

# Oberlandesgericht Stuttgart

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 199 Abs. 1 Nr. 1, 203 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, 14 Nr. 1, 2 und 4 VOB/B

- 1. Ein Auftraggeber kann eine Werkleistung abnehmen, obwohl wesentliche Restleistungen fehlen oder wesentliche Mängel vorhanden sind. Der Auftragnehmer ist dann berechtigt, die gesamte abgenommene Leistung in Rechnung zu stellen.**
- 2. Erstellt der Auftraggeber gemäß § 14 Nr. 4 VOB / B die Schlussrechnung, muss diese für den Auftragnehmer prüfbar sein. Allerdings ist auch hier die Prüfbarkeit der Schlussrechnung eines Auftraggebers kein Selbstzweck. Sie muss dem Auftragnehmer nur eine abschließende und sachgerechte Klärung des Werklohnanspruchs aus dem Einheitspreisvertrag ermöglichen. Insoweit gelten die gleichen Erwägungen, die der Bundesgerichtshof zur Prüfbarkeit der Schlussrechnung eines Auftragnehmers angestellt hat.**
- 3. Der Auftragnehmer kann gegen eine Schlussrechnung des Auftraggebers nicht die fehlende Prüfbarkeit wegen Fehlens eines Aufmaßes des Auftraggebers einwenden, wenn der Auftraggeber in seine Schlussrechnung die vom Auftragnehmer in seiner letzten Abschlagsrechnung zu Grunde gelegten Massen übernimmt und nach dieser Abschlagsrechnung keine Leistungen des Auftragnehmers mehr erbracht wurden.**
- 4. Ist in AGB des Auftraggebers (hier: Nr. 26 und 28 KEVM (B) ZVB) näher bestimmt, wie die Grundlagen für die Abrechnung zu ermitteln sind, welchen Förmlichkeiten diese Grundlagen entsprechen müssen und wie die Rechnungen zu gestalten und zu bezeichnen sind, liegen ohne andere Anhaltspunkte lediglich eine Prüfung erleichternde Ordnungsvorschriften zu Form, Aufbau und Darstellungsmittel der Abrechnung vor, die den Maßstab der Prüfbarkeit einer Abrechnung nicht verschieben.**
- 5. Ein Verhandeln über eine Mängelbeseitigung stellt nicht ohne weiteres auch ein verjährungshemmendes Verhandeln über den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers dar, weil die Zielrichtung der Verhandlungen insoweit unterschiedlich ist und verschiedene Gläubigerinteressen betrifft.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 26.03.2013; Az.: 10 U 146/12

## **Tenor**

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Ravensburg vom 27.09.2012, 3 O 256/11, wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelfer.
3. Das Urteil erster Instanz ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Das Berufungsurteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung aus dem Berufungsurteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Berufungsstreitwert: 104.272,58 EUR

## **Tatbestand:**

I.

Die Klägerin begehrt eine Restwerklohnforderung für Bauleistungen am M.-Gymnasium in T..

Die förmliche Abnahme des Werks der Klägerin am Gebäudeteil -Anbau Süd erfolgte am 15.11.2002 und die förmliche Abnahme für den Gebäudeanteil -Anbau Nord am 26.6.2003, wobei jeweils Mängelvorbehalte ausgesprochen wurden. Nach der fruchtlosen Aufforderung mit Schreiben vom 18.12.2003, bis zum 31.1.2004 eine prüfbare Schlussrechnung einzureichen, überprüften die Streithelfer, Architekten der Beklagten, unter dem 9.6.2004 die 9. Abschlagsrechnung der Klägerin vom 17.6.2003 und ersetzten die Überschrift durch die Worte -Ermittlung der Schlusszahlungssumme. Eine weitere Anlage lautete -Zahlungsfreigabe zur Schlussrechnung. Diese Schriftstücke übersandte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 23.6.2004, das den Betreff -Schlusszahlung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B enthält. Nach Einspruch gegen die Berechnung der Schlussrechnungssumme und Vergleichsgesprächen im Jahr 2007 erstellte die Klägerin am 9.9.2009 eine Schlussrechnung und verlangt die Zahlung des danach noch offenen Saldos in Höhe von 104.272,58 EUR. Nachdem eine Zahlung nicht erfolgte, beantragte die Klägerin am 27.12.2010 einen Mahnbescheid, der am 4.1.2011 erlassen und gegen den Widerspruch eingelegt wurde. Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Ravensburg vom 27.9.2012, AZ: 3 O 256/11, verwiesen.

Mit diesem Urteil hat das Landgericht Ravensburg die Klage abgewiesen, weil die Klagforderung mit Ablauf des 31.12.2006, spätestens vor Erhebung der Klage, verjährt sei und die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben habe. Die Parteien hätten die Geltung der VOB/B in der Fassung aus dem Jahr 2000 vereinbart. Die Klagforderung sei im Lauf des Jahres 2004 fällig geworden. Die Abnahme sei am 15.11.2002 und am 26.6.2003 erfolgt. Die Übersendung des Schreibens der Stadtverwaltung der Beklagten vom 23.6.2004 nebst Anlagen sei als Übersendung einer Schlussrechnung im Sinne der VOB/B anzusehen, auch wenn

die -Ermittlung der Schlusszahlungssumme□ nicht als -Schlussrechnung bezeichnet worden sei. Auf die Wirksamkeit des § 16 Nr. 3 Abs. 2 bis 5 VOB/B komme es nicht an, weil es hier nicht um die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung gehe. Zur Erstellung einer eigenen Schlussrechnung sei die Beklagte gemäß § 14 Nr. 4 VOB/B berechtigt gewesen. Die zur Einreichung der Schlussrechnung gesetzte Frist von etwas über 6 Wochen sei angemessen gewesen. Die Anforderungen des § 14 Nr. 1 und 2 VOB/B insbesondere im Hinblick auf die Prüfbarkeit der Schlussrechnung seien erfüllt, weil die Klägerin in die Lage versetzt worden sei, ihre eigene Forderung zu überprüfen. Dem stehe nicht entgegen, dass die vertraglichen Vereinbarungen in Ziffer 26 und 28 der ZVB, die formale Anforderungen an die Schlussrechnung aufstellten, nicht sämtlich eingehalten worden seien. Bei der Prüffähigkeit der Schlussrechnung sei zu beachten, dass die Klägerin als Empfängerin der Schlussrechnung als fachkundig anzusehen sei und Abrechnungszeichnungen und Mengenberechnungsblätter nicht beigefügt werden mussten, weil diese ohnehin im Besitz der Klägerin gewesen seien. Erstelle der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer die Schlussrechnung, wäre die (Wieder-)Vorlage der Aufmaßunterlagen eine bloße -Förmelei. Die Klägerin habe im Jahr 2009 eine eigene Schlussrechnung ohne vorherige Vorlage der Unterlagen erstellt, so dass sie also auf die Unterlagen nicht zur Rechnungsprüfung angewiesen gewesen sei. Die Ziffern 26 und 28 der ZVB regelten nicht ausdrücklich die Frage der Prüffähigkeit einer Schlussrechnung und richteten sich insbesondere an die Klägerin als Auftragnehmerin.

Im Hinblick auf die in die Abrechnung eingestellten Gegenforderungen sei die von der Klägerin durchgeführte Werkleistung gar nicht betroffen, sondern es handle sich um Schadensersatzansprüche der Beklagten. Allein der Vergütungsanspruch müsse prüffähig abgerechnet werden. Die Behauptung der Klägerin, die Schlussrechnung sei unvollständig, weil eine Vielzahl berechtigter Nachtragspositionen fehle, betreffe nicht die Frage der Prüffähigkeit einer Rechnung, sondern deren inhaltliche Richtigkeit. Im Übrigen habe die Klägerin eine hinreichend substantiierte Rüge der mangelnden Prüffähigkeit nicht rechtzeitig innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung erhoben. Angesichts einer Fälligkeit der Rechnung im Jahr 2004 habe die zweijährige Verjährungsfrist ab dem 1.1.2005 zu laufen begonnen. Selbst unter Berücksichtigung der wohl schon im Jahr 2006 geführten Vergleichsverhandlungen sei die Verjährungsfrist lange vor Einleitung des Mahnverfahrens abgelaufen. Ein Anerkenntnis eines Vergütungsanspruchs der Klägerin sei nicht erfolgt.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Dagegen wendet sich die Berufung der Klägerin. Die Klageforderung sei nicht verjährt. Das Landgericht habe nicht die über die Anwendbarkeit der VOB/B hinausgehenden allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zur Fälligkeit der Werklohnforderung berücksichtigt. Da die Beklagte gestützt auf ihre eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer Verjährung der Werklohnforderung komme, seien ihre AGB im Zweifelsfall verwenderfeindlich auszulegen. Vor diesem Hintergrund sei die Annahme, dass die Fälligkeit der Werklohnforderung nach der Abnahme der Leistung und Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung eintrete, falsch. Es habe der Formalien der Nr. 26 KEVM (B) ZVB bedurft, um zu einer Fälligkeit der Werklohnforderung zu gelangen. Diese seien nicht eingehalten, da die Rechnung der Beklagten nicht als -Schlussrechnung bezeichnet sei (Ziffer 28.1 ZVB). Es sei falsch, dass diese Formalie zu Lasten der Klägerin nicht einzuhalten sei. Die Beklagte wolle als Verwenderin der allgemeinen Geschäftsbedingung bei der Auslegung dieser Formalvorschrift zu ihren Gunsten zu dem Ergebnis kommen,

dass hiervon die Fälligkeit der Werklohnforderung nicht abhängen würde. Diese Auslegung sei rechtswidrig. Die Beklagte als Klauselverwenderin von allgemeinen Geschäftsbedingungen müsse sich an die Formvorschriften, die sie in den Vertrag eingeführt habe, festhalten lassen. Entsprechendes gelte für die den § 14 VOB/B ergänzenden zusätzlichen Vereinbarungen in der Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen. Wenn die Parteien in von der Beklagten gestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vorlage bestimmter Unterlagen mit der Schlussrechnung als Voraussetzung für deren Beachtlichkeit und damit Fälligkeit der Werklohnforderung forderten, sei zu Lasten der Beklagten bei Fehlen dieser Unterlagen von einer mangelnden Fälligkeit auszugehen und damit dem nicht erfolgten Beginn der Verjährungsfrist. Auch im Hinblick auf die Frist für den Einwand mangelnder Prüffähigkeit gehe das Landgericht nicht auf die besondere Konstellation des Falles ein. Im Übrigen habe die Klägerin sehr wohl bereits frühzeitig auf die fehlende Prüffähigkeit hingewiesen.

Die Eigenrechnung der Beklagten habe entgegen der Nr. 26.2 ZVB keine Abrechnungszeichnungen oder andere Aufmaßunterlagen, keine Aufmaßblätter und keine endgültigen Mengenerrechnungen enthalten.

Zum Zeitpunkt der Abnahme am 26.6.2003, zu der die 9. Abschlagsrechnung gestellt worden sei, seien die Voraussetzungen zur Schlussrechnungsstellung noch nicht erfüllt gewesen, da die beauftragten Bauleistungen noch nicht fertig gestellt gewesen seien. Wegen der nicht fertig gestellten Restleistung im Hinblick auf die fehlenden Fassadenelemente und die fehlende Briefkastenanlage sowie wegen der Abänderung der fehlerhaft ausgeschriebenen Außendichtungen hätten die Parteien verhandelt. Die Verhandlungen der Parteien wegen der Restleistungen hätten erst mit der Abnahme am 8.9.2008 geendet. So lange sei der Lauf der Verjährung gehemmt gewesen.

Die Klägerin beantragt:

- a) Die Entscheidung des Landgerichts Ravensburg vom 27.09.2012, 3 O 256/11, wird aufgehoben.
- b) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 104.272,58 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz p.a. aus dieser Summe seit dem 27.12.2010 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin sei ihrer vertraglichen Verpflichtung, eine prüffähige Schlussrechnung zu erstellen, trotz Fristsetzung nicht nachgekommen. Die Klägerin, die sich selber nicht vertragsmäßig verhalten habe, dürfe sich selbst dann, wenn die vom Streithelfer erfolgte Schlussrechnung nicht prüffähig sein sollte, nicht darauf berufen, dass die vom Streithelfer erfolgte Schlussrechnung nicht vertragsgemäß aufgestellt worden sei.

Die Streithelfer beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie schließen sich der Argumentation der Beklagten an. Die Klägerin habe bereits im Jahr 2004 substantiierte Einwendungen gegen die Schlussrechnung der Beklagten vorbringen müssen, was sie nicht getan habe. Es werde bestritten, dass die Leistungen zum Zeitpunkt der Abnahme noch nicht fertiggestellt gewesen seien. Es könnten im Übrigen auch noch nicht völlig fertiggestellte Leistungen abgenommen werden. Außerdem sei zwischen Leistungen zur Mängelbeseitigung und echten Fertigstellungsleistungen zu trennen.

### **Entscheidungsgründe:**

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Landgericht ist zutreffend zu der Auffassung gelangt, dass die Klagforderung verjährt ist.

1.

Angesichts des Abschlusses des Bauvertrags am 31.10.2001 verjährte die Werklohnforderung aus diesem Vertrag gemäß §§ 196 Nr. 1, 198, 201 S. 1 BGB a. F. innerhalb von zwei Jahren ab dem Schluss des Jahres, in dem die Werklohnforderung fällig geworden ist. Die Verjährungsfrist von zwei Jahren begann hier mit Ablauf des 31.12.2004.

Angesichts der wirksamen Einbeziehung der VOB/B (2000) in den Bauvertrag bedurfte es für die Fälligkeit der Werklohnforderung einer Abnahme der Werkleistung (§ 641 Abs. 1 BGB) und den Zugang einer prüffähigen Schlussrechnung nebst Prüffrist (§§ 14 Nr. 1, 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B). Darüber hinaus können die Parteien weitere Fälligkeitsvoraussetzungen vereinbaren. Dies ist hier jedoch nicht geschehen. Insbesondere ist den dem Bauvertrag beigelegten allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten keine weitere für die Fälligkeit notwendige Vorgabe zu entnehmen.

a)

Mit Erklärung vom 15.11.2002 wurden die Fassadenarbeiten der Klägerin am Anbau Süd förmlich abgenommen, wobei wegen einiger noch nicht erledigter Mängel ein Vorbehalt ausgesprochen wurde. Am 26.6.2003 wurden die Fassadenarbeiten der Klägerin am Anbau Nord des M.-Gymnasiums T. unter Vorbehalt von Mängeln förmlich abgenommen. Ausgenommen von der Abnahme war der Briefkasten und der momentane Baustellenzugang. Angesichts der Geringfügigkeit dieser Positionen im Vergleich zum gesamten Werk der Klägerin ist dennoch von einer Gesamtabnahme auszugehen, weil geringfügige Restarbeiten im vorliegenden Fall unwesentlichen Mängeln gleichstehen (vgl. Palandt-Sprau BGB 72. Aufl. § 640 RN 9 m.w.N.). Den Vortrag der Beklagten zur Abnahme der Werkleistung am 15.11.2002 und 26.6.2003 hat die Klägerin nicht bestritten, was - für den Senat bindend - durch den unstreitigen Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils zum Ausdruck gekommen ist (§ 314 ZPO).

b)

Mit dem Zugang des Schreibens der Beklagten vom 23.6.2004 an die Klägerin und der beigefügten prüfbaren Schlussrechnung der Beklagten wurde die Werklohnforderung der Klägerin fällig.

aa)

Reicht der Auftragnehmer nach Setzen einer angemessenen Frist eine prüfbare Schlussrechnung nicht ein, kann sie der Auftraggeber selbst aufstellen (§ 14 Nr. 4 VOB/B). Dies setzt Schlussrechnungsreife voraus. Die Schlussrechnung ist gemäß § 14 Nr. 3 VOB innerhalb einer dort bestimmten Frist nach Fertigstellung einzureichen. Fertigstellung bedeutet nicht, dass die Arbeiten am Werk vollständig abgeschlossen sein müssen. Restarbeiten oder Mängel stehen der Annahme einer Fertigstellung nicht entgegen, wenn das Werk im Wesentlichen hergestellt ist. Die Abnahme der Bauleistungen ist ein Indiz für die Fertigstellung; denn regelmäßig erfolgt eine Abnahme, weil die Leistungen im Wesentlichen vertragsgerecht erbracht sind. In diesem Fall steht der Annahme einer Fertigstellung im Sinne des § 14 Nr. 3 VOB/B regelmäßig nichts im Wege. Der Auftragnehmer ist berechtigt, die gesamte abgenommene Leistung in Rechnung zu stellen. Wegen der Mängel oder der Restleistungen hat der Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB (BGHZ 182, 158, juris RN 54). Gleiches gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die Abnahme erfolgt ist, obwohl wesentliche Restleistungen fehlen; denn mit der Abnahme löst der Auftraggeber in einem VOB-Vertrag die Fälligkeit der Werklohnforderung aus, sobald ihm die Schlussrechnung gestellt wird und die Prüffrist abgelaufen ist. Er akzeptiert die gesamte Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht und muss es daher hinnehmen, dass auch noch nicht erbrachte Teilleistungen in die Schlussrechnung eingestellt werden. Er ist durch das Leistungsverweigerungsrecht ausreichend geschützt (BGH a.a.O. juris RN 55).

Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen die Umstände ergeben, dass der Auftragnehmer trotz der erfolgten Abnahme nicht berechtigt ist, die noch nicht erbrachten Restleistungen in die Schlussrechnung einzustellen. Solche Umstände können sich aus dem Gewicht der noch fehlenden Teilleistungen oder aus den Baumständen ergeben. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Abnahme der gesamten Leistungen nicht in Wahrheit eine Teilabnahme der erbrachten Leistungen ist (BGH a.a.O. juris RN 56).

Ausweislich der Abnahmeprotokolle (Anlagen B 8 und B 3) war das Werk der Klägerin in diesem Sinn fertig gestellt (s.o. unter a). Mit den rechtsgeschäftlichen förmlichen Abnahmen gingen die Parteien davon aus, dass das geschuldete Werk im Wesentlichen fertig gestellt ist und nur noch geringfügige Restarbeiten ausstehen sowie Mängelbeseitigungen vorzunehmen sind. Soweit später weitere Mängel durch fehlende oder nicht funktionsgerechte Bauteile aufgetaucht sind, begründeten diese Zurückbehaltungsrechte nach § 641 Abs. 3 BGB gegenüber der Vergütung der Klägerin. Sie ließen aber nicht im Nachhinein die bereits erklärten Abnahmen und die Schlussrechnungsreife entfallen.

bb)

Unstreitig hat die Klägerin die nach § 14 Nr. 3 VOB/B zu bestimmende Frist für die Vorlage der Schlussrechnung nicht eingehalten. Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte der Klägerin mit ihrem Schreiben vom 18.12.2003 und der Frist zur Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung bis zum 31.1.2004 eine angemessene Frist gesetzt hatte, so dass mit deren Ablauf die Beklagte selbst eine prüfbare Schlussrechnung aufstellen konnte. Dadurch konnte die Beklagte

vermeiden, dass der Verjährungsbeginn der Werklohnforderung zu ihrem Nachteil hinausgeschoben wird.

cc)

Für eine prüfbare Rechnung gemäß § 14 Nr. 4 VOB/B muss der Auftraggeber in der Schlussrechnung die Leistungen des Auftragnehmers berechnen und dabei alle ihm zugänglichen Leistungen einstellen. Es ist dann Sache des Auftragnehmers, nach Prüfung der vom Auftraggeber aufgestellten Schlussrechnung deren Berichtigung zu verlangen. Daraus folgt, dass der Auftraggeber eine Abrechnung der erbrachten Leistungen auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarung vornehmen muss, soweit ihm das möglich ist. Ein Einheitspreisvertrag ist deshalb grundsätzlich nach § 14 Nr. 1 VOB/B abzurechnen. Danach ist der Werklohn auf der Grundlage der tatsächlichen Mengen nach Einheitspreisen positionsbezogen zu berechnen. Liegt ein Aufmaß noch nicht vor und ist es zur Ermittlung der Positionspreise notwendig, muss der Auftraggeber es erstellen und seiner Berechnung zugrunde legen. Nur auf diese Weise ist in der Regel gewährleistet, dass die Schlussrechnung des Auftraggebers zu einer abschließenden und sachgerechten Klärung des Werklohnanspruchs aus dem Einheitspreisvertrag führen kann (BGH BauR 2002, 313, juris RN 10; 1984, 182, juris RN 20).

Allerdings ist auch hier die Prüfbarkeit der Schlussrechnung eines Auftraggebers kein Selbstzweck. Sie muss (nur) eine abschließende und sachgerechte Klärung des Werklohnanspruchs aus dem Einheitspreisvertrag ermöglichen (BGH a.a.O.). Insoweit gelten die gleichen Erwägungen, die der Bundesgerichtshof zur Prüfbarkeit der Schlussrechnung eines Auftragnehmers angestellt hat (BGH BauR 2002, 468 juris RN 8). Bei einer Abrechnung nach § 14 Nr. 4 VOB/B ergeben sich die Anforderungen an die Prüfbarkeit aus den Informations- und Kontrollinteressen des Auftragnehmers. Diese bestimmen und begrenzen Umfang und Differenzierung der für die Prüfung erforderlichen Angaben der Schlussrechnung. In welchem Umfang die Schlussrechnung des Auftraggebers aufgeschlüsselt werden muss, damit der Auftragnehmer in der Lage ist, sie in der gebotenen Weise zu überprüfen, ist eine Frage des Einzelfalls, die abgesehen von den Besonderheiten der Vertragsgestaltung und der Vertragsdurchführung auch von den Kenntnissen und Fähigkeiten des Auftragnehmers und seiner Hilfspersonen abhängt (vgl. BGH a.a.O. zur Rechnung des Auftragnehmers).

Die Beklagte hat die Ermittlung der Schlusszahlungssumme, also die Schlussrechnung, auf der Grundlage der neunten Abschlagsrechnung der Klägerin ermittelt. Insoweit handelte sie nicht rechtsmissbräuchlich (vgl. dazu KG, Urteil vom 9.6.2009, AZ: 21 U 182/07 juris RN 15), weil sie die Abschlagsrechnung als prüffähig behandelt hat. Dabei ging die Beklagte ausdrücklich aufgrund eines Vermerks auf der Ermittlung der Schlusszahlungssumme davon aus, dass seit dem Datum der 9. Abschlagsrechnung sich der Leistungsstand nicht geändert hatte. Die 9. Abschlagsrechnung war gemäß den Anforderungen an eine prüfbare Abrechnung eines Einheitspreisvertrages aufgebaut und von den Architekten der Beklagten geprüft worden. Die Korrektur dieser 9. Abschlagsrechnung im Zusammenhang mit der Ermittlung der Schlusszahlungssumme beschränkte sich auf das Streichen einzelner Nachträge und die Hinzurechnung der Vergütung für die Beseitigung eines Sturmschadens einschließlich eines Aufschlags von 23 % gemäß dem Nachtragsangebot der Klägerin vom 23.4.2003. In einem weiteren Dokument, das mit -Schlussrechnung überschrieben ist (Anlage B 6), wurde die ermittelte Schlusszahlungssumme eingestellt, Nebenkosten für Bauschutt und Baureinigung sowie eine Gegenforderung in Höhe von 2.966,92 EUR (aufgelistet in der Anlage B

7) abgezogen, auf den verbleibenden Gesamtaufwand die Umsatzsteuer aufgerechnet und die bereits erbrachten Abschlagszahlungen abgezogen. Danach verblieb eine offene Forderung in Höhe von 4.356,57 EUR. Gegenüber diesem ermittelten Restwerklohn hat die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln an den Öffnungsbegrenzer der Fenster in gleicher Höhe geltend gemacht, so dass zum damaligen Zeitpunkt ein weiterer Betrag zur Auszahlung nicht freigegeben wurde.

Nachdem die Beklagte bei der Erstellung ihrer Schlussrechnung gemäß § 14 Nr. 4 VOB/B auf der Grundlage der von der Klägerin angesetzten tatsächlichen Mengen nach Einheitspreisen positionsbezogen abgerechnet hat, musste sie der Abrechnung kein eigenes Aufmaß beifügen, um die Schlussrechnung für den Auftragnehmer prüfbar zu machen. Vielmehr konnte der Auftragnehmer auf seine eigenen Unterlagen zurückgreifen, um die Richtigkeit der Schlussrechnung der Beklagten (und damit mittelbar der eigenen 9. Abschlagsrechnung) überprüfen zu können. Die Beklagte musste im Hinblick auf das Informations- und Kontrollinteresse des Auftragnehmers und für eine abschließende und sachgerechte Klärung des Werklohnanspruchs keine weiteren Unterlagen wie Mengenerrechnungen, Zeichnungen oder andere Belege der Schlussabrechnung beifügen. Diese musste die Klägerin bereits zur Aufstellung der 9. Abschlagsrechnung, die Grundlage für die Schlussrechnung der Beklagten war, vorliegen haben.

Im Hinblick auf den Nachtrag 5 wurde die Summe des Nachtragsangebots von 6.618,02 EUR netto (vgl. Anlage K 9) übernommen. Einer Massenermittlung bedurfte es dazu nicht. Soweit Stundenaufwand abzurechnen war, ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Beklagte den von der Klägerin erbrachten Stundenaufwand nachvollziehen konnte. Hier ist der Klägerin als Auftragnehmerin eine Überprüfung aufgrund ihrer eigenen Aufzeichnungen möglich. Im Übrigen hat die Klägerin mit Schreiben vom 16.8.2004 (Anlage K 15) selbst die Auffassung geäußert, dass aus dem 5. Nachtragsangebot eine Vergütung von netto 6.618,02 EUR in die Schlussrechnung aufzunehmen ist, was die Beklagte ja tatsächlich getan hatte.

Die Schlussrechnung der Beklagten in Verbindung mit der Ermittlung der Schlusszahlungssumme auf der Grundlage der 9. Abschlagsrechnung der Klägerin, die die Beklagte zusammen mit einem Schreiben vom 23.6.2004 (Anlage B 8) an die Klägerin übermittelt hat, war danach prüfbar und somit geeignet, die Fälligkeit der Werklohnforderung der Klägerin herbeizuführen.

c)

Nachdem die Abrechnung der Beklagten für die Klägerin prüffähig war, kommt es auf den Einwand der fehlenden Prüffähigkeit und dessen Substantiierung nicht an. Im Übrigen wird die Werklohnforderung des Auftragnehmers bei Übersendung einer Schlussrechnung des Auftraggebers gemäß § 14 Nr. 4 VOB / B nicht erst nach Ablauf einer Prüffrist fällig, weil die Prüffrist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B nur den Auftraggeber schützt, der Gelegenheit haben soll, die Rechnung zu prüfen. Sie ist nicht anwendbar, wenn die Schlussrechnung nicht vom Auftragnehmer, sondern vom Auftraggeber erstellt wird (BGH BauR 2002, 313 juris RN 16). Die Werklohnforderung wird daher mit dem Zugang der Rechnung fällig (BGH a.a.O. juris RN 15). Damit ist die Fälligkeit des Werklohns der Klägerin im Jahr 2004 eingetreten.



d)

Der Fälligkeit der Werklohnforderung steht nicht entgegen, dass die Parteien weitere Voraussetzungen für die Fälligkeit vertraglich vereinbart hätten. Das ist auch unter Berücksichtigung der Unklarheitenregel bei allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) hier nicht festzustellen.

Für die Anwendung der Unklarheitenregel genügt nicht, dass Streit über die Auslegung besteht. Vielmehr muss nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleiben und es müssen mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sein. Weist die Klausel bei objektiver Auslegung einen einheitlichen Inhalt auf, ist für eine Anwendung von § 5 AGBG/§ 305c Abs. 2 BGB kein Raum (Palandt-Grüneberg a.a.O. § 305c RN 18).

Hier bestehen keine vernünftigen Zweifel an der Auslegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Nr. 26 und der Nr. 28 ZVB. Für das Verständnis der Klägerin, die Erfüllung der Vorgaben aus diesen allgemeinen Geschäftsbedingungen sei Voraussetzung für die Prüffähigkeit der Abrechnung und damit die Fälligkeit der Vergütung, gibt es keinen Anhaltspunkt.

In Nr. 26 und 28 der in dem Bauvertrag einbezogenen zusätzlichen Vertragsbedingungen (KEVM (B) ZVB) ist näher bestimmt, wie die Grundlagen für die Abrechnung zu ermitteln sind, welchen Förmlichkeiten diese Grundlagen entsprechen müssen sowie wie die Rechnungen zu gestalten und zu bezeichnen sind.

Es kommt jedoch an keiner Stelle zum Ausdruck, dass diese Förmlichkeiten Voraussetzung für die Prüffähigkeit einer Rechnung oder für die Fälligkeit der Werklohnforderung des Auftragnehmers wären.

Mit diesen allgemeinen Geschäftsbedingungen werden lediglich Ordnungsvorschriften zu Form, Aufbau und Darstellungsmittel der Abrechnung aufgestellt, die dazu dienen sollen, die erbrachte Leistung transparent zu machen und eine Prüfung der Abrechnung zu erleichtern (Kaiser in Markus/Kaiser/Kapellmann, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln 3. Aufl. RN 707). Sie enthalten lediglich Konkretisierungen, ohne die Regelungen der VOB/B entscheidend abzuändern (vgl. OLG Celle BauR 2005, 1933, juris RN 32). Da diese Ordnungsvorschriften keine Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch als solchen haben, sind sie unbedenklich (Kaiser in Markus/Kaiser/Kapellmann a.a.O.). Sie verschieben nicht den Maßstab der Prüfbarkeit einer Abrechnung, sondern sie sollen die Prüfung einer Abrechnung lediglich erleichtern und Missverständnissen vorbeugen. § 5 AGBG kommt hier nicht zur Anwendung.

Sind daher Abrechnungen gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die andere Vertragspartei prüffähig, auch wenn die Vorgaben der Nr. 26 und Nr. 28 ZVB nicht eingehalten sind, führt dies gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B nach Ablauf der Prüffrist zur Fälligkeit der Werklohnforderung.

Im Übrigen beschreibt die Nr. 26 ZVB im Wesentlichen die Ermittlung und Darstellung der bei einem Einheitspreisvertrag abzurechnenden Massen. Wie oben unter b) cc) bereits ausgeführt, bedurfte es hier keiner Darstellung der ermittelten Massen durch die Beklagte gegenüber der Klägerin, weil die Beklagte die Massen der Klägerin ihrer Abrechnung zugrunde gelegt hat.

Die Schlussrechnung der Beklagten wird den Vorgaben der Nr. 28 ZVB gerecht. Insbesondere wurde die Anlage B 6 ausdrücklich als Zahlungsfreigabe zur Schlussrechnung und die Anlage B 5 als Ermittlung der Schlussrechnungssumme bezeichnet, so dass sie dem Anliegen der Nr. 28.1, die Rechnungen nach ihrem Zweck als Abschlags-, Teilschluss- oder Schlussrechnungen zu unterscheiden, gerecht wurde. Den übrigen Anforderungen der Nr. 28.2 bis 28.4 ZVG entspricht die Schlussrechnung der Beklagten ebenfalls.

e)

Da der Vergütungsanspruch auch bei einem mangelhaften Werk fällig wird und die berechtigte Erhebung der Einrede der Mangelhaftigkeit des Werks nach Abnahme gemäß § 322 Abs. 1 BGB zur Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Behebung der bestimmt zu bezeichneten Mängel führt (Palandt-Sprau a.a.O. § 641 RN 17), ist ein Anspruch, dem die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegensteht, im Sinn des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F. bzw. § 196 BGB a. F. bereits entstanden (vgl. Palandt - Ellenberger .a.a.O. § 199 RN 3; siehe auch BGH NJW 2006, 2773).

2.

Die Verjährungsfrist von zwei Jahren endete am 31.12.2006.

Gemäß § 203 BGB n. F., der nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auf die Zeit ab dem 1.1.2002 anwendbar ist, wird der Lauf der Verjährungsfrist gehemmt, wenn zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände schweben. Die von der Hemmung gemäß § 203 BGB erfassten Ansprüche werden durch den Gegenstand der Verhandlungen bestimmt. Dazu bedarf es gegebenenfalls einer Auslegung der Verhandlungserklärungen (Palandt-Ellenberger BGB 72. Aufl. § 203 RN 3; MünchKomm-Grothe BGB 6. Aufl. § 203 RN 7). Der Anspruch im Sinn des § 203 BGB ist nicht im Sinn einer materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage, sondern weiter im Sinne eines aus einem Sachverhalt hergeleiteten Begehrens auf Befriedigung eines Interesses zu verstehen (BT-Drs. 14/6040 S. 112). Der Verhandlungsgegenstand erstreckt sich im Zweifel auf alle Ansprüche, die jener Lebenssachverhalt hervorbringt, der den Verhandlungen zugrunde liegt, wenn und soweit diese Ansprüche auf ein vergleichbares Gläubigerinteresse gerichtet sind (MünchKomm-Grothe a.a.O.). Dabei braucht das Begehren nicht besonders beziffert oder konkretisiert zu sein.

Danach stellt ein Verhandeln über eine Mängelbeseitigung nicht ohne weiteres auch ein Verhandeln über den Vergütungsanspruch der Klägerin dar, weil die Zielrichtung der Verhandlungen insoweit unterschiedlich ist und verschiedene Gläubigerinteressen betrifft. Bei den Mängelansprüchen des Auftraggebers handelt es sich um eigenständige, von der Vergütung des Auftragnehmers nach Abnahme grundsätzlich unabhängige Ansprüche. Sie können lediglich im Hinblick auf die Vergütungsansprüche des Auftragnehmers ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB auslösen, das aber den Verjährungslauf nicht beeinflusst.

a)

Vor dem 31.12.2006 hatte die Klägerin unter Bezugnahme auf die Schlusszahlungsmittelteilung der Beklagten vom 23.6.2004 mit Schreiben vom 19.4.2004 (Anlage K 14) Einspruch bei der Beklagten erhoben und mit Schreiben

vom 16.8.2004 (Anlage K 15) den Einspruch im Hinblick auf die rechtlichen Grundlagen und Rechtswirkungen der Schlusszahlungsmitteilung sowie bezüglich einzelner Nachträge näher begründet. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass sich die Beklagte daraufhin auf einen Meinungs austausch über den Vergütungsanspruch der Klägerin oder dessen tatsächlichen Grundlagen eingelassen hätte. Erst recht ist nicht vorgetragen oder ersichtlich, dass Verhandlungen nebst der Ablaufhemmung nach § 203 Satz 2 BGB n.F. in eine Zeit nach Verjährungsbeginn gemäß § 201 BGB a.F. ab dem Jahr 2005 hineingereicht hätten.

b)

Die Klägerin hat vorgetragen, dass die Beklagte ein Gutachten des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. Fröhlich vom 3.9.2005 eingeholt hatte und die Parteien daraufhin wegen der Restleistungen ab dem 12.7.2005 verhandelt haben. Dieses Gutachten von der Beklagtenseite betrifft jedoch nicht die Vergütung der Klägerin, sondern Mängelrechte der Beklagten und Restleistungen, die die Klägerin zu erbringen hatte. Die Verhandlungen richteten sich damit allein auf ein Gläubigerinteresse der Beklagten und nicht auf das Vergütungsinteresse der Klägerin. Dies wird noch verdeutlicht durch das Schreiben der Klägerin vom 13.9.2006 (Anlage K 16), das sich mit den einzelnen Mängelrügen und der Zurechnung eventueller Mängel befasst. Vergütungsansprüche der Klägerin waren nicht Gegenstand dieser Stellungnahme. Auf Seite 13 dieses Schreibens erfolgt lediglich der Hinweis, dass keine Minderkosten, sondern Mehrkosten angefallen seien, die in der noch zu erstellenden Schlussrechnung berechnet werden würden. Dies beinhaltet lediglich die Ankündigung der Geltendmachung einer Forderung, aber nicht das Angebot von Vertragsverhandlungen über die Vergütungsforderung. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Beklagte sich auf diesen Passus des Schreibens der Klägerin eingelassen und Verhandlungen über eine Mehrvergütung der Klägerin aufgenommen hätte. Gleiches gilt für die weiteren Ausführungen über die grundsätzliche Berechtigung, Mehrkosten geltend zu machen (Seite 14 ff. der Anlage K 16).

Mit Anwaltsschreiben vom 15.2.2007 (Anlage K 17) ist die Beklagte erstmals nach der von ihr aufgestellten Schlussrechnung auf die dem Grunde nach behauptete, aber noch nicht bezifferte Forderung der Klägerin auf eine weitergehende Vergütung eingegangen, indem sie in einem Vergleichsangebot eine Erledigung der Vergütungsansprüche der Klägerin vorgeschlagen hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit diesem Vergleichsvorschlag und dem sich daran anschließenden weiteren Vergleichsangebot beider Parteien Verhandlungen auch über den Vergütungsanspruch der Klägerin in Gang gekommen sind, weil zu diesem Zeitpunkt der streitgegenständliche Vergütungsanspruch bereits verjährt war. Die Verjährungsfrist von zwei Jahren war am 31.12.2006 abgelaufen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10 S. 1 und 2, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.