

Dokument unterzeichnet
von: [REDACTED] Justiz Niedersachsen
am: 19.12.2018 09:30



Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

5 U 178/14
8 O 189/12 Landgericht Verden

Verkündet am
13. Dezember 2018
[REDACTED]
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Hartmut Holz, Im Hachgrund 9, 28857 Syke,

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

Geschäftszeichen: [REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

[REDACTED]
[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 24. September 2014 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Verden teilweise geändert und unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 41.377,45 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30. Oktober 2011 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger die Bürgschaftsurkunde der [REDACTED] m 30. April 2008 zugunsten der Beklagten über 35.000 € für Gewährleistungsansprüche der Beklagten gegen den Kläger im Zusammenhang mit der Erneuerung der [REDACTED] herauszugeben.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 15 % Zinsen seit dem 8. März 2013 aus 35.000 € bis zum 21. Februar 2014 und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vom 22. Februar 2014 bis zur Herausgabe der Bürgschaft vom 30. April 2008 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Dem Kläger fallen die Kosten des Berufungsverfahrens zur Last.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

Der Kläger begehrt von der Beklagten restlichen Werklohn sowie Schadensersatz mit der Behauptung, wegen verzögerter Zahlung der Beklagten habe er seinen Geschäftsbetrieb aufgeben müssen. Die Beklagte habe ihm bereits den Auftrag erteilt, ohne über die dafür erforderlichen finanziellen Mittel zu verfügen.

Der Kläger war Inhaber der Firma D. Rippe, die sich auf Brückenbau spezialisiert hatte. An der Beklagten sind zu jeweils 30 % die Gemeinden [REDACTED] [REDACTED] beteiligt, zu 10 % die [REDACTED] deren Gesellschafterin [REDACTED] ist.

Die Beklagte beauftragte den Kläger am 10. September 2007 mit der Erneuerung der [REDACTED] -Brücke mit einer Auftragssumme von brutto 718.709,72 €. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B. Wegen der Einzelheiten des Vertrages wird Bezug genommen auf den Auftrag vom 10. September 2007 nebst Leistungsverzeichnis im Langtext (Anlage A1, Anlagenordner I).

Die Beklagte schrieb die Baumaßnahme zunächst öffentlich aus und hob die Ausschreibung nach Ankündigung im Vergabegespräch August 2007 auf, mit der Begründung, es fehle ein Zeugnis bezüglich der Schweißaufsicht und die Tariftreueerklärungen der Nachunternehmer seien nicht unterzeichnet; eine Nachreichung nach Submissionstermin sei grundsätzlich unzulässig.

Der Kläger widersprach der Aufhebung und reichte sein Angebot unverändert wieder ein, auf das ihn die Beklagte sodann beauftragte.

Der Kläger hat behauptet, Hintergrund für die Aufhebung der Ausschreibung sei die Absicht der Beklagten gewesen, nicht an die Verpflichtung gebunden zu sein, für die Baumaßnahme über ausreichende Finanzmittel zu verfügen.

Dementsprechend habe die Beklagte auch im Rechtsstreit des Landgerichts Verden zum Aktenzeichen 8 O 304/11 (Schriftsatz vom 8. September 2011, Seite 10) eingeräumt, Gelder seien für das Bauvorhaben im Zeitpunkt der Beauftragung und auch später nicht bewilligt gewesen. Die Beklagte ist dem entgegengetreten mit der Behauptung, unter Berücksichtigung einer Kreuzungsvereinbarung (Bl. 1442 ff.) mit der DB, mit der diese intern ca. 72 % der Bausumme zu tragen hatte, habe sie, die Beklagte, über hinreichende finanzielle Mittel verfügt. Es sei üblich, sich die Gelder bewilligen zu lassen, wenn Zahlungen fällig seien.

In dem Verfahren 8 O 304/11 Landgericht Verden hatte die Beklagte eine einstweilige Verfügung beantragt, der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter sollten es künftig unterlassen u.a. zu behaupten, dass die Beklagte bzw. die für sie handelnden Personen durchtrieben und verlogen seien und ihnen Machenschaften vorzuwerfen seien. Das Landgericht hatte dem Antrag stattgegeben (Urteil vom 16. September 2011, Blatt 228ff. 8 O 304/11 Landgericht Verden), das Oberlandesgericht Celle (Urteil vom 19. April 2012, Seite 301ff. 13 U 235/11) das landgerichtliche Urteil geändert und die Klage abgewiesen.

Am 5. Oktober 2007 reichte der Kläger die 1. Abschlagsrechnung über 48.838,79 € (Blatt 124 Anlagenordner I) ein, auf die die Beklagte nach Kürzung durch die beauftragten Architekten 44.751,26 € zahlte.

Die 2. Abschlagsrechnung (Blatt 124 Anlagenordner I) datiert vom 5. November 2007, beläuft sich auf 147.030,75 € und wurde gekürzt auf 106.460,31 €.

Auf die 3. Abschlagsrechnung vom 28. November 2007 (Blatt 131 ff. Anlagenordner I) über 117.644,76 € zahlte die Beklagte 46.544,52 €.

Auf die 4. Abschlagsrechnung vom 18. Dezember 2007 (Blatt 255 ff. Anlagenordner I) über 264.936,08 € ging dem Kläger ein Prüfergebnis nicht zu. Die Beklagte leistete Zahlung in Höhe von 20.454,19 €.

Ende 2007 besprachen die Parteien die Möglichkeit, noch im Jahr 2007 einen weiteren Abschlag zu leisten, gegebenenfalls gegen Übereignung eines bereits in der Fertigung befindlichen Brückenteils.

Auch bezüglich der 5. Abschlagsrechnung vom 28. Januar 2008 (Blatt 282 ff. Anlagenordner I) über 359.035,37 € ging dem Kläger kein Ergebnis einer Prüfung zu.

Im Februar 2008 stellte der Kläger seine Arbeiten ein und entließ seine Arbeitnehmer. Seinen Geschäftsbetrieb stellte er nach seiner Darstellung zum 31. März 2008 ein.

Am 11. März 2008 leitete die Beklagte ein selbstständiges Beweisverfahren (8 OH 7/08 Landgericht Verden/Aller) ein. Der Kläger stimmte der Beweiserhebung zu. Der Sachverständige [REDACTED] erstellte Gutachten vom 9. September 2008 mit Protokoll über den Ortstermin, eine 1. Ergänzung vom 21. April 2009, eine 2. Ergänzung vom 4. November 2009, eine 3. Ergänzung vom 13. August 2010. Am 28. März 2011 (Blatt 615 ff. 8 OH 7/08) erläuterte der Sachverständige sein Gutachten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Beilagen 8 OH 7/08 Bezug genommen.

Am 29. April 2008 trafen die Parteien eine Übereignungsvereinbarung (Blatt 21 Anlagenheft I) hinsichtlich des fertig gestellten Brückenteils. Die Beklagte leistete – wie in dieser Vereinbarung bestimmt – weitere Zahlungen, nämlich 159.609,75 € an den Kläger und 109.763,92 € an den Lieferanten des Klägers, den [REDACTED], der dem Kläger nach der Behauptung der Beklagten das Material unter einem verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt geliefert haben soll (vergleiche Schreiben vom 28. November 2007, Blatt 245 und vom 28. März 2009, Blatt 31 Anlagenheft I). Eine weitere Zahlung in Höhe von 35.000 € leistete die Beklagte, nachdem der Kläger in dieser Höhe eine Bürgschaft gestellt hatte. Insgesamt zahlte die Beklagte 487.584,50 € brutto.

Am 21. August 2008 gab der Kläger die eidesstattliche Versicherung ab (Blatt 67 Anlagenhefter). Am 9. September 2008 (Blatt 1283 ff.) kündigte die Beklagte den

Werkvertrag fristlos unter Bezugnahme auf eine Reihe von Schreiben mit Fristsetzungen zur Mangelbeseitigung, die – angeblich – ausbleibende Reaktion des Klägers hierauf und dessen wirtschaftliche Situation. Darauf erwiderte der Kläger mit Schreiben vom 17. September 2008 (Blatt 498 Anlagenordner II), er nehme die Kündigung gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B an, bestehe jedoch auf sein Nachbesserungsrecht.

Im März 2009 nahm das Nachfolgeunternehmen, die Firma [REDACTED] die Arbeiten auf.

Am 22. September 2011 legte der Kläger Schlussrechnung (Blatt 536 ff. Anlagenordner II). Nach deren Prüfung reklamierte die Beklagte eine Überzahlung des Klägers in Höhe von 242.963,70 €.

Der Kläger hat restlichen Werklohn begehrt in Höhe von 284.285,87 € und dazu behauptet, er habe seine Leistungen vollständig und mangelfrei erbracht. Das von der Beklagten beantragte selbständige Beweisverfahren habe nur kaschieren sollen, dass sie seine Forderungen nicht habe begleichen können. Das selbständige Beweisverfahren habe ergeben, dass die in den Abschlagsrechnungen aufgeführten Leistungen tatsächlich erbracht und allenfalls marginale Mängel in Höhe von 8.700 € bestanden hätten. Er habe Anspruch auf den vollen Werklohn, weil der Beklagten für die fristlose Kündigung kein wichtiger Grund zugestanden hätte. Er habe die in der Schlussrechnung abgerechneten Mengen tatsächlich erbracht bzw. hätte sie bei Fortsetzung des Vertrages erbringen müssen. An Aufwendungen habe er lediglich 44.244 € erspart.

Weiter hat der Kläger geltend gemacht, wegen der zögerlichen Zahlung der Beklagten habe er seinen Betrieb aufgeben müssen. Hätte die Beklagte pünktlich gezahlt, hätte er – wie beabsichtigt – sein Unternehmen für weitere sieben Jahre bei einem durchschnittlichen Jahresgewinn von 52.412,60 € fortführen können (entgangener Gewinn 366.888,20 €). Im Anschluss hätte er bei einer Veräußerung seines Unternehmens im Jahre 2015/2016 einen Verkehrswert von 366.888,20 € erzielt. Wegen der Einstellung des Geschäftsbetriebes habe er Verbindlichkeiten

in Höhe von 378.261,81 € nicht mehr aus dem laufenden Geschäftsbetrieb bedienen können, sondern habe dies privat getan. Hinzu komme ein aufgelaufener Rückstand an Pachtzinsen für das seiner Ehefrau gehörende Betriebsgrundstück in Höhe von 189.655,20 € zum 31. Dezember 2011. Er habe nämlich wegen der Betriebseinstellung ab Januar 2008 den monatlichen Pachtzins von 3.951,15 € nicht mehr zahlen können. Für einen Rückbau und Aufräumarbeiten auf dem Pachtgrundstück hat der Kläger weitere 50.000 € begehrt.

Der Kläger hat 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. August 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. August 2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, die Firma des Klägers sei bei Vertragsschluss bereits überschuldet gewesen.

Sie habe dem Kläger erfolglos Fristen zur Mängelbeseitigung gesetzt. Der fiktive Wert der von ihm erbrachten Leistungen hätte bei Mangelfreiheit 493.751,76 € netto betragen. Davon seien Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 79.892,78 € (Firma [REDACTED]) und in Höhe von 31.029,51 € (Firma [REDACTED]) abzuziehen. Eine Reihe von in der Schlussrechnung abgerechneten Positionen habe der Kläger nicht bzw. nicht vollständig oder nicht wie im Leistungsverzeichnis verlangt, erbracht.

Das Landgericht hat die Akten des selbständigen Beweisverfahrens (Landgericht Verden, 8 OH 7/08) beigezogen und Beweis durch Zeugenvernehmung erhoben über streitige Positionen des Leistungsverzeichnisses bzw. der Schlussrechnung. Wegen des Ergebnisses wird auf das Sitzungsprotokoll vom 16. Juli 2014 (Blatt 517 ff.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte sodann zur Zahlung restlichen Werklohnes in Höhe von knapp 35.000 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Dazu hat es u.a. ausgeführt, dem Kläger stehe kein Anspruch auf Schadensersatz wegen pflichtwidrig verzögerter Zahlungen zu, weil dem Kläger nach Erteilung der 5. Abschlagsrechnung kein fälliger und voll wirksamer Anspruch auf Bezahlung gegenüber der Beklagten zugestanden hätte. Für die Beurteilung dieser Frage komme es wesentlich auf die nach der 5. Abschlagsrechnung fälligen Ansprüche an, während die Frage, welche Beträge aus der 4. Abschlagsrechnung fällig gewesen seien, dahingestellt bleiben könne. Der Kläger habe nicht darlegen bzw. beweisen können, dass der von der Beklagten einbehaltene Betrag unbillig hoch gewesen sei.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Eingehungsbetruges stehe dem Kläger nicht zu.

Er habe keinen Anspruch auf die Bezahlung von Leistungen, die er nicht erbracht habe, weil die fristlose Kündigung des Werkvertrages vom 9. September 2008 durch die Beklagte aus wichtigem Grund erfolgt sei, nämlich wegen unberechtigter Arbeitseinstellung und der gegen ihren Geschäftsführer erstatteten Strafanzeige. Der Kläger habe nicht hinreichend dargelegt bzw. den Beweis nicht führen können, dass ihm hinsichtlich weiterer Positionen Ansprüche zustünden.

Wegen der Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil (Blatt 744 ff.) Bezug genommen.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er den abgewiesenen Teil seiner Klage weiterverfolgt. Er meint, die Kammer habe zu Unrecht auf die 5. Abschlagsrechnung abgestellt, weil der Kläger die Arbeiten wegen Zahlungsverzuges in Bezug auf die 3. und 4. Abschlagsrechnung nach Vorankündigung eingestellt habe. Die Beklagte sei mit etwaigen Einwendungen dagegen ausgeschlossen, weil sie die Rechnungen gar nicht geprüft habe. Konkrete Mängel habe die Beklagte nicht dargelegt. In dem selbstständigen Beweisverfahren seien lediglich Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 8.700 € festgestellt worden, von denen allenfalls ein Betrag von 4.000 € verbleibe. Das Landgericht habe bei der Beweiswürdigung auch zu Unrecht nur auf die Leistungsbeschreibung und nicht auch auf die Baubeschreibung abgestellt. Auf Unstimmigkeiten habe der Kläger nachweislich hingewiesen. Der Sachverständige, der in dem selbstständigen Beweisverfahren beauftragt gewesen sei, habe zu Unrecht Planungsfehler der Beklagten als Ausführungsfehler des Klägers dargestellt. Das Landgericht habe die Beweise falsch gewürdigt und die Beweislast verkannt.

Das Landgericht habe auch zu Unrecht einen Eingehungsbetrug verneint. Die Finanzierung des Projekts sei gerade nicht sichergestellt gewesen. Seit dem 20. Februar 2008 habe der Kläger davon ausgehen müssen, dass die Beklagte bis über das Jahr 2008 hinaus zahlungsunfähig sei. Deshalb habe er auch ausdrücklich aufgrund der Ratssitzung in [REDACTED] vom 20. Februar 2008 seine Arbeiten eingestellt.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Verden vom 24. September 2014 – 8 O 189/12 –, die Beklagte über den bereits ausgeurteilten Betrag hinaus zu verurteilen,

1. an den Kläger weitere 1.601.146,83 € € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30. Oktober 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. August 2011 zu zahlen,

sowie im Wege der Klageerweiterung,

die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger die Bürgschaftsurkunde der [REDACTED] vom 30. April 2008 zugunsten der Beklagten über 35.000 € für Gewährleistungsansprüche der Beklagten gegen den Kläger im Zusammenhang mit der Erneuerung der [REDACTED] herauszugeben

und

die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 15 % Zinsen seit dem 7. März 2013 aus 35.000 € bis zur Herausgabe der Bürgschaft vom 30. April 2008 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die weiteren Anträge abzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil, ergänzt und vertieft ihren Vortrag. Der Klageerweiterung widerspricht sie.

Der Senat hat den Kläger persönlich angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen [REDACTED] 25. Juni 2018 (Aktendeckel) sowie den Schriftsatz vom 14. September 2018 (Blatt 2172 ff.) und die mündlichen Erläuterungen (Sitzungsprotokoll vom 14. November 2018, Blatt 2254 ff.) Bezug genommen.

Die Beiakten 8 OH 7/08 Landgericht Verden und 8 O 304/11 Landgericht Verden = 13 U 235/11 OLG Celle lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die Schriftsätze und Anlagen der Parteien Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, hat in der Sache jedoch nur im Hinblick auf eine Abzugsposition für Mängel (Gurtung und Anker, 5.500 € netto) und die Bürgschaft nebst Zinsen aus der Bürgschaftssumme Erfolg. Dem Kläger steht aus den zutreffenden Ausführungen der landgerichtlichen Entscheidung kein weitergehender Anspruch auf Werklohn für erbrachte Leistungen zu (siehe dazu unten Ziffer 1), kein Anspruch auf volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen gemäß § 8 VOB/B (siehe dazu unten Ziffer 2) und kein Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Zahlung (siehe dazu unten Ziffer 3).

1. Werklohn für erbrachte Leistungen

Das Landgericht hat dem Kläger restlichen Werklohn für erbrachte Leistungen teilweise zugesprochen. Einen weitergehenden Anspruch hat es abgewiesen, weil der Kläger nicht hinreichend dargetan bzw. bewiesen hat, weitere Positionen erbracht zu haben; im Übrigen stünden der Beklagten zu verrechnende Forderungen wegen Mangelbeseitigungskosten zu. Die dagegen vorgebrachten Angriffe des Klägers führen lediglich hinsichtlich der fehlenden Gurtung und Anker in der Spundwand zu einer anderen Beurteilung. Dem Kläger sind insoweit weitere 5.500 € zuzusprechen, die das Landgericht zu Unrecht von der restlichen Werklohnforderung des Klägers absetzte.

a) Nach den Ausführungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen

[REDACTED] fehlten in den Leistungen des Klägers eine Gurtung und die Anker der Spundwand. Er hat ausgeführt, die Leistung „Spundwand“ sei in mehreren

wesentlichen Punkten noch nicht abgeschlossen. Die Leistungspositionen 10.1.30-10.1.90 seien noch auszuführen. Die Kosten der Restleistung beliefen sich auf 15.000 € netto. Bei diesen Kosten sei die fehlende Gurtung und der Anker nicht berücksichtigt, die nach Position 10.1.20 auszuführen seien, es kämen deshalb nochmals 5.500 € netto hinzu.

Daraus folgt, dass für die Fertigstellung der Arbeiten weitere 5.500 € netto aufzuwenden sind. Es bedeutet nicht, dass Mängel in der Leistung des Klägers mit einem Aufwand von 5.500 € zu beseitigen wären. Da das Landgericht dem Kläger zu den Positionen der Spundwand keine weiteren Werklohnansprüche zuerkannte, kommt ein Abzug dieser noch erforderlich gewesenen Restleistungen von der Werklohnforderung nicht in Betracht. Insoweit war das landgerichtliche Urteil zu ändern.

b) Über die restliche Werklohnforderung im Übrigen einschließlich der abzusetzenden Mangelbeseitigungskosten hat das Landgericht beanstandungsfrei entschieden. Die Beweise waren nicht erneut zu erheben.

Das Landgericht hat die von beiden Seiten benannten Zeugen zu den streitigen Positionen im Einzelnen vernommen und im Urteil ausgeführt, dass und warum es sich nicht von den jeweiligen Behauptungen des – beweisbelasteten – Klägers hat überzeugen können.

Nach § 286 Satz 1 ZPO entscheidet das erstinstanzliche Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder unwahr zu erachten ist. Nach der ZPO-Reform ist die Berufungsinstanz nicht mehr Wiederholung der erstinstanzlichen Tatsacheninstanz, sondern dient der Fehlerkontrolle und –beseitigung. Deshalb bestimmt § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, dass das Berufungsgericht an die vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden ist, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen begründen. Konkrete Anhaltspunkte im vorgenannten Sinn können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, wenn etwa die Beweiswürdigung nicht den

von der Rechtsprechung zu § 286 ZPO entwickelten Grundsätzen genügt. Dies ist der Fall, wenn das Gericht die von einer Partei unter Beweis gestellten Behauptungen nicht berücksichtigt oder die Beweiswürdigung in sich widersprüchlich ist oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt. Eine erneute Tatsachenfeststellung ist darüber hinaus geboten, wenn sich das Berufungsgericht aufgrund konkreter Anhaltspunkte von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung nicht zu überzeugen vermag, weil es die durchgeführte Beweisaufnahme anders wertet (BGHZ 158, 269; 162, 313).

Gemessen daran hat der Kläger nicht dargestellt, dass und warum die Beweiswürdigung des Landgerichts diesen Anforderungen nicht genügt und eine erneute Vernehmung der Zeugen geboten ist. Da der Kläger die Beweislast trägt, hätte den Angaben der von ihm benannten Zeugen ein höherer Beweiswert zukommen müssen als den Gegenzeugen. Es ist jedoch weder dargetan noch ersichtlich, warum dies der Fall sein sollte. Auch angesichts des Umstandes, dass der Zeuge [REDACTED], früher selbständiger Mitarbeiter des Klägers, nunmehr dessen Arbeitnehmer übernommen hat und auf dem benachbarten – ebenfalls von der Ehefrau des Klägers gepachteten – Grundstück seinerseits ein großes Bauunternehmen führt, bei dem wiederum der Kläger angestellt ist, wird nicht deutlich, warum den Angaben der von dem Kläger benannten Zeugen ein größeres Gewicht zukommen sollte als den Gegenzeugen. Der Vortrag des Klägers, seine Mitarbeiter hätten sich bereit erklärt, jederzeit wieder für ihn zu arbeiten (Schriftsatz vom 21. Juni 2014, Seite 3 = Blatt 468), zeigt auf, dass diese Zeugen diesem nicht ferner standen als die von der Beklagten benannten jener.

aa) Soweit der Kläger geltend macht, entgegen der Entscheidung des Landgerichts seien seine Arbeiten zum Teil nicht deswegen mangelhaft, weil sie nicht dem Leistungsverzeichnis (Anlage A1 Blatt 3ff. Anlagenordner I) entsprochen hätten, jedoch der Baubeschreibung (Anlage A1 Blatt 75 ff. Anlagenordner I), ist diese Einwendung unbegründet. Die Baubeschreibung genießt keinen Vorrang vor dem Leistungsverzeichnis. Den Auftrag erteilte die Beklagte gemäß dem „mit Leistungsverzeichnis eingereichtem Angebot“ (Auftrag vom 6. September 2007, Anlage A1 Blatt 1f. Anlagenordner I). Da die Positionen 3.1.20 ff. in dem

Leistungsverzeichnis als „Abbruch ohne Erschütterungen“ vereinbart waren, kann der Kläger sich nicht darauf berufen, aus der Baubeschreibung hätte sich ergeben, dass ein erschütterungsarmer Abbruch genüge. Da maßgebend – auch für die Preisbildung – der Abbruch ohne Erschütterungen war, kann der Kläger nicht ohne weiteres und ohne Preisanpassung auf einen erschütterungsarmen Abbruch übergehen. Da der erschütterungsarme Abbruch im Gegensatz zum erschütterungsfreien notwendigerweise die Gefahr von Beschädigungen oder übermäßigem Abbruch mit sich führt, hätte der Kläger zudem hierauf hinweisen müssen. Er hat nicht dargetan, dies hinreichend getan zu haben. Die Verweise des Klägers auf seine Schreiben vom 9. Oktober und 19. Oktober 2007 (Anlagen A2a, Blatt 199 f.) gehen fehl. In diesen Schreiben geht es um Nachtragsangebote und um eine Kostenaufgliederung für die Untergrundvorbereitungen und Reparaturen der Betonausbrüche. Hinweise – und zwar vor Ausführung der Arbeiten – auf Unterschiede zwischen dem Leistungsverzeichnis und der Baubeschreibung, den Risiken einer nur „erschütterungsarmen“ Bearbeitung sowie den daraus resultierenden Folgen für die Vergütung finden sich darin nicht.

bb) Der Kläger weist zutreffend darauf hin, dass die Beklagte gehalten war, die Abschlagsrechnungen innerhalb der von der VOB/B vorgesehenen Fristen zu prüfen, etwaige Bedenken vorzubringen und die Rechnungen zu bezahlen. Die Beklagte verliert jedoch Einwendungen nicht etwa endgültig dadurch, dass sie die Rechnungen nicht prüft und nicht begleicht. Auf die Frage, ob die Beklagte sich (zwischenzeitlich) mit Zahlung der 4. und/oder 5. Abschlagsrechnungen in Verzug befunden hat, kommt es insoweit nicht an (siehe dazu unten 3).

cc) Das Landgericht hat beanstandungsfrei verrechenbare Forderungen der Beklagten wegen der Mängel

- Hohlstellen in der Mörtelfuge,
- Fuge zwischen den Fertigteilen (v. Kläger anerkannt in Höhe von 4.500 €),
- Rinne des kleinen Bogens (anerkannt in Höhe von 1.200 €),
- fehlende Gütenachweise für Betonqualität sowie
- die Entfernung von noch zwei Gleisjochen (Seiten 66 f. des landgerichtlichen Urteils)

in Höhe von 16.570 € netto abzüglich 5.500 € (fehlende Gurtung und Anker) = 11.070 € netto = 13.173,30 € brutto festgestellt. Durchgreifende Einwendungen hat der Kläger insoweit nicht vorgebracht.

aa) Die Beklagte hat nicht etwa den Mangel einwand wegen der fehlenden (mitgeteilten) Prüfung der Abschlagsrechnungen verloren. Selbst einer vollen Begleichung einer Abschlagsrechnung kommt eine Genehmigungsfiktion nicht zu (vergleiche Ingenstau/Korbion, VOB, 18. Aufl., § 16 Abs. 2 VOB/B Rn. 60). Erst recht gilt dies bei einer unterlassenen Zahlung.

bb) Ein neues Sachverständigengutachten ist nicht einzuholen. Der damalige Zustand ist nach Fertigstellung der Baumaßnahme nicht mehr in Augenschein zu nehmen.

cc) Soweit der Kläger einwendet (Berufungsbegründung vom 6. 20. Januar 2015, Seite 12 = Blatt 914), es handele sich nicht um Mängel, sondern allenfalls um nicht erbrachte Leistungen (Schriftsatz vom 6. 20. Januar 2015, Seite 12 = Blatt 914), steht ihm auch dafür kein Anspruch zu (siehe dazu sogleich unter Ziffer 2).

dd) Für die Mängel wegen der Hohlstellen in der Mörtelfuge hat das Landgericht – den Ausführungen des Sachverständigen [REDACTED] folgend – zu Recht Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 3.000 € angesetzt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen in dem landgerichtlichen Urteil Bezug genommen.

ee) Hinsichtlich der fehlenden Gütenachweise für die Betonqualität der Fertigteile ist der Kläger seinem Auftraggeber gegenüber für die von dem Subunternehmer zu erbringenden Nachweise verantwortlich. In seiner Berufungsbegründung führt der Kläger lediglich aus, dass und warum die fehlenden Nachweise eine Fälligkeit der 4. und 5. Abschlagsrechnung nicht gehindert hätten. Auf diese Frage kommt es für die vorliegende Entscheidung aus Rechtsgründen nicht an, weil dem Kläger kein Anspruch auf Schadensersatz wegen verzögerter Zahlung zusteht (siehe

unten Ziffer 3). Die fehlenden Gütenachweise sind daher wie im selbständigen Beweisverfahren festgestellt, als Mangelkosten abzusetzen.

ff) Hinsichtlich des Versatzes hat die Beklagte ihre Mängelansprüche nicht dadurch verloren, dass sie Zahlungen an den Hersteller (wohl [REDACTED]) leistete. Es ist nicht ersichtlich, dass damit eine Genehmigung der Arbeiten des Klägers verbunden sein sollten. Es spricht vielmehr alles dafür, dass es sich lediglich um einen Zahlungsweg handelte, mit dem die Beklagte eine doppelte Inanspruchnahme wegen eines befürchteten verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehaltes verhindern wollte.

gg) Hinsichtlich der fehlenden glatten Betonoberfläche und der Entfernung zweier Gleisjoche gilt das oben zu dd) Gesagte entsprechend.

c) Die Zahlung in Höhe von 13.737,84 € an die Firma [REDACTED] ist das Landgericht zu Recht von der Klageforderung abgesetzt. Die entsprechende Zahlung, die zur Schuldbefreiung des Klägers gegenüber dieser Firma führte, hat der Kläger nicht hinreichend bestritten.

2. Werklohn für nicht erbrachte Leistungen

Auch wenn die Strafanzeige gegen den ehemaligen Geschäftsführer der Beklagten für eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nicht ausreicht, folgt der Senat dem Landgericht im Ergebnis in der Einschätzung, dass die Kündigung der Beklagten sich berechtigterweise auf einen wichtigen Grund stützte. Der Kläger hatte trotz Fristsetzung die festgestellten Mängel nicht beseitigt. Dass noch Beanstandungen vorlagen, ergibt sich zum einen aus dem vorprozessualen Schriftverkehr, zum anderen aus dem eigenen Vortrag des Klägers, der darauf abhebt, die festgestellten Mängel (Kostenvolumen nach seiner Darstellung lediglich 8.700 €), hätten mit einem Aufwand für ihn von 2.000 € abgearbeitet werden können. Da nach Umsetzung der Übereignungsvereinbarung und der daraufhin erbrachten Zahlungen auch kein Verzug der Beklagten mit Abschlagszahlungen

festzustellen ist, durfte die Beklagte ihre Kündigung auf die unterlassene Mängelbeseitigung stützen. Der Kläger hatte zudem seinen Geschäftsbetrieb bereits ca. ein halbes Jahr vor Ausspruch der Kündigung aufgegeben und seine Arbeitnehmer entlassen. Dass der Kläger möglicherweise noch ein Nachbesserungsrecht hinsichtlich etwaiger Mängel hatte, bedeutet nicht, dass es der Beklagten auch zuzumuten gewesen wäre, auf eine vertragsgerechte Beendigung des Werkvertrages durch den Kläger zu vertrauen. Der Kläger hat der Beklagten nicht zu erkennen gegeben, dass und warum er trotz der Betriebsaufgabe willens und in der Lage gewesen wäre, den Vertrag ordnungsgemäß zu Ende zu führen. Die Beklagte kann sich auch auf diesen Umstand berufen. Denn ihre zögerliche Zahlung hat die Geschäftsaufgabe möglicherweise veranlasst, aber nicht im juristischen Sinne verursacht (dazu unten 3).

3. Schadensersatz

Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Zahlungsverzuges oder Eingehungsbetruges zu, § 280 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB. Die Voraussetzungen für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch die Beklagte liegen nicht vor, § 826 BGB.

Dem Kläger ist der Beweis nicht gelungen, dass eine nicht rechtzeitige Zahlung der Beklagten zumindest mitursächlich dafür gewesen wäre, den Betrieb einstellen zu müssen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bestanden zwar zeitweise erhebliche Rückstände der Beklagten; der Senat ist jedoch nicht davon überzeugt, dass der Kläger seinen Betrieb zumindest auch deswegen beenden musste, weil ihm fällige Zahlungen der Beklagten vorenthalten wurden. Es spricht vielmehr einiges dafür, dass dies die freie Entscheidung des Klägers war, die durch das Verhalten der Beklagten (mit) motiviert war, aber nicht adäquat kausal darauf zurückzuführen ist. Nach den Feststellungen des Senats war die Firma des Klägers zwar, wie von der Beklagten behauptet, bereits zu Beginn der Arbeiten überschuldet. Indes ist die Überschuldung kein zwingender Grund, Insolvenzreife eines Einzelunternehmers anzunehmen. Maßgeblich ist insoweit die Zahlungsunfähigkeit; diese war nominell in den Jahren zuvor grundsätzlich festzustellen. Indes haben diese erheblichen Unterdeckungen ersichtlich nicht dazu geführt,

dass der Kläger seine Zahlungen eingestellt hat. Davon und insbesondere ohne von dem ungewöhnlichen geschäftlichen Verhalten des Klägers sei kein eigenes privates Konto, geschweige denn Vermögen zu verfügen, sondern Geld aus der Firma seiner Ehefrau zukommen zu lassen und nach eigenem Belieben bei Bedarf deren Geld/Vermögen wieder für die Firma nutzbar zu machen, ausgehend, hat der Senat nicht feststellen können, dass der Kläger – jedenfalls auch – wegen der ausgebliebenen Zahlungen gezwungen war, seinen Geschäftsbetrieb einzustellen.

a) Es ist zweifelhaft, ob die Beklagte die öffentliche Ausschreibung zu Recht aufhob, ob nämlich die dargestellten Gründe hinreichend schwer wogen, um die Anforderungen des § 26 VOB/A erfüllen. Des Weiteren bestehen Zweifel, ob die Finanzierung des Bauvorhabens hinreichend sichergestellt war. Denn die Kreuzungsvereinbarung mit der DB (Bl. 1442 ff.) sah ihrerseits vor, dass die Bauherrin, nämlich die Beklagte, die Finanzierung ihrerseits sichergestellt hatte (§ 4 Abs. 3 der Vereinbarung). Die Kreuzungsvereinbarung sollte also nicht der Sicherstellung der Finanzierung dienen, sondern sie setzte diese voraus.

b) Darüber hat der Senat jedoch im Ergebnis nicht zu entscheiden, weil er nicht die Überzeugung gewinnen konnte, dass adäquat kausal zumindest auch wegen der Nichtzahlung bzw. der nicht rechtzeitigen Zahlung der Betrieb eingestellt werden musste. Es steht vielmehr gleichwertig im Raum, dass der Kläger diese Entscheidung aus anderen Gründen traf, zum Beispiel wegen einer nachhaltigen Verstimmung gegenüber der Beklagten und Mitarbeitern des von ihr beauftragten Ingenieurbüros und wegen der – dem Kläger nach seinen Angaben kolportierten – Gerüchten, von der Beklagten sei „sowieso kein Geld mehr“ zu erwarten. Gleichsam ein Zwang, den Betrieb einzustellen, hat die Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Senats ergeben.

aa) Nach dem Ergebnis der Anhörung des Klägers und der Erläuterung durch den Sachverständigen führte der Kläger seinen Betrieb von Anfang an, jedenfalls seit Jahren, im Bereich der nominellen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit. Die Motivation dazu ergibt sich aus dem Bericht des Klägers von seinem ersten Unternehmen, mit dem er Insolvenz anmelden musste, nachdem zwei – wirtschaftlich verknüpfte – Auftraggeber fällige Werklohnforderungen nicht beglichen.

Die Einzelfirma D. Rippe führte der Kläger seit 1979 dergestalt, dass sie über maßgebliche Zeiträume eine erhebliche Kapitalunterdeckung aufwies, die im Wesentlichen auf Privatentnahmen beruhten. Aus dem Vermögen seiner Ehefrau, in das die Privatentnahmen flossen, beglich er fällige Rechnungen, sollte der Kassenbestand der Firma dafür nicht genügt haben. In seiner Anhörung führte der Kläger aus, dass er mit den Entnahmen aus der Einzelfirma u.a. den Erwerb von Grundstücken finanzierte, die er seiner Frau übertrug. Nach dem Ergebnis der Anhörung und den Ausführungen des Sachverständigen wies die Firma des Klägers in dem untersuchten Zeitraum permanent eine gravierende Kapitalunterdeckung auf, wie sie bei einer anderen Firmenstruktur, etwa bei einer GmbH, sofort zu einem notwendigen Insolvenzantrag geführt hätte. Weil der Kläger seine Firma als Einzelfirma führte und Gläubiger gegebenenfalls aus dem Privatvermögen seiner Ehefrau befriedigte, konnte er die Firma dergestalt trotz negativem Eigenkapital lange Zeit erfolgreich betreiben. Nach seinem Vortrag (Schriftsatz vom 21. Juni 2014, Seite 3 = Blatt 468) war die Ehefrau des Klägers für die Mängelbeseitigung damit einverstanden, ihm finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen. Warum dies hinsichtlich der weiteren Positionen anders hätte sein sollen, ist weder dargetan noch ersichtlich. So ist auch davon auszugehen, dass der Kläger ggf. die mit Vollstreckung drohenden Gläubiger der Firma aus dem Privatvermögen seiner Ehefrau befriedigte. In diesem Zusammenhang hat der Kläger ausdrücklich auch eingeräumt, dass der Kontokorrentkredit bei den Banken wie auch andere – kleinere – Gläubiger im September 2008 aus dem Privatvermögen der Ehefrau befriedigt wurden.

Nur so ist es nachzuvollziehen, dass es in den Jahren nomineller Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit vor 2008 und in der Zeit nach Einstellung des Geschäftsbetriebes nicht zur Zahlungseinstellung und zu einem Insolvenzverfahren kam.

Diese betriebliche Besonderheit veranlasste den von dem Gericht beauftragten Sachverständige [REDACTED] die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen (Kto.-Nr. 2300) der von dem Kläger erstellten Anlage 6 zu entnehmen, weil die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen von September bis Dezember 2007 zwischen 200.000 € und 300.000 € negativ gewesen seien. Warum dies der Fall

war, konnte der Sachverständige den Unterlagen nicht entnehmen. Bei Ansatz der negativen Werte wäre eine Liquiditätsdarstellung nicht möglich gewesen. Bei den Forderungen aus Lieferungen und Leistungen – so der Sachverständige – handele es sich sowohl um die Forderungen gegenüber der Beklagten als auch gegenüber anderen Auftraggebern. Die Existenz dieser Forderungen gegenüber Dritten solle vom Kläger ohne Probleme durch Vorlage der Rechnungen und entsprechend andere Beweismittel zu belegen sein. Ohne diese Übernahme der Werte aus der Anlage 6 hätte der Sachverständige die entsprechenden Forderungen als Verbindlichkeiten ansetzen müssen mit der Folge, dass diese Forderungen negativ geworden wären, was dem Sachverständigen bislang nicht bekannt wurde und schon gar nicht in dieser Größenordnung. In die Tabelle zur Liquiditätsentwicklung habe er, der Sachverständige, die gesamten Forderungen des Klägers gegenüber der Beklagten berücksichtigt.

Der Sachverständige war aufgrund der hohen Unterdeckung der Vorjahre und des langen Zeitraums der Unterdeckung, ohne dass entsprechende äußere Anzeichen der Zahlungsunfähigkeit vorlagen, davon ausgegangen, dass entweder seine Berechnungen der Unterdeckungen nicht zutreffend seien oder eine über 10-prozentige Unterdeckung nicht zur Zahlungsunfähigkeit führe oder die Kontokorrentdarlehen möglicherweise nicht als kurzfristige Verbindlichkeiten anzusehen seien (Stellungnahme des Sachverständigen [REDACTED] vom 14. September 2008 10, Blatt 2172 ff.).

Nach der Darstellung des Klägers zur Verwendung der Entnahmen hat der Sachverständige es für möglich gehalten, dass die massive Überschuldung und eine deutlich über 10 % liegende Unterdeckung, die üblicherweise sehr schnell zur Einstellung des Geschäftsbetriebes wegen fehlender Liquidität führen müsse, dies vorliegend nicht verursacht habe, weil der Kläger ersichtlich Unterstützung von seiner Ehefrau erfahren habe. In seinem schriftlichen Gutachten legte der Sachverständige noch – insoweit entgegen den Vorgaben des Senats in dem Beweisbeschluss – höhere Außenstände der Beklagten zu Gunsten des Klägers zu Grunde. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung, in dem der Sachverständige die Angaben des Klägers zu dem beruflichen Werdegang des Klägers und seiner Firmenführung verfolgte, kam er zu dem Schluss, dass sich die Kennzahlen für

das Unternehmen in den Monaten der „Krise“ im Vergleich zu den Vormonaten nicht signifikant verändert hätten, jedenfalls wenn man eine Größenordnung von 100.000 € als berechtigten Anspruch zugrunde lege und nicht 360.000 €, wie in die Buchhaltung eingestellt. Der Sachverständige gab an, die Nichtzahlung erheblicher Beträge könne jedenfalls im Sinne von Mitursächlichkeit eine Ursache für die Aufgabe des Geschäftsbetriebes sein.

Dass dies auch vorliegend der Fall gewesen ist, davon konnte sich der Senat jedoch nicht im Sinne von § 286 ZPO überzeugen. Es ist ein Gemeinplatz, dass Außenstände zu einer Insolvenz führen können. Hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür hat der Senat im vorliegenden Fall nicht festgestellt, auch keine Indizien, die eine Vermutung der Mitursächlichkeit tragen könnten oder Anlass geboten hätten, etwa eine Beweislastumkehr in Erwägung zu ziehen. Die Besonderheiten bei der Betriebsführung des Klägers lassen einen solchen Schluss nicht zu. Nach der „Papierform“ hätte eine Firma in einer anderen Rechtsform (etwa eine GmbH) schon längst Insolvenzantrag stellen müssen. Ersichtlich konnte der Kläger sich langfristig erfolgreich am Markt behaupten, weil er über die Entnahmen zugunsten seiner Ehefrau ein Vermögen schuf, auf das er im Bedarfsfalle zugreifen konnte.

bb) Es ist nicht zur Überzeugung des Senats bewiesen, dass der Kläger durch die verzögerte Zahlung der Beklagten seinen Betrieb einstellen musste. Der gesamte Ablauf lässt vielmehr darauf schließen, dass der Kläger aus Verärgerung ein „Exempel statuieren“ wollte. Er stellt darauf ab (Schriftsatz vom 9. Februar 2017, Seite 20 = Blatt 1502), es sei seine Absicht, aus „gesellschaftlicher Verantwortung ein Grundsatzurteil“ zu erlangen. Die fehlende adäquate Kausalität ergibt sich auch aus Folgendem:

(1) Der Kläger war in der Lage, seine Firma „abzuwickeln“, ohne ein Insolvenzverfahren durchführen zu müssen.

(2) Die aufgelaufenen Verbindlichkeiten seiner Gläubiger wurden mit knapp 360.000 € befriedigt, sei es durch ihn, sei es auf seine Veranlassung. Der Kläger hat dazu vorgetragen (Schriftsatz vom 30. Juli 2018, Seite 9 = Blatt 2124), bereits

ab September 2008 seien sämtliche Bankverbindlichkeiten des Klägers aus privaten Mitteln zurückgeführt worden. Im Ernstfall hätten auch unerwartete betriebliche Engpässe jederzeit durch Rückführung aus privaten Mitteln wieder ausgeglichen werden können (ebenda, Seite 8 = Blatt 2123). Anders ist es nicht zu erklären, dass ein Insolvenzverfahren nicht beantragt wurde.

(3) Noch kurz vor der Betriebseinstellung erreichte er eine Aufstockung der Kreditlinie seines Unternehmens um 100.000 € und sogar nach Arbeitseinstellung und der Entlassung seiner Arbeitnehmer noch eine weitere Erhöhung um 50.000 € am 27. März 2008 (Schriftsatz vom 10. Dezember 2012, Seite 7 = Blatt 120; Schreiben der [REDACTED] vom 15. Januar 2018, Blatt 137 und 27. März 2008, Blatt 138). Der Kläger stellte am 21. Februar 2008 nicht nur die Arbeiten wegen ausstehender Zahlungen durch die Beklagte gemäß VOB/B vorläufig ein, sondern seine Tätigkeit insgesamt, auf sämtlichen Baustellen (Schriftsatz vom 9. Februar 2017, Seite 17 = Blatt 1499).

(4) Der Kläger betonte, dass er seine Arbeiten einstellte mit Rücksicht auf Äußerungen, die ihm kurz vor oder während der Ratssitzung in [REDACTED] zugetragen worden seien, von der Beklagten seien sowieso keine Zahlungen mehr zu erwarten. Dies war – wie die nachfolgenden Zahlungen der Beklagten in erheblicher Höhe zeigen – eine Fehlinformation. Darauf vertraut zu haben, kann der Kläger nicht der Beklagten anlasten. Mit seiner Weigerung, die Arbeiten wieder aufzunehmen, wie ihm dies die Beklagte bei einem Gespräch am 18. März 2008 (Schriftsatz vom 9. Februar 2017, Seite 16 = Blatt 1498) vorschlug, „weil er ja wusste, dass die Beklagte den Werklohn nicht zahlen kann“, unterstreicht der Kläger, dass er auf diese – unrichtige – Information abstellte.

(5) Die Geschäftsaussichten für ein Bauunternehmen, wie es der Kläger führte, waren nach wie vor positiv: Während des Bestandes seiner Firma war der Zeuge [REDACTED] (freier) Mitarbeiter des Klägers. Nach der Betriebseinstellung der Einzelfirma des Klägers übernahm [REDACTED] die Arbeitnehmer des Klägers und gründete einen Betrieb auf einem Nachbargrundstück, das ebenfalls der Ehefrau des Klägers zuzuordnen ist. Nach seiner eidesstattlichen Versicherung ist der Kläger nunmehr seinerseits bei [REDACTED] angestellt. [REDACTED]

betreibt dort ein Unternehmen für Brücken-, Stahlwasser- und Ingenieurbau. Die Frage nach dem Verbleib seiner Arbeitnehmer beantwortete der Kläger zunächst dahin, das wisse er nicht. Später räumte er ein, [REDACTED] habe sie übernommen. Dieser habe „die Gelegenheit genutzt“, sich selbstständig zu machen.

(6) Der zwischenzeitliche Rückstand der Beklagten mit Zahlungen war nicht so hoch, dass schon deswegen eine Fortsetzung des Betriebes nicht möglich gewesen wäre.

(a) Die Beklagte wurde mit Schreiben vom 29. Januar 2008 (Blatt 289 ff., Anlagenordner I; siehe auch Schreiben vom 13. Februar 2008, Blatt 301f. Anlagenordner I), also kurze Zeit vor der Aufgabe des Geschäftsbetriebes, zur Zahlung von lediglich 79.213,08 € aufgefordert.

(b) In seiner Vermögensauskunft (Blatt 1317) gibt der Kläger die Höhe des Außenstandes der Beklagten mit ca. 50.000 € an.

(c) Ein signifikant höherer Rückstand zum Zeitpunkt der Geschäftsaufgabe als rund 94.000 € lässt sich nicht feststellen. Im Anhang befindet sich eine tabellarische Übersicht über die einzelnen Positionen von der 1. Abschlagsrechnung bis zur Schlussrechnung. Die Spalte neben den jeweiligen Rechnungen mit der Überschrift „geprüft“ beziffert den von der Beklagten anerkannten Betrag. Die letzte Spalte enthält die Werte aus dem landgerichtlichen Urteil. Dabei bedeutet „NE“ nicht erbracht und „u“ unstreitig.

Ein Rückstand der Beklagten mit einem Betrag von ca. 94.000 € ergibt sich daraus, dass die Firma des Klägers Ende Februar 2008 ihre Arbeiten einstellte, also sich der Leistungsstand an dem Bauvorhaben nicht erhöhte, die Beklagte aber Monate später noch erhebliche Teile des Werklohns zahlte.

Von der Summe der Leistungen, die die Firma des Klägers bis zur 4. Abschlagsrechnung geltend machte und die die Beklagte in der Schlussrechnung (teilweise) anerkannte, sind die Positionen abgesetzt, die sich in der Liste der zu übereignenden Bauteile der Übereignungsvereinbarung finden (insbesondere Position

7.1.10). Denn diesbezüglich haben die Parteien in der Übereignungsvereinbarung eine Regelung hinsichtlich der Leistung und Gegenleistung getroffen, die einem Verzug der Beklagten mit diesen Beträgen entgegensteht. Der Vorwurf des Klägers geht fehl, die Beklagte habe aus Verzögerungsgründen auf die schriftliche Ausgestaltung eines Übereignungsvertrages hinsichtlich des Brückenüberbaus bestanden. Angesichts der im Raum stehenden Eigentumsvorbehalte und dem Erfordernis der Rechnungslegung gegenüber der DB und den Eigentümern der Beklagten, ist der Wunsch der Beklagten nicht zu beanstanden, die Übereignung einschließlich aller Abreden schriftlich auszugestalten. Zudem erfolgte die schweißtechnische Abnahme erst am 7. April 2008 (Blatt 567), wobei die Frage des Korrosionsschutzes noch offen blieb.

Zu einer weiteren Abschlagszahlung noch im Jahr 2007, die in der vorprozessualen Korrespondenz der Parteien angesprochen wird (vergleiche Besprechungsprotokoll vom 10. Dezember 2007, Blatt 278 Anlagenordner I, Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 14. Dezember 2007, Blatt 275 Anlagenordner I), ist es nicht aus Gründen gekommen, die die Beklagte zu vertreten hätte. Der Senat befragte den Kläger dazu in der mündlichen Verhandlung vom 5. Oktober 2016. Dabei gab der Kläger an, man „wehre sich ja nicht dagegen, Geld zu erhalten“. Seiner Darstellung ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte etwa eine weitere Zahlung vertragswidrig vereitelt hätte. So heißt es auch in einem Schreiben des Klägers vom 16. Januar 2008, Seite 3 (Blatt 1383), die von der Beklagten gewünschte „verwendungszweckbedingte Zahlung noch in 2007“ sei nicht mehr erforderlich gewesen.

Bei der Frage der berechtigten Forderungen des Klägers ist abzustellen auf die offenen Positionen seit der 4. Abschlagsrechnung, hinsichtlich derer die Beklagte dem Kläger kein Prüfungsergebnis mitteilte. Die Beträge aus der 4. Abschlagsrechnung, die geltend gemacht und frühestens nach Prüfung der Schlussrechnung gezahlt wurden, addieren sich auf 205.901,51 €. Davon abzusetzen ist die Position mit 7.1.10 112.000 € aus der Übereignungsvereinbarung. Daraus errechnet sich ein Rückstand von 93.901,51 €, nämlich

Position

1.1.10

erstmals in 2. Abschlagsrechnung mit 8.000 € angesetzt
von Beklagter erstmals in 3. Abschlagsrechnung auf 4.000 € geprüft
in Schlussrechnung mit 8.000 € anerkannt
Differenz: 4.000 €

1.1.20

erstmals in 1. Abschlagsrechnung mit 6.000 € angesetzt
von Beklagter auf 3.000 € geprüft
in Schlussrechnung mit 6.000 € anerkannt
Differenz: 3.000 €

2.1.110

erstmals in 1. Abschlagsrechnung mit 200, geprüft auf 200
in 2. Abschlagsrechnung 400
in Schlussrechnung mit 400 anerkannt
Differenz: 200 €

2.3.20

in 4. Abschlagsrechnung mit 870 angesetzt, vorher 680 geprüft
in 5. Abschlagsrechnung mit 1.270 angesetzt
in Schlussrechnung mit 1.600 angesetzt und anerkannt
Differenz 4. Abschlagsrechnung: 190 €
Differenz 5. Abschlagsrechnung: 590 €
Differenz Schlussrechnung: 920 €

2.3.40

in 4. Abschlagsrechnung mit 1.914, zuvor in 3. geprüft mit 1.452
Differenz: 462 €
in 5. Abschlagsrechnung angesetzt mit 2.794
Differenz: 1.342 €
in Schlussrechnung angesetzt mit 3.520 € (und anerkannt)
Differenz: 2.068 €

2.3.50

in 4. Abschlagsrechnung angesetzt mit 2.436 €, in 3. geprüft auf 1.848 €

Differenz: 588 €

in 5. Abschlagsrechnung angesetzt mit 3.556 €

Differenz: 1.708 €

in Schlussrechnung angesetzt mit 4.480 € (und anerkannt)

Differenz: 2.632 €

3.1.10 + 20

Differenz 150 €

4.1.10

Differenz ab 3. Abschlagsrechnung: 3.000 €

4.1.20

Differenz ab 3. Abschlagsrechnung: 1.800 €

5.1.10

Differenz ab 3. Abschlagsrechnung: 500 €

5.1.30

Differenz seit 3. Abschlagsrechnung 7.515,45 €

5.1.40

Differenz seit 3. Abschlagsrechnung: 4.379,70 €

5.2.30

Differenz seit 4. Abschlagsrechnung: 17.372,32 €

5.2.50

Differenz seit 4. Abschlagsrechnung: 4.074,84 €

6.2.30

Differenz seit 4. Abschlagsrechnung: 1.035 €

7.1.10

4. AR: 112.000 €

5. AR 173.627,45 €

Schlussrechnung 196.171,55 €

anerkannt 173.691,60 €

Differenz 4. Abschlagsrechnung: 112.000 €

Differenz 5. Abschlagsrechnung 173.691,60 €

7.3.50 A

4. Abschlagsrechnung 2.295

anerkannt 1.785

Differenz: 510 €

10.1.20

4. Abschlagsrechnung 46.064,70 €

Differenz: 44.296,20 €

N 2.7

Differenz: 828 €

Summe Differenzen 4 AR: 205.901,51 €

Summe Differenzen 5 AR: weitere ca. 62.500 €

Angesichts des Umstandes, dass der Kläger jahre-, wenn nicht jahrzehntelang die Einzelfirma D. Rippe „überschuldet“ führte und gegebenenfalls aus dem Privatvermögen seiner Ehefrau Geld „nachschoß“, kann der Senat nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, dass es – auch – der von der Beklagten zu verantwortende Außenstand war, der die Firma des Klägers zum Scheitern brachte. Dafür reicht es nicht aus, dass die Beklagte den Anlass bot, erforderlich ist eine Kausalität im juristischen Sinne. Es ist gerade nicht ersichtlich, dass dem

Kläger keine anderen Möglichkeiten mehr zur Seite gestanden hätten, als die Firma zu beenden. Warum ihm kein anderer Weg blieb, als den Geschäftsbetrieb einzustellen und die Firma abzuwickeln, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Der Kläger hat hinsichtlich seiner Entscheidung ersichtlich darauf abgestellt, von der Beklagten sei kein Geld mehr zu erhalten. Demgemäß trägt er vor (Berufungsbegründung vom 26. Januar 2015, Seite 28 = Blatt 930), er habe seit dem 20. Februar 2008 davon ausgehen müssen, die Beklagte sei über das Jahr 2008 hinaus zahlungsunfähig, und deshalb auch „ausdrücklich aufgrund der Ratssitzung vom 20. Februar 2008 seine Arbeiten eingestellt“. Wenn der Kläger auf die Gerüchte vertraute, von der Beklagten sei nichts mehr zu erwarten, ist die Beklagte dafür nicht zur Verantwortung zu ziehen. Warum also der Kläger die Beklagte nicht auf Zahlung verklagte und die Zwischenzeit – wie bisher – durch Privatzuschüsse überbrückte, ist nicht deutlich geworden. Eine – wenn auch jedenfalls teilweise nachvollziehbare – Verstimmung über das (Zahlungs-)Gebaren des Vertragspartners genügt nicht, um dessen Schadensersatzverpflichtung auszulösen. Vom Schutzzweck der Norm ist das nicht gedeckt.

Da der Kläger ersichtlich Zugriff auf hinreichend Kapital hatte, das er für andere „Engpässe“ nach seinem Belieben auch einsetzte, müsste sich der Kläger auch ein so überwiegendes Mitverschulden, § 254 BGB, anlasten lassen, dass für einen Schadensersatzanspruch im Ergebnis kein Raum bliebe. Der Kläger selbst hat darauf abgehoben, wegen der fortdauernden Unterstützung seiner Ehefrau und seiner ehemaligen Mitarbeiter in der Lage zu sein, Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen. Warum dies nicht für die Fertigstellung des Bauvorhabens insgesamt hätte gelten sollen, ist nicht ersichtlich. Zudem hatte die Beklagte außer am 18. März 2008 auch noch am 3. Juni 2008 (Bl. 1676) – und damit nach weiteren erheblichen Zahlungen – um die Fortführung der Arbeiten gebeten.

4. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten

Die Berufung ist auch insoweit unbegründet. Das Landgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers bereits vor festzustellendem Verzug der Beklagten beauftragt wurde.

5. Bürgschaft

Die Berufung hat dagegen Erfolg, soweit der Kläger beantragt, die Beklagte zur Herausgabe der Bürgschaft sowie zu Zinszahlung zu verurteilen.

a) Die Klageerweiterung ist zulässig. Auch ohne Zustimmung der Beklagten ist sie zuzulassen, weil sie sachdienlich ist, §§ 533, 263 ZPO. Die Tatsachen, auf die der Kläger die Forderung stützt, sind nicht „neu“, § 533 Nr. 2 ZPO.

b) Die Beklagte hat die Bürgschaft erhalten, um etwaige Ansprüche auf Gewährleistung abzusichern. Gründe für das Behaltendürfen stehen der Beklagten nicht mehr zu. Der Vertrag mit dem Kläger ist seit 2009 beendet. Das Landgericht hat die Beklagte – mangels Anschlussberufung insoweit rechtskräftig – zu weiterer Zahlung verurteilt. Dass und welche noch nicht geltend gemachten Ansprüche der Beklagten noch gegen den Kläger sollten zustehen können, die die Bürgschaft absichern würde, hat die Beklagte nicht dargetan.

c) Die Beklagte schuldet dem Kläger die beantragten Zinsen. Diese sind durch das Schreiben der [REDACTED] vom 21. Februar 2014 (Anlage A5b, Blatt 1053) belegt. Die Zinshöhe gilt jedoch nur bis zum Datum des Schreibens (21. Februar 2014). Es ist nicht belegt, dass der Kläger auch für die nachfolgende Zeit Zinsen in dieser Höhe hätte zahlen müssen. Insoweit bleibt es bei dem gesetzlichen Zinssatz von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, § 288 Abs. 1 BGB. Eine 9-prozentige Verzinsung kommt nicht in Betracht, weil es sich nicht um eine Entgeltforderung handelt, § 288 Abs. 2 BGB.

Da die Beklagte auf die Fristsetzung des Klägers zur Herausgabe der Bürgschaft bis zum 7. März 2015 nicht reagierte, befindet sie sich seit 8. März 2015 in Verzug, § 286 Abs. 1 BGB.

Auf die Berufung war das erstinstanzliche Urteil daher nur insoweit zu ändern, als dass die Beklagte zur Zahlung einer um 5.500 € netto = 6.545 € brutto erhöhte Restwerklohnforderung und auf die klagerweiternd geltend gemachten Anträge zu verurteilen war, im Übrigen war sie zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung

beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nummer 10, §§ 711, 709 Satz 2 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 ZPO.

Auf den Schriftsatz des Klägers vom 27. November 2018 bestand kein Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, §§ 156, 283, 296 a ZPO. Der Kläger nimmt darin nochmals zum Verfahren insgesamt Stellung. Weitere Ausführungen in der Sache, auch eine Stellungnahme mit neuem Sachvortrag zum Beweisergebnis, war dem Kläger nicht nachgelassen, § 283 ZPO. Der Senat hat die mündliche Verhandlung nicht zu früh geschlossen. Nach Erörterung mit den Parteien und Hinweisen des Senates (Auflagen- und Beweisbeschluss vom 8. Dezember 2016, Blatt 1454 ff., Beschluss vom 28. September 2017, Blatt 1824 ff.) sowie erneuter umfassender Befragung des Klägers und des Sachverständigen war der Sachverhalt hinreichend geklärt und der Kläger hat nicht beantragt, noch weiter Stellung nehmen zu können.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Beglaubigt
Celle, 19. Dezember 2018

[REDACTED]
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle