handelnden Personen des Eingehungsbetruges ihm gegenüber schuldig gemacht hätten. Die erheblichen Nichtzahlungen seitens der Beklagten auf die gestellten Abschlagsrechnungen resultierten daraus, dass der Beklagten die finanziellen Mittel gefehlt hätten. Die Kürzungen der Abschlagsrechnungen seien nicht gerechtfertigt gewesen. Eine Prüfung der Rechnungen sei durch die Beklagte nicht erfolgt. Diese habe lediglich den Betrag ausgekehrt, der auf ihren Konten noch zur Verfügung gestanden habe. Sämtliche in den Abschlagsrechnungen aufgeführten Leistungen seien vollständig erbracht und zutreffend abgerechnet worden. Zudem hätten die Voraussetzungen für die Übereignung des Stahl-Überbauteils und daraus resultierender Abschlagszahlungen durch die Beklagte vorgelegen. Mit Schreiben vom 14.12.2007 habe sich die Beklagte mit einer Übereignung einverstanden erklärt. Der vierten Abschlagsrechnung habe er eine bedingte Übereignungserklärung beigelegt, die die Beklagte nur noch habe unterschreiben müssen. Sie selbst habe keinen ausgearbeiteten Übereignungsvertrag vorlegen können und letztlich eine Übereignung ohne Bezahlung angestrebt, weil ihr die finanziellen Mittel gefehlt hätten. Das Brücken-Überbauteil sei vom Kläger vollständig erstellt worden und habe - wie auch das übrige Gewerk - keine wesentlichen Mängel aufgewiesen. Die Beklagte habe sich danach mit den Zahlungen auf die Abschlagsrechnungen in Zahlungsverzug befunden. Er sei deshalb berechtigt gewesen,

die Arbeiten auf der Baustelle einzustellen. Das von der Beklagten durchgeführte Beweissicherungsverfahren habe nur kaschieren sollen, dass sie seine Forderungen nicht habe begleichen können. Das Beweissicherungsverfahren habe ergeben, dass die in den Abschlagsrechnungen aufgeführten Leistungen tatsächlich erbracht worden seien und ansonsten nur marginale Mängel in Höhe von 8.700,00 € bestanden hätten. Aufgrund der unberechtigten Nichtzahlungen der Beklagten habe er sein Unternehmen aufgeben und seine Arbeitnehmer entlassen müssen. Dadurch sei ihm ein Schaden entstanden, der sich folgendermaßen zusammensetze: Er habe in den Jahren 2004, 2005 und 2006 einen durchschnittlichen Jahresgewinn von 52.412,60 € erwirtschaftet. Er habe beabsichtigt, sein Unternehmen für weitere 7 Jahre fortzuführen. Damit sei ihm ein Gewinn in Höhe von 366.888,20 € entgangen. Angesichts eines durchschnittlichen Jahresgewinns von 52.412,60 € hätte er bei Veräußerung des Unternehmens im Jahre 2015/2016 einen Verkehrswert von 366.888,20 € erzielt. Er habe Verbindlichkeiten in Höhe von 378.261,81 € aufgrund der Einstellung des Geschäftsbetriebes nicht mehr bedienen können. Außerdem sei ein Rückstand an Pachtzinsen für das Betriebsgrundstück bis zum 31.12.2011 in Höhe von 189.655,20 € aufgelaufen. Er habe aufgrund der Nichtzahlung der Beklagten die Pacht ab Januar 2008 von monatlich 3.951,15 € nicht mehr zahlen können. Das Grundstück habe sich auch nicht wiederverpachten lassen. Für den Rückbau und Aufräumarbeiten zur Zurückversetzung des Betriebsgrundstückes in einen ordnungsgemäßen Zustand würden Kosten in Höhe von rund 50.000,00 € entstehen.

Außerdem könne er aus dem mit der Beklagten abgeschlossenen Werkvertrag restlichen Werklohn in Höhe von 284.285,87 € verlangen. Die fristlose Kündigung des Werkvertrages durch die Beklagte sei unwirksam gewesen, weil kein wichtiger Kündigungsgrund bestanden habe. Er habe die Arbeiten vielmehr aufgrund des Zahlungsverzugs der Beklagten zu Recht eingestellt. Die Beklagte schulde daher volle Vergütung, wobei er sich lediglich ersparte Aufwendungen anrechnen lassen müsse. Die in der Schlussrechnung enthaltenen Positionen habe er erbracht bzw. hätte er sie bei Fortsetzung des Vertrages erbringen müssen. Tatsächlich erbracht worden seien auch in der mit der Schlussrechnung vom 22.09.2011 abgerechneten Menge folgende Positionen des Leistungsverzeichnisses:

Pos. 1.1.30 LV: Werkstattpläne Stahl-Spundwände, Gurtung und Verankerung zu 80 %,

Pos. 1.1.40 LV: Lichtbilder, digital liefern für Stahlbau zu 80 %,

- Pos. 1.1.50 LV: Bauwerksbuch/-Daten Programm SIB-Bauwerke zu 80 %,
 Pos. 1.2.10 LV: Messprogramm aufstellen, Messungen durchführen gem. LV zu 75 %,
 Pos. 2.1.30 LV: 40,00 m Baustellenüberfahrt herstellen,
 Pos. 2.1.60 LV: Vormontageplatz herstellen zu 100 %,
 Pos. 2.1.90 LV: Aufstellfläche für Autokran, Vormontageplatz herstellen zu 100%,
 Pos. 2.1.100 LV: 36,00 m² Schotterlagerfläche herstellen,
 Pos. 2.1.130 LV: 12,00 m Schutzplanken EDSP-Profil A abbauen, lagern,
 Pos. 2.1.150 LV: 3,00 Stck. Holme der Schutzplanken abbauen, lagern,
 Pos. 2.1.170 LV: Zulage Winterbau/Wetterschutz zu 60 %,
 Pos. 2.3.60 LV: 3,00 Stck. Vollsperrung durchführen,
 Pos. 3.1.50 LV: 68,37 m³ Beton auf Bogen abbrechen,
 Pos. 3.1.60 LV: Zulage für Verdübelung auf Bogen zu 100 %,
 Pos. 3.3.10 LV: 10,91m³ Baugrube für Spundwandanschlüsse, Handaushub,
 Pos. 3.4.10 LV: 9,60 m Zaun aufnehmen,
 Pos. 3.4.30 LV: Baugelände abräumen zu 100 %,
 Pos. 3.4.40 LV: 4,00 Stck. Bäume fällen $\varnothing > 0,10$,
 Pos. 3.4.50 LV: 3,00 Stck. Wurzelstöcke roden,
 Pos. 5.2.10 LV: 19,14 m³ Beton unter Ausgleichsschicht der Pos. 5.1.60 (= > 10 cm) gem. vorl. LS als Aufbeton auf Bögen West/Ost sowie auf Widerlagern,
 Pos. 5.2.20 LV: 129,38 m² Betonstahl, Matte N 141,
 Pos. 5.2.30 LV: 88,10 m³ Bew. Beton gem. LV in Fertigteilen der Tröge,
 Pos. 5.2.40 LV: 8,052 to Betonstahl für Bereiche > 10 cm Schichtdicke auf Widerlagern u. Bögen,
 Pos. 7.1.10 LV: 74,027 to Stahlkonstruktion Überbau S355J2+N u. J355 K2+N, gem. LV herstellen,
 Pos. 7.1.40 LV: Schutzerdung lt. LV herstellen, vormontieren u. zum Einhub vorbereiten zu 50 %,
 Pos. 7.3.10 LV: 42,15 m Geländer auf Stahlkappen gem. LV einbauen, H=1000,
 Pos. 7.3.10a LV: 24,00 m Geländer auf Stahlkappe gem. LV einbauen, H=800,
 Pos. 7.3.30 LV: 39,00 Stck. Geländerverankerung, Pfostenschuh auf Stahlkappe/Trog gem. LV einbauen,
 Pos. 7.3.40 LV: 30,90 m Stahlgeländer an Stirnplatte in Fertigteilen aus Beton gem. LV einbauen,

- Pos. 7.3.50a LV: 17,00 Stck. Geländerverankerungen gem. LV jedoch in V4a, als Einbauteil,
- Pos. 7.3.60 LV: 25,06 m Stahlgeländer auf Stützwand/Spundwand gem. LV einbauen,
- Pos. 7.4.10 LV: 12,70 m Berührschutz auf Dienstweg gem. LV herstellen, feuerverzinken,
- Pos. 7.4.20 LV: 12,70 m Handlauf auf Berührschutz gem. LV anbauen,
- Pos. 7.4.40 LV: 12,60 m Fugenabdeckung als Berührschutz Elastomereschütze, t = 4, gem. LV einbauen,
- Pos. 7.5.10 LV: 54,85 m Kabeltrog gem. LV herstellen und einbauen,
- Pos. 7.6.20 LV: 30,85 m Gehwegkappe mit Konsolen u. Unterkonstruktion für Gitterrost-/Blechabdeckungen d. Dienstweges am Überbau gem. LV einbauen,
- Pos. 7.6.50 LV: 51,87 m² Gitterrostabdeckung (Normalbereich) gem. LV
- Pos. 7.6.60 LV: 13,23 m² Blechabdeckung des Dienstweges im Bereich d. Berührschutzes, gem. LV,
- Pos. 7.6.70 LV: 3,00 Stck. Gitterroste der Übersteig-Hilfen gem. LV einbauen,
- Pos. 7.6.80 LV: 8,00 Stck. Treppenstufen gem. LV einbauen,
- Pos. 8.1.10 LV: 30 % der Gesamtfläche (871,40 m²) Stahlkonstruktion vorbereiten, Sandstrahlen SA21/2, gem. LV für Über-Bau-Beschichtungsfläche,
- Pos. 8.1.30 LV: 30 % der Gesamtfläche (871,40 m²) Grundbeschichtung auf Stahlflächen gem. LV herstellen, 70 µm,
- Pos. 10.1.20 LV: 341,22 m² Stahlspundwand gem. LV herstellen,
- Pos. 10.1.20a LV: 60,72 m² Zulagepreis für Spundwandmengen ≥ 110 % von 255,00 m² gem. vorgelegter Nachtragskalkulation,
- Pos. 10.1.30 LV: 22,00 Stck. Verankerungen der Spundwände gem. geprüfter stat. Berechnung herstellen,
- Pos. 10.1.70 LV: 33,35 m Stahlspundwandoberkanten kürzen, Schräge, gem. LV herstellen,
- Pos. N 1: 6.578,40 € Sägekosten gem. Voranmeldung am WL Ost = 5.482,00 € x 120 %,
- Pos. N2.3: 50,00 lfdm senkrechte Schalung,
- Pos. N2.4: 106,00 Stck. Verbundanker f. Bewehrungsanschlüsse,
- Pos. N2.6: 56,00 Std. Betonschnitte u. Stemmarbeiten für Abtreppung, FA/Kompressor,

Pos. N2.7: 103,50 m² Mörtellagerfuge zwischen Fertigteilen u. Unterbeton,
Pos. Z.5.1

Erstattung von Genehmigungsgebühren gem. vertragl. Vereinbarung gem. HVA B-StB -
Besondere Vertragsbedingungen Pkt. 9.2 gem. Bescheid d. Gemeinden [REDACTED] in
Höhe von 44,65 €.

Ersparte Aufwendungen habe er lediglich in Höhe von 44.244,00 € gehabt. Zahlungen
habe die Beklagte nur in Höhe von 487.584,50 € brutto geleistet, nämlich in Höhe von
218.210,83 € auf die Abschlagsrechnungen sowie nach Abschluss der
Übereignungsvereinbarung vom 29.04./09.05.2008 in Höhe von 159.609,75 € brutto an
ihn und 109.763,92 € an den [REDACTED] Mängelbeseitigungskosten
der Firma [REDACTED] in Höhe von 79.892,78 € seien unzutreffend.
Mängelbeseitigungsarbeiten der Firma [REDACTED] seien nur in Höhe von 5.476,86 €
gerechtfertigt.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.635.979,28 € nebst Zinsen in
Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.08.2011 zu
zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger außergerichtliche
Rechtsanwaltskosten in Höhe von 9.995,76 € nebst Zinsen in Höhe von 8
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.08.2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, der Grund für die Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung
und die Überleitung in eine freihändige Vergabe sei gewesen, dass alle abgegebenen
Angebote an einem Formmangel gelitten hätten. Es sei unzutreffend, dass ihr die
finanziellen Mittel bei Auftragsvergabe gefehlt hätten. Tatsächlich könne sie erheblich
teurere Projekte bewältigen. Sie habe jeweils dann, wenn Zahlungen notwendig und
fällig gewesen seien, diese auch erbracht. Tatsächlich sei der Kläger in Höhe von
242.963,70 € überzahlt worden. Sie habe auch die Arbeiten der Drittfirmen, die die
Beseitigung der Mängel und die Ersatzvornahme durchgeführt hätten, bezahlt. Ein

seitens des Klägers gegenüber ihrem Geschäftsführer eingeleitetes Verfahren bei der Staatsanwaltschaft [REDACTED] wegen Eingehungsbetrugs sei eingestellt worden. Die Geldbeschaffung sei aus Kostengründen über Kredite erfolgt, wenn Zahlungen angestanden hätten. Im Übrigen habe es mit der Deutschen Bundesbahn eine sogenannte Kreuzungsvereinbarung vor Durchführung des Projektes gegeben. Nach dem Inhalt dieser Vereinbarung seien die Kosten für das Bauvorhaben ganz überwiegend von der Deutschen Bundesbahn übernommen worden. Hinzu seien weitere Fördermittel gekommen, so dass sie im Endeffekt nur ca. 20 % an Eigenmitteln benötigt habe. Der Mitarbeiter [REDACTED] des Ingenieurbüros [REDACTED] habe die Abschlagsrechnungen des Klägers sorgfältig geprüft. Die Kürzungen seien berechtigt gewesen. Der Kläger habe Leistungen berechnet, die nicht oder nicht vollständig bzw. mangelhaft erbracht worden seien. Im Hinblick auf das Brücken-Überbauteil habe sie dem Kläger lediglich entgegen kommen wollen. Einer Übereignung habe sie jedoch nur unter der Voraussetzung zustimmen wollen, dass Rechte Dritter am Überbauteil, wie der Eigentumsvorbehalt des Stahl-Lieferanten und das Verpächter-Pfandrecht wegen Pachtrückständen, nicht bestehen würden. Der weitere Verlauf zeige die Berechtigung dieser Forderungen. Aus der Übereignungsvereinbarung ergebe sich, dass tatsächlich Rechte der Firma [REDACTED] bestanden haben. Schließlich habe auch die Ehefrau des Klägers ihr Verpächter-Pfandrecht ausgeübt. Im Rahmen des Schreibens vom 14.12.2007 habe sie ihr Wahlrecht nach § 16 Nr. 1, Abs. 1, S. 3 VOB/B insoweit noch nicht ausgeübt. Abgesehen von Rechten Dritter hätte noch eine Einigung erzielt werden müssen, welchen objektiven Wert das Brücken-Überbauteil gehabt habe, da es mit diversen Mängeln behaftet und nicht fertiggestellt gewesen sei. Die Restforderung aus den Abschlagsrechnungen sei vor Abschluss der Übereignungsvereinbarung nicht fällig gewesen. Sie habe sich mit der Zahlung auch nicht in Verzug befunden, denn zusätzlich hätten festgestellte Mängel und offene Restleistungen oberhalb eines Betrages von 70.000,00 € vorgelegen. Das selbständige Beweisverfahren habe sie in Wahrnehmung berechtigter Interessen durchgeführt. Sie habe eine Vielzahl von Mängeln zu rügen gehabt. Die Berechnung des durchschnittlichen Jahresgewinns durch den Kläger sei auf Basis falscher Gewinnzahlen aus den Jahren 2003 bis 2006 erfolgt. Zudem seien die dazu führenden Bewertungen von Restwerklohn-Ansprüchen gegenüber mehreren Auftraggebern unzutreffend gewesen. Die Bilanz des Unternehmens des Klägers habe einen erheblichen, durch Eigenkapital nicht gedeckten Fehlbetrag von rund 200.000,00 € in

den Jahren 2004 bis 2006 ausgewiesen. Die Gewinne seien nicht geeignet gewesen, diese Überschuldung abzubauen. Aufgrund dieser Überschuldung des Unternehmens seien bereits geringfügige Mängelprobleme für den Kläger existenzgefährdend. Seine Insolvenz habe er ausschließlich allein verschuldet. Einen Veräußerungswert im Jahre 2015/2016 habe das Unternehmen bei der vorliegenden Überschuldung nicht gehabt. Im Hinblick auf die vom Kläger behaupteten Verbindlichkeiten bestehe kein Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Kläger. Sie sei auch nicht für die Entstehung der Verbindlichkeiten verantwortlich. Im Hinblick auf den Pachtvertrag mit seiner Ehefrau bestreite sie mit Nichtwissen, dass ein solcher abgeschlossen worden sei.

Die außerordentliche Kündigung des Bauvertrages sei berechtigt gewesen. Als wichtige Gründe seien zu nennen, dass sich der Kläger mit Mängelbeseitigungsarbeiten in Verzug befunden habe. Er habe auch nicht mehr über ein Betriebsgrundstück verfügt, nachdem die Ehefrau des Klägers ihr gegenüber erklärt habe, dass der Pachtvertrag fristlos gekündigt sei. Das Unternehmen des Klägers sei überschuldet gewesen. Der Kläger habe gegen seine Kooperations-Pflichten aus dem Werkvertrag verstoßen, weil er keine Auskünfte erteilt habe. Im Übrigen sei eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar gewesen, weil der Kläger gegenüber ihrem Geschäftsführer Strafanzeige erstattet und dabei den Sachverhalt entstellend wiedergegeben habe. Schließlich habe sie eine letzte Frist bis zum 18.09.2008 zur Beseitigung von Mängeln gesetzt. Diese habe der Kläger mit Schreiben vom 17.09.2008 abgelehnt. Die Berechnungen des Klägers in seiner Schlussrechnung seien daher schon im Ansatz falsch, weil er Leistungen abgerechnet habe, die er nicht erbracht habe. Weiter habe der Kläger eine Zahlung in Höhe von 35.000,00 €, die sie nach Abschluss der Übereignungsvereinbarung erbracht habe, nicht angesetzt sowie auch eine Zahlung in Höhe von 13.737,84 € an das Fertigteilwerk [REDACTED] wegen eines bestehenden Eigentumsvorbehalts. Der fiktive Wert der erbrachten Leistungen des Klägers hätte bei Mangelfreiheit 493.751,76 € netto betragen. Davon seien jedoch Mängelbeseitigungskosten der Firma [REDACTED] in Höhe von 79.892,78 € und der Firma [REDACTED] in Höhe von 31.029,51 € abzuziehen. Wegen der erbrachten Zahlungen von insgesamt 450.690,58 € netto sei der Kläger auch ohne Berechnung der Ersatzvornahme-Kosten bereits um 67.861,11 € überzahlt gewesen. Die Summe der Ersatzvornahme-Kosten habe sich auf 175.102,59 € netto belaufen, so dass sich letztendlich eine Überzahlung von 242.963,70 € ergebe. Folgende von ihm mit der

Schlussrechnung abgerechnete Positionen habe der Kläger nicht bzw. nicht vollständig oder nicht wie im Leistungsverzeichnis verlangt, erbracht, mit der Folge, dass ihm der von ihm berechnete Werklohn in dieser Höhe nicht zustehe:

- Pos. 1.1.30 LV: Werkstattpläne Stahl-Spundwände, Gurtung und Verankerung zu 80 %,
- Pos. 1.1.40 LV: Lichtbilder, digital liefern für Stahlbau zu 80 %,
- Pos. 1.1.50 LV: Bauwerksbuch/-Daten Programm SIB-Bauwerke zu 80 %,
- Pos. 1.2.10 LV: Messprogramm aufstellen, Messungen durchführen gem. LV zu 75 %,
- Pos. 2.1.30 LV: 40,00 m Baustellenüberfahrt herstellen,
- Pos. 2.1.60 LV: Vormontageplatz herstellen zu 100 %,
- Pos. 2.1.90 LV: Aufstellfläche für Autokran, Vormontageplatz herstellen zu 100%,
- Pos. 2.1.100 LV: 36,00 m² Schotterlagerfläche herstellen,
- Pos. 2.1.130 LV: 12,00 m Schutzplanken EDSP-Profil A abbauen, lagern,
- Pos. 2.1.150 LV: 3,00 Stck. Holme der Schutzplanken abbauen, lagern,
- Pos. 2.1.170 LV: Zulage Winterbau/Wetterschutz zu 60 %,
- Pos. 2.3.60 LV: 3,00 Stck. Vollsperrung durchführen,
- Pos. 3.1.50 LV: 68,37 m³ Beton auf Bogen abbrechen,
- Pos. 3.1.60 LV: Zulage für Verdübelung auf Bogen zu 100 %,
- Pos. 3.3.10 LV: 10,91m³ Baugrube für Spundwandanschlüsse, Handaushub,
- Pos. 3.4.10 LV: 9,60 m Zaun aufnehmen,
- Pos. 3.4.30 LV: Baugelände abräumen zu 100 %,
- Pos. 3.4.40 LV: 4,00 Stck. Bäume fällen Ø > 0,10,
- Pos. 3.4.50 LV: 3,00 Stck. Wurzelstöcke roden,
- Pos. 5.2.10 LV: 19,14 m³ Beton unter Ausgleichsschicht der Pos. 5.1.60 (= > 10 cm) gem. vorl. LS als Aufbeton auf Bögen West/Ost sowie auf Widerlagern,
- Pos. 5.2.20 LV: 129,38 m² Betonstahl, Matte N 141,
- Pos. 5.2.30 LV: 88,10 m³ Bew. Beton gem. LV in Fertigteilen der Tröge,
- Pos. 5.2.40 LV: 8,052 to Betonstahl für Bereiche > 10 cm Schichtdicke auf Widerlagern u. Bögen,
- Pos. 7.1.10 LV: 74,027 to Stahlkonstruktion Überbau S3555J2+N u. J355 K2+N, gem. LV herstellen,
- Pos. 7.1.40 LV: Schutzerdung lt. LV herstellen, vormontieren u. zum Einhub vorbereiten zu 50 %,

- Pos. 7.3.10 LV: 42,15 m Geländer auf Stahlkappen gem. LV einbauen, H=1000,
 Pos. 7.3.10a LV: 24,00 m Geländer auf Stahlkappe gem. LV einbauen, H=800,
 Pos. 7.3.30 LV: 39,00 Stck. Geländerverankerung, Pfostenschuh auf
 Stahlkappe/Trog gem. LV einbauen,
 Pos. 7.3.40 LV: 30,90 m Stahlgeländer an Stirnplatte in Fertigteilen aus Beton gem.
 LV einbauen,
 Pos. 7.3.50a LV: 17,00 Stck. Geländerverankerungen gem. LV jedoch in V4a, als
 Einbauteil,
 Pos. 7.3.60 LV: 25,06 m Stahlgeländer auf Stützwand/Spundwand gem. LV
 einbauen,
 Pos. 7.4.10 LV: 12,70 m Berührschutz auf Dienstweg gem. LV herstellen,
 feuerverzinken,
 Pos. 7.4.20 LV: 12,70 m Handlauf auf Berührschutz gem. LV anbauen,
 Pos. 7.4.40 LV: 12,60 m Fugenabdeckung als Berührschutz Elastomereschütze, t =
 4, gem. LV einbauen,
 Pos. 7.5.10 LV: 54,85 m Kabeltrog gem. LV herstellen und einbauen,
 Pos. 7.6.20 LV: 30,85 m Gehwegkappe mit Konsolen u. Unterkonstruktion für
 Gitterrost-/Blechabdeckungen d. Dienstweges am Überbau gem. LV einbauen,
 Pos. 7.6.50 LV: 51,87 m² Gitterrostabdeckung (Normalbereich) gem. LV
 Pos. 7.6.60 LV: 13,23 m² Blechabdeckung des Dienstweges im Bereich d.
 Berührschutzes, gem. LV,
 Pos. 7.6.70 LV: 3,00 Stck. Gitterroste der Übersteig-Hilfen gem. LV einbauen,
 Pos. 7.6.80 LV: 8,00 Stck. Treppenstufen gem. LV einbauen,
 Pos. 8.1.10 LV: 30 % der Gesamtfläche (871,40 m²) Stahlkonstruktion vorbereiten,
 Sandstrahlen SA21/2, gem. LV für Über-Bau-Beschichtungsfläche,
 Pos. 8.1.30 LV: 30 % der Gesamtfläche (871,40 m²) Grundbeschichtung auf
 Stahlflächen gem. LV herstellen, 70 µm,
 Pos. 10.1.20 LV: 341,22 m² Stahlspundwand gem. LV herstellen,
 Pos. 10.1.20a LV: 60,72 m² Zulagepreis für Spundwandmengen ≥ 110 % von 255,00
 m² gem. vorgelegter Nachtragskalkulation,
 Pos. 10.1.30 LV: 22,00 Stck. Verankerungen der Spundwände gem. geprüfter stat.
 Berechnung herstellen,
 Pos. 10.1.70 LV: 33,35 m Stahlspundwandoberkanten kürzen, Schräge, gem. LV
 herstellen,

- Pos. N 1: 6.578,40 € Sägekosten gem. Voranmeldung am WL Ost = 5.482,00 € x 120 %,
- Pos. N2.3: 50,00 lfdm senkrechte Schalung.
- Pos. N2.4: 106,00 Stck. Verbundanker f. Bewehrungsanschlüsse,
- Pos. N2.6: 56,00 Std. Betonschnitte u. Stemmarbeiten für Abtreppung, FA/Kompressor,
- Pos. N2.7: 103,50 m² Mörtellagerfuge zwischen Fertigteilen u. Unterbeton,
- Pos. Z.5.1
- Erstattung von Genehmigungsgebühren gem. vertragl. Vereinbarung gem. HVA B-StB - Besondere Vertragsbedingungen Pkt. 9.2 gem. Bescheid d. Gemeinden [REDACTED] in Höhe von 44,65 €.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Beiziehung der Akten des selbständigen Beweisverfahrens des Landgerichts Verden, 8 OH 7/08. Die Kammer hat weiter Beweis erhoben durch Vernehmung der prozessleitend geladenen Zeugen [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] zu der Frage, welche Arbeiten der Kläger zu den streitigen Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt hat (Bl. 440, 441 d. A.). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.07.2014 (Bl. 517 - 557 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A)

Die Klage ist zulässig, jedoch ganz überwiegend unbegründet.

I.

Dem Kläger steht kein Anspruch auf Schadensersatz aufgrund pflichtwidrig verzögerter Zahlungen der Beklagten auf Abschlagsrechnungen aus §§ 280 Abs. 2, 286 BGB zu.

1. Unstreitig bestand zwischen den Parteien ein Werkvertrag vom 10.09.2007 über die Erneuerung der [REDACTED] Brücke, für den sie die Geltung der VOB/B vereinbart haben.

2. Dem Kläger stand jedoch nach Erteilung der fünften Abschlagsrechnung kein fälliger und vollwirksamer Anspruch auf Bezahlung weiterer Bauleistungen gegenüber der Beklagten zu.

a) Für die Beurteilung dieser Frage kommt es wesentlich auf die nach der fünften Abschlagsrechnung fälligen Ansprüche an, während die Frage, welche Beträge aus der 4. Abschlagsrechnung fällig waren, dahingestellt bleiben kann. Das resultiert zum einen daraus, dass sich der Kläger selbst im Wesentlichen auf seine angebliche Forderung in Höhe von 359.035,37 € aus der fünften Abschlagsrechnung bezieht. Zum anderen datiert die vierte Abschlagsrechnung naturgemäß früher als die fünfte Abschlagsrechnung. Auf die vierte Abschlagsrechnung hat die Beklagte auch noch einen Betrag in Höhe von rund 20.000,00 € gezahlt. Die Beträge aus der vierten Abschlagsrechnung, von denen der Kläger der Auffassung ist, dass sie unberechtigt nicht gezahlt worden seien, finden sich insgesamt in der fünften Abschlagsrechnung wieder. Die Argumentation beider Parteien hinsichtlich dieser Beträge ist also die gleiche, unabhängig davon, ob sie im Rahmen der vierten oder der fünften Abschlagsrechnung geltend gemacht werden. Unterschiede ergeben sich allein deshalb nicht, weil die Zahlung der Beklagten auf die vierte Abschlagsrechnung die letzte Zahlung war, die sie auf die Abschlagsrechnungen überhaupt erbracht hat.

Der Kläger behauptet im Hinblick auf die fünfte Abschlagsrechnung, dass ihm weitere Ansprüche in Höhe von 359.035,37 € zustehen, die von der Beklagten unberechtigt nicht gezahlt worden seien. Das hat er jedoch nicht ausreichend darlegen bzw. beweisen können.

b) Grundsätzlich gilt, dass ein Besteller nach § 320 Abs. 1 BGB wegen eines Mangels die Zahlung des noch offenen Werklohnes verweigern kann. Dabei sieht das Gesetz grundsätzlich keine Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts auf einen dem noch ausstehenden Teil der geschuldeten Gegenleistung entsprechenden Teil vor. Hieran hat sich auch durch § 641 Abs. 3 BGB in der zum Zeitpunkt des Abschluss des Vertrags neuen Fassung nichts geändert. Die Einführung von § 641 Abs. 3 BGB, als Untergrenze des zurückzubehaltenden Betrages grundsätzlich das Dreifache

der für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten vorschreibt, sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die Bemessung des Druckzuschlages vereinheitlichen, im Übrigen aber an der bestehenden Rechtslage nichts verändern. Daher ist es Sache des Unternehmers darzutun, dass der einbehaltene Betrag auch bei Berücksichtigung des Durchsetzungsinteresses des Bestellers unbillig hoch ist. Nicht der Besteller, sondern der Unternehmer ist dementsprechend für die Höhe der Kosten der Mängelbeseitigung darlegungs- und beweispflichtig (Urteil des BGH vom 06.12.2007, VII ZR 125/06, zitiert nach Juris, Rd.-Nr. 18 m. w. N.).

Nach diesen Grundsätzen hat der Kläger nicht darlegen bzw. beweisen können, dass der von der Beklagten einbehaltene Betrag in Höhe des Rechnungsbetrages der fünften Abschlagsrechnung unbillig hoch war. Das ergibt sich im Einzelnen aus Folgendem:

aa) Von dem Brutto-Rechnungsbetrag der fünften Abschlagsrechnung von 577.246,20 € sind unstreitig Zahlungen der Beklagten in Höhe von brutto 218.210,83 € auf die zuvor erteilten Abschlagsrechnungen abzuziehen.

bb) Des Weiteren kann der Beklagte mit der fünften Abschlagsrechnung nicht die Bezahlung des zu diesem Zeitpunkt noch auf seinem Werksgelände lagernden Brückenüberbauteils nebst Stahlanbauteilen verlangen.

Nach § 16 Nr. 1, Abs. 1, Satz 3 VOB/B gelten als Leistungen, auf die Abschlagszahlungen vorzunehmen sind, auch eigens angefertigte und bereitgestellte Bauteile, jedoch nur, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist, oder entsprechende Sicherheit gegeben wird. Zum Zeitpunkt der Erteilung der fünften Abschlagsrechnung waren diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Weder hatte der Kläger Sicherheit in Höhe des Wertes des Brückenüberbauteils geleistet, noch hatte er der Beklagten Eigentum an dem Brückenüberbauteil verschafft.

Die Argumentation des Klägers, die Beklagte habe ihr Wahlrecht nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B bereits dahingehend ausgeübt, dass sie eine Eigentumsübertragung gewählt habe, sowie die Behauptung zum Vollzug der Eigentumsübertragung hätte die Beklagte lediglich die im Rahmen der vierten Abschlagsrechnung angebotene Übereignungsvereinbarung (Bl. 271 Anlagenordner I) unterzeichnen müssen, geht fehl.

Zunächst hatte sich die Beklagte bisher nicht auf die Vornahme einer Eigentumsübertragung festgelegt. Die Beklagte wollte die Eigentumsübertragung

vielmehr von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen. Das ergibt sich aus ihrem Schreiben vom 14.12.2007, Seite 3 (Bl. 278 Anlagenordner I). Die Formulierung im 2. Absatz, dass gegebenenfalls die Übereignung des teillfertiggestellten Überbauteiles erfolgen soll, beinhaltet gerade keine rechtsverbindliche Wahl der Eigentumsübertragung. Das wird bereits aus der Verwendung des Begriffes „gegebenenfalls“ deutlich. Auch der weitere Kontext des Schreibens steht damit im Einklang. So ist im 3. Absatz und im 4. Absatz lediglich die Rede von der Vorbereitung einer Übereignungsvereinbarung bzw. dem Entwurf einer Übereignungsvereinbarung.

Das Verlangen der Beklagten, die Übereignung des Brückenüberbauteils im Gegenzug zu Abschlagszahlungen von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen, ist auch nicht unzulässig oder rechtsmissbräuchlich. Nach der Regelung der VOB/B besteht gerade keine Verpflichtung des Auftraggebers Zahlungen für eigens angefertigte und bereitgestellte Bauteile zu leisten. Wenn sich also die Beklagte dennoch bereit erklärte dieses zu tun, durfte sie insoweit auch Bedingungen stellen. Im Übrigen ergibt sich aus dem weiteren Fortgang der Ereignisse, dass dieses Begehren der Beklagten auch legitim war. Aus der letztendlich abgeschlossenen Übereignungserklärung vom 29.04./09.05.2008 (Bl. 95 ff. Anlagenheft I) ergibt sich, dass ein Eigentumsvorbehalt des Stahl-Lieferanten bestanden hat. Auch die erforderliche Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zur Herausgabe des Brückenüberbauteils stützt die Vorbehalte der Beklagten. Insoweit wendet der Kläger zwar ein, seine Ehefrau habe nicht ein Verpächter-Pfandrecht geltend gemacht, sondern lediglich eine Nutzungsentschädigung für die Lagerung des Stahlüberbauteils nach Abschluss der Übereignungsvereinbarung verlangt. Aus dem weiteren Vortrag des Klägers zu den Pachtrückständen, die er von der Beklagten verlangt, ergibt sich jedoch, dass zumindest die Möglichkeit der Geltendmachung eines Verpächter-Pfandrechts bestanden hat.

Zum anderen ist auch die Meinung des Klägers unzutreffend, wonach die Beklagte lediglich die in der vierten Abschlagsrechnung angebotene Übereignungserklärung habe unterzeichnen müssen und dies nur deswegen nicht getan habe, weil sie dann zur Zahlung verpflichtet worden wäre. Der Text auf dem Aufmaßblatt zu Position 7.1.10 (Bl. 271 Anlagenordner I) hätte keinesfalls ausgereicht, um eine rechtswirksame Eigentumsübertragung vorzunehmen. Da sich der Kläger weiter im Besitz des Brückenüberbauteils befunden hätte, kam für eine Eigentumsübertragung nur eine

Einigung und die Vereinbarung eines Besitzkonstituts gemäß § 930 BGB zum Ersatz der Übergabe in Betracht. Hinsichtlich der Erklärung in der vierten Abschlagsrechnung fehlte es insoweit bereits an der erforderlichen Bestimmtheit der zu übereignenden Sache, die durch einfache äußere Merkmale so bestimmt bezeichnet sein muss, dass jeder Kenner des Vertrages sie zu dem Zeitpunkt, in dem das Eigentum übergehen soll, unschwer von anderen unterscheiden kann (Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. 2014, § 930, Rd.-Nr. 2 m. w. N.). Eine so genaue Bezeichnung der mit dem Brücken-Überbauteil im Einzelnen verbundenen und sonstigen von der Übereignung betroffenen Bauteile ist der Erklärung auf dem Aufmaßblatt zu Position 7.1.10 nicht zu entnehmen.

Des Weiteren fehlt es an der nach § 930 BGB erforderlichen Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB. Ein solches wäre jedoch erforderlich gewesen (Palandt/Bassenge, a. a. O., § 930, Rd.-Nr. 7 m. w. N.). Ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB haben die Parteien erst in § 2 der Übereignungsvereinbarung vom 29.04./09.05.2008 (Bl. 97 Anlageheft I) vereinbart.

Danach konnte der Kläger zum Zeitpunkt der Erteilung der fünften Abschlagsrechnung keine Bezahlung der Leistungen verlangen, die auf die Fertigstellung des Brückenüberbauteils entfielen. Das waren nach der vom Kläger selbst vorgelegten Tabelle Nr. 1 (Anlage A 32, Bl. 354 ff. d. A.) netto 208.253,43 €, nämlich die auf die Titel 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 und 7.6 entfallenden Beträge, die er im Rahmen der fünften Abschlagsrechnung abgerechnet hat.

Danach waren zuzüglich Mehrwertsteuer weitere 247.821,58 € von dem Rechnungsbetrag der fünften Abschlagsrechnung in Abzug zu bringen.

cc) Hinsichtlich weiterer 31.775,30 € netto hat der Kläger entweder nicht ausreichend dargelegt oder nicht bewiesen, dass er diese Arbeiten, so wie im Leistungsverzeichnis beschrieben, entsprechend seiner Abrechnung in der Tabelle Nr. 1, Spalte 2, fünfte Abschlagsrechnung (Anlage A 32, Bl. 354 ff. d. A.), ausgeführt hat. Im Einzelnen gilt folgendes:

(1) Position 2.1.30

Ausweislich der Tabelle 1 behauptet der Kläger 40 Meter Baustellenüberfahrt zu einem Gesamtpreis von 1.200,00 € bei Erteilung der fünften Abschlagsrechnung hergestellt zu haben, Anerkannt hat die Beklagte lediglich 1.080,00 €, mithin 36 Meter. Zu den damit

streitigen 4 Metern ist der Vortrag des Klägers widersprüchlich. Im diesbezüglichen Aufmaßblatt zur ersten Abschlagsrechnung (Bl. 122 Anlagenordner I) beträgt das Aufmaß der Baustellenüberfahrt 60 Meter. Im Aufmaßblatt zur dritten Abschlagsrechnung (Bl. 190 Anlagenordner I) beträgt das Aufmaß 36 Meter. Im Aufmaßblatt zur Schlussrechnung (Bl. 552 Anlagenordner II) beträgt das Aufmaß zur Baustellenüberfahrt schließlich 53,17 Meter. In der Tabelle Nr. 1 hingegen behauptet der Kläger die Herstellung von 40 Metern Baustellenüberfahrt. Danach ist völlig unklar, in welcher Länge der Kläger eine Baustellenüberfahrt hergestellt hat. Das geht angesichts der ihn treffenden Darlegungs- und Beweislast zu seinen Lasten. Weitere 120,00 € kann der Kläger zu dieser Position nicht abrechnen.

(2) Position 2.1.100

Der Kläger hat nicht bewiesen, dass er die von ihm bereits mit der fünften Abschlagsrechnung abgerechneten 30 m² Schotterlagerfläche hergestellt hat. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben dazu widersprüchliche Angaben gemacht. Während der Zeuge [REDACTED] der Auffassung gewesen ist, dass Schotter vom alten Gleisbett nach unten gefahren, dort abgekippt, planiert und eingerüttelt worden sei, hat der Zeuge [REDACTED] erklärt, dass es der obere Platz gewesen sei. Es sei eine Zwischenlage eingebracht, Schotter aufgebracht, planiert und verdichtet worden. Der Zeuge [REDACTED] konnte zu dieser Position nichts sagen. Die Angaben der Zeugen waren danach nicht ausreichend sicher, um die Kammer davon zu überzeugen, dass der Kläger die in Position 2.1.100 geforderten Leistungen erbracht hat. Hinzu kommt, dass nach dem Langtext des Leistungsverzeichnisses (Bl. 11 Anlagenordner I) nicht die Herstellung eines Lagerplatzes durch Planieren von Schotter ausgeschrieben war, sondern die Herstellung einer Fläche, auf der der Schotter aus den Bogenbereichen gelagert wird. Weiter war die anschließende Rückversetzung in den Ursprungszustand Inhalt dieser Position. Dazu haben die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] nichts bekundet. Im Gegenteil haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] übereinstimmend angegeben, dass zwar Schotter seitens des Klägers abgekippt aber zuvor keine Lagerfläche für diesen Schotter hergestellt worden sei, in dem Sinne, dass dort eine Trennlage aufgebracht worden sei.

Die Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] waren glaubhaft. Sämtliche Zeugen haben insoweit, als sie sich an die Vorgänge noch erinnern konnten, detailreich und präzise ausgesagt, andererseits aber auch freimütig eingeräumt, wenn sie

hinsichtlich einzelner abgefragter Positionen keine genaue oder sichere Erinnerung mehr hatten. Die Kammer ist sich bei dieser Würdigung der Tatsache bewusst, dass es sich um Mitarbeiter entweder eines Gesellschafters der Beklagten handelt oder sie im Auftrag der Beklagten für die Bauüberwachung zuständig waren. Das führte nicht zu Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der Zeugen. Belastungstendenzen zum Nachteil des Klägers waren nicht ersichtlich. Im Gegenteil haben die Zeugen zu diversen Positionen unumwunden eingeräumt, dass entsprechende Arbeiten durchaus von dem Kläger ausgeführt worden sind, um dann differenziert zu schildern, aus welchen Gründen ihrer Auffassung nach eine Bezahlung dennoch nicht erfolgen könne. Das war z. B. im Hinblick auf die Positionen der Fall, die den Mehrabbruch von Beton betragen aber auch in Bezug auf das Sandstrahlen und Grundieren des Brückenüberbauteils.

Die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] waren auch in der Lage zu differenzieren, inwieweit eigene Wahrnehmungen ihrerseits vorgelegen haben und zu welchen Punkten sie nur Vermutungen äußern konnten und taten dies auch. Der Zeuge [REDACTED] hat mehrfach (z. B. bei den Positionen 5.2.20 und N 2.3) freimütig eingeräumt, dass seine Angaben auf Vermutungen beruhten. Die Zeugin [REDACTED] hat beispielsweise im Hinblick auf den Mehrabbruch genau danach differenziert, dass sie einen Bagger mit Meißel im Bereich der Auflager gesehen habe, nicht jedoch die Abbrucharbeiten oder den Bagger in Aktion. Der Zeuge [REDACTED] hat ebenfalls eingeräumt, den Bagger nicht in Aktion gesehen zu haben oder z. B. nicht ausschließen zu können, dass im Hinblick auf die Werkstattpläne etwas verloren gegangen sei. Dass die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] vorsätzlich falsche Angaben getätigt haben, wie es der Kläger im Hinblick auf die Erstellung des Vormontageplatzes bzw. der Stellfläche für den Autokran behauptet, vermag die Kammer nicht zu erkennen. Die Zeugen haben ihre Angaben ersichtlich auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses bezogen, die sie mit der Ladung zum Termin mitgeteilt bekommen haben und zu denen sie auch befragt worden sind. Aus den Beschreibungen der Positionen des Leistungsverzeichnisses ist gerade nicht ersichtlich, wo und wann der Vormontageplatz und die Aufstellfläche für den Autokran hergestellt werden sollten. Nachdem sich die Beweisaufnahme entsprechend dem Vortrag des Klägers an den Positionen des Leistungsverzeichnisses orientierte, ist es nicht überraschend, dass sich Zeugen anhand dieser auf die Vernehmung vorbereiten und sich an Beschreibungen der Bauausführung nicht von sich aus erinnern, auch wenn sie an dieser mitgewirkt haben. Immerhin lag der Zeitpunkt der Erstellung der Gewerke des Klägers zum Zeitpunkt der Beweisaufnahme mehr als sechs Jahre zurück.

Nach allem hat die Kammer auch hinsichtlich der im Folgenden erörterten Position die Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] für glaubhaft gehalten und verweist auf die obigen Ausführungen.

Die Behauptung des Klägers, der abgekippte Schotter habe als Trennlage dienen sollen, ist für die Kammer nicht nachvollziehbar. Es liegt doch auf der Hand, dass eine Vermischung von Schotter, der aus mehr oder minder kleinen Bruchstücken besteht, mit dem Erdboden erfolgen kann. Nach dem Leistungsverzeichnis zu dieser Position sollte gerade eine Lagerfläche für Schotter durch Herstellen einer geeigneten Zwischenlage erfolgen. Dann kann nicht gleichzeitig der Schotter als Zwischenlage dienen, der gerade auf dem Platz gelagert werden soll. Ebenso kann sich der Kläger nicht darauf berufen, eine Trennlage sei aufgrund der Beschaffenheit des Platzes nicht erforderlich gewesen, denn die Trennlage ist ausdrücklich ausgeschrieben gewesen und danach vom Bauherrn beauftragt.

Das unklare Ergebnis der Beweisaufnahme geht zu Lasten des beweisbelasteten Klägers. Ein in der fünften Abschlagsrechnung hierfür abgerechneter Betrag von 600,00 € ist daher nicht berechtigt.

(3) Position 2.3.60

Mit der fünften Abschlagsrechnung hat der Kläger drei Vollsperrungen zu insgesamt 1.350,00 € abgerechnet. Anerkannt hat die Beklagte lediglich eine Vollsperrung zu dem vereinbarten Einzelpreis von 450,00 €. Die Angaben sämtlicher Zeugen, soweit sie zu dieser Position noch etwas wussten, stimmen darin überein, dass drei Vollsperrungen vorgenommen worden sind und zwar eine für den Abbau der alten Brücke und zwei weitere Vollsperrungen für die Montage der Betonelemente. Tatsächlich waren im Leistungsverzeichnis zu dieser Position lediglich zwei Vollsperrungen vorgesehen und zwar wie die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] glaubhaft angegeben haben für den Aushub der alten Brücke und den Einhub der neuen Brücke. Soweit der Kläger aus Kostengründen für den Einhub der Betontröge weitere Vollsperrungen veranlasst hat, kann er diese nicht vergütet verlangen. Er hat sein Angebot auf die Ausschreibung mit zwei Vollsperrungen zu dieser Position abgegeben und hätte entsprechend kalkulieren müssen. Weitere Kosten, die ihm für den Einhub der Betontröge entstanden wären, hätten zu seinen Lasten gehen müssen. Zudem hat der Kläger eine Ankündigung

wegen nicht vorgesehener Leistungen nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B nicht vorgenommen.

Weitere 900,00 €, die der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung zu dieser Position abrechnet, kann er nicht verlangen.

(4) Position 3.1.50

Zu dieser Position rechnet der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung 68,37 m³ abgebrochenen Beton auf den Bögen mit 8.204,00 € ab. Die Beklagte erkennt lediglich 49,87 m³ mit 5.984,40 € an. Aus den Zeugenaussagen, soweit die Zeugen eine Erinnerung hatten, ergibt sich, dass es einen Mehrabbruch zu dieser Position gegeben hat, der von der Beklagten nicht anerkannt worden ist. Den Mehrabbruch kann der Kläger nicht ersetzt verlangen. Tatsächlich ausgeschrieben waren im Langtext des Leistungsverzeichnisses lediglich 22 m³. Des Weiteren war vorgegeben, dass ein Abbruch ohne Erschütterungen zu erfolgen hatte. Dass er tatsächlich ohne Erschütterungen abgebrochen hat und die Mehrmenge aufgrund der schlechten Qualität des Betons entstanden ist, hat der Kläger nicht bewiesen. Die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] haben dabei übereinstimmend und glaubhaft bekundet, dass die Art des Abbruchs nicht korrekt gewesen sei und deswegen ein Mehrabbruch entstanden sei. Die Zeugin [REDACTED] konnte insoweit angeben, dass sie einen Bagger mit Meißel vor Ort festgestellt habe. Auch wenn sie den Meißel nicht in Aktion gesehen hat, folgt doch daraus, dass er verwendet worden ist. Ansonsten ist keine plausible Erklärung ersichtlich, warum er vor Ort gewesen sein soll. Zu sonstigen Arbeiten, die von einem Bagger mit Meißel auf der Baustelle verrichtet worden sein sollen, hat der Kläger nicht vorgetragen. Sie sind auch nicht ersichtlich.

Hinzukommt, dass der Sachverständige [REDACTED] im selbstständigen Beweisverfahren, erstes Ergänzungsgutachten vom 09.09.2008, Seite 7, 1. Absatz oben ausgeführt hat, dass der Abbruch unplanmäßig und unsachgemäß ausgeführt worden sei, weil statt ca. 10 cm teilweise über 1 Meter Abbruchhöhe unter den Fertigteilen vorzufinden gewesen sei. Dieses sei entweder mit schwerem Gerät oder mit übertriebenem, unangemessenem Kraftaufwand erfolgt. Die Auffassung, dass mit schwerem Gerät abgebrochen worden sei, hat der Sachverständige im Termin zur mündlichen Erörterung seines Gutachtens im selbstständigen Beweisverfahren vom 28.03.2011 auch gegenüber den Einwendungen des Klägers verteidigt (Bl. 622 f. d.

Beiakten). Die Kammer hat sich den detaillierten und nachvollziehbaren Angaben des Sachverständigen, die insoweit auch mit den Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] übereinstimmen, nach eigener kritischer Würdigung angeschlossen. Die Argumente des Sachverständigen waren überzeugend. An seiner Fachkunde bestehen keine Zweifel.

Der Kläger kann sich nicht damit verteidigen, dass in der Baubeschreibung die Bezeichnung „erschütterungsarm“ Verwendung gefunden hat und diese Vorrang vor dem Leistungsverzeichnis, in dem ein „Abbruch ohne Erschütterung“ verlangt werde, habe. Die Auffassung des Klägers, dass der Text der Baubeschreibung Vorrang vor dem Leistungsverzeichnis beansprucht, teilt die Kammer nicht. Das Leistungsverzeichnis enthält im Verhältnis zur Baubeschreibung die deutlich detaillierteren Angaben. Auch werden die Preise bei Angeboten für Bauleistungen nach den Positionen des Leistungsverzeichnisses abgegeben. Für die Kammer ist auch nicht ersichtlich, dass vorliegend ein standardisierter Allgemeintext für das Leistungsverzeichnis Verwendung gefunden hat. Im Übrigen hätte der Kläger, wenn sich aus der Zusammenschau von Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis Widersprüche ergeben, den Bauherrn darauf hinweisen müssen. Es ist nicht ersichtlich, dass das vorliegend erfolgt ist.

Weitere 2.219,60 € kann der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung zu dieser Position deshalb nicht abrechnen.

(5) Position 3.1.60

Zunächst hat der Kläger behauptet, er habe die Pauschale zu dieser Zulagenposition des Leistungsverzeichnisses verdient, weil eine Verdübelung der alten Tröge auf dem Bogen vorhanden gewesen sei. Das hat der Kläger nicht zu beweisen vermocht. Der Zeuge [REDACTED] hat dazu geschildert, dass auf dem alten Bogen eine neue Schicht habe aufgebracht werden müssen und dazu Moniereisen oder Gewindestangen in den alten Beton gebohrt worden seien. Das hat der Zeuge [REDACTED] insoweit bestätigt, als er erklärt hat, aufgrund des zusätzlichen Abbruchs habe der Beton wieder aufgebaut werden müssen. Es sei eine zusätzliche Bewehrung aufgebracht worden, die auf Anforderung der Beklagten verdübelt worden sei. Der Zeuge [REDACTED] konnte zu dieser Position nichts sagen. Dementsprechend haben die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] glaubhaft bekundet, dass Verdübelungen nicht vorhanden gewesen seien.

Damit hat der Kläger gerade nicht bewiesen, dass er Arbeiten zu dieser Position des Leistungsverzeichnisses erbracht hat. Ausgeschrieben war nämlich eine Zulage für den Mehraufwand der gegenüber dem Abbruch ohne vorhandene Verankerung entsteht und nicht die Einbringung einer neuen Verdübelung oder Verankerung. Im Hinblick auf die obigen Erörterungen zu Pos. 3.1.50 (4) des Leistungsverzeichnisses kann der Kläger Mehraufwendungen, die wegen des unsachgemäßen Mehrabbruchs entstanden sind, nicht ersetzt verlangen.

Abweichend von seinem bisherigen Vortrag hat der Kläger nach Beweisaufnahme angegeben, die Position sei nicht wegen des Vorliegens von Verdübelungen abgerechnet worden, sondern weil eine Erschwernis aufgrund von „Anhaftungen“ bestanden habe. Unabhängig davon, dass der Vortrag des Klägers damit aufgrund seiner Widersprüchlichkeit unsubstantiiert ist, kann er die Ausführung nicht ausgeschriebener Arbeiten auch nicht unter einer Position des Leistungsverzeichnisses vornehmen, die sich auf etwas anderes bezieht.

Der Kläger kann danach weitere 1.000,00 € zu dieser Position mit der fünften Abschlagsrechnung nicht geltend machen.

(6) Position 5.2.10

Der Kläger behauptet, zu dieser Position 19,14 m³ Beton aufgebracht zu haben. Die Menge ist von der Beklagten insgesamt nicht anerkannt worden. Der Kläger hat nicht bewiesen, dass er die Arbeiten zu dieser Position des Leistungsverzeichnisses, nämlich die Aufbringung von Schutzbeton erbracht hat. Der Zeuge [REDACTED] hat dazu zwar angegeben, dass das in der angegebenen Menge gemacht worden sei, das Aufmaß habe er genommen. Damit nicht übereinstimmend hat der Zeuge [REDACTED] von der Aufbringung von Beton als Ausgleichsschicht gesprochen. Der Zeuge [REDACTED] konnte zu dieser Position nichts sagen. Dem entgegen haben jedoch die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] glaubhaft bekundet, dass der Kläger hier den Beton für die Mehrmengen aus dem Mehrabbruch zu Position 3.1.50 (4) abgerechnet habe.

Damit hat der Kläger nicht bewiesen, dass es sich bei den hier abgerechneten Mengen um den zur Position 5.2.10 des Leistungsverzeichnisses ausgeschriebenen Schutzbeton gehandelt hat. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme standen die einander widersprechenden Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] den glaubhaften Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] gegenüber. Danach ist offen

geblieben, ob es sich hier tatsächlich um Schutzbeton oder um Mehrmengen für den Mehrabbruch handelte. Diese kann der Kläger allerdings nicht ersetzt verlangen. Insoweit wird auf die Erörterungen zu Position 3.1.50 (4) verwiesen.

Im Rahmen des nachgelassenen Schriftsatzes vom 11.08.2014 hat der Kläger nunmehr entgegen seinem bisherigen Vortrag eingeräumt, dass es sich nicht um den zu dieser Position ausgeschriebenen Schutzbeton gehandelt hat, sondern um die erforderliche Ausgleichsschicht aufgrund des Mehrabbruchs. 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 entgegen kommt.

Einen Betrag von 3.636,60 € kann der Kläger zu dieser Position im Rahmen der fünften Abschlagsrechnung nicht abrechnen.

(7) Position 5.2.30

Insoweit behauptet der Kläger, dass ihm hier ein Mehrbetrag in Höhe von 71,48 € für eine Menge von 88,10 m³ zustehe. Die Beklagte hat lediglich eine Menge von 87,739 m³ anerkannt. Die von der Beklagten anerkannte Menge ist zutreffend. Sie ergibt sich aus dem eigenen Aufmaßblatt Nr. 28, das der Kläger zur Schlussrechnung überreicht hat (Bl. 595 Anlagenordner II). Dort liegt im Rahmen der ersten Zeile der Aufmaßberechnung (4,50 x 0,65 x 20,40) ein Rechenfehler des Klägers vor, den die Beklagte zutreffend von 60,04 m³ auf 59,67 m³ korrigiert hat. Es ergibt sich sodann eine Gesamtmenge von 87,739 m³.

Einen Betrag in Höhe von 71,48 € zusätzlich kann der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung zu dieser Position daher nicht abrechnen.

(8) Position 5.2.40

Dazu behauptet der Kläger 8,052 t Betonstahl zum Preis von 9.662,40 € eingebaut zu haben. Die Beklagte hat lediglich 6,774 t anerkannt zu 8.128,80 €.

Der Zeuge [REDACTED] hat zu dieser Position erklärt, der Beton sei eingebaut worden, das Aufmaß habe er genommen. Es sei eine zusätzliche Bewehrung erforderlich gewesen, die sich aus einer dritten Biegeliste ergebe. Ob diese Biegeliste an die Beklagte

ausgehändigt worden sei, wisse er nicht. Die Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] zu dieser Position waren unergiebig. Der Zeuge [REDACTED] hat glaubhaft angegeben, anhand der Biegelisten seien nur 6,774 t festgestellt worden. Im Übrigen hat er in Übereinstimmung mit der Zeugin [REDACTED] bekundet, dass sich der Überhang auf den Mehrabbruch beziehe.

Nach diesen widersprüchlichen Angaben hat der Kläger eine Berechtigung zur Abrechnung einer Mehrmenge nicht nachgewiesen. Eine dritte Biegeliste findet sich tatsächlich in den vom Kläger überreichten Unterlagen nicht. Mit dem Aufmaßblatt Nr. 21 zur dritten Abschlagsrechnung (Bl. 229 Anlagenordner I) sind lediglich zwei Biegelisten, über 5,424 t und 1,350 t, nicht jedoch eine weitere Biegeliste über 1,278 t überreicht worden. Hinsichtlich der Mehrmenge von 1,278 t verweist der Kläger auf eine Anlage, die jedoch nicht beigelegt ist. Insoweit existiert lediglich ein Schreiben vom 19.10.2007 (Bl. 184 f. Anlagenordner I), mit dem der Kläger auf eine zusätzliche Betonstahlbewehrung von 1,3 t zu dieser Position hinweist. Das genügt in Zusammenschau mit den Angaben der Zeugen nicht, um bei der Kammer eine sichere Überzeugung über den Mehreinbau von 1,278 t Betonstahlbewehrung zu bilden. Sollte es vielmehr so sein, wie die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] bekundet haben, dass diese Mehrmenge auf den Mehrabbruch zurückzuführen ist, ist auch hier auf die Erörterungen zu Position 3.1.50 (4) zu verweisen.

Der Kläger kann danach keine weiteren 1.533,60 € im Rahmen der fünften Abschlagsrechnung zu dieser Position geltend machen.

(9) Position 10.1.20

Zu dieser Position behauptet der Kläger 341,22 m² Stahlspundwand zum Preis von 46.064,70 € hergestellt zu haben. Die Beklagte hat lediglich 328,12 m² zum Preis von 44.296,00 € anerkannt. Die von ihm behauptete Mehrmenge hat der Kläger nicht ausreichend dargelegt. Aus den Aufmaßblättern 4. - 6. zur vierten Abschlagsrechnung ergeben sich zwar 341,22 m² (Bl. 264 ff. Anlagenordner I). Aus den später erstellten Aufmaßblättern Nr. 51 und 52 zur Schlussrechnung (Bl. 636 f. Anlagenordner II), die die gleiche Position betreffen, ergeben sich jedoch nur Mengen in Höhe von 328,12 m², die die Beklagte anerkannt hat. Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Mengen aus den einzelnen Aufmaßblättern ist der Vortrag des Klägers, wonach eine Menge von 341,22 m² erbracht worden sein soll, nicht ausreichend.

Weitere 1.768,70 € kann der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung zu dieser Position daher nicht verlangen.

(10) Position 10.1.20 a

Zu dieser Position, die sich im Langtext des Leistungsverzeichnisses nicht findet, verlangt der Kläger einen Zulagenpreis für Spundwandmengen $\geq 110\%$ von $255,00 \text{ m}^2$ gemäß vorgelegter Nachtragskalkulation in Höhe von $3.703,92 \text{ €}$ für $60,72 \text{ m}^2$. Zu dieser Position ist nicht ersichtlich, was der Kläger abrechnet. Er ist anscheinend der Auffassung, dass er für Spundwandmengen, die mehr als $280,50 \text{ m}^2$ ($255,00 \text{ m}^2 + 10\%$) betragen, einen Zulagenpreis von $61,00 \text{ € pro m}^2$ abrechnen kann. Das ergibt sich nicht aus dem Leistungsverzeichnis. Die dazu vorgelegten Aufmaßblätter Nr. 7 zur vierten Abschlagsrechnung (Bl. 268 Anlagenordner I) und Nr. 54 zur Schlussrechnung (Bl. 638 Anlagenordner II) helfen insoweit auch nicht weiter, zumal Letzteres eine andere Zulagenmenge enthält. Die Nachtragskalkulation, auf die der Kläger im Rahmen der Tabelle 1 zu dieser Position Bezug nimmt, ist nicht vorgelegt.

Einen Betrag von 3.703,92 € kann der Kläger danach mit der fünften Abschlagsrechnung zu dieser Position nicht verlangen.

(11) Position N 1

Zu dieser Position behauptet der Kläger, Zusatzkosten in Höhe von $6.578,40 \text{ €}$ für Sägekosten gemäß Voranmeldung am WL Ost abrechnen zu können. Die Beklagte hat das nicht akzeptiert.

Als Zusatzkosten ist die Position nicht im Leistungsverzeichnis enthalten. Mangels weiteren Vortrags des Klägers hierzu ist völlig unklar, was mit dieser Position abgerechnet wird. Weder das Aufmaßblatt Nr. 15 zur zweiten Abschlagsrechnung (Bl. 181 Anlagenordner I) noch das Schreiben vom 09.10.2007 (Bl. 182 Anlagenordner I, Bl. 670 Anlagenordner II), auf das der Kläger Bezug nimmt, helfen insoweit weiter, zumal die dort erwähnten Angebote [REDACTED] nicht vorgelegt werden.

Auf entsprechenden Hinweis der Kammer mit Verfügung vom 20.06.2013 (Bl. 148 d. A., Ziffer 2.) ist diesbezüglich kein weiterer Vortrag des Klägers erfolgt.

Einen Betrag von 6.578,40 € kann der Kläger daher zu dieser Position mit der fünften Abschlagsrechnung nicht berechnen.

(12) Position N 2.3

Zu dieser Position berechnet der Kläger 50 lfd. Meter senkrechte Schalung zu einem Einheitspreis von 105,00 €, mithin 5.250,00 €. Diese Position hat die Beklagte nicht anerkannt.

Der Kläger ist nicht berechtigt, diese senkrechte Schalung abzurechnen. Mit Ausnahme des Zeugen [REDACTED] haben die Zeugen übereinstimmend erklärt, dass die Schalung ausgeführt worden sei. Insoweit haben aber die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] glaubhaft darauf hingewiesen, dass diese Schalung nur aufgrund des Mehrabbruchs von Beton erforderlich gewesen und deswegen seitens der Beklagten nicht abgerechnet worden sei.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht für die Kammer daher nicht fest, aus welchem Grund die zusätzlich berechnete Schalung erforderlich war. Das geht zu Lasten des beweisbelasteten Klägers. Kosten wegen des Mehrabbruchs kann der Kläger nicht ersetzt verlangen. Insoweit wird auf die Erörterung zur Position 3.1.50 (4) verwiesen.

Der Kläger kann daher mit der fünften Abschlagsrechnung keinen Betrag in Höhe von 5.250,00 € zu dieser Position geltend machen.

(13) Position N 2.4

Der Kläger behauptet zu dieser Position 106 Stück Verbundanker für Bewehrungsanschlüsse zum Einzelpreis von 12,50 €, mithin insgesamt 1.325,00 € abrechnen zu können. Die Beklagte hat die Position nicht anerkannt.

Zu dieser Position haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] übereinstimmend erklärt, dass die Verbundanker eingebaut worden seien. Die Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] waren unergiebig. Insoweit haben die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] doch ebenfalls glaubhaft angegeben, dass die Position aufgrund des „Mehrabbruchs“ erforderlich geworden sei. Danach ist wie bereits zu Position N 2.3 auf die Erörterung zur Position 3.1.50 (4) zu verweisen.

Der Kläger kann danach keine Leistung in Höhe von 1.325,00 € mit der fünften Abschlagsrechnung zu dieser Position berechnen.

(14) Position N 2.6

Mit dieser Position macht der Kläger 56 Stunden für Betonschnitte und Stemmarbeiten für Abtreppungen unter Einsatz eines Kompressors zum Einheitspreis von 40,00 €, mithin insgesamt 2.240,00 € geltend, die die Beklagte nicht anerkannt hat.

Auch insoweit ist durch die Zeugen [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] bestätigt worden, dass die Arbeiten ausgeführt wurden. Auch insoweit haben allerdings die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] glaubhaft darauf hingewiesen, dass sie durch den „Mehrabbruch“ bedingt gewesen seien. Es ist deshalb auf die Erörterungen zu Position 3.1.50 (4) zu verweisen.

Der Kläger kann mit der fünften Abschlagsrechnung daher zu dieser Position keinen Betrag von 2.240,00 € geltend machen.

(15) Position N 2.7

Zu dieser Position rechnet der Kläger 103,50 m² Mörtellagerfuge zwischen Fertigteilen und Unterbeton zu einem Einheitspreis von 8,00 €, mithin 828,00 € ab. Entgegen der Darstellung in der Tabelle Nr. 1, Seite 10 (Bl. 363 d. A.) hat die Beklagte diese Position in ihre Schlussrechnungskorrektur eingestellt und, wenn auch als mangelbehaftet, anerkannt. Das ergibt sich aus der Seite 5 der Korrektur der Schlussabrechnung, die der Kläger selbst als Anhang zu seiner Schlussrechnung überreicht hat (Bl. 681, 682 Anlagenordner II). Danach ist der Betrag von 828,00 € Bestandteil des insgesamt von der Beklagten errechneten fiktiven Gesamtwertes der Leistungen des Klägers von netto 493.751,76 €.

Einen Mehrbetrag, als die mit der fünften Abschlagsrechnung abgerechneten 828,00 € kann der Kläger zu dieser Position deshalb nicht verlangen.

(16)

Aus den Ziffern (1) - (15) ergibt sich zuzüglich Mehrwertsteuer ein Betrag von weiteren 37.812,61 €, die von der fünften Abschlagsrechnung des Klägers in Abzug zu bringen sind bzw. von der Beklagten berechtigt einbehalten wurden.

dd) Verzug mit einer Leistung erfordert einen durchsetzbaren Anspruch. Ein solcher ist bereits durch das Bestehen einer Einrede ausgeschlossen. Das gilt auch für die Einrede

des nicht erfüllten Vertrages (Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 286, Rd.-Nr. 10). Nach der bereits oben erörterten Entscheidung des BGH vom 06.12.2007 ist der Auftraggeber bei Mängeln auch unter Geltung der VOB/B nach § 641 Abs. 3 BGB zur Einbehaltung eines Betrages berechtigt, der bei Verträgen, die vor dem 31.12.2008 geschlossen wurden, grundsätzlich das dreifache der für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten beträgt (Urteil des BGH vom 06.12.2007, a. a. O., Rd.-Nr. 18).

Der Kläger hat nicht dargelegt, dass ein Einbehalt in Höhe des sich aus der Abschlagsrechnung Nr. 5 nach dem obigen Erörterung ergebenden Restbetrages von brutto 73.401,18 € unberechtigt war. Die Beklagte konnte nämlich - wie sich aus dem selbstständigen Beweisverfahren ergibt - Mängelbeseitigungskosten von wenigstens 20.570,00 € geltend machen. Das ergibt inklusive Mehrwertsteuer bei Berechnung des dreifachen Druckzuschlages einen Betrag von 73.434,90 €.

Im Einzelnen gilt folgendes:

(1) Hohlstellen in der Mörtelfuge der Betonfertigteile (Mangelbezeichnung der Antragstellerin im selbstständigen Beweisverfahren 5.1)

Hierzu hat der Sachverständige [REDACTED] ausgeführt, dass er beim Ortstermin festgestellt habe, dass die Abbruchfuge erheblich niedriger als im Plan LV-001 ausgeführt worden sei. Dies habe eine deutlich dickere Ausgleichsschicht aus Beton notwendig gemacht. Da durch den Aufbeton nicht die endgültige Höhe der Fertigteilunterkanten erreicht worden sei, sei eine ca. 25 mm - 30 mm dicke Mörtelfuge vor Ort ausgeführt worden. Es sei festzustellen, dass die Betonfertigteile im Bereich der Stirnwände an den jeweiligen Bauwerksenden hohl lägen. Die Hohlstellen innerhalb der Mörtelfuge im Bereich der Stirnwände an den jeweiligen Bauwerksenden seien durch einen Vergussmörtel vollflächig zu verfüllen. Dabei sei darauf zu achten, dass keine Lufteinschlüsse entstünden. Als Material könne ein handelsüblicher Vergussmörtel, der eine ausreichende Festigkeit und ein schwindarmes Verhalten aufweise, Verwendung finden. Es entstünden Materialkosten in Höhe von 1.000,00 € und Lohnkosten für die Vorbereitung und Ausführung in Höhe von 2.000,00 €, insgesamt also Kosten in Höhe von 3.000,00 €.

Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 3.000,00 € kann die Beklagte danach dem Kläger entgegenhalten. Bei diesem Mangel sind die Positionen 5.1.30 und 5.1.40 des

Leistungsverzeichnisses betroffen, die der Kläger bereits mit der fünften Abschlagsrechnung abgerechnet hat.

(2) Fuge zwischen den Fertigteilen (5.2 = E 20)

Dazu hat der Sachverständige [REDACTED] ausgeführt, dass ein Fugenband mit einer Breite von 300 mm und einer Dicke von 1 m an der Innenseite der Fertigteile eingebaut sei. Aus den ihm übergebenen Unterlagen sei nach Angaben der ausführenden Firma ein Colflex-Abdichtungssystem, bestehend aus Colflex-E-Folie und Colflex-MS-Fixa eingebaut worden. Dieses System besitze ein „allgemeines bauaufsichtliches Prüfzeugnis“ (Nr. P-SAC 02/2.2/06-358) als streifenförmige außenliegende Fugenabdichtung für Bauteile aus Beton mit hohem Wassereindringwiderstand gemäß Bauregelliste A, Teil 2, lfd. Nr. 1.4. Aus dem Prüfzeugnis gehe hervor, dass dieses Produkt für den Einsatzbereich zur Abdichtung von Sollrissfugen vorgesehen sei. Für die hier vorliegende Abdichtung von Raumfugen sei das Produkt nicht zugelassen und nicht geeignet. Die Fuge sei stattdessen mit einem dauerelastischen Material zu schließen, so dass kein Wasser mehr eindringen könne. Die vorhandene Abdichtung an der Innenseite der Fertigteile sei zu lösen, damit die Fugenfüllung auch an der Innenseite erfolgen könne. Die innere Abdichtung der Fuge müsse in Verbindung mit der Abdichtung der Betonoberfläche mit einem Abdichtungsband erfolgen. Dafür entstünden Materialkosten in Höhe von 1.500,00 € und Lohnkosten für die Vorbereitung und Ausführung in Höhe von 3.000,00 €, insgesamt also Kosten in Höhe von 4.500,00 €.

Die Beklagte kann dem Kläger daher Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 4.500,00 € entgegensetzen. Betroffen ist die Position 6.2.30 des Leistungsverzeichnisses, die der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung abgerechnet hat.

(3) Rinne des kleinen Bogens (5.6)

Dazu hat der Sachverständige ausgeführt, dass ein Teilbereich der Rinne des kleinen Bogens beim Betonieren verschoben sei und ein Gegengefälle der Entwässerungsrinne vorliege. Das Gegengefälle sei durch ein geeignetes Gießharz auszugleichen. Dafür fielen Materialkosten in Höhe von 300,00 € und Lohnkosten von 900,00 €, insgesamt also 1.200,00 €.

Die Beklagte kann dem Kläger danach weitere Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 1.200,00 € entgegenhalten, denn der Mangel gehört zu den Titeln 5.1 oder 5.2 des Leistungsverzeichnisses, also zu den Betonarbeiten, die der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung bereits abgerechnet hat.

(4) Gütenachweise für Betonqualität Fertigteile (E 2)

Dazu hat der Sachverständige ausgeführt, dass Gütenachweise für die Betonqualität der gelieferten Fertigteile nicht vorlägen. Die Frage, ob ein erhöhtes Risiko bezüglich der vereinbarten Qualität verbleibe, sei grundsätzlich mit „ja“ zu beantworten. Aufgrund der Bauteilanforderung an die Betonkonstruktion und der öffentlichen Sicherheitsbelange seien die entsprechenden Nachweise erforderlich. Eine Beschaffung von Betonfertigteilen ohne entsprechende Gütenachweise entspreche nicht den Bauproduktregelungen und sei daher nicht zulässig. Daher sei die Durchführung von labortechnischen Untersuchungen erforderlich, um die Betonqualität zu prüfen. Hierzu müssten aus den entsprechenden Betonfertigteilen Bohrkerne gezogen und labortechnisch überprüft werden. Die Entnahmestellen der Bohrkerne müssten fachgerecht wieder verschlossen werden. Es seien je Seite mindestens zwei Bohrkerne zu entnehmen. Mit Hilfe der festgestellten Druckfestigkeit und des Wasser-Zement-Verhältnisses ließen sich die erforderlichen Qualitätsmerkmale bestimmen. Die hierfür notwendigen Aufwendungen seien mit ca. 1.000,00 € netto zu beziffern.

Die Beklagte kann wegen dieses Mangels weitere 1.000,00 € Mängelbeseitigungskosten dem Kläger entgegenhalten. Insoweit ist die Betonqualität der Fertigteile betroffen, also der Titel 5.1 des Leistungsverzeichnisses, den der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung abgerechnet hat.

(5) Fehlende Gurtung und Anker der Spundwand (E 4 = E 21)

Dazu hat der Sachverständige ausgeführt, dass zur Dichtheit der vorderen Spundwand noch Restarbeiten, wie sie in der Baubeschreibung erläutert seien, auszuführen seien. Da die Leistung „Spundwand“ in mehreren wesentlichen Punkten noch nicht abgeschlossen sei müssten die Leistungspositionen 10.1.30 bis 10.1.90 noch ausgeführt werden. Die Kosten dieser Restleistung beliefen sich auf 15.000,00 € netto. Bei diesen Kosten sei die fehlende Gurtung und der Anker nicht berücksichtigt, die nach Position 10.1.20 des Leistungsverzeichnisses auszuführen sei. Es kämen deshalb nochmal ca. 5.500,00 € netto hinzu.

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 fünften Abschlagsrechnung abgerechnet. Aus dem Leistungsverzeichnis ergibt sich in Übereinstimmung mit den Bekundungen des Sachverständigen, dass Gurtung und Verankerung im Rahmen dieser Position herzustellen waren.

(6) Fehlende glatte Betonoberfläche (E 6 = E 23)

Zu dem Ortbeton gemäß Position 5.2.30 des Leistungsverzeichnisses hat der Sachverständige ausgeführt, dass der ursprüngliche Zustand des Betons nach dem Betonieren beim Ortstermin nicht mehr einzusehen gewesen sei, da der Beton nachträglich gestrahlt worden sei. Der jetzige Zustand entspreche nicht den Anforderungen an die im Leistungsverzeichnis geforderte glatte Betonoberfläche. Um zu diesem Zustand zu kommen seien noch folgende Maßnahmen durchzuführen: Herstellung einer Kunstharzgrundierung, Kratzspachtelung mit Quarzsand und ggf. noch abschließende Versiegelung. Für die Baustelleneinrichtung und Räumung entstünden Kosten in Höhe von 1.000,00 €, für die genannten Maßnahmen Kosten in Höhe von 2.600,00 € und 400,00 € für Nebenkosten (Abreißversuche), insgesamt also 4.000,00 €.

Zu diesem Mangelpunkt kann die Beklagte dem Kläger mithin 4.000,00 € Mangelbeseitigungskosten entgegenhalten, weil er die Position 5.2.30 des Leistungsverzeichnisses betrifft, die der Kläger mit der fünften Abschlagsrechnung bereits abgerechnet hat.

(7) Entfernung von zwei Gleisjochen (E 9 = E 26)

Dazu hat der Sachverständige angegeben, dass sich an der Westseite zwei Gleisjochen in der Böschung befinden. Deren Entsorgung sei in Position 3.2.30 des Leistungsverzeichnisses enthalten. Dafür fielen Kosten in Höhe von ca. 350,00 € für die Gestellung eines 30-t-Krans inklusive An- und Abfahrt sowie für den Abtransport einschließlich Entsorgung in Höhe von 700,00 €, mithin netto insgesamt ca. 1050,00 € an.

Danach kann die Beklagte weitere Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 1.050,00 € für die Beseitigung der zwei Gleisjoche dem Kläger entgegenhalten, denn die Position

3.2.30 des Leistungsverzeichnisses hat er mit der fünften Abschlagsrechnung vollständig abgerechnet.

(8) Versatz eines Fertigteiltes (E 18 = E 27)

Dazu hat der Sachverständige ausgeführt, dass der Versatz der Fertigteile einen optischen Mangel darstelle. Eine gravierende Minderung des Geltungswertes sei nicht zu erkennen. Die Gebrauchstauglichkeit sei in keiner Weise eingeschränkt. Grundsätzlich sei deshalb 1 % von dem Wert eines Betonfertigteiltes zugrunde zu legen. Das ergebe eine Minderung von 32,00 €. Wenn man nicht nur auf den Wert eines Fertigteiltes abstelle, könne man für den optischen Mangel den Faktor 10 zugrunde legen und käme somit auf einen Minderwert von 320,00 €.

Danach kann die Beklagte dem Kläger weitere 320,00 € entgegenhalten, weil die Betonfertigteiltes unter Titel 5.1 des Leistungsverzeichnisses bereits im Rahmen der fünften Abschlagsrechnung vollständig abgerechnet waren.

(9) Die Kammer hat sich den ausführlichen und nachvollziehbaren Angaben des Sachverständigen nach eigener kritischer Würdigung in vollem Umfang angeschlossen. Der Sachverständige hat sein Gutachten im Erörterungstermin vom 28.03.2011 ausführlich begründet und auch gegenüber den Einwendungen von beiden Parteien überzeugend verteidigt. Zweifel an seiner Sachkunde bestanden nicht. Der Kläger hat auch nicht darzulegen vermocht, dass der Sachverständige aufgrund persönlicher oder beruflicher Verbindung zu dem Planungsbüro [REDACTED] der Beklagten befangen ist. Insoweit hat der Kläger lediglich ins Blaue hinein Vermutungen geäußert, um die für ihn nachteiligen Feststellungen des Sachverständigen zu entkräften. Eine Befangenheit des Sachverständigen hat nach Feststellung des Oberlandesgerichts Celle im Beschluss vom 07.06.2011 nicht vorgelegen.

ee) Nach den vorstehenden Angaben konnte die Beklagte vom Bruttobetrag der fünften Abschlagsrechnung von 577.246,20 € folgende Beträge zu Recht abziehen:

- 218.210,83 € (für Zahlungen)
- 247.821,58 € (für das Brückenüberbauteil)
- 37.812,61 € (nicht fertig gestellte Arbeiten)
- 73.434,90 € (Mängelbeseitigungskosten inkl. Druckzuschlag)

Das ergibt einen Gesamtabzug von 577.279,92 €, der den Bruttobetrag der fünften Abschlagsrechnung bereits übersteigt.

Insoweit ist weiter zu berücksichtigen, dass die Beklagte bereits im selbständigen Beweisverfahren noch wesentlich höhere Mängelbeseitigungskosten von insgesamt 73.880,00 € (ohne Druckzuschlag) geltend gemacht hat. Diese sollten nach ihrem Vortrag zum Teil auf höheren Nachbesserungskosten infolge der Beschäftigung von Drittfirmen beruhen. Dem ist der Sachverständige [REDACTED] beigetreten. Er hat dazu im Rahmen der mündlichen Erörterung seiner Gutachten im Termin vom 28.03.2011 ausgeführt, dass Arbeiten, die eine andere Firma zur Nachbesserung von bereits begonnenen Arbeiten ausführt, anders bewertet würden. Das hänge letztlich davon ab, für welches Risiko diese Firma einzustehen habe. Natürlich sei es schwierig, Gewährleistung für Arbeiten zu übernehmen, die von einer anderen Firma bereits größtenteils fertiggestellt worden seien. Insofern könnten die Preise um 100, 200 oder 300 % schwanken. Er könne das nicht in die Einzelpositionen einrechnen, sondern nur die Arbeiten, die auszuführen seien, preislich kalkulieren. Grundsätzlich sei es schon so, dass bei Nachbesserungsarbeiten durch andere Firmen höhere Preise genommen würden. Wenn es so sei, dass die Firmen, die Nachbesserungsarbeiten ausführen, eine hundertprozentige Haftung übernehmen, würde das etwas kosten, es könne dann durchaus sein, dass Firmen, die solche ungeliebten Arbeiten übernehmen, einen Faktor von 2 oder 3 auf die Einheitspreise aufschlagen würden.

Auch diesen nachvollziehbaren und überzeugend begründeten Angaben des Sachverständigen hat sich die Kammer nach eigener kritischer Würdigung angeschlossen. Der Kläger ist dem im vorliegenden Verfahren nicht ausreichend entgegen getreten. Auch vor diesem Hintergrund hat der Kläger damit nicht ausreichend dargelegt und bewiesen, dass der von der Beklagten einbehaltene Betrag aus der fünften Abschlagsrechnung unbillig hoch gewesen ist.

3. Nachdem bereits kein vollwirksamer Anspruch des Klägers aus der fünften Abschlagsrechnung bestand, kam es auf die Frage, ob Verzug der Beklagten durch eine Mahnung des Klägers eingetreten ist, hier nicht an.

II.

Ein Anspruch wegen Eingehungsbetrug aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB steht dem Kläger nicht zu. Der Kläger kann keine Ansprüche aufgrund Eingehungsbetruges geltend machen, weil die Beklagte angeblich den Auftrag erteilt hat, ohne finanziell in der Lage gewesen zu sein, die Auftragssumme zu zahlen. Ein

entsprechendes Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen hat der Kläger nicht ausreichend dargelegt.

1. Dass die Beklagte auf die dritte und vierte Abschlagsrechnung nur geringfügige und auf die fünfte Abschlagsrechnung gar keine Zahlungen mehr erbracht hat, stellt kein taugliches Indiz für die Behauptung des Klägers von fehlenden finanziellen Mitteln der Beklagten dar. Nach den obigen Erörterungen zu I. 2.) b) war die Beklagte zu einem Einbehalt in der entsprechenden Höhe berechtigt.

2. Aus dem Jahresabschluss 2007 der Beklagten und dem dort dargestellten Kassenbestand ergibt sich das Fehlen finanzieller Mittel der Beklagten jedenfalls nicht zwingend. Es ist nämlich völlig unklar, ob die Gesellschafter der Beklagten Nachschusspflichten trafen, oder ob es Patronatserklärungen gab, so dass tatsächlich liquide Mittel für die Bezahlung vorhanden gewesen sind.

3. Des Weiteren hat der Beklagte selbst darauf hingewiesen, dass es sich bei sämtlichen Gesellschaftern der Beklagten um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das streitgegenständliche Bauvorhaben in den entsprechenden Gremien beschlossen worden ist. Dann besteht jedoch auch eine Verpflichtung dieser Gesellschafter, die entsprechenden Haushaltsmittel zur Verfügung zu stellen.

4. Schließlich ist auch dem Fortgang der Ereignisse zu entnehmen, dass finanzielle Mittel bzw. Reserven der Beklagten vorhanden gewesen sind. Denn das Bauvorhaben wurde letztlich nach Einstellung der Arbeiten durch den Kläger unter Beteiligung dritter Firmen fertiggestellt. Dazu, dass diese Firmen nicht bezahlt worden sind, hat der Kläger nichts vorgetragen und ist auch nichts ersichtlich.

III.

Der Kläger hat keinen Anspruch aus § 631 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Vergütung restlichen Werklohnes entsprechend der von ihm vorgelegten Schlussrechnung in Höhe von 284.285,87 € brutto, sondern lediglich in Höhe von 34.796,45 €.

1. Der Kläger kann bereits keinen Anspruch auf Bezahlung von Leistungen geltend machen, die er unstreitig nicht erbracht hat. Die fristlose Kündigung des Werkvertrages vom 09.09.2008 durch die Beklagte war berechtigt. Das folgt aus mehreren Umständen:

a) Der Kläger hat unberechtigterweise seine Arbeiten an dem Bauvorhaben am 21.02.2008 eingestellt.

Eine Einstellung der Arbeiten war bereits deswegen nicht gerechtfertigt, weil dem Kläger wie oben zu I. 2. b) erörtert, kein fälliger Werklohnanspruch gegenüber der Beklagten aus der fünften Abschlagsrechnung zustand.

Hinzu kommt, dass für eine berechtigte Arbeitseinstellung des Auftragnehmers nach § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B ein Verzug des Auftraggebers mit Zahlungen vorliegen muss. Dieser erfordert eine angemessene Nachfristsetzung (Leinemann, VOB/B, 3. Aufl. 2008, § 16, Rd.-Nr. 62). Eine solche angemessene Nachfristsetzung hat der Kläger nicht vorgenommen. Das Schreiben seines außergerichtlich bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 29.01.2008 (Bl. 289 ff. Anlagenordner I) bezieht sich nur auf die Kürzungen der dritten und vierten Abschlagsrechnung. Eine Fristsetzung ist darin nicht enthalten.

Das Schreiben seines außergerichtlich bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 14.02.2008 (Bl. 293 ff. Anlagenordner I) enthält zwar eine Frist zur Begleichung der fünften Abschlagsrechnung. Die gesetzte Frist von 3 Tagen stellt aber keine angemessene Fristsetzung dar. Insoweit hätte zumindest eine Frist von 14 Tagen gesetzt werden müssen, so dass ein Verzug der Beklagten frühestens ab 01.03.2008 eingetreten wäre. Die Arbeitseinstellung am 21.02.2008 ist deswegen zu früh erfolgt. Das gilt auch unter dem Gesichtspunkt, dass - wie bereits erörtert - eine Fälligkeit der Beträge aus der fünften Abschlagsrechnung noch nicht gegeben war. Die mangelnde Fälligkeit ergibt sich aber auch aus § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B, wonach Ansprüche auf Abschlagszahlungen erst binnen 18 Werktagen nach Zugang der Aufstellung fällig werden. Die fünfte Abschlagsrechnung stammt vom 28.01.2008. Berücksichtigt man eine Postlaufzeit bis zum 31.01.2008 und zusätzlich 18 Werktage, wäre eine Fälligkeit erst am 21.02.2008 eingetreten. Mithin erfolgte die Fristsetzung mit Schreiben vom 14.02.2008 auch zu früh, nämlich vor Fälligkeit.

b) Die fristlose Kündigung durch die Beklagte war jedoch auch aufgrund der Strafanzeige, die der Kläger gegen ihren Geschäftsführer erstattet hat, berechtigt. Wirft der Auftragnehmer dem Auftraggeber gegenüber Dritten betrügerisches Verhalten vor, so kann dies einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Auflage 2008, Rd.-Nr. 1318, Seite 777). Aus der

Strafanzeige ergibt sich vorliegend auch ein wichtiger Grund, denn der Kläger hat damit die Basis für eine kooperative Zusammenarbeit zwischen den Parteien zerstört. Die Vorwürfe des Klägers hinsichtlich eines Eingehungsbetruges durch die für die Beklagte handelnden Personen waren unbegründet, wie sich aus den obigen Erörterungen zu II. ergibt. Das Strafverfahren ist auch eingestellt worden.

c) Nach der von ihm erstellten Tabelle Nr. 1 (Bl. 354 ff. d. A.) kann der Kläger daher folgende Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht oder nicht vollständig bezahlt verlangen, weil er die Leistungen unstreitig entweder vollständig oder zumindest teilweise nicht erbracht hat.

Unstreitig vollständig nicht erbrachte Positionen:

- 1.1.60 (1.500,00 €),
- 1.1.70 (1.500,00 €),
- 1.2.20 (1.000,00 €),
- 1.2.30 (500,00 €),
- 2.1.120 (1.000,00 €),
- 2.1.140 (360,00 €),
- 2.1.160 (450,00 €),
- 2.3.70 (100,00 €),
- 3.3.10 (654,60 €),
- 3.3.20 (2.305,50 €),
- 5.2.70 (518,40 €),
- 5.2.90 (945,00 €),
- 6.2.10 (517,50 €),
- 6.2.20 (620,00 €),
- 6.2.40 (1.943,76 €),
- 6.2.50 (158,40 €),
- 7.1.20 (16.500,00 €),
- 7.1.50 (1.700,00 €),
- 7.3.20 (400,00 €),
- 7.5.20 (2.961,90 €),
- 7.6.40 (2.000,00 €),
- 7.6.80 (480,00 €),
- 8.1.20 (870,54 €),

- 8.1.40 (11.328,20 €),
- 8.1.50 (6.099,80 €),
- 8.1.60 (7.386,49 €),
- 8.1.70 (840,00 €),
- 9.2.60 (1.000,00 €),
- 9.2.70 (1.134,90 €),
- 9.2.80 (300,00 €),
- 10.1.50 (1.145,70 €),
- 10.1.60 (1.050,00 €),
- 10.1.80 (575,00 €) und
- 10.1.90 (750,00 €).

Unstreitig teilweise nicht erbrachte Positionen:

- 1.1.30 (Anteil: 400,00 €),
- 1.1.40 (Anteil: 300,00 €),
- 1.1.50 (Anteil: 600,00 €),
- 1.2.10 (Anteil: 750,00 €),
- 2.1.30 (Anteil: 395,10 €),
- 2.1.170 (Anteil: 1.000,00 €),
- 2.3.60 (Anteil: 450,00 €)
- 7.1.40 (Anteil: 1.000,00 €),
- 7.3.10 (Anteil: 293,48 €),
- 7.3.10a (Anteil: 780,00 €),
- 7.3.40 (Anteil: 260,80 €),
- 7.3.60 (Anteil: 933,70 €),
- 7.4.10 (Anteil: 37,00 €),
- 7.4.20 (Anteil: 96,00 €),
- 7.4.30 (Anteil: 15,50 €),
- 7.4.40 (Anteil: 1.120,00 €),
- 7.5.10 (Anteil: 215,25 €),
- 7.6.20 (Anteil: 1.139,50 €),
- 7.6.50 (Anteil: 202,67 €),
- 7.6.60 (Anteil: 138,92 €),
- 7.6.70 (Anteil: 30,00 €),

- 8.1.10 (Anteil: 4.971,20 €),
- 8.1.30 (Anteil: 3.728,40 €) und
- 10.1.30 (Anteil: 1.050,00 €).

Aus den abgerechneten Positionen kann der Kläger daher Beträge in Höhe von 90.503,21 € nicht verlangen, weil er die Leistungen unstreitig nicht erbracht hat.

d) Im Hinblick auf weitere im Rahmen der Schlussrechnung abgerechnete Positionen in Höhe von 108.500,83 €, von denen der Kläger behauptet, Leistungen erbracht zu haben, die Beklagte dies aber bestreitet, hat der Kläger entweder nicht ausreichend dargelegt, dass er die abgerechneten Leistungen tatsächlich erbracht hat, oder er hat dies nicht bewiesen.

Im Einzelnen gilt folgendes:

(1) Position 1.1.30

Zu der Frage, ob Werkstattpläne für Stahl-Spundwände, Gurtung und Verankerung zu 80 % von dem Kläger erbracht worden sind, konnten die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] ergiebig nichts bekunden. Der Zeuge [REDACTED] konnte lediglich angeben, dass er Pläne gehabt habe, nach denen er gearbeitet habe. Ob die Beklagte Pläne erhalten habe, wisse er nicht. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, dass die Pläne für die Spundwände hergestellt und zur Prüfung der Statik beim Prüfenieur eingereicht worden seien. Es habe dann jedoch Unstimmigkeiten bezüglich der Gurtung gegeben. Fertiggestellte Pläne bezüglich der Spundwände seien letztlich nicht zu der Beklagten gekommen. Da sie keine klare Vorgabe im Bereich der Gurtung gehabt hätten, seien auch die Werkstattpläne nicht abschließbar gewesen. Die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] haben dementsprechend bekundet, dass sie keine Pläne erhalten hätten.

Aus den Angaben des Zeugen [REDACTED] ergibt sich danach nicht eindeutig, dass der Kläger Werkstattpläne für Stahl-Spundwände gefertigt hat. Der Kläger hat damit nicht bewiesen, dass er 80 % im Hinblick auf die zu Position 1.1.30 des Leistungsverzeichnisses ausgeschriebenen Werkstattpläne abrechnen kann. Soweit der Kläger angibt, einen großen Teil der Pläne erstellt zu haben, ist das im Hinblick auf Werkstattpläne allgemein zutreffend. Weitere Werkstattpläne sind in den Positionen 1.1.10 und 1.1.20 des Leistungsverzeichnisses aufgeführt und von der Beklagten auch anerkannt worden. Allerdings hat der Kläger nicht bewiesen, dass die Beklagte eine

Zustimmung zu den Planungsvorschlägen hinsichtlich der Werkstattpläne zu Pos. 1.1.30 unberechtigt verweigert hat.

Einen Betrag in Höhe von weiteren 1.600,00 € kann der Kläger zu dieser Position dementsprechend nicht abrechnen.

(2) Position 1.1.40:

Die Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] zur Überreichung von Lichtbildern waren unergiebig. Der Zeuge [REDACTED] hat dazu angegeben, dass sehr viele Lichtbilder gefertigt worden seien, die den Zweck gehabt hätten, abschließend eine Dokumentation zu erstellen. Ob Lichtbilder an die Beklagte gesandt worden seien, wisse er nicht, eine Dokumentation sei von ihm nicht erstellt worden. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben übereinstimmend bekundet, dass sie eine Dokumentation oder Lichtbilder nicht erhalten hätten.

Danach hat der Kläger nicht bewiesen, dass er die in dieser Position ausgeschriebene Lieferung digitalisierter Lichtbilder erbracht hat. Unzutreffend ist die Auffassung des Klägers, er habe mit der Erstellung der Lichtbilder eine Teilleistung erbracht. Der Kläger behauptet selbst nicht, dass er die gefertigten Bilder der Beklagten ausgehändigt habe. Ob eine Aushändigung sinnvoll gewesen wäre oder nicht, hätte die Beklagte entscheiden müssen. Damit hat der Kläger zu dieser Position keine Leistung erbracht, die die Beklagte vergüten muss.

Er kann diesbezüglich auch keine weiteren 1.200,00 € gegenüber der Beklagten abrechnen.

(3) Position 1.1.50:

Zu dieser Position, hinsichtlich der der Kläger ausweislich der von ihm erstellten Tabelle Nr. 1 (Bl. 354 d. A.) behauptet, er habe 60 % eines Bauwerksbuches/-daten, Programm SIB-Bauwerke erstellt, ist nicht ersichtlich, was der Kläger hier abrechnet und wie er zu einer Abrechnung von 60 % gelangt. Aus dem dazu beigefügten Aufmaß-Blatt Nr. 2 zur Schlussrechnung (Bl. 549 Anlagenordner II) ergibt sich insoweit auch nichts.

Nachdem der Kläger auch auf Hinweis der Kammer mit Verfügung vom 20.06.2013 (Bl. 148 d. A.) nicht ausreichend vorgetragen hat, kann er zu dieser Position keine weiteren 900,00 € abrechnen.

(4) Position 1.2.10:

Die Kammer geht davon aus, dass der Kläger im Rahmen der Anlage K 11 des nachgelassenen Schriftsatzes vom 11.08.2014 (Bl. 649 d. A.) nicht eine fehlende Beweisaufnahme zu Position 2.1.10 rügen will, sondern entsprechend der Bezeichnung der Leistung in der Anlage K 11 die Position 1.2.10 gemeint ist. Dafür spricht auch, dass die Position 2.1.10 (Baustelle einrichten) mit 6.000,00 € von der Beklagten in vollem Umfang anerkannt worden ist.

Zur Position 1.2.10, mit der der Kläger das Aufstellen eines Messprogramms und die Durchführung von Messungen mit 75 % des vereinbarten Pauschalpreises abrechnet, ist unklar, um welche Messungen es hier geht, und welche Messungen der Kläger durchgeführt haben will, zumal die Positionen 1.2.20 und 1.2.30 zum Einbau der Messbolzen unstreitig nicht ausgeführt wurden. Geht es um Vermessungen nach dem Einbau der Brücke, kann der Kläger diese nicht mehr durchgeführt haben, weil er zuvor die Arbeiten eingestellt hat. Geht es um Vermessungen zur Vorbereitung der Arbeiten, wäre zu erwarten gewesen, dass sich diese in der vierten oder fünften Abschlagsrechnung wiederfinden. Das dazugehörige Aufmaß-Blatt Nr. 3 zur Schlussrechnung (Bl. 550 Anlagenordner II) ergibt keinen weiteren Aufschluss.

Der Kläger kann danach im Hinblick auf diese Position des Leistungsverzeichnisses keine weiteren 2.250,00 € abrechnen.

(5) Position 2.1.30:

Insoweit wird auf die Erörterung zu I. 2.) b) cc) (1) Bezug genommen. Der Kläger kann keine weiteren 120,00 € zu dieser Position berechnen.

(6) Position 2.1.60:

Zu dieser Position behauptet der Kläger noch im Zeitraum 30.01. bis 20.02.2008 den Vormontageplatz zum Einheitspreis von 2.000,00 € hergestellt zu haben. Dazu haben die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] einen Platz unterhalb der Brücke geschildert, den sie durch Herstellung einer Schotterschicht mit Schotter aus dem alten Gleisbett hergestellt hätten. Dieser Platz hätte als Vormontageplatz dienen sollen, zu der es letztlich jedoch nicht mehr gekommen sei. Die Angaben des Zeugen [REDACTED] waren unergiebig.

Dementgegen haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] glaubhaft und übereinstimmend bekundet, dass ein Vormontageplatz nicht hergestellt worden sei. Ein solcher Platz sei für das Einheben des Überbaus gedacht gewesen, was durch die Firma des Klägers nicht mehr durchgeführt worden sei. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben ergänzend angegeben, dass das Einheben des Überbaus von oben, von der Gemeindestraße aus hätte erfolgen sollen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bleibt für die Kammer zweifelhaft, ob der von den Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] beschriebene Platz nicht die unter Position 2.1.100 abgerechnete Schotter-Lagerfläche darstellte und ob er - entsprechend den Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] - überhaupt geeignet war, von dort die Einhebung des Überbaues vorzunehmen. Gegen die vom Kläger behauptete Herstellung eines Vormontage-Platzes spricht, dass die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] im Hinblick auf die Entnahme des Schotters aus dem Gleisbett Arbeiten beschreiben, die zeitlich früher, nämlich vor der vierten Abschlagsrechnung erfolgt sein müssen. Es stellt sich dann die Frage, warum der Kläger, wenn er meinte, den Vormontage-Platz schon durch Herstellung der Schotter-Lagerfläche zu Position 2.1.100 hergestellt zu haben, dies nicht auch in der vierten oder fünften Abschlagsrechnung abgerechnet hat. Ein Vorrang der Baubeschreibung vor dem Leistungsverzeichnis besteht nicht.

Jedenfalls bleiben nach den glaubhaften Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] Zweifel daran, ob ein Vormontage-Platz tatsächlich hergestellt worden ist oder ob es sich bei dem von den Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] beschriebenen Platz um den Schotterlagerplatz (Pos. 2.1.100), den Lagerplatz des ausgebauten Brückenüberbauteils (Pos. 3.2.30) oder einen für die Baustelleneinrichtung erforderlichen Lagerplatz (Pos. 2.1.10) gehandelt hat. Diese Zweifel gehen vorliegend zu Lasten des für die Erbringung von Arbeiten beweisbelasteten Klägers.

Der Kläger kann daher zu dieser Position keine weiteren 2.000,00 € gegenüber der Beklagten mit der Schlussrechnung abrechnen.

(7) Position 2.1.90:

Zu dieser Position behauptet der Kläger eine Aufstellfläche für den Autokran auf dem Vormontage-Platz zum Pauschalpreis von 1.500,00 € hergestellt zu haben.

Nachdem die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] zu dieser Position auf den bereits zu Position 2.1.60 des Leistungsverzeichnisses ausgeschriebenem Vormontage-Platz verwiesen haben, gilt auch für die Aufstellfläche des Autokranes die obige Argumentation zu (6), Position 2.1.60.

Der Kläger kann keine 1.500,00 € aus dieser Position gegenüber der Beklagten mit der Schlussrechnung geltend machen.

(8) Position 2.1.100:

Insoweit wird auf die Erörterungen zu I. 2.) b) cc) (2) verwiesen. Der Kläger kann keine weiteren 600,00 € zu dieser Position berechnen.

(9) Position 2.1.130:

Zu dieser Position behauptet der Kläger 12 Meter Schutzplanken in EDSP-Profil A abgebaut und gelagert zu haben.

Die Angaben sämtlicher Zeugen dazu differieren. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, es seien Leitplanken auf beiden Seiten der Brücke abgebaut worden, 12 Meter könne hinkommen. Pfosten seien nicht abgebaut worden. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, es seien Schutzplanken abgebaut worden, 12 Meter können hinkommen. Er glaube, dass auch Pfosten abgebaut worden seien. Dies habe er jedoch nicht gesehen. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, die Position sei ausgeführt worden. Es seien auch Pfosten abgebaut worden, jedoch nur in den Zwischenbereichen, also da, wo die Planken abgebaut worden seien. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, es seien Schutzplanken abgebaut worden. Ob Pfosten abgebaut worden seien, daran könne er sich nicht erinnern. Er habe aber Lichtbilder gesehen, aus denen sich ergebe, dass einige Pfosten nicht abgebaut worden seien. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, vom Kläger sei nur das abgebaut worden, was man gemeinhin als Schutzplanke verstehe und zwar lediglich ca. 8 Meter. Nicht abgebaut worden seien die Pfosten und die Distanzhalter. Das hätte jedoch erfolgen sollen, um eine Einfahrt zur Baustraße zu schaffen und die spätere Konstruktion der Spundwand herzustellen. Es habe Baufreiheit hergestellt werden sollen. Die Zeugin [REDACTED] hat angegeben, es seien Holme abgebaut worden, aber nicht in der genannten Menge. Pfosten und Distanzstücke seien nicht abgebaut worden.

Danach hat der Kläger zur Überzeugung der Kammer lediglich bewiesen, dass er in einem gewissen Bereich die Schutzplanken, von den Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] offensichtlich als „Holme“ bezeichnet, abgebaut hat. Er hat jedoch nicht nachgewiesen, dass er die Pfosten und die Distanzstücke abgebaut hat sowie die Pfostenlöcher entsprechend der umgebenden Fläche verfüllt hat. Das ergibt sich mit hinreichender Sicherheit nicht aus den Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED]. Diese haben ersichtlich nur aus dem Umstand, dass ja Baufahrzeuge auf die Baustelle hätten fahren müssen, Rückschlüsse gezogen. An der Arbeit der Herausnahme von Pfosten waren sie nicht beteiligt. Der Zeuge [REDACTED] hat hingegen eindeutig angegeben, dass Pfosten nicht entfernt worden seien.

Danach hat der Kläger nicht bewiesen, dass die wesentlichen Arbeiten, wie sie zu Position 2.1.130 des Langtextes des Leistungsverzeichnisses ausgeschrieben worden sind, ausgeführt wurden. Das Herausnehmen der Pfosten und die anschließende Verfüllung der Pfostenlöcher stellen den Großteil der hier angegebenen Arbeiten dar. Nur für den Abbau der Schutzplanken kann der Kläger die Position des Leistungsverzeichnisses nicht abrechnen.

Der Kläger kann sich auch nicht damit rechtfertigen, der Ausbau der Pfosten sei nicht erforderlich gewesen, um den Zweck dieser Position des Leistungsverzeichnisses zu erreichen. Das zu beurteilen, oblag nach dem eindeutigen Wortlaut des Leistungsverzeichnisses nicht dem Kläger. Jedenfalls kann er mit diesem Argument nicht die Abrechnung der gesamten Position vornehmen, wenn nach seinem eigenen Vortrag die Erbringung eines Teils der Leistung ausreichend war und er tatsächlich auch nicht mehr vorgenommen hat.

Der Kläger ist daher nicht berechtigt, zu dieser Position 180,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten geltend zu machen.

(10) Position 2.1.150:

Hierzu behauptet der Kläger, er habe 3 Stück Holme der Schutzplanken abgebaut und gelagert.

Auch zu dieser Position sind die Zeugenaussagen unterschiedlich. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, dass er davon ausgehe, dass mit Holmen eine Art Geländer auf der Schutzplanke gemeint sei. Davon hätte die Firma des Klägers welche abgebaut. Wie

viele das gewesen seien, wisse er nicht mehr. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, sie hätten auch Holme der Schutzplanken abgebaut. Er sei dabei gewesen. Es seien 3 Stück gewesen. Der Zeuge [REDACTED] war der Auffassung, dass zu dieser Position die Pfosten gemeint gewesen seien. Dazu könne er nichts sagen. Der Zeuge [REDACTED] hat ebenfalls zunächst dazu nichts bekunden können. Auf weiteren Vorhalt hat er jedoch angegeben, wenn der Holm oben auf der Leitplanke montiert gewesen sein soll, sei er definitiv nicht abgebaut. Das wisse er noch, weil er sich daran habe vorbeidrängen müssen. Auf der Nordseite der Straße seien von Anfang an keine Holme vorhanden gewesen. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, keine Kenntnis darüber gehabt zu haben, dass diese Schutzteile abgebaut worden seien. Die Zeugin [REDACTED] hat angegeben, vom Kläger seien keine Holme der Schutzplanken abgebaut worden.

Danach hat der Kläger den Abbau von Holmen auf Schutzplanken nicht nachgewiesen. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben dieses zwar angegeben. Dem sind jedoch die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] ebenfalls glaubhaft entgegen getreten. Die Angaben des Zeugen [REDACTED] waren unergiebig. Damit steht insgesamt nicht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger diese Arbeiten ausgeführt hat. Im Übrigen wird Bezug genommen auf die obigen Erörterungen zu Pos. 2.1.130.

Der Kläger kann keine weiteren 300,00 € hinsichtlich dieser Position mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten geltend machen.

(11) Position 2.1.170:

Zu dieser Position behauptet der Kläger eine Zulage für Winterbau/Wetterschutz in Höhe von 60 % der Pauschale verdient zu haben. Der Vortrag des Klägers ist insoweit unklar. Der Kläger hat nicht angegeben, wofür ein Wetterschutz oder Winterbau erforderlich gewesen ist bzw. welche Maßnahmen er konkret ausgeführt hat. Das Aufmaß-Blatt Nr. 9 zur Schlussrechnung (Bl. 566 Anlagenordner II) hilft nicht weiter. Unklar ist auch, wie der Kläger zu einer Erbringung dieser Leistung in Höhe von 60 % kommt. Trotz entsprechenden Hinweises der Kammer vom 20.06.2013 (Bl. 148 d. A.) ist kein weiterer Vortrag des Klägers erfolgt.

Der Kläger kann daher zu dieser Position keinen weiteren Betrag in Höhe von 1.500,00 € nicht geltend machen.

(12) Position 2.3.60:

Insoweit wird auf die Erörterung zu I. 2.) b) cc) (3) Bezug genommen. Der Kläger kann keine weiteren 900,00 € zu dieser Position berechnen.

(13) Position 3.1.50:

Insoweit wird Bezug genommen auf die Erörterung zu I. 2.) b) cc) (4). Der Kläger kann keine weiteren 2.219,60 € zu dieser Position berechnen.

(14) Position 3.1.60:

Insoweit wird Bezug genommen auf die Erörterung zu I. 2.) b) cc) (5). Der Kläger kann keine weiteren 1.000,00 € zu dieser Position berechnen.

(15) Position 3.3.10:

Die Auffassung des Klägers, wie sie sich aus der dem Protokoll vom 16.07.2014 anliegenden Liste ergibt, dass zu dieser Position eine Massenkürzung seitens der Beklagten vorliegen würde, ist nicht nachvollziehbar. Der Vortrag ist widersprüchlich. Sowohl aus Seite 3 der Tabelle 1 (Bl. 356 d. A.) als auch Seite 2 der Tabelle 2 (Bl. 366 d. A.) ergibt sich, dass der Kläger diese Position vollständig nicht ausgeführt hat und lediglich der Auffassung ist, den Betrag aufgrund der Vertragskündigung abrechnen zu können. Dazu wird auf die obigen Erörterungen verwiesen.

Einen Betrag in Höhe von 654,10 € kann der Kläger zu dieser Position nicht mit der Schlussrechnung von der Beklagten verlangen.

(16) Position 3.4.10:

Zu dieser Position behauptet der Kläger 9,60 Meter Zaun aufgenommen zu haben.

Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben dazu übereinstimmend bekundet, dass ein Zaun weggenommen worden sei, weil man sonst nicht an die Brücke heran kam. Während der Zeuge [REDACTED] angegeben hat, dass das ein Zaun sei, der sich in Richtung [REDACTED] gesehen auf der rechten Seite hinter dem Bogen befunden habe, hat der Zeuge [REDACTED] angegeben, es habe sich um einen Zaun unten an der Bahnlinie gehandelt. Der Zeuge [REDACTED] hat weiter bekundet, es habe noch einen anderen Zaun auf dem alten Fundament gegeben, der aus Winkel-Eisen gewesen sei. Diesbezüglich habe er ebenfalls gesehen, dass der Zaun später weg gewesen sei. Die Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] zu dieser Position waren unergiebig.

Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben hingegen glaubhaft und übereinstimmend angegeben, dass der Zaun nicht entfernt worden sei. Er habe dort immer noch gestanden, als der Kläger seine Arbeiten beendet habe. Weiter hat der Zeuge [REDACTED] ausgeführt, es habe sich um einen Maschendraht-Zaun parallel zur östlichen Widerlager-Wand gehandelt.

Danach hat der Kläger nicht bewiesen, dass er einen Zaun zur Länge von 9,60 Meter tatsächlich abgebaut hat. Für die Kammer ist bereits unklar, wie viele Zäune auf der Baustelle vorhanden gewesen sind und um welchen Zaun es sich konkret hinsichtlich dieser Position des Leistungsverzeichnisses gehandelt hat. Insoweit ist allerdings auch möglich, dass alle Zeugen von demselben Zaun sprechen. Jedenfalls bleiben nach den Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] Zweifel daran, ob der Kläger den in dieser Position genannten Zaun tatsächlich entfernt hat. Diese Zweifel gehen vorliegend zu Lasten des beweisbelasteten Klägers.

Der Kläger kann damit keine 192,00 € zu dieser Position gegenüber der Beklagten mit der Schlussrechnung abrechnen.

(17) Position 3.4.30:

Hierzu behauptet der Kläger, er habe eine Pauschale für das Abräumen des Baugeländes verdient. Der Zeuge [REDACTED] hat dazu angegeben, sie hätten das Meiste weggeräumt, ob zu 100 %, wisse er nicht. Es sei richtig, den auf den als Anlage zu Protokoll genommenen Lichtbildern zu sehenden Bewuchs hätten sie nicht entfernt, sie hätten nur einen Streifen unmittelbar an der Brückenkonstruktion entfernt.

Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, Teile seien gemacht worden, als er noch nicht auf der Baustelle gewesen sei, Teile später. Als die Spundwände gerüttelt worden seien, habe noch Weiteres entfernt werden müssen. Da sei er dabei gewesen. Der Zeuge [REDACTED] hatte keine eigene Erinnerung daran. Er konnte sich lediglich an eine Rechnung von Kollegen der Straßenbahn erinnern, in der es um Beseitigung von Grün an der Bahntrasse gegangen sei. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben angegeben, es sei eindeutig nicht abgeräumt worden. Die Angaben des Zeugen [REDACTED] waren unergiebig.

Danach hat der Kläger nicht bewiesen, dass er zu dieser Position Leistungen erbracht hat. Für die Kammer bleibt auch angesichts der vorgelegten Lichtbilder Bl. 571, 573

völlig unklar, wo der Kläger abgeräumt hat. Diesbezüglich waren auch bereits die Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] nicht hinreichend sicher. Konkretes lässt sich aus ihnen nicht entnehmen. Jedenfalls gehen die Zweifel, die nach den Aussagen der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] hinsichtlich einer Vornahme des Abräumens weiter bestehen, zu Lasten des insoweit beweisbelasteten Klägers.

Danach kann der Kläger zu dieser Position keine 1.500,00 € von der Beklagten mit der Schlussrechnung ersetzt verlangen.

18) Position 3.4.40:

Der Kläger behauptet zu dieser Position, seine Firma habe 4 Stück Bäume gefällt.

Dazu haben der Zeuge [REDACTED] und der Zeuge [REDACTED] übereinstimmend angegeben dass Bäume gefällt worden seien. Der Zeuge [REDACTED] hat zusätzlich angegeben, wie viele das waren, wisse er nicht. In einem sei Draht eingewachsen gewesen. Der Durchmesser möge 10 bis 15 cm betragen haben. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben demgegenüber angegeben, dass Bäume nicht gefällt worden seien bzw. ihnen dazu nichts bekannt geworden sei. Der Zeuge [REDACTED] hat zusätzlich noch bekundet dass der Bauherr selbst 3 Bäume gefällt habe. Die Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] dazu waren unergiebig.

Nach dem unklaren Ergebnis der Beweisaufnahme konnte der Kläger nicht zu Überzeugung der Kammer nachweisen, dass er bzw. seine Mitarbeiter tatsächlich die dieser Position ausgeschriebenen 4 Bäume in einem Durchmesser von 10 bis 30 cm gefällt haben.

Der Kläger kann zu dieser Position daher keine 600,00 € gegenüber der Beklagten in der Schlussrechnung abrechnen.

(19) Position 3.4.50:

Zu dieser Position behauptet der Kläger 3 Stück Wurzelstöcke gerodet zu haben.

Dazu hat der Zeuge [REDACTED] angegeben, Wurzelstöcke mit Schaufel und Spitzhacke rausgeholt zu haben, weil man mit dem Bagger nicht daran gekommen sei. Das habe er selbst gemacht. Wie viele das gewesen seien, wisse er nicht mehr. Die Zahlen seien jedoch eher höher als die angegebenen 4 Stück Bäume bzw. 3 Stück Wurzelstöcke.

gewesen. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, diese Position habe zu den gefällten Bäumen dazu gehört. Er sei dabei gewesen, als die Arbeiten durchgeführt worden seien. Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, dass ihm nicht bekannt geworden sei, dass Wurzelstöcke durch den Kläger oder seine Mitarbeiter gerodet worden seien. Die Position habe sich auf die 3 vom Bauherrn gefällten Bäume bezogen, deren Wurzelstöcke noch hätten gerodet werden müssen. Die Zeugin [REDACTED] hat angegeben, dass Wurzelstöcke nicht gerodet worden seien. Die Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] waren unergiebig.

Nach dem Beweisergebnis hat der Kläger nicht zur Überzeugung der Kammer zu beweisen vermocht, dass er bzw. seine Mitarbeiter die in dieser Position des Leistungsverzeichnisses angeführten Wurzelstöcke tatsächlich gerodet haben. Nach dem Leistungsverzeichnis ging es dabei um Wurzelstöcke mit einem Durchmesser von 30 bis 50 cm. Die Annahme des Zeugen [REDACTED], dass die Wurzelstöcke der zu Position 3.4.40 ausgeschriebenen Baumfäll-Arbeiten gemeint gewesen seien ist danach unzutreffend. Tatsächlich beinhaltet bereits die Position 3.4.40 (4 Bäume fällen) das Roden der dazugehörigen Wurzelstöcke. Danach haben die Angaben des Zeugen [REDACTED] eine Durchführung gerade dieser Position aus dem Leistungsverzeichnis nicht bewiesen.

Die Angaben des Zeugen [REDACTED] genügen angesichts der entgegenstehenden Aussagen der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] nicht, um eine Durchführung der Arbeiten zur Überzeugung der Kammer festzustellen. Die Angaben waren auch nicht hinreichend sicher. Zu einer Größe oder einem Durchschnittsmaß hat der Zeuge keine Angaben gemacht.

Danach kann der Kläger zu dieser Position keine 600,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten abrechnen.

(20) Position 5.2.10:

Insoweit wird auf die Ausführungen zu I. 2.) b) cc) (6) Bezug genommen. Der Kläger kann keine weiteren 3.636,60 € zu dieser Position berechnen.

(21) Position 5.2.20:

Der Kläger behauptet 129,38 qm Betonstahl, Matte N 141 erbracht zu haben.

Dazu hat der Zeuge [REDACTED] angegeben, dass in die Ausgleichsschicht auch Betonstahl eingebaut worden sei. 129,38 qm können hinkommen, es seien auch Matten eingebaut worden, ob diese die Bezeichnung N 141 gehabt hätten, wisse er nicht. Er habe dabei mitgearbeitet, die Matten zusammengerödelt und in den Beton eingebracht.

Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, die Position habe sich aus 2 Teilen zusammengesetzt, einmal der Stahl, der sowieso habe eingebaut werden müssen und dann der zusätzliche Stahl, der wegen des schon geschilderten Abbruchs erforderlich geworden sei.

Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, die Leistung zu dieser Position sei nicht ausgeführt worden. Der Beton, in dem sich die Matten hätten befinden müssen sei ebenfalls nicht ausgeführt worden. Da es sich bei der Matte N 141 um eine nichtstatische Matte handele, könne diese auch definitiv nicht in der „Mehrmenge“ aus Position 5.2.10 eingebaut worden seien.

Die Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] zu diesem Punkt waren unergiebig.

Danach hat der Kläger nicht bewiesen, dass er diese Position erbracht hat. Insoweit ergeben sich bereits entgegen den Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] aus dem Aufmaß-Blatt Nr. 28 zur Schlussrechnung (Bl. 595 Anlagenordner II) Zweifel hinsichtlich der Behauptung der Erbringung der Leistung. In diesem Aufmaß-Blatt hat der Kläger nämlich selbst „gemäß geprüfter Schlussrechnung Firma [REDACTED]“ notiert. Tatsächlich ist es auch so, dass die Firma [REDACTED] diese Arbeiten abgerechnet und bezahlt bekommen hat, wie sich aus der Schlussrechnung der Firma [REDACTED] vom 14.07.2009 zu Position 5.1.20 (Bl. 730 Anlagenordner II) ergibt. Aufgrund dessen und aufgrund der entgegenstehenden Angaben des Zeugen [REDACTED] stand nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger bzw. seine Mitarbeiter diese Position des Leistungsverzeichnisses erbracht haben.

Entgegen seiner bisherigen Darstellung hat der Kläger im nachgelassenen Schriftsatz vom 11.08.2014 eingeräumt, dass die Betonstahlmatte als Bewehrung der Ausgleichsschicht wegen des Mehrabbruchs eingebaut worden sei. Kosten infolge des unsachgemäßen Mehrabbruchs kann der Kläger nicht verlangen. Insoweit wird auf die Erörterungen zu Pos. 3.1.50 (I. 2. b) cc) (4)) verwiesen. Dass es Bewehrungsskizze

zur Instandsetzung der Auflagerbänke gegeben hat (Anlage K 3, Bl. 627 ff.) ändert daran nichts. Ein Anerkenntnis durch die Beklagte im Sinne von § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B liegt darin nicht. Nachdem der unsachgemäße Mehrabbruch erfolgt war, musste zwangsläufig ein Wiederaufbau vorgenommen werden. Die Kosten dafür hat der Kläger zu tragen.

Danach kann der Kläger zu dieser Position keine 388,14 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten abrechnen.

(22) Position 5.2.30:

Insoweit wird Bezug genommen auf die Erörterungen zu I. 2.) b) cc) (7). Der Kläger kann keine weiteren 71,48 € zu dieser Position berechnen.

(23) Position 5.2.40:

Insoweit wird Bezug genommen auf die Erörterungen zu I. 2.) b) cc) (8). Der Kläger kann keine weiteren 1.533,60 € zu dieser Position berechnen.

(24) Position 7.1.10:

Zu dieser Position hat der Kläger bereits nicht ausreichend vorgetragen, tatsächlich eine von der Beklagten nicht anerkannte Mehrmenge von insgesamt 8,394 Tonnen Stahl verbaut zu haben. Nach seinem Vortrag aus der Tabelle 1 Seite 5 (Bl. 358 Anlagenordner II) ergibt sich, dass er diese Menge im Zeitraum 30.01. bis 20.02.2008 verbaut haben will. Dem entgegen hat er jedoch im Rahmen der später geschlossenen Übereignungsvereinbarung vom 29.04./09.05.2008 erklärt zur Position 7.1.10 eine Menge von 65,63 Tonnen verbaut zu haben. Das ergibt sich aus der Anlage 1 zur Übereignungsvereinbarung (Bl. 102 Anlagenheft I). Die einzelnen Seiten der Anlage 1 zur Übereignungsvereinbarung sind auch nochmals gesondert vom Kläger unterzeichnet. Woraus die davon abweichende Mehrmenge resultieren soll, trägt der Kläger nicht vor. Auch aus den verschiedenen Aufmaß-Blättern zu dieser Position (Bl. 270 f., 281 Anlagenordner I, Bl. 610 ff. Anlagenordner II) ergibt sich kein Aufschluss.

Der Kläger kann daher über den von der Beklagten anerkannten Betrag hinaus keine weiteren 22.244,10 € im Rahmen dieser Position mit der Schlussrechnung geltend machen.

(25) Position 7.1.40:

Dazu behauptet der Kläger, er habe 50 % der Pauschale für die Schutzerdung laut Leistungsverzeichnis, Vormontieren und zum Einhub vorbereiten, verdient.

Insoweit ist unklar, was der Kläger hier zu 50 % abrechnet. Die Beklagte bezeichnet die Position in ihrer Schlussrechnungsprüfung als nicht ausgeführte Restleistung (Bl. 679 Anlagenordner II). Die dort im Kurztext angegebene weitere Erläuterung zur Position des Leistungsverzeichnisses „Schutzerdung herstellen, Überbau-Erde an vorhandene Bahn-Erde“ lässt darauf schließen, dass es sich um Arbeiten handelt, die erst nach Einhub des Brücken-Überbauteils ausgeführt werden können. Den hat der Kläger unstreitig jedoch nicht mehr ausgeführt. Dafür spricht auch die Schlussrechnung der Firma [REDACTED] vom 02.06.2010 zu Position 3.1.30 (Bl. 700 Anlagenordner II).

Nachdem der Kläger auch auf Hinweis der Kammer vom 20.06.2013 (Bl. 148 d. A.) dazu nichts weiter vorgetragen hat, mangelt es der Position an ausreichender Substanz.

Der Kläger kann daher keine weiteren 1.000,00 € bezüglich dieser Position mit der Schlussrechnung abrechnen.

(26) Position 7.3.10:

Zu dieser Position, Gelände auf Stahlkappe gemäß Leistungsverzeichnis einbauen ist bereits unklar, warum der Kläger, wie sich aus der Anlage zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.07.2014 (Bl. 560 d. A.) ergibt, die Auffassung vertritt, dass eine Massekürzung durch die Beklagte vorgenommen worden sei. Ausweislich der von ihm selbst erstellten Tabelle 1, Seite 6 (Bl. 359 d. A.) behauptet er zu dieser Position lediglich 100 % Geländer zu 75 % EP, mithin 4.700,00 € erbracht zu haben. Durch die Beklagte sind jedoch Leistungen in Höhe von 5.944,72 € anerkannt. Damit hat die Beklagte mehr anerkannt, als der Kläger überhaupt meinte berechnen zu können. Soweit ein Anteil in Höhe von 293,48 € nicht anerkannt worden ist, hat der Kläger diesen auch nicht erstellt. Diesbezüglich ist auf die obigen Erörterungen zum Fehlen eines entsprechenden Anspruchs des Klägers zu verweisen.

(27) Position 7.3.10 a:

Dazu behauptet der Kläger, er könne Geländer „wie vor, H = 800“ zu einer Länge von 24 Metern und einem Einzelpreis von 120,00 € abrechnen.

Die Beklagte hat in ihrer Schlussrechnungsprüfung dazu erklärt, die Leistung sei „nicht beauftragt, nicht erbracht“ (Bl. 680 Anlagenordner II). Tatsächlich findet sich diese Position im Langtext des Leistungsverzeichnisses nicht. Der Kläger hat auch auf Hinweis der Kammer vom 20.06.2013 (Bl. 148 d. A.) nichts dazu vorgetragen, welche Leistungen er diesbezüglich erbracht haben will. Der Kurztext in der Tabelle 1, Seite 6 genügt insoweit nicht.

Der Kläger kann keine 2100,00 € zu dieser Position berechnen.

(28) Position 7.3.30:

Dazu behauptet der Kläger, er habe im Zeitraum 30.01. bis 20.02.2008 39 Stück Geländer-Verankerungen, Pfostenschuh auf Stahlkappe/Trog eingebaut. Entgegen diesem Vortrag aus der Tabelle 1, Seite 6 (Bl. 359 d. A.) hat er jedoch im Rahmen der Übereignungsvereinbarung vom 29.04./09.05.2008 in der Anlage 1 zu der Position 7.3.30 erklärt, dass nur 25 Stück übereignet worden seien (Bl. 102 Anlagenheft I). Die einzelnen Seiten der Anlage 1 mit den exakten Mengenangaben hat der Kläger selbst unterzeichnet. Woraus sich die nunmehr abgerechnete Mehrmenge ergeben soll, bleibt unklar.

Danach kann der Kläger zu dieser Position des Leistungsverzeichnisses keine weiteren 160,00 € gegenüber der Beklagten abrechnen.

(29) Position 7.3.40:

Zu dieser Position ist bereits unklar, woraus sich die aus der Liste des Klägers (Bl. 560 d. A.) ersichtliche Rechtsauffassung, es sei eine Massenkürzung durch die Beklagte vorgenommen worden, ergibt. Ausweislich der Tabelle 1, Seite 6 hat der Kläger erklärt, dass er im Zeitraum 30.01. bis 20.02.2008 100 % Geländer zu 75 % EP, also 3.700,00 € erbracht habe. Die Beklagte hat zu dieser Position jedoch einen Betrag von 4.775,90 € anerkannt. Der Kammer ist eine Massenkürzung danach nicht ersichtlich. Der Kläger hat zu dieser Position mehr Vergütung erhalten, als er nach eigenem Vortrag verdient hat. Nicht ausgeführte Arbeiten in einem Wert von 260,80 € kann er nicht abrechnen. Insoweit wird auf die obigen Erörterungen verwiesen.

(30) Position 7.3.50 a:

Im Rahmen dieser Position, die nicht im Leistungsverzeichnis enthalten ist, rechnet der Kläger die Geländer-Verankerungen zu Position 7.3.50 des Leistungsverzeichnisses ab. Unstreitig hat der Kläger 17 Stück Geländer-Verankerungen erbracht, wie sich auch aus den Zeugenaussagen ergibt. Im Langtext des Leistungsverzeichnisses war der Einheitspreis mit 105,00 € festgelegt, abgerechnet hat der Kläger jedoch einen Einheitspreis von 135,00 €. Dazu war er nicht berechtigt. Der Einbau war „nach Unterlagen des AG“ gefordert. Diese Unterlage hat die Beklagte als Anlage B 7 (Bl. 528 d. A.) vorgelegt. Zutreffend handelt es sich bei dem Werkstoff Nr. 1.4401 oder 1.4571 um Edelstahl der Güte V4A. Eine vom ausgeschriebenen Einheitspreis abweichende Vergütung kann der Kläger daher nicht verlangen. Das gilt auch, wenn die Zeichnung LV-004 bei Erstellung des Angebots nicht vorgelegen hat. Eine Ankündigung von Mehrkosten wegen nicht vorgesehener Leistung nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B ist durch den Kläger nicht erfolgt.

Danach ist der Kläger zu dieser Position nicht berechtigt, weitere 510,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten abzurechnen.

(31) Position 7.3.60:

Dazu behauptet der Kläger, er habe 25,06 Meter Stahlgeländer auf der Stützwand/Spundwand zu 75 % EP eingebaut.

Dass der Einbau eines solchen Geländers erfolgt ist, hat die Beweisaufnahme eindeutig nicht bestätigt. Bereits die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben angegeben, dass Stahlgeländer auf Stützwänden oder Spundwänden von ihnen nicht eingebaut worden seien. Das haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] ebenfalls bestätigt. Allein der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, das Stahlgeländer sei sicherlich hergestellt worden, ob es eingebaut worden sei, wisse er nicht mehr.

Das genügt nicht, um nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine Ausführung zu dieser Position des Leistungsverzeichnisses anzunehmen, zumal auch hier ausweislich des Aufmaß-Blattes Nr. 40 zur Schlussrechnung (Bl. 620 Anlagenordner II) vom Kläger selbst angegeben wird „gemäß geprüfter Schlussrechnung Firma [REDACTED]“. Die Firma [REDACTED] hat die Arbeiten ausweislich ihrer Schlussrechnung vom 14.07.2009

(Bl. 726 Anlagenordner II) auch tatsächlich unter Position 9.2.20 abgerechnet und bezahlt bekommen.

Danach kann der Kläger zu dieser Position keine weiteren 2.700,00 € gegenüber der Beklagten abrechnen.

(32) Position 7.4.10:

Zu dieser Position ist bereits nicht ersichtlich, dass die Beklagte eine Massekürzung vorgenommen hat, wie der Kläger ausweislich der Liste, die Anlage zum Protokoll vom 16.07.2014 geworden ist (Bl. 560 d. A.), annimmt. Nach der Tabelle 1 Seite 6 (Bl. 359 d. A.) hat der Kläger 75 % vom Einzelpreis bei einer Menge von 12,60 Meter vor Erstellung der fünften Abschlagsrechnung erbracht und abgerechnet, also einen Betrag in Höhe von 3.496,50 €. Durch die Beklagte anerkannt waren jedoch Leistungen in Höhe von 4.662,00 €. Vor diesem Hintergrund erschließt sich eine Massekürzung nicht. Der Kläger hat mehr erhalten, als er selbst abrechnet. Hinsichtlich weiterer 37,00 €, die der Kläger bereits als nicht erstellte Leistung abgerechnet hat, steht ihm, wie sich aus den obigen Erörterungen ergibt, kein Anspruch zu.

(33) Position 7.4.20:

Zu dieser Position behauptet der Kläger, er habe 12,70 Meter Handlauf auf Berührschutz zu 75 % EP erbracht.

Dazu haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] übereinstimmend bekundet, dass der Handlauf in der Firma des Klägers gefertigt aber noch nicht endgültig an das Brücken-Überbauteil angebracht worden sei.

Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben demgegenüber bekundet, dass ein Handlauf als Anbauteil an das Stahl-Überbauteil nicht angebaut und ihnen bei Abholung des Brückenteils auch nicht ausgehändigt worden sei bzw. nicht Gegenstand der Übereignungserklärung gewesen sei.

Die Angaben des Zeugen [REDACTED] zu dieser Position waren unergiebig.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Kläger auch angesichts der Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] nicht bewiesen, dass der Berührschutz gefertigt und an die Beklagte übereignet worden ist. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben

dies in Abrede genommen. Tatsächlich ist der Handlauf zu Position 7.4.20 auch nicht Gegenstand der Anlage 1 zur Übereignungsvereinbarung vom 29.04./09.05.2008, die der Kläger ebenfalls unterzeichnet hat (vgl. Bl. 103 Anlagenheft I).

Danach kann der Kläger keinen weiteren Betrag in Höhe von 285,00 € zu dieser Position im Rahmen der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten geltend machen.

(34) Position 7.4.40:

Dazu behauptet der Kläger, er habe 12,60 Meter Fugenabdeckung als Berührschutz Elastomere-Schütze zu 50 % vom EP erbracht.

Dazu haben die Zeugen [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] übereinstimmend bekundet, dass die Fugenabdichtung nicht ausgeführt worden sei, weil der Einbau des Brücken-Überbauteils durch den Kläger nicht mehr vorgenommen worden sei. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben zusätzlich bekundet, dass die Gummi-Abdichtung jedoch in der Firma vorhanden gewesen sei.

Eine Ausführung dieser Position nach dem Leistungsverzeichnis hat der Kläger damit nicht bewiesen. Ausgeschrieben war nämlich der Einbau der Fugenabdeckung. Nach den Angaben der Zeugen ist auch unklar geblieben, ob das möglicherweise vom Kläger bereits erworbene Material zur Fugenabdichtung an die Beklagte weitergegeben worden ist.

Danach kann der Kläger keinen Betrag in Höhe von weiteren 1.102,50 € aus dieser Position gegenüber der Beklagten mit der Schlussrechnung geltend machen.

(35) Position 7.5.10:

Im Hinblick auf diese Position ist für die Kammer bereits nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger, wie sich aus der von ihm am 16.07.2014 als Anlage zu Protokoll eingereichten Liste (Bl. 560 d. A.) ergibt, eine Massekürzung durch die Beklagte unterstellt. Ausweislich der von ihm selbst erstellten Tabelle 1, Seite 6 hat er von der ausgeschriebenen Leistung Kabeltrog herstellen und einbauen 100 % zu 90 % EP im Wert von 4.300,00 € als erbracht berechnet. Durch die Beklagte anerkannt waren tatsächlich Leistungen in Höhe von 5.544,00 €, wie sich ebenfalls aus der Tabelle ergibt. Danach hat der Kläger zu dieser Position mehr erhalten, als er nach eigener Darstellung ausgeführt hat. Soweit er Leistungen in Höhe von 215,25 € nicht ausgeführt

hat, kann er keine Bezahlung verlangen. Insoweit ist auf die obigen Ausführungen zu c) Bezug zu nehmen.

(36) Position 7.6.20:

Auch hinsichtlich dieser Position erklärt sich die Behauptung des Klägers von einer Massenkürzung entsprechend der von ihm aufgestellten Liste (Bl. 560 d. A.) nicht. Nach der Tabelle 1, Seite 6 (Bl. 359 d. A.) hat der Kläger zu der Position Gehweg-Kappe mit Konsolen an Stahlbeton-Fertigteilen einbauen 90 % vom EP für 30,85 Meter zu einem Preis von 14.600,00 € erbracht und berechnet. Durch die Beklagte anerkannte Leistungen liegen zur Höhe von 15.211,00 € vor. Damit hat der Kläger mehr erhalten, als er selbst behauptet, geleistet zu haben. Soweit er hinsichtlich weiterer 1.139,50 € die Leistung nicht erstellt hat, kann er keine Ansprüche geltend machen. Insoweit ist auf die obigen Erörterungen zu c) zu verweisen.

(37) Position 7.6.50:

Auch im Hinblick auf diese Position ist eine Massenkürzung durch die Beklagte wie vom Kläger mit der Liste (Bl. 560 d. A.) behauptet nicht ersichtlich. Der Kläger behauptet, 12 qm Gitterrost-Abdeckung zu 90 % des EP bereits vor Erstellung der fünften Abschlagsrechnung erbracht zu haben und rechnet deshalb 594,00 € mit der fünften Abschlagsrechnung ab. Durch die Beklagte anerkannte Leistungen belaufen sich auf einen Gesamtpreis von 2.650,18 €, wie sich ebenfalls aus der Tabelle 1, Seite 7 des Klägers (Bl. 360 d. A.) ergibt. Danach hat der Kläger mehr erhalten, als er geleistet hat. Soweit er in Höhe eines Betrages von 202,67 € Leistungen nicht erbracht hat, kann er keine Ansprüche geltend machen. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zu c) verwiesen.

Soweit der Kläger im nachgelassenen Schriftsatz nunmehr behauptet, die Beklagte habe Gitterrostabdeckungen zu einer Gesamtfläche von 60,12 m² bzw. nach Abzug der Roste für die Übersteighilfen (Pos. 7.6.70) zu einer Gesamtfläche von 58,38 m² übernommen und quittiert, ist das unzutreffend. Aus der Anlage 1 zur Übereignungsvereinbarung (Bl. 104 Anlagenheft I), die der Kläger unterzeichnet hat, ergeben sich lediglich 10,80 m².

(38) Position 7.6.60:

Dazu behauptet der Kläger, er habe 13,23 qm Blechabdeckung des Dienstweges zu 90 % des EP von 105,00 € zu dieser Position erstellt.

Zu dieser Position haben sämtliche Zeugen übereinstimmend bekundet, dass Blechabdeckungen vorhanden waren und zusammen mit dem Brücken-Überbauteil aus [REDACTED] vom Betriebsgelände des Klägers abgeholt worden seien. Übereinstimmend gingen die Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] jedoch dahin, dass diese Blechabdeckungen nicht die ausgeschriebene Dicke von 5 mm hatten, sondern mehr, wobei sich die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] einig waren, dass es 15 mm gewesen seien.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Kläger damit die Behauptung der Beklagten, dass die Blechabdeckungen für sie nicht brauchbar waren, nicht widerlegt. Die Dicke der Abdeckungen entsprach nicht dem Leistungsverzeichnis.

Danach kann der Kläger zu dieser Position keine weiteren 1.250,23 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten abrechnen.

(39) Position 7.6.70:

Dazu behauptet der Kläger, er habe 3 Stück Gitterroste der Übersteighilfe zu 90 % des EP geliefert.

Dazu haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] angegeben, dass die Gitterroste vorhanden waren, aber jedenfalls vor Ort nicht mehr in die Übersteighilfen eingebaut worden seien.

Der Zeuge [REDACTED] hat demgegenüber in Übereinstimmung mit der Zeugin [REDACTED] angegeben, dass die Leistung nicht ausgeführt worden sei. Er habe zwar bei der Übereignung festgestellt, dass Gitterroste vorhanden gewesen seien. Diese haben aber für die Übersteighilfen nicht gepasst. Das habe auch eine Ausmessung bestätigt. Der Zeuge [REDACTED] hat insoweit unergiebig lediglich von Gitterrosten für einen Laufsteg gesprochen.

Nach diesem Ergebnis der Beweisaufnahme steht nicht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Gitterroste für Übersteighilfen zu einer Größe von 980 mm x 510 mm geliefert hat. Zu einer exakten Größe haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] keine Angaben gemacht. Sie ergibt

sich auch nicht aus der Anlage 1 zur Übereignungsvereinbarung (Bl. 104 Anlagenheft I). Die Lieferung von tatsächlich passenden Übersteighilfen hat der Kläger nicht nachgewiesen.

Danach kann der Kläger zu dieser Position auch nicht die weiter abgerechneten 150,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten geltend machen.

(40) Position 7.6.80:

Zu dieser Position, 8 Stück Treppenstufen gemäß Leistungsverzeichnis einbauen, ist für die Kammer nicht ersichtlich, dass es zu einer reinen Massenkürzung durch die Beklagte gekommen ist, wie der Kläger durch Vorlage der Anlage zum Protokoll vom 16.07.2014 (Bl. 560 d. A.) behauptet. Aus der von ihm selbst erstellten Tabelle Nr. 1, Seite 7 ergibt sich zu dieser Position, dass er zu keinem Zeitpunkt Leistungen ausgeführt hat. Für nicht ausgeführte Leistungen kann er jedoch keine Erstattung verlangen. Insoweit ist auf die obigen Erörterungen zu c) zu verweisen.

(41) Position 8.1.10:

Zu dieser Position hat sich aus der Beweisaufnahme ergeben, dass tatsächlich etwa 30 % des Überbauteils durch den Kläger und seine Mitarbeiter gesandstrahlt gewesen sind.

Die Beklagte hat dem jedoch entgegen gehalten, um Korrosion und Verschmutzungen zu vermeiden, hätte binnen kürzerer Zeit (1 Tag) eine Grundbeschichtung und sodann eine Deckbeschichtung aufgebracht werden müssen. Dies sei aufgrund der unberechtigten Arbeitseinstellung durch den Kläger nicht erfolgt. Deshalb seien die Arbeiten insgesamt für sie wertlos gewesen.

Das hat der Sachverständige [REDACTED] in seinem Gutachten vom 09.09.2008 nicht bestätigt. Er hat angegeben, es sei durch eine Nachbearbeitung (Strahlen der unbehandelten Fläche, Reinigen der Voranstrichs-Oberfläche) noch eine Qualität erreichbar, die den vertraglichen Vorgaben entspreche.

Danach kann der Kläger zu dieser Position weitere 2.000,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten berechnen.

(42) Pos. 8.1.30

Im Hinblick auf die Grundbeschichtung, deren teilweise Ausführung unstrittig ist, gilt sinngemäß dasselbe wie zu Position 8.1.10. Insoweit hat der Kläger jedoch nicht nachgewiesen, dass 30 % der Fläche grundbeschichtet worden sind. Der Zeuge [REDACTED] hat dazu angegeben, die Brücke sei von unten gesandstrahlt worden, ob auch der gesamte untere Bereich grundbeschichtet worden sei, wisse er nicht mehr. Damit korrespondieren die Angaben der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] die jeweils beide angegeben haben, ein Teil der Brücke sei gestrahlt worden. Das komme mit 30 % hin. Von diesem gestrahlten Bereich sei jedoch nur ein Teil grundiert worden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem als Anlage K 8 zum Schriftsatz vom 11.08.2014 vorgelegten Prüfbericht des [REDACTED] (Bl. 642 d. A.). Der Prüfbericht beschreibt, dass Unregelmäßigkeiten auf der Unterseite der Fahrbahnplatte vom Kläger nachgearbeitet, jedoch nicht wieder beschichtet worden seien. Danach war also gerade nicht die gesamte Unterseite beschichtet.

Allein der Zeuge [REDACTED] hat demgegenüber behauptet, das Brücken-Überbauteil sei komplett gesandstrahlt und grundiert worden. Dem stehen jedoch die Feststellungen des Sachverständigen [REDACTED] im selbständigen Beweisverfahren entgegen, der angegeben hat, beim Ortstermin festgestellt zu haben, der Überbau sei von unten von der Mitte der Brücke aus einseitig gesandstrahlt, die andere Seite habe bereits eine Grundbeschichtung gehabt (Gutachten vom 09.09.2008, Seite 7).

Damit hat der Kläger nicht nachgewiesen, dass auch die Grundbeschichtung einen Umfang von 30 % der Gesamtfläche hatte. Für die Kammer ist unklar, welche Fläche beschichtet war. Hier sind nach den Angaben der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] sowie den Feststellungen des Sachverständigen gem. § 287 ZPO 15 % der Gesamtfläche anzunehmen.

Danach kann der Kläger zu dieser Position nur 750,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten abrechnen. Weitere 750,00 € stehen ihm nicht zu.

(43) Position 10.1.20:

Insoweit wird auf die Ausführungen zu I. 2.) b) cc) (9) Bezug genommen. Der Kläger kann keine weiteren 1.768,70 € zu dieser Position berechnen.

(44) Position 10.1.20a:

Insoweit wird die Erörterungen zu I. 2.) b) cc) (10) Bezug genommen. Der Kläger kann keine weiteren 3.703,92 € zu dieser Position berechnen.

(45) Position 10.1.30:

Zu dieser Position behauptet der Kläger, 22 Stück Verankerungen der Spundwände zu 90 % des Einzelpreises erbracht zu haben.

Der Zeuge [REDACTED] hat dazu angegeben, er glaube gemeint sei die Verankerung von der äußeren zur inneren Spundwand. Er glaube aber nicht, dass sie das ausgeführt hätten. Bei der Spundwand auf der Baustelle seien Verankerungen gemacht worden.

Der Zeuge [REDACTED] hat angegeben, diese Teile gefertigt zu haben. Es seien Brennteile gewesen, die zwischen den Spundwänden hätten montiert werden sollen. Sie seien aber vor Ort nicht eingebaut worden. Das hat der Zeuge [REDACTED] insoweit bestätigt.

Dementgegen hat der Zeuge [REDACTED] angegeben, dass diese Verankerungen nicht vom Kläger, sondern im Zuge der Ersatzvornahme hergestellt worden seien. Das haben die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] insoweit bestätigt.

Nach dem unklaren Ergebnis der Beweisaufnahme steht nicht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger tatsächlich 22 Stück Verankerungen für die Spundwände hergestellt hat. Die dazu sich widersprechenden Zeugenaussagen gehen zu Lasten des insoweit beweisbelasteten Klägers. Auf die Behauptung der technischen Gleichwertigkeit seiner Planung der Spundwandverankerung kommt es danach nicht an.

Der Kläger kann zu dieser Position keine weiteren 5.000,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten abrechnen.

(46) Position 10.1.70:

Zu dieser Position behauptet der Kläger 33,35 Meter Oberkanten der Stahlspundwand gekürzt und eine Schräge hergestellt zu haben.

Zu dieser Position haben die Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] übereinstimmend angegeben, dass das gemacht worden sei. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] waren der Auffassung, dass die ca. 33 Meter so hinkämen. Die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] haben

angegeben, dass der Zeuge [REDACTED] diese Arbeiten vorgenommen habe. Die Angaben des Zeugen [REDACTED] waren unergiebig.

Demgegenüber haben die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] angegeben, dass die Spundwände gar nicht mehr gekürzt worden seien.

Danach steht nicht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Kläger bzw. seine Mitarbeiter tatsächlich eine Kürzung der Spundwand, wie im Leistungsverzeichnis vorgesehen, vorgenommen hat. Die insoweit widersprüchlichen Aussagen der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] einerseits und [REDACTED] und [REDACTED] andererseits gehen zu Lasten des beweisbelasteten Klägers. Das Beweisangebot des Klägers zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist untauglich. Ein Sachverständiger kann die erforderliche Feststellung, dass es der Kläger bzw. seine Mitarbeiter waren, die die Arbeiten ausgeführt haben, nicht treffen.

Danach kann der Kläger keine 1.834,25 € zu dieser Position gegenüber der Beklagten abrechnen.

(47) Position N 1, N 2.3, N 2.4, N 2.6, N 2.7:

Insoweit wird auf die Erörterungen zu I. 2.) b) cc) (11) bis (15) Bezug genommen. Der Kläger kann danach folgende Beträge nicht gegenüber der Beklagten abrechnen: 6.578,40 €, 5.250,00 €, 1.325,00 €, 2.240,00 €, 828,00 €.

(48) Der Vortrag des Klägers zu einer Erstattungsfähigkeit von Genehmigungsgebühren in Höhe von 44,65 € ist nicht ausreichend. Es ist nach der Tabelle 1, Seite 10 (Bl. 363 d. A.) unklar, um welche Art Genehmigungsgebühren es sich handelt. Eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Kläger die Erstattung verlangen kann, ist nicht vorgelegt. Aus der Mahnung der Stadt [REDACTED] vom 15.04.2008 (Bl. 666 Anlagenordner II) ergibt sich nichts. Die Mahnung ist an die Firma des Klägers gerichtet.

Der Kläger kann danach keine Genehmigungsgebühren in Höhe von 44,65 € mit der Schlussrechnung von der Beklagten erstattet verlangen.

(49) Soweit der Kläger Zusatzkosten durch bauseitige Planungsverstöße in Höhe von 20.000,00 € geltend macht, fehlt jeglicher Vortrag dazu, um welche Verstöße es sich handeln soll und woraus sich die Zusatzkosten begründen.

Der Kläger kann danach keine Zusatzkosten in Höhe von 20.000,00 € mit der Schlussrechnung gegenüber der Beklagten geltend machen.

(50) Auch der Vortrag des Klägers zu Zusatzkosten in Höhe von 1.620,00 € wegen Entzugs zweier Gleisjoche ist nicht ausreichend. Aus den Erörterungen zum selbständigen Beweisverfahren (s. I. 2. b) dd) (7)) ergibt sich, dass die Beklagte die fehlende Entfernung der Gleisjoche durch den Kläger gerügt hat. Danach bleibt unklar, inwiefern ein „Entzug“ der Gleisjoche durch die Beklagte vorgelegen haben soll. Der Kläger hat dazu nichts vorgetragen.

Danach kann der Kläger keine weiteren 1.620,00 € gegenüber der Beklagten mit der Schlussrechnung geltend machen.

(51) Um welche Position es sich bei Z.5.1 handelt, die der Kläger als Massenkürzung der Beklagten im Rahmen der Liste, die als Anlage zum Protokoll vom 16.07.2014 (Bl. 560 d. A.) überreicht worden ist, darstellt, vermag die Kammer nicht zu erkennen. Die Position ist weder Gegenstand der Schlussrechnung des Klägers, noch der Tabelle 1 (Bl. 354 ff. d. A.).

Daher kann der Kläger zu dieser Position auch keine 10,65 € von der Beklagten ersetzt verlangen.

2. Ausweislich der Schlussrechnungskorrektur der Beklagten (Bl. 671 ff. Anlagenordner II) ergibt sich der Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen des Klägers, wie sie von der Beklagten anerkannt sind in Höhe von 493.751,76 € netto. Dabei hat die Beklagte die vom Kläger unstreitig nicht erbrachten Leistungen (s. III. 1. c)) im Wert von 90.503,21 € bereits unberücksichtigt gelassen. Außerdem hat sie dabei die zwischen den Parteien streitigen Positionen (s. III. 1. d)) nicht angesetzt. Insoweit konnte der Kläger lediglich beweisen, dass ihm zu der Pos. 8.1.10 noch ein Betrag von 2.000,00 € und zu der Pos. 8.1.30 noch ein Betrag von 750,00 € zustehen.

Danach ergibt sich ein Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen von 496.501,76 € netto. Von diesem Betrag, der inklusive Mehrwertsteuer 590.873,09 € beträgt, sind jedoch Zahlungen der Beklagten und Schadensersatzansprüche wegen Mängelbeseitigungskosten abzuziehen.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

a) Zahlungen in Höhe von 218.210,83 € brutto auf die Abschlagsrechnungen, in Höhe von weiteren 159.609,75 € nach Abschluss der Übereignungsvereinbarung vom 29.04./09.05.2008 sowie Zahlungen in Höhe von 109.763,92 € an den [REDACTED] durch die Beklagte sind zwischen den Parteien unstreitig.

Weiter hat die Beklagte unstreitig 35.000,00 € an den Kläger gezahlt und dafür eine Bürgschaft eines deutschen Kreditinstituts erhalten. Damit ist auch diese Zahlung der Beklagten bei der Abrechnung anzusetzen. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass die Beklagte aus der Bürgschaft vorgegangen ist und entsprechende Leistungen erhalten hat. Aus der Prüfung der Schlussrechnung durch die Beklagte und der darauf basierenden Abrechnung mit Schreiben vom 24.11.2011 (Bl. 530 ff. Anlagenordner II) ergibt sich das nicht.

Eine weitere Zahlung in Höhe von 13.737,84 € an das Fertigteilwerk [REDACTED] seitens der Beklagten ist ebenfalls abzuziehen. Diese Zahlung hat der Kläger nicht ausreichend bestritten. Er hat sie lediglich nicht in seiner Schlussrechnung berücksichtigt. Auf den Hinweis der Beklagten mit Schriftsatz vom 25.03.2014, Seite 13 (Bl. 391 d. A.) hat er diese jedoch nicht mehr in Abrede genommen.

Insgesamt sind damit Zahlungen in Höhe von 536.322,34 € brutto abzuziehen, so dass sich ein restlicher Werklohnanspruch in Höhe von 54.550,75 € ergibt.

b) Schließlich sind jedoch, nachdem sich die Parteien vorliegend in einem Abrechnungsverhältnis befinden, diejenigen Mängelbeseitigungskosten abzuziehen, die sich aus dem selbständigen Beweisverfahren ergeben. Auch insoweit trägt allerdings der Kläger die Beweislast dafür, dass er seine Arbeiten mangelfrei erbracht hat. Zu einer Abnahme der Arbeiten durch die Beklagte hat der Kläger nicht vorgetragen. Insoweit ist auch nichts ersichtlich. Aus der zwischen den Parteien geschlossenen Übereignungsvereinbarung vom 29.04./09.05.2008 ergibt sich vielmehr zu § 6 Ziffer 1. (Bl. 100 Anlagenheft I), dass Einvernehmen der Parteien darüber bestand, dass bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Abnahme erfolgt war und durch den Abschluss der Übereignungsvereinbarung auch nicht erfolgen sollte.

Nach dem Vortrag der Beklagten und der Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren kann die Beklagte jedoch weitere Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 19.718,30 € inklusive Mehrwertsteuer von dem verbleibenden Restwerklohnanspruch des Klägers abziehen.

Im Einzelnen gilt Folgendes.

aa) Im Hinblick auf folgende Mangelpositionen verbleibt es bei den bereits unter I. 2. b) dd) erfolgten Erörterungen zu (1) bis (5) und (8):

- Hohlstellen in der Mörtelfuge der Betonfertigteile, Mangelbeseitigungskosten	<u>3.000,00 €</u> ,
- Fuge zwischen den Fertigteilen, Mangelbeseitigungskosten	<u>4.500,00 €</u> ,
- Rinne des kleinen Bogens, Mangelbeseitigungskosten	<u>1.200,00 €</u> ,
- keine Gütenachweise für Betonqualität Fertigteile, Mangelbeseitigungskosten	<u>1.000,00 €</u> ,
- fehlende Gurtung und Verankerung der Spundwand, Mangelbeseitigungskosten	<u>5.500,00 €</u> ,
- Versatz eines Fertigteils, optischer Mangel	<u>320,00 €</u> .

bb) Fehlen von Werkstattplänen für die Stahl-Spundwände:

Es handelt sich um die Pos. 1.1.30 des Leistungsverzeichnisses, die der Kläger nach den obigen Erörterungen (s. III. 1. d) (1)) ohnehin nicht abrechnen kann, weil er die Erstellung dieser Werkstattpläne nicht bewiesen hat. Danach kann die Beklagte insoweit keine Mangelbeseitigungskosten geltend machen. Soweit der Sachverständige [REDACTED] im Rahmen der mündlichen Erörterung seiner Gutachten am 28.03.2011 ausgeführt, dass zu dieser Position insgesamt 1.000,00 € Kosten anzusetzen seien, handelt es sich demnach nicht um Kosten der Mangelbeseitigung, sondern um die Kosten der Ausführung, die die Beklagte ohnehin hätte bezahlen müssen.

cc) Weitere Mangelbeseitigungskosten für nicht ausgeführte Fugen in Höhe von 400,00 €, wie sie der Sachverständige im Rahmen seiner mündlichen Erörterung (Bl. 619 d. Beiakten) und 1.300,00 € für eine erforderliche Bestandsvermessung (Bl. 619 d. Beiakten) aufführt, kann die Beklagte nicht ersetzt verlangen. Insoweit handelt es sich nach den obigen Erörterungen bereits um Positionen, die der Kläger ohnehin nicht bezahlt verlangen kann, weil er sie nicht ausgeführt hat. Hinsichtlich der Fuge ist das Leistungsverzeichnis Position 6.2.50 betroffen, hinsichtlich der erforderlichen Bestandsvermessung das Leistungsverzeichnis Position 1.2.10.

dd) Die Entfernung von noch zwei Gleisjochen hat der Sachverständige mit Kosten in Höhe von 1.050,00 € kalkuliert. Die Beklagte kann lediglich Mängelbeseitigungskosten in dieser Höhe geltend machen. Die Klägerin hat nicht bewiesen, dass sie höhere Kosten in Höhe von 4.400,00 € geltend machen kann. Dazu hat der Sachverständige ausgeführt, dass dann wenn ein Bauunternehmer einen Subunternehmer beauftragt habe, es zu einem Generalunternehmerzuschlag von ca. 20 % kommen könne. Wenn dann vorliegend ein Gesamtangebot für die Ersatzvornahme im Wege der Mischkalkulation gemacht werde, gebe es grundsätzlich mehrere Möglichkeiten für eine Firma zu kalkulieren. Augenscheinlich sei in mehreren Positionen mit einem Faktor 2 kalkuliert worden. Man könne einerseits so vorgehen, dass zunächst die Leistung einzeln bewertet werde. Dann könne man einen Gesamtzuschlag machen und über die Erhöhung aller Einzelpositionen ein eventuell gesondert zu vergeltendes Risiko mit einkalkulieren. Man könne aber auch den Risikozuschlag in einer Summe, beispielsweise bei der Baustelleneinrichtung, mit abgelten. Letztlich liege es im Ermessen der Firma, wie sie kalkuliere. Danach hat die Beklagte nicht bewiesen, dass sie Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 4.400,00 € geltend machen kann.

ee) Mehrkosten im Hinblick auf die Position 5.1 wegen Auffüllung nicht erkennbarer Hohlstellen hat die Beklagte nicht nachgewiesen. Insoweit hat der Sachverständige angegeben, er habe auf einer Seite des Widerlagers eine Hohlstelle festgestellt, an der gar kein Mörtel eingebracht worden sei. Wenn man das verfülle, ergebe sich Verpressmaterial von ca. 200 Litern. Wohin die restlichen 300 Liter gegangen sein sollen, erschließe sich ihm nicht. Er habe auch bereits erläutert, dass eine vollständige Verpressung der restlichen Flächen aus statischen Gründen nicht notwendig gewesen sei. Außerdem habe es seinerseits Versuche gegeben, die Fuge von außen abzuklopfen. Das habe nicht zum Auffinden weiterer Hohlstellen geführt. Da er bei Ausführung der Nachbesserungsarbeiten nicht anwesend gewesen sei, könne er nicht sagen, wo das Material hingegangen sei.

ff) Nach Abzug der bewiesenen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von insgesamt 16.570,00 € netto (= 19.718,30 € brutto) ergibt sich ein restlicher Werklohnanspruch in Höhe von 34.832,45 € brutto, den die Beklagte noch zu zahlen hat.

c) Weitergehende Abzüge von dem Restwerklohnanspruch des Klägers sind nicht vorzunehmen. Zu den von der Beklagten im Rahmen ihrer Schlussrechnungsprüfung abgezogenen Mängelbeseitigungskosten der Firma [REDACTED] und Firma [REDACTED]

existiert kein näherer Vortrag, um welche Mängel es sich gehandelt hat. Aus den Erhebungen des selbstständigen Beweisverfahrens ergeben sich lediglich die oben erläuterten Mängelbeseitigungskosten.

d) Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 16.09.2014 fand nach § 296 a ZPO keine Berücksichtigung. Er bot auch keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

IV.

Der Zinsanspruch des Klägers ergibt sich unter dem Gesichtspunkt des Verzuges aus §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 3, 288 Abs. 2 BGB, jedoch erst seit dem 30.10.2011, weil vor dem 26.09.2011 keine Schlussrechnung an die Beklagte versandt worden ist. Zuzüglich einer Postlaufzeit von drei Tagen ergibt sich damit ein Verzugsbeginn nach § 286 Abs. 3 ab dem 30.10.2011.

V.

Vorgerichtliche Anwaltskosten kann der Kläger nicht ersetzt verlangen. Die Beauftragung erfolgte bereits vor Stellung der Schlussrechnung, wie sich aus dem Schreiben vom 14.08.2011 (Bl. 750 ff. Anlagenordnung II) ergibt und mithin vor Eintritt des Verzuges. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten besteht auch im Hinblick auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht.

B)

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Betrag, zu dessen Zahlung die Beklagte verurteilt worden ist, entspricht rund 2,13 % der Klagforderung und ist damit im Verhältnis zum Streitwert geringfügig. Insoweit hat die teilweise ungerechtfertigte Rechtsverteidigung der Beklagten keine weiteren Kosten im Sinne eines Gebührensprungs ausgelöst. Der Streitwert liegt jeweils in der Gebührenstufe von 1.600.000,00 bis 1.650.000,00 €.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1, Satz 2 ZPO.