

OLG Düsseldorf

Urteil

vom 11.12.2014

22 U 92/14

1.

Die Auftragnehmerin kann nach der Kündigung eines Werkvertrages Abschlagszahlungen nicht mehr verlangen, sondern muss - im Rahmen ihrer Darlegungs- und Beweislast - zur Ermittlung der vertragsbezogenen, anteiligen Vergütung die bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen im Einzelnen genau bezeichnen, von den kündigungsbedingt nicht (mehr) erbrachten Werkleistungen nachvollziehbar abgrenzen und sodann den Anteil der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen in einem weiteren, eigenständigen Schritt auf der Grundlage der dem Werkvertrag zu Grunde liegenden Kalkulation bewerten\*)

2.

Die Auftragnehmerin muss die bis zur Kündigung bereits erbrachten Einzelleistungen eines Detailpauschalpreisvertrags zum Zwecke der Abrechnung grundsätzlich in die damit - gemäß Leistungsbeschreibung - konkret verbundenen weiteren Einzelleistungen weiter zergliedern und diese jeweils mit - aus ihrer vorzutragenden bzw. vorzulegenden Vertragskalkulation abgeleiteten und für den Auftraggeber nachvollziehbar dargestellten bzw. errechneten - Einzelpreisen "bepreisen" bzw. bewerten; pauschale Bewertungen sind regelmäßig unzulässig.\*)

3.

Insbesondere bei Bauräger- und ähnlichen Verträgen ist eine bereits im Vertrag von den Parteien (unabhängig von der insoweit grundsätzlich irrelevanten Aufteilung in Abschlagszahlungen in einem bloßen Zahlungsplan) verbindlich vorgenommene Aufteilung und Bewertung einzelner Teilleistungen auch bei der Abrechnung nach einer Kündigung des Vertrages regelmäßig zu berücksichtigen.\*)

4.

Mangels Vorlage einer Schlussrechnung durch die Auftragnehmerin können die Auftraggeber unmittelbar aus der vertraglichen Abrede (nicht aus §§ 812 ff. BGB) auf Rückzahlung der Abschlagszahlungen klagen, sofern sich aus der von ihnen erstellten, ihrem möglichen Kenntnisstand entsprechenden Abrechnung ein Rückzahlungsanspruch (d. h. eine Überzahlung) ergibt.\*)

5.

Der Wert der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen kann im Einzelfall auch durch Abzug der Fertigstellungskosten vom vereinbarten Werklohn ermittelt werden. \*)

6.

Der Unterschied zwischen einem Privatgutachten und einem gerichtlichen Gutachten in einem selbständigen Beweisverfahren ist nicht so erheblich, dass die Parteien eines Werkvertrages grundsätzlich verpflichtet sind, ein selbständiges Beweisverfahren anzustrengen.\*)

7.

Eine Klausel in den AGB eines Werkvertrages, wonach sich die Ausführungsfrist bei Nichtbegleichung fälliger Abschlagszahlungen durch den Auftraggeber binnen einer näher bezeichneten Frist entsprechend verlängert, ist gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam.\*)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.12.2014 - 22 U 92/14 (nicht rechtskräftig)  
vorhergehend: LG Krefeld, 30.04.2014 - 5 O 266/10

In dem Rechtsstreit

pp.

hat der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 05. Dezember 2014 durch pp.

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Einzelrichterin der 5. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld vom 30. April 2014 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

A.

Die Kläger machen gegen die Beklagte aus einem von ihnen außerordentlich gekündigten Vertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses auf einem von diesen bereitgestellten Grundstück in N.-L. die Erstattung von durch sie an die Beklagte geleisteten Abschlagszahlungen in anteiliger Höhe von 57.686,32 EUR nebst Zinsen gemäß folgender Berechnung geltend:

Fertigstellungskosten	92.175,23 EUR
./.. ausstehender Restwerklohn	
vereinbarter Werklohn	254.488,91 EUR
./.. Abschlagszahlungen	220.000,00 EUR
ausstehender Restwerklohn	34.488,91 EUR
Klageforderung ("Überzahlung")	57.686,32 EUR

Außerdem machen die Kläger gegen die Beklagte die Kosten eines Privatgutachtens des Sachverständigen Dr. B. in Höhe von 2.997,50 EUR, einen Mietschaden für den Zeitraum von 6 Monaten in Höhe einer Nettomiete von 1.000,00 EUR monatlich bzw. insgesamt 6.000,00 EUR sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2.308,60 EUR geltend. Wegen weiterer Einzelheiten wird gemäß § 540 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage nach Hinweisen (307 GA), informatorischer Anhörung des Klägers (307 ff. GA), weiteren Hinweisen (374a ff. GA) und Beweisaufnahme durch Vernehmung des

Zeugen Dr. B. (374a/436 ff. GA), Verzicht der Beklagten auf die Zeugen S., H. und Z. (440 GA, nicht auch auf den Zeugen Ha.) und weiterer Beweisaufnahme durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen D. (465/490 ff. GA) nebst mündlicher Ergänzung (515/530 ff. GA) teilweise in Höhe von 52.920,00 EUR (57.686,32 EUR ./ 4.766,32 EUR Hilfsaufrechnung) und 11.306,10 EUR (2.997,50 EUR Kosten Privatgutachten Dr. B. , 6.000,00 EUR Mietzinsschaden, 2.308,60 EUR vorgerichtliche Anwaltskosten), jeweils nebst Zinsen, entsprochen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Kläger hätten gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung der für die Fertigstellung ihres Hauses entstandenen Mehrkosten in Höhe von 57.686,32 EUR brutto gemäß § 280 Abs. 1 BGB, der durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten in Höhe von 4.766,32 EUR (davon 4.641,00 EUR Maklerhonorar und 125,32 EUR Erstattung aus Kostenfestsetzung AG Nettetal 17 C 291/10, dazu im Einzelnen Seite 16/17, insoweit nicht berufsrelevant) bis auf 52.920,00 EUR erloschen sei.

Die Kläger seien am 28.04.2010 analog § 314 BGB zur fristlosen Kündigung des Werkvertrages berechtigt gewesen, da die Beklagte ihre Weiterarbeit ernsthaft und endgültig von der Zahlung weiterer Vergütung abhängig gemacht habe, auf die sie in diesem Zeitpunkt eindeutig keinen Anspruch gehabt habe.

Einen Anspruch auf Zahlung der 5. Baurate habe die Beklagte nicht gehabt, da sie dem Erfüllungseinwand der Kläger nicht hinreichend entgegengetreten sei und zudem für eine (nur) "verspätete" 5. Baurate Zinsaufschläge geltend mache.

Solche dreiprozentigen Zuschläge könne die Beklagte wegen Unwirksamkeit der Klausel gemäß § 309 Nr. 5 BGB mangels Zulassung des Gegenbeweises eines nicht entstandenen bzw. geringeren Schadens nicht verlangen.

Einen Anspruch auf Zahlung der 7. Baurate habe die Beklagte ebenfalls nicht gehabt, da eine vertragsgemäße Erbringung der Treppen, von denen im Kündigungszeitpunkt lediglich die tragenden Konstruktionen vorhanden gewesen seien und Beläge und Geländer indes gänzlich gefehlt hätten, nicht ersichtlich sei, so dass es auf den für die 7. Baurate notwendigen Abschluss der Trockenbauarbeiten nicht ankomme.

Als Folge der außerordentlichen Kündigung hätten die Kläger Anspruch auf Erstattung der - auf Basis des von ihnen dargelegten und durch das Privatgutachten Dr. B. (mit Korrekturen lediglich bei der Fläche der Außenraffstores) und das Gerichtsgutachten des Sachverständigen D. bewiesenen Bautenstandes im Kündigungszeitpunkt (vgl. im Einzelnen: Seite 11-15 des Urteils) - entstandenen Mehrkosten für die inzwischen erfolgte Fertigstellung des Objekts gemäß § 280 Abs. 1 BGB.

Da die von den Klägern geltend gemachten Fertigstellungskosten von 92.175,23 EUR brutto die vom Privatsachverständigen Dr. B. bzw. vom gerichtlichen Sachverständigen D. mit ca. 112.000,00 EUR brutto ermittelten Fertigstellungskosten unterschritten, seien sie auf diesen Betrag begrenzt, woraus sich Mehrkosten von 57.686,32 EUR errechneten (vgl. im Einzelnen. Seite 15/16 des Urteils).

Die über 4.766,32 EUR (Maklerhonorar, Kostenerstattung) hinausgehende Hilfsaufrechnung der Beklagten sei nicht berechtigt.

Ein aufrechenbarer Anspruch auf Architektenhonorar in Höhe von 6.938,92 EUR stehe der Beklagten nicht zu, da sie die Erbringung von Architektenleistungen der Leistungsphasen 1-4 für das weitere Bauvorhaben der Kläger - trotz deren Bestreitens - nicht hinreichend (z.B. durch Vorlage von Planungs- bzw. Bauantragsunterlagen) substantiiert habe.

Auch ein aufrechenbarer Anspruch auf Honorar in Höhe von 4.795,70 EUR stehe der Beklagten nicht zu, da sie die Erbringung von Statikleistungen und die Erstellung von Berechnungen zur Energieeinsparung sowie einer Bescheinigung zum KfW-Antrag für das weitere Bauvorhaben der Kläger - trotz deren Bestreitens - nicht hinreichend (z.B. durch Vorlage angeblich erstellter Unterlagen) substantiiert habe.

Mangels Wirksamkeit der AGB-Klausel zu dem Zuschlag von 3 % auf verspätete Bauraten stehe der Beklagten auch kein aufrechenbarer Anspruch auf solche Verspätungszuschläge in Höhe von 5.550,00 EUR zu.

Die Zinsstaffelung folge aus dem jeweiligen Verzugseintritt bzw. dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit der Gegenforderungen der Beklagten (vgl. im Einzelnen Seite 18).

Der Anspruch der Kläger auf Erstattung der Kosten des Privatgutachtens Dr. B. in Höhe von 2.997,50 EUR folge aus § 280 Abs. 1 BGB, wobei sie weder aus Schadensminderungsaspekten noch sonst zur Einleitung eines gerichtlichen Beweisverfahrens verpflichtet gewesen seien, insoweit indes nur Prozesszinsen verlangen könnten.

Gegen den Anspruch der Kläger auf Erstattung eines Mietschadens für 6 Monate in Höhe von 6.000,00 EUR könne die Beklagte sich nicht mit Erfolg auf eine Bauzeitverlängerung durch angeblich verspätete Zahlungen der Kläger bzw. durch Schlechtwettertage Anfang 2010 verteidigen. Selbst wenn die (Teil-)Klausel zur Bauzeitverlängerung durch verspäteten Geldeingang wirksam sein sollte, habe es sich nach dem Vorbringen der Beklagten um nicht mehr als insgesamt 52 Tage gehandelt, so dass - ausgehend von einem vereinbarten Fertigstellungstermin am 26.11.2009 - das Haus somit spätestens Ende Januar 2010 hätte fertig sein müssen. Schlechtwettertage hätten die Beklagte im Hinblick auf die weitgehende Fertigstellung des Objekts an dem noch ausstehenden erheblichen Anteil von Innenarbeiten nicht hindern können. Der Vortrag der Beklagten zu angeblich ihre Werkleistungen hindernden Eigenleistungen der Kläger sei völlig unsubstantiiert und daher nicht zu berücksichtigen. Da das Haus spätestens Anfang Februar 2011 (gemeint offenbar 2010) hätte bezugsfertig sein müssen, indes noch im Mai 2011 (gemeint offenbar 2010) noch zu mehr als 35 % unfertig gewesen sei, sei von einer Bezugsfertigkeit nicht vor Anfang August 2010 und damit von einem Mietschaden im Umfang von 6 Monaten auszugehen, auf den die Beklagte Prozesszinsen schulde.

Außerdem schulde die Beklagte den Klägern gemäß § 280 Abs. 1 BGB vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 2.308,60 EUR nebst Prozesszinsen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, zu deren Begründung sie unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vorträgt:

Das LG habe ihr Beweisangebot übergangen, den von ihr benannten Zeugen Ha. (Trockenbauer) - wie im Beweisbeschluss vom 03.08.2012 zunächst angeordnet - zum Bautenstand (insbesondere der Trockenbauarbeiten) im Kündigungszeitpunkt zu vernehmen. Auf dessen Vernehmung sei zu keinem Zeitpunkt verzichtet worden, so dass die Vernehmung aller Zeugen insgesamt neu vorzunehmen sei. Das LG habe die Restarbeiten für das WDV-System mit 17.669,12 EUR in Ansatz gebracht, obwohl diese nicht mehr zu erbringen gewesen seien, da bereits 184 qm Wärmedämmung eingebracht gewesen seien, wie der Zeuge Ha. bekunden könne.

Das LG habe auch die Abrechnung des gekündigten Werkvertrages nicht ordnungsgemäß vorgenommen, da sich unter Berücksichtigung der von ihr - der Beklagten - erbrachten Leistungen der auf den Fertigstellungsstand festzustellende Aufwand mit 226.047,64 EUR brutto (vgl. Aufstellung nach Gewerken: 640/641 GA) bzw. - "unter Berücksichtigung eines Gewinns von 15 % und unter betragsmäßiger Deckelung der Gewerke auf die Kalkulation folgende Schlussrechnung zum Fertigstellungszustand des Objekts" - mit 228.777,14 EUR brutto (vgl. Aufstellung nach

Gewerken: 641/642 GA) ermittle, so dass ihr - unter Berücksichtigung von Zahlungen der Beklagten in Höhe von insgesamt 220.000,00 EUR - ein Anspruch auf Restwerklohn von 8.777,14 EUR zustehe.

Sie stelle unter Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, dass ein Werklohnanspruch in vorstehender Höhe von 228.777,14 EUR dem von ihr erreichten Bautenstand im Kündigungszeitpunkt entspreche, das Bauvorhaben nicht nur mit einem einer Summe von 162.313,68 EUR entsprechenden Bautenstand fertiggestellt gewesen sei, die Zahlungen der Kläger sowohl nach Ratenplan als auch nach Leistungsstand nicht ausreichend gewesen seien, zur Gesamtfertigstellung des Bauvorhabens gemäß Werkvertrag nicht 92.175,23 EUR zu leisten gewesen seien und der Fertigstellungsgrad des Bauvorhabens im Kündigungszeitpunkt auch nicht einer Quote von nur 63,78 % entsprochen habe.

Aus dem Bautenstandsbericht (des Privatsachverständigen Dr. B.) könnten die Kläger keine Rechte herleiten, da dieser auch die von ihr - der Beklagten - nicht geschuldeten Anteile an Eigenleistungen der Kläger zu berücksichtigen hätte.

Soweit das LG den Klägern einen Bruttobetrag als Schadensersatz zuerkannt habe, hätten die Kläger den Anfall von Umsatzsteuer weder behauptet noch nachgewiesen. Die Kläger hätten die streitgegenständlichen (Rest-)Arbeiten nicht mehr ausgeführt.

Das LG habe fehlerhaft angenommen, dass die von den Klägern erklärte fristlose Kündigung des Bauvertrages wirksam sei. Die VOB/B sei nicht anwendbar. Ein wichtiger Grund habe nicht vorgelegen, da sie - die Beklagte - sich bis zur Kündigung vertragsgemäß verhalten habe und mit ihren Werkleistungen nicht in Verzug geraten sei. Vielmehr hätten sich die Kläger mit der von ihr - gemäß erreichtem Bautenstand, der durch den Zeugen S. und Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Beweis gestellt werde - durch Rechnung vom 18.01.2010 zu Recht angeforderten 7. Teilzahlung in (Zahlungs-)Verzug befunden.

Der Vertrag knüpfe die Fälligkeit der 7. Teilzahlung an den "Leistungsstand Treppen und Trockenbau"; dies erfordere bereits nach dem Wortlaut nicht die Fertigstellung dieser Gewerke.

Die Parteien hätten vielmehr den Zahlungsplan ausdrücklich dahingehend ausgehandelt, dass gerade nicht vereinbart worden sei, dass zum Zahlungstermin ein bestimmter Bauwert zu erbringen gewesen sei, sondern dass "Beginn und Ausführung" der im Zahlungsplan aufgeführten Gewerke (nicht die Fertigstellung) den Zahlungstermin darstellen sollten, wie durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde. So könne es weder rechtlich noch tatsächlich eine Rolle spielen, ob das eine oder andere Gewerk in Eigenleistung auszuführen gewesen sei.

Im Zahlungsplan sei auch die Montage der Außenraffstores (als selbständige Elemente) nicht aufgeführt, vielmehr lediglich die Montage der Fensterelemente, die sie - im Sinne der 5. Teilzahlung - vollständig erbracht habe, wobei die Absturzsicherung nicht dazu gehöre.

Auch die 3. Teilzahlung sei nach "Fertigstellung Rohbau Dachstuhl" fällig gewesen, wobei Verkleidungsarbeiten (insbesondere die der Gauben mit dem WDV-System) nicht dazu gehörten.

Die von den Klägern aufgeführte Beschreibung der Innentreppe (Holztreppe) sei infolge der schriftlichen Vereinbarung der Parteien vom 15.12.2009 (Anlage B 41) nicht mehr Vertragsgegenstand gewesen, sondern nunmehr eine Betontreppe vom EG zum OG eine Eigenleistung der Kläger gewesen, womit sie den Zeugen Z. beauftragt hätten, aber diesen nicht bezahlt hätten, der auf gerichtlichem Wege einen Titel über seinen Werklohn gegen die Kläger erwirkt habe. Insoweit sei der Privatsachverständige Dr. B. von einem falschen Umfang ihrer werkvertraglichen Verpflichtungen und damit auch von einer falschen Bewertung des Bautenstandes ausgegangen.

Der Trockenbau sei im Kündigungszeitpunkt abschließend fertiggestellt gewesen. Die Authentizität von durch die Kläger vorgelegten Fotos mit Datum vom 27.05.2010 werde bestritten, zumal einige Fotos ein Gerüst bzw. einen Bauzaun zeigten und andere hingegen nicht, so dass sie von unterschiedlichen Zeitpunkten stammen müssten, zumal im Zeitpunkt der Schlussrechnung des Gerüstbauers vom 08.04.2010 das Gerüst bereits seit einiger Zeit entfernt gewesen sei. Der Verwertung der Ausführungen des Privatgutachters Dr. B. werde widersprochen.

Auch die Leistungen der 6. Teilzahlung hätten vorgelegen, da sie den "Leistungsstand Putz und Estrich" erreicht gehabt habe und die Estricharbeiten vollständig erbracht gewesen seien.

Sie habe sich mit ihren Werkleistungen nicht in Verzug befunden und gegenüber den Klägern auch zu keinem Zeitpunkt ausgeführt, sie werde ihre Werkleistungen einstellen oder die Wiederaufnahme ihrer Werkleistungen von der vorherigen Zahlung der 7. Rate abhängig machen; vielmehr habe sie mit anwaltlichem Schreiben vom 19.03.2010 ausdrücklich erklärt, dass sie sich an den Werkvertrag gebunden halte.

Soweit im Kündigungszeitpunkt überhaupt eine Bauverzögerung festgestellt werden könne, resultiere sie allein aus dem Verhalten der Kläger, denn der Kläger zu 2. habe ihr Anfang September 2009 in ihren Geschäftsräumen mitgeteilt, wenn kein Wunder geschehen werde, sei er "pleite", da ein über die C.-Bank zugesagtes Darlehen geplatzt wäre. Die finanzielle Situation der Kläger sei - ausweislich einer Selbstauskunft gegenüber der S. K. vom 15.09.2009 - katastrophal gewesen und kurze Zeit später habe der Kläger zu 2. seine Stellung bei der A. als seine Haupteinnahmequelle verloren. Hieraus habe sich für sie - die Beklagte - auch die Verspätung der Zahlungen der Kläger auf ihre Rechnungen vom 14.05./16.06./01.07./21.09.2009 erschlossen. Zwischenzeitlich habe sich zudem die katastrophale finanzielle Situation der Kläger auch durch die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in mehreren Verfahren ergeben (AG Nettetal 5 M 232/11).

Zudem seien Ende 2009/Anfang 2010 an 37 anerkannten Schlechtwettertagen (vgl. Liste vom 08.12.2009 bis 29.03.2010: 648/649 GA) witterungsbedingt Arbeiten am Bauvorhaben überhaupt nicht möglich gewesen, wie durch Auskunft des Deutschen Wetterdienstes, durch Sachverständigengutachten bzw. den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde.

Sodann seien ihr weitere Arbeiten auch deswegen nicht möglich gewesen, weil die Kläger zunächst weitere Arbeiten in Eigenleistung zu verrichten gehabt hätten, wie ebenfalls durch Sachverständigengutachten bzw. den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde.

Zudem hätten die Kläger ihr im Vorfeld der fristlosen Kündigung die Möglichkeit zur Weiterarbeit genommen, indem sie Anfang April 2010 die Schlösser zum Objekt ausgetauscht hätten, wie ebenfalls durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde.

Auch sei zu berücksichtigen, dass sich die Bauzeit wegen des Zahlungsverzugs der Kläger mit den Bauraten um insgesamt 131 Tage (vgl. Aufstellung 650 GA) verlängert habe, so dass selbst zu dem Zeitpunkt der fristlosen Kündigung sie den Bau noch innerhalb der entsprechend verlängerten Bauzeit hätte fertigstellen können, wie ebenfalls durch Sachverständigengutachten bzw. den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde.

Eine zutreffende Ermittlung des Bautenstandes im Kündigungszeitpunkt liege nicht vor, zumal das LG fehlerhaft davon ausgegangen sei, dass die Fotos und die Feststellungen des Gutachters im Mai 2010 erfolgt seien, denn die Kläger hätten bereits im anwaltlichen Schreiben vom 28.04.2010 ausgeführt, dass ein Gutachten des Sachverständigen Dr. B. vom 20.04.2010 vorliege und sie daraus zudem wesentliche Daten (einschließlich "Ermittlung der Projektübersicht und des LV") in ihr anwaltliches Schreiben vom 20.04.2010 übernommen hätten. Dies führe zur Unverwertbarkeit der

Feststellungen des Sachverständigen Dr. B. (sowie der Feststellungen dessen Gehilfen H. und L.), da diese nicht den Bautenstand im Kündigungszeitpunkt wiedergeben würden, wie durch Sachverständigengutachten bzw. den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde.

Zudem sei die Objektivität bereits dadurch verletzt, dass Dr. B. das Privatgutachten unter ihrem - der Beklagten - Ausschluss erstattet habe und er von ihr noch nicht einmal die Kalkulationsgrundlagen sowie die bis zur Kündigung gezahlten Rechnungen ihrer Subunternehmer angefordert habe.

Zudem begegne das Privatgutachten des Sachverständigen Dr. B. erheblichen fachlichen Bedenken, da es die Angaben der Kläger zu geleisteten Teilzahlungen ungeprüft übernommen habe. Die Auflistung der Restarbeiten stehe entgegen, dass dort aufgeführte Restarbeiten nicht vom Werkvertrag umfasst gewesen seien bzw. Dr. B. die Restarbeiten ohne Berücksichtigung der Kalkulation unter unzutreffendem Ansatz ortsüblicher Einzelpreiskalkulationen ermittelt habe, wie durch Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Beweis gestellt werde.

Da die Parteien einen Pauschalpreisvertrag geschlossen hätten und diesem eine Kalkulation des Werklohns für die einzelnen Gewerke zugrundegelegt hätten, seien die Fertigstellungskosten nicht auf Basis ortsüblicher Preise zu ermitteln, sondern die Kläger müssten den von ihnen geltend gemachten Anspruch auf eine vermeintliche Überzahlung gezahlter Raten anhand der Vertragskalkulation spezifizieren. Etwaige Restarbeiten hätte sie - die Beklagte - nicht auf Basis ortsüblicher Preise durchgeführt, so dass die Feststellungen des Gutachtens Dr. B. auch insoweit unbrauchbar seien. Bei der Ermittlung des fertiggestellten Teils lasse der Sachverständige Dr. B. ihren Gewinn ohne Grund fehlerhaft unbeachtet.

Außerdem gehe das Gutachten hinsichtlich der Einzelpositionen von falschen Annahmen zum Bautenstand bzw. dessen Bewertung aus (vgl. im Einzelnen zu Pos. 010.010.001 bis 210.001: 659-669 GA).

Über den konkreten Vertragsumfang habe das LG Beweis erheben müssen.

Zudem sei das LG fehlerhaft davon ausgegangen, dass der Sachverständige Dr. B. selbst ein Aufmaß genommen habe, obwohl er dies nicht ausgeführt habe, sondern sich auf die von den Klägern mitgeteilten Aufmaße verlassen habe und eine Bestätigung durch den gerichtlichen Sachverständigen D. nicht auszumachen sei. Der Sachverständige D. habe ebenfalls nur mit dem vom Sachverständigen Dr. B. bzw. den Klägern zur Verfügung gestellten Zahlen gearbeitet. Zudem habe der Sachverständige D. von den Klägern zur Verfügung gestellte Unterlagen verwertet, diese jedoch nicht ihr - der Beklagten - zur Verfügung gestellt, so dass das Gutachten des Sachverständigen D. ebenfalls unverwertbar sei.

Die Kosten des unbrauchbaren bzw. unverwertbaren Privatgutachtens Dr. B. seien nicht erstattungsfähig, zumal den Klägern zum Beweis, dass die Zahlungsanforderungen nicht dem Baufortschritt entsprochen hätten, zielführend die Einleitung eines gerichtlichen selbständigen Beweisverfahrens obliegen habe statt ohne Abstimmung mit ihr - der Beklagten - ein Privatgutachten zu beauftragen.

Auch der vom LG zuerkannte Mietschaden sei nicht erstattungsfähig, da sie wegen der witterungsbedingten und durch die schleppende Zahlungsweise der Kläger bedingten Verzögerung das Bauvorhaben nicht bis Dezember 2009 habe fertigstellen müssen. Die regelmäßige Zahlung einer monatlichen Grundmiete von 1.000 EUR werde bestritten. Zudem hätten die Kläger es versäumt, nach der fristlosen Kündigung ihrerseits die Restfertigstellung des Objekts in einem ordnungsgemäßen zeitlichen Rahmen vorzunehmen.

Die von ihr zur Hilfsaufrechnung gestellten und vom LG zurückgewiesenen Ansprüche seien begründet.

Sie habe die durch Schreiben der Kläger vom 09.06.2009 beauftragten Planungsleistungen für das zweite Wohnhaus - unter Beteiligung des externen Bauingenieurs R. - erbracht, wie sie durch den Zeugen S. unter Beweis stelle.

Sie habe - unter Berücksichtigung der Daten der Rechnungseingänge (die durch Vernehmung der Kläger als Partei unter Beweis gestellt würden) bzw. der Zahlungseingänge bei ihr (die durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt würden, vgl. Aufstellung 672 GA) - auch Anspruch auf die dreiprozentigen Verspätungszuschläge in Höhe von insgesamt 5.500,00 EUR.

Sie habe auch die durch Schreiben der Kläger vom 09.06.2009 beauftragten weiteren Leistungen (Statik, Berechnung Energieeinsparung, KfW-Bescheinigung) entsprechend ihrer Rechnung vom 29.12.2009 erbracht, wie sie ebenfalls durch den Zeugen S. unter Beweis stelle.

Soweit der Sachverständige Dr. B. eine Wertigkeit der Fensterarbeiten vom 4.226,49 EUR ermittelt habe, sei aus den Fotos zum Gutachten zu entnehmen, dass sämtliche Fenster bereits eingebaut gewesen seien, womit eine Wertigkeit von zumindest 22.800 EUR vorliege.

Das LG habe fehlerhaft § 309 Nr. 5 BGB angewendet, da es sich bei den Vereinbarungen zur Zahlung des Werklohns - mangels Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen - nicht um eine AGB handele und diese zudem ausgehandelt worden sei, wie durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Kläger tragen zur Berufungserwiderung unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor:

Die Beklagte hätte das Versäumnis, den im Beweistermin vom 31.01.2013 nicht erschienenen Zeugen Ha. zu hören, in erster Instanz rechtzeitig rügen können und müssen, zumal das LG am 14.06.2013 einen weiteren Beweisbeschluss erlassen habe, in dessen Ausführung ein weiterer Verhandlungstermin am 20.03.2014 stattgefunden habe. Mithin habe die Beklagte rund ein Jahr Zeit gehabt, auf die nicht erfolgte Vernehmung des Zeugen Ha. hinzuweisen. Vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass die Beklagte mit dem Zeugen Ha.- als auf dessen Internetseite (684 GA) angegebenem "Partner" - wirtschaftlich eng verflochten sei.

Die Berechnungen in der Berufungsbegründung der Beklagten (dabei insbesondere auch die dortige Berücksichtigung einer Gewinnmarge von 15 %) seien nicht nachvollziehbar und rechtfertigten keine weiteren Beweiserhebungen. Immerhin räume die Beklagte nunmehr den Erhalt von Zahlungen in Höhe von insgesamt 220.000,00 EUR (d.h. auch der 6. Teilzahlung) ein.

Da das LG zutreffend festgestellt habe, dass sie - die Kläger - das Haus inzwischen auf eigene Kosten fertiggestellt hätten, stehe ihnen auch die Umsatzsteuer zu.



Schlechtwettertage hätten die Beklagte - wie vom LG zutreffend ausgeführt - nicht gehindert, die Arbeiten im Innern des Hauses fortzuführen.

Die Ausführungen des Privatsachverständigen Dr. B. seien vom gerichtlichen Sachverständigen D. (nur mit Ausnahme eines Teils der Außenraffstores) beweiskräftig bestätigt worden.

Den Ausführungen des LG zum Mietschaden, der Erstattungsfähigkeit der Privatgutachter- und Anwaltskosten und zu den Zinsen sowie zu den zurückgewiesenen Hilfsaufrechnungsforderungen trete die Berufung der Beklagten nicht hinreichend entgegen.

Die Akten AG Nettetal 17 C 291/10 lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Die Kläger haben gegen die Beklagte nach wirksamer außerordentlicher Kündigung vom 28.04.2010 einen vertraglichen Anspruch auf Rückerstattung von ihnen geleisteter Überzahlungen auf den aus dem Vertrag vom 09.12.2008 geschuldeten Werklohn in Höhe von 57.686,32 EUR (dazu unter I.); dieser Anspruch ist durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten in Höhe von insgesamt 4.766,32 EUR erloschen, so dass den Klägern insgesamt verbleibende 52.920,00 EUR zustehen (dazu unter II.).

Die Kläger haben gegen die Beklagte Anspruch auf Ersatz der aus der außerordentlichen Kündigung vom 28.04.2010 entstandenen weiteren Schäden in Höhe von 11.306,10 EUR (dazu unter III.).

I.

Die Kläger haben gegen die Beklagte nach wirksamer außerordentlicher Kündigung vom 28.04.2010 (dazu unter 1.) einen vertraglichen Anspruch auf Rückerstattung von ihnen zu viel geleisteter Abschlagszahlungen auf den aus dem Vertrag vom 10.12.2008 geschuldeten Werklohn in Höhe von 57.686,32 EUR (dazu unter 2.).

1.

Die von den Klägern am 28.04.2010 erklärte außerordentliche Kündigung (256 ff. GA) ist wirksam.

Der Auftraggeber eines Werkvertrages hat - auch nach der Schuldrechtsmodernisierung - ein Recht zur (außerordentlichen) Kündigung mit sofortiger Wirkung, wenn es ihm nicht zumutbar ist, den Vertrag unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles fortzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 02.09.1999, VII ZR 225/98, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 7. Teil, Rn 20 ff. mwN; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage 2013, Rn 1752 ff. mwN).

Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Auftragnehmer die Arbeitseinstellung ankündigt, wenn der Auftraggeber nicht die geforderte weitere Abschlagszahlung erbringt, obwohl diese ihm tatsächlich nicht zusteht (vgl. OLG München, Urteil vom 15.07.1997, 28 U 3517/96, [www.juris.de](http://www.juris.de), Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom

26.08.1999, VII ZR 317/97, www.juris.de; OLG Frankfurt, Urteil vom 11.03.1986, 5 U 35/83, BauR 1988, 599; Kniffka/Koeble, a.a.O., 7. Teil, Rn 21 mwN). Insoweit gilt nichts anderes als für die Forderung einer nicht gerechtfertigten Zusatzvergütung im Rahmen eines Nachtrags (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14.12.2011, 4 U 113/10, BauR 2012, 1403; OLG Frankfurt, Urteil vom 21.09.2011, 1 U 154/10, BauR 2012, 262; OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.08.1995, 21 U 225/94, BauR 1994, 521; OLG Brandenburg, Urteil vom 07.05.2002, 11 U 77/01, BauR 2003, 1734; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1757 mwN).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist das LG zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte vor der Kündigung eine ihr in diesem Zeitpunkt (noch) nicht zustehende Forderung nach einer (weiteren) Abschlagszahlung (7. Teilzahlung, "Treppen und Trockenbau") in Höhe von 22.000,00 EUR geltend gemacht und davon vertragswidrig die weitere Erbringung von Werkleistungen abhängig gemacht hat.

a.

Den Ausführungen im angefochtenen Urteil, dass die Kläger die vertraglich vereinbarte 5. Teilzahlung in Höhe von insgesamt 35.000 EUR bis zum 10.11.2009 erbracht haben (vgl. auch Anlagenkonvolut K 12), tritt die Beklagte mit ihrer Berufung nicht entgegen, sondern gesteht den Erhalt dieser 5. Teilzahlung nunmehr erstmalig im Berufungsverfahren zu (vgl. 642 GA, "... von den Klägern gezahlt: 220.000 EUR"), nachdem sie in ihrer Klageerwiderung im November 2011 nach Überprüfung der Buchhaltung "derzeit" nur 185.000,00 EUR an Zahlungseingängen hat feststellen können wollen (vgl. 25/26 GA).

b.

Die vertraglich vereinbarte 6. Teilzahlung in Höhe von insgesamt 30.000 EUR haben die Kläger - insoweit unstreitig - geleistet.

c.

Abgesehen davon, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Anforderung der vorstehenden 5. und 6. Teilzahlung jeweils - auf Basis des späteren (im Kündigungszeitpunkt) vom Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. beweiskräftig dokumentierten Bautenstandes - bereits keinen Anspruch auf diese beiden Teilzahlungen hatte (dazu im Einzelnen noch unten), hatte die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung vom 28.04.2010 jedenfalls keinen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte 7. Teilzahlung, da diese erst "bei Leistungsstand Treppen und Trockenbau" zu leisten war.

Die Parteien haben zu den Teilzahlungen - als Präambel für alle Teilzahlungen - vereinbart, dass "dem Baufortschritt entsprechend acht Teilzahlungstermine fest vereinbart werden, die sich am Bauverlauf orientieren und im folgenden Teilzahlungsplan definiert sind".

Das LG hat hierzu zutreffend ausgeführt, dass bei verständiger Betrachtung die jeweiligen Leistungsraten erst dann fällig wurden, wenn die jeweils beschriebenen Werkleistungen vertragsgemäß erbracht waren, d.h. seitens der Beklagten fertiggestellt waren (vgl. Palandt-Sprau, a.a.O., § 632a, Rn 6 mwN; zum Bauträgervertrag: Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Auflage 2011, Rn 308; Basty, Der Bauträgervertrag, 8. Auflage 2014, Rn 489; Basty, MaBV, 9. Auflage 2014, § 3, Rn 33 mWN).

aa.

Der Berufungseinwand der Beklagten, der Vertrag knüpfe die Fälligkeit der 7. Teilzahlung an den "Leistungsstand Treppen und Trockenbau"; dies erfordere bereits nach dem Wortlaut nicht die Fertigstellung dieser Gewerke, hat insoweit keinen Erfolg.

Daran ändert auch nichts, dass der Vertrag nur bei der 3. Teilzahlung ausdrücklich die "Fertigstellung Rohbau Dachstuhl" erwähnt; ein Umkehrschluss dahingehend, bei den übrigen

Teilzahlungen genüge der bloße Leistungsbeginn, ist durch die - im Sinne einer Präambel - vorangestellten Vereinbarungen ("dem Baufortschritt entsprechend", "orientieren sich am Bauverlauf") bzw. dem dem Zahlungsesplan vorangestellten Begriff "Leistungsstand" ausgeschlossen, zumal damit eine Vorleistungspflicht der Kläger (nebst entsprechenden Risiken, insbesondere auch Insolvenzrisiken) in erheblichem Umfang einhergegangen wäre und für einen solchen Vertragswillen sich nicht einmal andeutungsweise irgendwelche Anhaltspunkte aus der (im Sinne einer tatsächlichen Vermutung als vollständig anzunehmenden) Privaturkunde folgen.

bb.

Der weitere Berufungseinwand der Beklagten, die Parteien hätten den Zahlungsplan ausdrücklich (i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) dahingehend ausgehandelt, dass gerade nicht vereinbart worden sei, dass zum Zahlungstermin ein bestimmter Bauwert zu erbringen gewesen sei, sondern dass "Beginn und Ausführung" der im Zahlungsplan aufgeführten Gewerke (nicht die Fertigstellung) den Zahlungstermin darstellen sollten, wie durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde, hat ebenfalls aus mehrfachen Gründen keinen Erfolg.

(a)

Zum einen spricht aus dem schriftlichen Vertrag als Privaturkunde eine tatsächliche Vermutung für dessen Vollständigkeit (vgl. Zöller-Geimer, ZPO, 30. Auflage 2014, § 416, Rn 10 mwN), der die Beklagte durch den unsubstantiierten Vortrag, es sei im Wege einer mündlichen Nebenabrede ausgehandelt worden, dass als Fälligkeitsvoraussetzung der 7. Teilzahlung lediglich "Beginn und Ausführung" bestimmt worden sei, bereits nicht hinreichend entgegengetreten ist.

(b)

Zum anderen steht einem von der Beklagten unsubstantiiert behaupteten "Aushandeln" der Fälligkeitsvoraussetzungen der Leistungsraten (insbesondere der vor der Kündigung seitens der Kläger von ihr angeforderten 7. Leistungsrate) bereits der aus der maschinen-/computerschriftlichen Einheitlichkeit des Schriftbildes folgende Anscheinsbeweis entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 28.04.1992, KVR 9/91, BGHZ 118, 238); zudem fehlt auch in zweiter Instanz auch insoweit jedweder substantiierte Vortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O. § 305, Rn 18 ff./23 mwN), wann, auf welche Weise, unter welchen Umständen - insbesondere mit welchen beiderseitigen Verhandlungspositionen - hierüber verhandelt worden sein soll.

(c)

Soweit die Beklagte ein nicht näher substantiiertes "Aushandeln" durch den Zeugen S. unter Beweis stellt, ist dieser Beweisantritt auf unzulässige Ausforschung gerichtet (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., § 397, Rn 4; Vor § 284, Rn 5 mwN), da jedweder notwendige Tatsachenvortrag fehlt, dass die Beklagte die o.a. gesetzesfremde Klausel (soweit sie im Ergebnis eine Vorleistungspflicht der Kläger zu begründen versucht) ernsthaft zur Disposition gestellt und den Klägern Gestaltungsfreiheit zur Wahrung deren Interessen und eine reale Möglichkeit zur Beeinflussung des Inhalts dieser Klausel eingeräumt hat (vgl. BGH, Urteil vom 03.11.1999, VIII ZR 269/98, www.juris.de; Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 305, Rn 18 mwN).

(d)

Der weitere Berufungseinwand der Beklagten zur Fälligkeitsvoraussetzung der 7. Leistungsrate ("Leistungsstand Treppen und Trockenbau"), die von den Klägern aufgeführte Beschreibung der Innentreppe (Holztreppe) sei infolge der schriftlichen Vereinbarung der Parteien vom 15.12.2009 (Anlage B 41) nicht mehr Vertragsgegenstand gewesen, sondern nunmehr eine Betontreppe vom EG zum OG Eigenleistung der Kläger gewesen, womit sie den Zeugen Z. beauftragt hätten, aber diesen nicht bezahlt hätten, der auf gerichtlichem Wege einen Titel über seinen Werklohn gegen die Kläger erwirkt habe, hat ebenfalls keinen Erfolg.

Ursprünglich hatten die Parteien vereinbart (vgl. "Art der Leistung"):

"Holztreppe Fabrikat HGM oder ähnlich aus Buche Kernholz, Geländer als Holzgeländer aus Buche Kernholz, Geländerstäbe aus Edelstahl"

und hierfür in der Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung aller Gewerke" einen anteiligen Preis von 11.678,00 EUR zzgl. MwSt. vorgesehen.

Durch von den Klägern unterzeichneten Auftrag bzw. Auftragsbestätigung vom 15.12.2009 (Anlage B 41) haben die Parteien für die Treppe vom EG zum OG eine Betontreppe und für die Treppe vom OG zum Spitzboden eine Stahlwagentreppe und insoweit einen von den Klägern zu zahlenden Aufpreis von 95,00 EUR zzgl. MwSt. vereinbart.

Ausgehend von diesem - einverständlich geänderten - vertraglichen Leistungsumfang waren nach den insoweit von der Berufung der Beklagten nicht hinreichend angegriffenen Ausführungen des Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B. im Kündigungszeitpunkt lediglich die "tragenden Konstruktionen" (ohne Beläge und Geländer) vorhanden und zwar die "blanke" Stahlbetontreppe (1.200,00 EUR) und die ebenso "blanke" Stahl-treppe (2.650,00 EUR). Von einer für die Fälligkeit der 7. Teilzahlung erforderlichen Fertigstellung war das Gewerk "Treppen" demzufolge weit entfernt.

(e)

Der Berufungseinwand der Beklagten, der Trockenbau sei im Kündigungszeitpunkt abschließend fertiggestellt gewesen, hat ebenfalls keinen Erfolg.

(aa)

Soweit die Beklagte damit offenkundig vortragen will, der Trockenbau habe zu ihren werkvertraglichen Leistungspflichten gehört und diese habe sie indes bis zum bzw. im Kündigungszeitpunkt vollständig fertiggestellt, ist sie den diesbezüglichen Ausführungen des Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B., dass die von ihm zu Ziff. 180.001-008 aufgeführten Werkleistungen im Wert von rd. 2.800 EUR netto aus dem vertraglich (Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung aller Gewerke") genannten 12.628,00 EUR fehlten, mithin insoweit noch rd. 22 % der Werkleistungen der Beklagten im Kündigungszeitpunkt ausstanden, nicht hinreichend entgegengetreten.

(bb)

Soweit die Beklagte - in einem offenen, schriftsätzlich nicht aufgelösten Widerspruch zu ihrem vorstehenden Vorbringen (auch zu den Rechnungen ihres Subunternehmers Hauser, vgl. Anlagen B 32-35) - an anderer Stelle der Berufungsbegründung zu Pos. 180.001-006 (Trockenbau) jeweils gleichlautend einwendet, hierbei handele es sich um Eigenleistungen der Kläger, ist auch dieser Einwand nicht gerechtfertigt. Der Trockenbau gehörte vielmehr gemäß der Anlage zum Vertrag ("Hauskalkulation Zusammenfassung der Gewerke") mit einem Betrag von 12.628 EUR zzgl. MwSt. zu den von der Beklagten auszuführenden Gewerken. Dies haben der Privatsachverständige und sachverständige Zeuge Dr. B. und auch der gerichtlich beauftragte Sachverständige D. zutreffend berücksichtigt, ohne dass die Beklagte insoweit der sachverständigen Leistungsabgrenzung bzw. -bewertung hinreichend entgegentritt.

(cc)

Zu weiteren tatsächlichen Feststellungen besteht demgemäß im Berufungsverfahren kein Anlass. Insbesondere besteht für den Senat - ungeachtet des insoweit nicht erfolgten Verzichts der Beklagten auf diesen Zeugen in erster Instanz - auch kein Anlass zur Vernehmung des Zeugen Ha., da die Beklagte - auch im Berufungsverfahren - keine über dessen Rechnungen (Anlagen B 32-35) hinausgehenden Sachverhalte substantiiert in dessen Wissen stellt, die konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an vom LG getroffenen tatsächlichen Feststellungen i.S.v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO begründen könnten.

(f)

Zudem ist - selbst bei Wahrunterstellung des Beklagtenvorbringens - offenkundig, dass die Werkleistungen der 7. Leistungsrate nicht fertiggestellt waren, da die Beklagte selbst sich gerade nicht - ausgehend von Abschlagszahlungen in Höhe von 220.000,00 EUR - einer weiteren Werklohnforderung in Höhe von 22.000 EUR (entsprechend der 7. Teilzahlung) berührt, sondern nur eines Gesamtwerklohnanspruchs von 228.777,14 EUR bzw. eines weiteren Werklohnanspruchs von 8.777,14 EUR (vgl. 31 GA/240 GA, jeweils unten). Damit gesteht sie inzidenter zu, dass der Leistungsstand im Kündigungszeitpunkt keineswegs die Anforderung von weiteren 22.000,00 EUR bzw. insgesamt 242.000,00 EUR (entsprechend der 1.-7. Leistungsrate) rechtfertigte.

(g)

Soweit die Beklagte mit ihrer Berufung außerdem geltend macht, soweit im Kündigungszeitpunkt überhaupt eine Bauverzögerung festgestellt werden könne, resultiere sie allein aus dem Verhalten der Kläger, denn der Kläger zu 2. habe ihr Anfang September 2009 in ihren Geschäftsräumen mitgeteilt, wenn kein Wunder geschehen werde, sei er "pleite", da ein über die C,-Bank zugesagtes Darlehen geplatzt wäre, die finanzielle Situation der Kläger sei - ausweislich einer Selbstauskunft gegenüber der S. vom 15.09.2009 - katastrophal gewesen und kurze Zeit später habe der Kläger zu 2. seine Stellung bei der A. als seine Haupteinnahmequelle verloren, stand ihr aus diesen von ihr nunmehr behaupteten Sachverhalten - selbst bei deren Wahrunterstellung - ein Recht auf Einstellung ihrer Werkleistung nicht zu, da jedenfalls im insoweit allein maßgeblichen Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung seitens der Kläger - entgegen der außergerichtlich und gerichtlich vertretenen Ansicht der Beklagten - ein vertragsgemäßer Zahlungsstand (gemäß Vereinbarung nach "Baufortschritt" bzw. "Leistungsstand" bis einschließlich der 6. Leistungsrate) gegeben war.

Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass sich die finanzielle Situation der Kläger - sei es bereits damals bzw. sei es auch erst zu einem späteren Zeitpunkt - etwaig (ggf. auch eklatant) verschlechtert haben mag. Insoweit ist das Vorbringen zu angeblichen entsprechenden Andeutungen des Klägers zu 2. bzw. zu dessen etwaigem Arbeitsplatzverlust/-wechsel ebenso wenig entscheidungserheblich wie der Hinweis der Beklagten darauf, dass die Kläger später die eidesstattliche Versicherung in mehreren Zwangsverfahren abgegeben hätten (AG Nettetal 5 M 232/11). Maßgeblich ist vielmehr der - wie oben festgestellte - vertragsgerechte Stand der Teilzahlungen der Kläger an die Beklagte im Kündigungszeitpunkt.

d.

Die Beklagte hatte im Zeitpunkt der Kündigung vom 28.04.2010 auch keinen Anspruch auf Zahlung von dreiprozentigen Zuschlägen wegen - etwaiger - Verspätung der ersten bis sechsten Teilzahlung (bzw. Anteilen davon). Die Vertragsklausel (unter dem Stichwort "Zahlungen") "Bei verspätetem Geldeingang verlängert sich die Bauzeit entsprechend und ein Zuschlag von 3 % auf die entsprechende Rate gilt als vereinbart" ist - wie vom LG zutreffend ausgeführt - gemäß § 309 Nr. 5 BGB mangels Zulassung des Gegenbeweises eines nicht oder geringer entstandenen Schadens der Beklagten unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 05.05.2011, VII ZR 181/10 NJW 2011, 1954; Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 309, Rn 30)

aa.

Der Berufungseinwand der Beklagten, es handele sich dabei - mangels Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen - um keine AGB, wie durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde, hat keinen Erfolg.

Eine AGB ist im Wege einer tatsächlichen Vermutung anzunehmen, wenn - wie hier - ein gedruckter oder sonst vervielfältigter Text eines gewerblich tätigen Unternehmens verwendet worden ist oder wenn sich aus der Fassung der Klauseln die Absicht einer mehrfachen Verwendung ergibt,

insbesondere der Vertrag zahlreiche formularmäßige Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 305, Rn 8/9/23 mwN).

Gemessen daran hat die Beklagte - als unstreitig in der Immobilien-/Baubranche gewerblich tätiges Unternehmen - die tatsächliche Vermutung nicht hinreichend erschüttert, dass sie die computerschriftlichen Vereinbarungen unter "Zahlungen", die u.a. den Zuschlag von 3 % enthalten, nicht mehrfach verwenden wollte bzw. bereits mehrfach verwendet hat, zumal bereits die erste von zumindest drei geplanten Verwendungen für die Annahme einer AGB genügt (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 305, Rn 9 mwN).

Soweit die Beklagte eine angebliche Einzelverwendung (d.h. eine fehlende Absicht zur mehrfachen Verwendung) durch den Zeugen S. unter Beweis stellt, ist dieser Beweisantritt - mangels hinreichenden Tatsachenvortrags (etwa durch Vorlage anderer, hinsichtlich der Zahlungsbedingungen individuell bzw. abweichend formulierter Bauverträge) - auf unzulässige Ausforschung gerichtet (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., § 397, Rn 4; Vor § 284, Rn 5 mwN).

bb.

Dem Berufungseinwand der Beklagten, diese Klausel sei mit den Klägern (i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) ausgehandelt worden, steht wiederum bereits der aus der maschinen-/computerschriftlichen Einheitlichkeit des Schriftbildes folgende Anscheinsbeweis entgegen (vgl. BGH, a.a.O.); zudem fehlt auch in zweiter Instanz insoweit jedweder substantiierte Vortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O. § 305, Rn 18 ff./23 mwN). Soweit die Beklagte ein nicht näher substantiiertes "Aushandeln" durch den Zeugen S. unter Beweis stellt, ist auch dieser Beweisantritt auf unzulässige Ausforschung gerichtet (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., § 397, Rn 4; Vor § 284, Rn 5 mwN), da jedweder notwendige Tatsachenvortrag fehlt, dass die Beklagte die o.a. gesetzesfremde Klausel (soweit sie einen pauschalen Zinsaufschlag zu begründen versucht) ernsthaft zur Disposition gestellt und den Klägern Gestaltungsfreiheit zur Wahrung deren Interessen und eine reale Möglichkeit zur Beeinflussung des Inhalts dieser Klausel eingeräumt hat (vgl. BGH, a.a.O., Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 305, Rn 18 mwN).

2.

Die Kläger haben der Beklagten vor der außerordentlichen Kündigung vom 28.04.2010 durch eigenes Schreiben vom 05.02.2010 (Anlage K 4) und die anwaltlichen Schreiben vom 26.02.2010 (Anlage K 5) und vom 17.03.2010 (vgl. 56 GA, insoweit nicht zur Akte gelangt) die vor einer außerordentlichen Kündigung regelmäßig erforderliche Frist gesetzt.

Grundsätzlich muss einer außerordentlichen Kündigung eine Fristsetzung (Abmahnung) vorausgehen, wenn nicht § 323 Abs. 2 BGB vergleichbare Sachverhalte vorliegen (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., 7. Teil, Rn 23 mwN).

a.

Gemessen daran ist das LG zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte durch ihr Schreiben vom 19.03.2010 (254 GA), in dem sie die Kläger - zu Unrecht - als vertragsuntreu bezeichnet hat, weitere Werkleistungen von weiteren - ihr indes nicht zustehenden - Abschlagszahlungen der Kläger abhängig gemacht und damit zugleich die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat mit der Folge, dass jede weitere Leistungsaufforderung bzw. Fristsetzung seitens der Kläger entbehrlich war.

Der Berufungseinwand der Beklagten, sie habe gegenüber den Klägern zu keinem Zeitpunkt ausgeführt, sie werde ihre Werkleistungen einstellen bzw. sie habe zu keinem Zeitpunkt die Wiederaufnahme ihrer Werkleistungen von der vorherigen Zahlung der 7. Rate abhängig gemacht, vielmehr habe sie mit anwaltlichem Schreiben vom 19.03.2010 ausdrücklich erklärt, dass sie sich an den Werkvertrag gebunden halte, ist nicht gerechtfertigt. Nach dem insoweit maßgeblichen Empfängerhorizont der Kläger durften diese das anwaltliche Schreiben der

Beklagten vom 19.03.2010 (erst recht im Licht des vorhergehenden Anwaltsschreibens der Beklagten vom 08.03.2010) vielmehr so verstehen, dass die Beklagte sie - die Kläger - als nicht vertragstreu bzw. in Verzug befindlich ansahen und sich daher als nicht mehr zur Ausführung von weiteren Werkleistungen verpflichtet ansah (vgl. "... ein Verzug unserer Mandantin mit Bauleistungen nicht festgestellt werden kann ...).

b.

Abgesehen davon folgt eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung jedenfalls aus dem nachfolgenden prozessualen Verhalten der Beklagten, das insoweit im Rahmen einer notwendigen Gesamtschau einzubeziehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 05.12.2002, VII ZR 360/01, www.juris.de; BGH, Urteil vom 12.09.2002, VII ZR 344/01, www.juris.de; Kniffka/Koeble, a.a.O., 6. Teil, Rn 127 mwN), da die Beklagte sowohl im Verfahren AG Nettetal 17 C 291/10 (111 BA) als auch im vorliegenden Verfahren (vgl. 28 GA: "machte die Beklagte den weiteren Fortgang der Leistungen von den weiter geschuldeten Werkvergütungsleistungen der Kläger abhängig") zu Unrecht ernsthaft und endgültig darauf beharrt hat, im Kündigungszeitpunkt sei bereits eine weitere Abschlagszahlung der Kläger (insbesondere die 7. Teilzahlung) fällig gewesen und sie - die Beklagte - sei daher zur Leistungseinstellung berechtigt gewesen.

c.

Im Hinblick auf die vorstehenden Feststellungen hat auch der Berufungseinwand der Beklagten keinen Erfolg, die Kläger hätten ihr im Vorfeld der fristlosen Kündigung die Möglichkeit zur Weiterarbeit genommen, indem sie Anfang April 2010 die Schlösser zum Objekt ausgetauscht hätten, wie ebenfalls durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt werde. Die Beklagte hat - trotz der Fristsetzung im anwaltlichen Schreiben der Kläger vom 24.03.2010 (Anlage K 9), die Werkleistungen fortzusetzen - weder innerhalb der bis zum 31.03.2010 gesetzten Frist noch bis zur Kündigung vom 28.04.2010 ihre Leistungsbereitschaft erklärt oder gezeigt. Ebenso wenig hat die Beklagte sich auf eine Behinderung ihres angeblichen Leistungswillens durch einen nunmehr erstmals behaupteten fehlenden Zutritt zum Objekt gestützt, so dass es - das Vorbringen der Beklagten als wahr unterstellt - schon an dem notwendigen Kausal-/Zurechnungszusammenhang zwischen einem - unterstellten - Schlösseraustausch seitens der Kläger Anfang April 2010 und der Nichtwiederaufnahme der schon seit längerer Zeit eingestellten Werkleistungen der Beklagten in diesem Zeitpunkt fehlt. Dies gilt um so mehr, als die Beklagte - bis zuletzt im Berufungsverfahren - als entscheidenden Grund für die vollständige Leistungseinstellung immer einen - indes nur vermeintlichen - Zahlungsverzug der Kläger mit der 7. Leistungsrate benannt hat. Dass die Beklagte ohne Zahlung der 7. Leistungsrate an einem nicht verschlossenen, ihr zugänglichen Objekt noch irgendwelche Werkleistungen ausgeführt hätte, trägt sie selbst gerade nicht vor; dies erscheint auch nach ihrem vorprozessualen und prozessualen Verhalten als ausgeschlossen, zumal auch eine Aufforderung der Beklagten an die Kläger, ihr Zutritt zum Objekt zwecks Ausführung weiterer Werkleistungen zu gewähren, weder von ihr vorgetragen wird noch sonst für den Senat ersichtlich ist.

3.

Als Rechtsfolge der außerordentlichen Kündigung vom 28.04.2010 ist der Werkvertrag vom 10.12.2008 beendet und die Beklagte als Auftragnehmerin hat gemäß § 631 BGB einen - wegen der im Rahmen des entstandenen Abrechnungsverhältnisses entbehrlichen Abnahme - fälligen Anspruch auf Vergütung der von ihr bis zur Kündigung erbrachten Leistungen in Höhe von 162.313,88 EUR brutto, dem indes Abschlagszahlungen der Kläger in - nunmehr (vgl. 642 GA) unstreitiger - Höhe von insgesamt 220.000,00 EUR gegenüberstehen, so dass die Kläger einen vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung in Höhe der Differenz von 57.686,32 EUR haben.

a.

Das LG hat im Obersatz der Gründe des angefochtenen Urteils (vgl. Seite 9 oben) - etwaig auch wegen des unzutreffenden und insoweit irreführenden Vorbringens der früheren Prozessbevollmächtigten der Kläger in der versehentlich zugestellten Klageerweiterung (vgl. dort

insbesondere zu einem "Vorschussanspruch auf die voraussichtlichen Mehrkosten der Fertigstellung", 60 GA, dort zu 2.5.2.) - unzureichend differenziert zwischen dem (hier mittelbar streitgegenständlichen) Anspruch der Beklagten als Auftragnehmerin auf Werklohn für die bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen aus § 631 BGB (vgl. Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 56 mwN), dem (hier unmittelbar streitgegenständlichen) vertraglichen Anspruch der Kläger als Auftraggeber auf - unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen - Erstattung überzahlter Werklohnanteile (unter Berücksichtigung des Leistungsstandes im Kündigungszeitpunkt, vgl. 2 GA) sowie einem (hier nicht streitgegenständlichen) Anspruch der Kläger aus §§ 280, 281 BGB (vgl. auch § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B) auf Erstattung von etwaigen Mehrkosten im Rahmen der Fertigstellung von vertraglichen Werkleistungen, soweit diese bis zur Kündigung von der Beklagten als Auftragnehmerin noch nicht erbracht worden waren (vgl. Kniffka, a.a.O., § 649, Rn 157 ff./178 ff. mwN).

Soweit das LG den Klägern - laut Obersatz der Gründe - einen Anspruch auf "Erstattung der für die Fertigstellung ihres Hauses entstehenden Mehrkosten in Höhe von 57.686,32 EUR brutto" aus § 280 Abs. 1 BGB zuerkannt hat, hat das LG dabei verkannt, dass hier nicht irgendwelche Fertigungskosten bzw. Fertigungsmehrkosten Streitgegenstand sind (zumal das zur Zwangsversteigerung anstehende Objekt jedenfalls von den Klägern offenbar - ausweislich des hierzu vorgelegten Verkehrswertgutachtens - gerade nicht mehr vollständig fertiggestellt worden ist, was das LG - entgegen der Angabe der Kläger "inzwischen von außen fertiggestellt", vgl. 307 GA - unzutreffend als unstreitig angesehen hat), sondern allein der werkvertragliche Anspruch der Kläger auf Erstattung überzahlter Abschlagszahlungen (und demzufolge mittelbar der Anspruch der Beklagten auf anteiligen Werklohn für erbrachte Leistungen).

An der Feststellung dieses Streitgegenstandes ändert auch nichts, dass die Kläger - mangels Vorlage einer prüfbaren und schlüssigen Schlussrechnung der Beklagten über die von ihr bis zur Kündigung erbrachten Leistungen - den der Beklagten zustehenden Anteil des vertraglichen Werklohns (in zulässiger Weise, dazu noch unten) auf Basis der vom Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. bzw. vom gerichtlich beauftragten Sachverständigen D. ermittelten Fertigungskosten (d.h. quasi im Wege einer Rückrechnung "von oben") ermitteln, da die Beklagte ihrer Obliegenheit zur Vorlage einer tauglichen, prüfbaren bzw. schlüssigen Schlussrechnung bis zuletzt nicht hinreichend nachgekommen ist.

Insoweit sind auch die Ausführungen im angefochtenen Urteil bereits im Ansatz rechtsfehlerhaft, die Kläger hätten den Bautenstand im Kündigungszeitpunkt darzulegen und zu beweisen, nachdem sie - die Kläger - das Objekt nach der Kündigung fertiggestellt hätten (vgl. Seite 11, dort 3. Absatz). Vielmehr obliegt der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast, die von ihr vorläufig vereinnahmten Abschlagszahlungen endgültig behalten zu dürfen (dazu im Einzelnen noch unten).

b.

Nach der geänderten Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 11.05.2006, VII ZR 146/04, [www.juris.de](http://www.juris.de)) wird auch nach einer Kündigung der Werklohn grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen fällig. Es gelten jedoch die allgemeinen Regeln zur Entbehrlichkeit der Abnahme. Die Abnahme ist daher hier keine Fälligkeitvoraussetzung, da die Parteien nur noch gegenseitige Zahlungsansprüche verfolgen und daher ein sog. Abrechnungsverhältnis eingetreten ist (vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2006, VII ZR 146/04, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 9 mwN; Kniffka u.a., *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 23.06.2014, § 649, Rn 47/50 mwN; § 641, Rn 3 ff.; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1787 mwN).

c.

Die Beklagte kann nach der Kündigung Abschlagszahlungen nicht mehr verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 21.02.1985, VII ZR 160/83, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 10; 5. Teil, Rn 192; Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 51 mwN). Vielmehr muss die Beklagte als



Auftragnehmerin durch eine (prüfbare und schlüssige) Schlussrechnung nachweisen, dass sie berechtigt ist, von ihr zuvor lediglich vorläufig vereinnahmte Abschlags-/Vorauszahlungen endgültig zu behalten (Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 10 mwN), d.h. sie muss zur Ermittlung der vertragsbezogenen, anteiligen Vergütung die bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen im Einzelnen genau bezeichnen, von den kündigungsbedingt nicht (mehr) erbrachten Werkleistungen nachvollziehbar abgrenzen und sodann den Anteil der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen in einem weiteren, eigenständigen Schritt auf der Grundlage der dem Werkvertrag zugrundeliegenden Kalkulation bewerten, wobei die Anforderungen an die Bewertung der erbrachten Leistungen davon abhängig sind, ob ein Einheitspreis oder ein Pauschalvertrag geschlossen worden ist (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 10 mwN).

aa.

Hier haben die Parteien einen Werkvertrag auf Basis von Detail-Pauschalpreisen vereinbart (vgl. zur Abgrenzung: Kniffka/Koeble, a.a.O., Teil 5, Rn 80/81 mwN; vgl. auch § 5 Abs. 1.b. VOB/A), indem sie der Ermittlung des vertraglichen Gesamtwerklohns in Höhe von 254.488,91 EUR brutto folgende Aufstellung zugrundegelegt, die neben Eigenleistungen der Kläger (dort als sog. Nullpositionen) folgende Leistungsbewertung (vgl. auch die Überschrift der Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung aller Gewerke") vorsieht:

1.	Ingenieur-/Planungsleistungen, Baustelleneinrichtung/ -sicherung, Blower-Door-Test, Baugerüst, Bauschutt/ Abfallbeseitigung etc.	35.171,23 EUR
2.	Erdarbeiten	5.689,70 EUR
3.	Rohbau	52.376,50 EUR
4.	Fassade	21.840,00 EUR
5.	Dachstuhl	12.555,00 EUR
6.	Dacheindeckung	12.025,00 EUR
7.	Fenster	19.160,00 EUR
8.	Hautür	3.000,00 EUR
9.	Putz	8.796,00 EUR
10.	Estrich	2.645,00 EUR
11.	Fußböden	8.775,00 EUR
12.	Innentreppen	11.678,00 EUR
13.	Trockenbau	12.628,00 EUR
14.	Pflaster	4.560,00 EUR
15.	Sonstiges	2.956,80 EUR
	Summe netto	213.856,23 EUR
	zzgl. 19 % USt.	40.632,68 EUR
	Summe brutto	254.488,91 EUR

Die einzelnen Positionen zu 1.-15. sind insoweit zur Ausführung zu Detail-Pauschalpreisen vereinbart worden, als die damit - gemäß im Vertrag enthaltener Leistungsbeschreibung (vgl. "Art der Leistung") - konkret verbundenen Einzelleistungen nicht auch einzeln durch Einzelpreise (sei es als Einheitspreise oder sei es als noch detaillierte Pauschalpreise) "bepreist" (d.h. mit anteiligen Einzelpreisen bewertet) worden sind.

bb.

Die Beklagte als Auftragnehmerin muss die angeblich bis zur Kündigung bereits erbrachten Einzelleistungen, die Gegenstand des Detailpauschalvertrages waren, zum Zwecke der Abrechnung daher grundsätzlich in die - gemäß der im Vertrag enthaltenen und ihm zugrundegelegten Leistungsbeschreibung (vgl. "Art der Leistung") - konkret verbundenen weiteren Einzelleistungen weiter zergliedern und diese jeweils durch weitere Einzelpreise (sei es als Einheitspreise oder sei es wiederum als noch weitergehend detaillierte Pauschalpreise für die konkrete Einzelleistung) "bepreisen" bzw. bewerten (vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2002, VII ZR

224/01, [www.juris.de](http://www.juris.de); 04.05.2000, VII ZR 53/99, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 25; Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 65/71 ff. mwN). Die Beklagte als Auftragnehmerin ist in der Zuordnung der Preise keineswegs frei, sondern muss jede Einzelleistung der vertraglichen Baubeschreibung mit aus ihrer im Rechtsstreit grundsätzlich substantiiert vorzutragenden bzw. vorzulegenden Vertragskalkulation abgeleiteten und für die Auftraggeber nachvollziehbar dargestellten bzw. errechneten Einzelpreisen "bepreisen" bzw. bewerten (vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2002, VII ZR 224/01, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 04.07.2002, VII ZR 103/01, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 04.07.1996, VII ZR 227/93, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 16/20 mwN; Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 71-74 mwN).

Dabei trägt - entgegen der insoweit rechtsfehlerhaften Ausführungen des LG (vgl. Seite 11, 3. Absatz; dazu bereits oben) - die Beklagte als Auftragnehmerin die Darlegungs- und Beweislast für die ihr gemäß § 631 BGB zustehende Teilvergütung der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2007, VII ZR 130/06, BauR 2008, 540; BGH, Urteil vom 14.11.2002, VII ZR 224/01, BauR 2003, 377; KG, Urteil vom 26.09.1997, 4 U 3098/05, BauR 1998, 348; Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 18 mwN; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1559/2427/2428 mwN); dies gilt sowohl für den (technischen) Bautenstand als auch dessen (werklohnbezogene) Bewertung. D.h. die Beklagte als Auftragnehmerin musste hier ihren Leistungsstand im Kündigungszeitpunkt substantiiieren und anhand der vertraglichen Grundlagen bewerten bzw. "bepreisen" und infolgedessen den Klägern eine prüffähige Schlussrechnung erteilen, die den Leistungsstand nachvollziehbar und schlüssig abzubilden hatte.

Regelmäßig unzureichend sind pauschale Bewertungen etwa derart, der Leistungsstand mache 70 % der geschuldeten Vergütung aus und deswegen würden 70 % der Gesamtvergütung verlangt (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.1995, VII ZR 184/94, [www.juris.de](http://www.juris.de); OLG Celle, Urteil vom 07.02.2006, 14 U 108/05, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 79). Gleiches gilt für jegliche nachträglichen Berechnungen und Kalkulationen, die nicht nachvollziehbar auf die Vertragsgrundlagen Bezug nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.1995, VII ZR 184/94, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 04.07.1996, VII ZR 227/93, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 80).

cc.

Der Wert der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen kann im Einzelfall auch auf die Weise ermittelt werden, dass vom vereinbarten Werklohn die Fertigstellungskosten abgezogen werden. Diese Berechnungsweise verlässt indes - unter Umständen - die Vertragsgrundlagen und kann dazu führen, dass der Auftragnehmer ungerechtfertigt bevorteilt wird, wenn die Fertigstellung durch Drittunternehmer zu gegenüber den Vertragspreisen günstigeren Preisen erfolgt. Es bestehen indes grundsätzlich keine Bedenken gegen eine solche Berechnungsweise (quasi eine Rückwärtsrechnung "von oben"), wenn feststeht, dass für die Fertigstellung durch einen Drittunternehmer höhere Preise als die zuvor vertraglich vereinbarten Vertragspreise zugrundegelegt werden (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 23; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1558 mwN). Gleiches gilt, wenn zwar nicht feststeht, dass die Fertigstellung durch einen Drittunternehmer teurer ist, der Auftraggeber aber diese Art der Abrechnung als solche (im Wege des Abzugs der Fertigstellungskosten) akzeptiert (vgl. BGH, Urteil vom 19.04.2005, X ZR 191/02, [www.juris.de](http://www.juris.de) mit Anm. Schmitz, BauR 2006, 521; vgl. zuletzt auch BGH, Urteil vom 10.04.2014, VII ZR 124/13, BauR 2014, 1152; Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 77 mwN; Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 23/24).

dd.

Rechnet die Auftragnehmerin ihre bis zur Kündigung nur anteilig erbrachten Werkleistungen nicht nach den vorstehenden Grundsätzen ab, können die Auftraggeber - unmittelbar aus der vertraglichen Abrede und nicht aus §§ 812 ff. BGB - auf Rückzahlung der Abschlagszahlungen klagen, sofern sich aus der von ihnen erstellten, ihrem möglichen Kenntnisstand entsprechenden Abrechnung, welche die erbrachten Leistungen berücksichtigen und dem Vertrag entsprechend bewerten muss, ein Rückzahlungsanspruch ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2002, VII ZR

196/00, www.juris.de; BGH, Urteil vom 11.02.1999, VII ZR 399/97, www.juris.de; Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 10 mwN; Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 52 mwN; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1559 mwN).

Gemessen daran kann sich die Beklagte als Auftragnehmerin hier also nicht damit begnügen, die Abschlagszahlungen zu behalten und auf eine weitere Abrechnung (Schlussrechnung) zu verzichten. Vielmehr muss sie auf - hier durch die vorliegende Klage zumindest konkludent erfolgtes - Verlangen der Kläger als Auftraggeber darlegen und beweisen, dass sie berechtigt ist, die bereits vorläufig vereinnahmten Abschlagszahlungen auch dauerhaft zu behalten (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2007, VII ZR 130/06, NZBau 2008, 256; Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 10). Legt die Beklagte als Auftragnehmerin keine entsprechende Schlussrechnung vor, können die Kläger als Auftraggeber die Klage auf Zahlung eines Überschusses - wie geschehen - mit einer eigenen Berechnung begründen. Soweit den Klägern als Auftraggebern nähere Darlegungen nicht möglich sind, können sie sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihnen zur Verfügung stehenden Quellen ihrem Kenntnisstand entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 09.06.2005, VII ZR 132/04, www.juris.de; BGH, Urteil vom 02.05.2002, VII ZR 249/00, www.juris.de; Kniffka/Koeble, a.a.O., 5. Teil, Rn 197).

Außerdem sind insoweit gerichtliche Schätzungen i.S.v. § 287 ZPO zulässig, soweit ausreichende Schätzungsgrundlagen vorhanden sind (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2006, VII ZR 68/05, NJW-RR 2006, 1455; BGH, Urteil vom 17.06.2004, VII ZR 337/02, 2004, 1443; Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 24 mwN; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1556 mwN und Rn 3154 mwN). Gemäß § 287 Abs. 2 ZPO ist § 287 Abs. 1 ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch in anderen Fällen entsprechend anwendbar, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 30. Auflage 2014, § 287, Rn 2b mwN). Ob und Umfang einer Beweisaufnahme stehen insoweit im Ermessen des Gerichts (§ 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Eine gerichtliche Schätzung überschreitet dabei (erst) die Grenze der Zulässigkeit, wenn sie mangels greifbarer (regelmäßig vom Darlegungspflichtigen vorzutragender) Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., § 287, Rn 4-6 mwN). Gerade in Bauprozessen sind indes keine zu hohen Anforderungen an die notwendigen Schätzungsgrundlagen zu stellen (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., 5. Teil, Rn 149 mwN in Fn 513; vgl. auch 8. Teil, Rn 54/55; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 3154 mwN in Fn 23/26/27; BGH, Urteil vom 08.12.2005, VII ZR 50/04, NZBau 2006, 179, dort Rn 21; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.07.2006, VII ZR 68/05, NZBau 2006, 637).

ee.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze gilt hier folgendes:

(a)

Die Beklagte macht auch mit ihrer Berufung weiterhin geltend (vgl. 21 GA), sie habe bis zur Kündigung Werkleistungen wie folgt erbracht:

Angeblich vollständig erbrachte Positionen (11)

1. Ingenieur-/Planungsleistungen, Baustelleneinrichtung/  
-sicherung, Blower-Door-Test, Baugerüst, Bauschutt/  
Abfallbeseitigung etc. 35.171,23 EUR
2. Erdarbeiten 5.689,70 EUR
3. Rohbau 52.376,50 EUR
4. Fassade 21.840,00 EUR
5. Dachstuhl 12.555,00 EUR
6. Dacheindeckung 12.025,00 EUR
7. Fenster 19.160,00 EUR

8. Haustür 3.000,00 EUR  
13. Trockenbau 12.628,00 EUR  
9. Putz 8.796,00 EUR  
10. Estrich 2.645,00 EUR  
Zwischensumme (angeblich vollständig erbrachte Positionen) 185.886,43 EUR

Angeblich anteilig erbrachte Positionen (4)

11. Fußböden 00,00 EUR  
12. Innentreppe (von 11.678,00 EUR) 3.473,00 EUR  
14. Pflaster (von 4.560,00 EUR) 00,00 EUR  
15. Sonstiges (von 2.956,80 EUR) 2.890,27 EUR  
Zwischensumme (angeblich anteilig erbrachte Positionen) 6.363,27 EUR

Gesamtsumme netto 192.249,70 EUR

zzgl. 19 % USt. 36.527,44 EUR

Gesamtsumme brutto 228.777,14 EUR

bzw. Restwerklohnforderung (./ 220.000,00 EUR Abschlagsz.) 8.777,14 EUR

Die Beklagte behauptet damit einen Fertigstellungsstand des Objekts von 89,90 % (192.249,70 EUR netto von 213.856,23 EUR netto).

(b)

Die Kläger machen demgegenüber unter Bezugnahme auf das Privatgutachten des Sachverständigen Dr. B., der anhand einer Bautenstandsfeststellung und einer Auflistung und Bewertung der noch ausstehenden Werkleistungen die Fertigstellungskosten mit 77.458,18 EUR netto bzw. 92.175,23 EUR brutto errechnet hat (vgl. insbesondere Anlage "Projektübersicht mit Positionen BÜ-1004") geltend, die Beklagte habe bis zur Kündigung Werkleistungen lediglich im Umfang von 162.313,88 EUR brutto (254.488,91 EUR ./ 92.175,23 EUR) erbracht (entsprechend einem Fertigstellungsstand von lediglich 63,78 %).

Bei Zugrundelegung der Feststellungen des Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. bzw. des gerichtlich beauftragten Sachverständigen D. ist die Beklagte als Auftragnehmerin im Umfang von 57.686,12 EUR (im Berufungsverfahren nunmehr unstreitige Abschlagszahlungen der Kläger in Höhe von insgesamt 220.000,00 EUR ./ anteiliger Werklohnanspruch der Beklagten für bis zur Kündigung von ihr erbrachte Leistungen 162.313,88 EUR brutto) überzahlt.

(c)

Unter Berücksichtigung der o.a. Grundsätze hat die für Umfang und vertragsgemäße Darstellung und Bewertung von bis zur Kündigung erbrachter Werkleistungen in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtige Beklagte bereits nicht hinreichend dargelegt, jedenfalls aber nicht bewiesen, dass sie bis zur Kündigung Werkleistungen erbracht hat, die einen über 162.313,88 EUR hinausgehenden Anspruch auf Werklohn i.S.v. § 631 BGB bzw. einen die entsprechende Rückforderung der Kläger in Höhe von 57.686,12 EUR unterschreitenden Anspruch der Kläger rechtfertigen.

(aa)

Bereits das Vorbringen der Beklagten zum (technischen) Bautenstand im Zeitpunkt der Kündigung rechtfertigt nicht die Annahme eines von den Ausführungen des Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. abweichenden (technischen) Bautenstandes.

(aaa)

Der Beklagten oblag es bereits im Rahmen ihrer primären Darlegungslast, nach Vorlage des Privatgutachtens des Sachverständigen Dr. B. jedenfalls aber nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast (vgl. Zöller-Greger, a.a.O. a.a.O., § 138, Rn 8 mwN), den Bautenstand in einem ersten Schritt anhand der o.a. Aufgliederung in 15 Gewerke gemäß

Baubeschreibung (Anlage "Art der Leistung" bzw. Hauskalkulation (Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung der Gewerke") im Einzelnen nachvollziehbar darzustellen (und sodann in einem zweiten Schritt die dort für die 15 Gewerke jeweils vermerkten Detail-Pauschalpreise in der o.a. Weise in einzelne angeblich erbrachte bzw. nicht mehr erbrachte Werkleistungen entsprechend weiter nachvollziehbar aufzugliedern, dazu im Einzelnen noch unten).

Insbesondere bei Bauträgerverträgen und ähnlichen Verträgen im Baubereich ist eine bereits im Vertrag von den Parteien (unabhängig von der insoweit grundsätzlich irrelevanten Aufteilung in Abschlagszahlungen in einem bloßen Zahlungsplan, vgl. BGH, Urteil vom 10.06.1999, VII ZR 215/98, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 16.10.1997, VII ZR 82/96, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 04.07.1996, VII ZR 227/93, [www.juris.de](http://www.juris.de)) verbindlich vorgenommene Aufteilung und Bewertung einzelner Teilleistungen auch bei der Abrechnung nach einer Kündigung des Vertrages regelmäßig zu berücksichtigen bzw. zugrunde zu legen (vgl. BGH, Beschluss vom 25.01.2007, VII ZR 112/06, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 13.01.2005, VII ZR 353/03, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 20.01.2000, VII ZR 97/99, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 24; Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 81 mwN).

(bbb)

Stattdessen hat sich die Beklagte hier in unzureichender Weise darauf beschränkt, bei 10 Positionen pauschal eine angeblich vollständige Werkleistung, bei 3 weiteren Positionen eine angeblich (weder technisch noch rechnerisch nachvollziehbar beschriebene) anteilige Werkleistung und bei weiteren 2 Positionen eine vollständige Nichtleistung vorzutragen.

(ccc)

Soweit die Beklagte mit der Klageerwiderung (29 ff. GA) diverse Subunternehmerrechnungen (Anlagen B5-B36) vorgelegt hat, ersetzt die Vorlage von solchen Urkunden nicht die notwendige schriftsätzliche Darstellung zum konkreten Stand ihrer vertraglich geschuldeten Einzelwerkleistungen im Kündigungszeitpunkt im vom Senat vorstehend festgestellten Umfang.

(ddd)

Die Beklagte macht mit der Berufung auch ohne Erfolg geltend, das LG habe ihr Beweisangebot übergangen, den von ihr benannten Zeugen Ha.- wie zunächst im Beweisbeschluss vom 03.08.2012 angeordnet - zum Bautenstand (insbesondere der Trockenbauarbeiten) im Kündigungszeitpunkt zu vernehmen, auf dessen Vernehmung sie zu keinem Zeitpunkt verzichtet habe, so dass die Vernehmung aller Zeugen insgesamt neu vorzunehmen sei.

Wie oben vom Senat in anderem Zusammenhang (Fälligkeit der 7. Teilzahlung) bereits festgestellt, besteht kein Anlass zur Vernehmung des Zeugen Ha., da die Beklagte - auch im Berufungsverfahren - keine über dessen Rechnungen (Anlagen B 32-35) hinausgehenden Sachverhalte substantiiert in dessen Wissen stellt, die konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an vom LG getroffenen tatsächlichen Feststellungen i.S.v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO begründen könnten.

(eee)

Der weitere Berufungseinwand der Beklagten, die Authentizität von durch die Kläger vorgelegten Fotos mit Datum vom 27.05.2010 werde bestritten, zumal einige Fotos ein Gerüst bzw. einen Bauzaun zeigten und andere hingegen nicht, so dass sie von unterschiedlichen Zeitpunkten stammen müssten, zumal im Zeitpunkt der Schlussrechnung des Gerüstbauers vom 08.04.2010 das Gerüst bereits seit einiger Zeit entfernt gewesen sei und auch deswegen werde der Verwertung der Ausführungen des Privatsachverständigen Dr. B. widersprochen, hat ebenfalls keinen Erfolg.

Dies gilt schon deswegen, weil der Privatsachverständige Dr. B. eingangs seines Gutachtens klargestellt hat, dass er seinem Gutachten - erst nach Leistungseinstellung seitens der Beklagten - bei diversen Ortsterminen vom Objekt gefertigte Lichtbilder beigefügt hat. Die Beklagte hat - trotz des diesbezüglichen Vorbringens der Kläger zum Zeitpunkt der Leistungseinstellung (vgl. 56/290 GA) -

auch nicht vorgetragen, über den - offenkundig zwischen den Ortsterminen des Sachverständigen Dr. B. erfolgten - Abbau restlicher Fassadengerüste hinaus noch irgendwelche Werkleistungen am Objekt ausgeführt zu haben und wenn ja, um welche es sich dabei konkret handeln soll.

Im Hinblick auf das Klägervorbringen zu der Entstehung und der Vorabversendung von Teilen des Privatgutachtens (vgl. 56/290 GA) hat auch der weitere Berufungseinwand der Beklagten keinen Erfolg, eine zutreffende Ermittlung des Bautenstandes im Kündigungszeitpunkt liege deswegen nicht vor, weil das LG fehlerhaft davon ausgegangen sei, dass die Fotos und die Feststellungen des Privatsachverständigen Dr. B. im Mai 2010 erfolgt seien, denn die Kläger hätten bereits im anwaltlichen Schreiben vom 28.04.2010 ausgeführt, dass ein Gutachten des Sachverständigen Dr. B. vom 20.04.2010 vorliege und sie daraus zudem wesentlichen Daten (einschließlich "Ermittlung der Projektübersicht und des LV") in ihr anwaltliches Schreiben vom 20.04.2010 übernommen hätten.

(fff)

Soweit die Beklagte zum Fertigstellungszustand im Kündigungszeitpunkt die Einholung eines (gerichtlichen) Sachverständigengutachtens beantragt (vgl. 32/657 GA), ist auch dieser Beweisantritt - mangels Vortrags insoweit erforderlicher Anschlussstatsachen zu einem von den Feststellungen des Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. abweichenden Bautenstand im Kündigungszeitpunkt - ebenfalls auf eine im Zivilprozess unzulässige Ausforschung gerichtet (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., Vor § 284, Rn 5; § 402, Rn 1/5 mwN).

(ggg)

Soweit die Beklagte geltend macht, aus dem Bautenstandsbericht könne die Klägerin keine Rechte herleiten, da dieser ja auch die von ihr - der Beklagten - nicht geschuldeten Anteile an Eigenleistungen zu berücksichtigen habe (vgl. 32 GA), hat sie damit keinen Erfolg, da der Sachverständige Dr. B. die Leistungen

- Innentüren (Ziff. 090)
- Haustechnik (Ziff. 100)
- Sanitär (Ziff. 110)
- Elektro (Ziff. 120)
- Fußböden (Ziff. 150)
- Malerarbeiten (Ziff. 160)
- Garage (Ziff. 200)

zutreffend mit der Textposition "Eigenleistung" (der Kläger) unberücksichtigt gelassen hat.

Diese Eigenleistungen sind für die hier vorzunehmende Abrechnung nach den vorstehenden Grundsätzen insoweit "neutral", als sie auch bei der Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung der Gewerke" bei der Ermittlung des Vertragspreises vom 254.488,91 EUR brutto entsprechend unberücksichtigt geblieben sind.

Dementsprechend beziehen sich auch die - zwischen den Parteien streitigen - prozentualen Fertigstellungsgrade (von 63,78 % - so die Kläger - bzw. 89,90 % - so die Beklagte -) allein auf die von der Beklagten zu erbringenden Werkleistungen, nicht auf das Gesamtobjekt (einschließlich Eigenleistungen der Kläger).

(hhh)

Die Beklagte macht ohne Erfolg geltend, die Ausführungen des Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. (bzw. dessen Hilfskräften H. und L.) seien von vorneherein unverwertbar, da es sich um ein Privatgutachten handele, zu dessen Erstellung sie - unter Verletzung der "Objektivität" - nicht hinzugezogen worden sei, und es den Klägern oblegen habe, ein gerichtliches selbständiges Beweisverfahren anzustrengen (vgl. 33/657 GA). Der Unterschied

zwischen einem Privatgutachten und einem gerichtlichen Gutachten in einem selbständigen Beweisverfahren ist beweismäßig nicht so erheblich, dass eine Partei grundsätzlich verpflichtet wäre, anstelle der Einholung eines Privatgutachtens ein selbständiges Beweisverfahren anzustrengen, zumal sich später das Gericht der Hauptsache immer - wie auch hier erfolgt - mit dem Ergebnis eines Privatgutachtens im Einzelnen auseinandersetzen muss und auch die Kosten der beiden Sicherungsmittel sich regelmäßig nicht erheblich unterscheiden (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 150, Rn 162 mwN in Fn 73; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.2009, 5 U 92/07, BauR 2010, 232; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.1995, 23 W 5/95, BauR 1995, 883; Zöller-Greger, a.a.O., § 402, Rn 2/3/6c mwN). Der Privatsachverständige war auch nicht verpflichtet, zur technischen Feststellung des Bautenstandes bzw. zu dessen Bewertung bereits die Beklagte hinzuziehen, da der Anspruch der Beklagten auf Gehör (sowohl in technischer bzw. rechtlicher Hinsicht) dadurch gewahrt wird, dass sie in beiden Instanzen des vorliegenden Verfahrens die Möglichkeit hatte, durch prüffähige Schlussrechnung ihren Werklohnanspruch schlüssig und nachvollziehbar darzulegen und in diesem Zusammenhang substantiierte Einwände gegen die Ausführungen des Privatsachverständigen zu erheben.

Zudem ist hier der Privatsachverständige Dr. B. vom LG ergänzend als sachverständiger Zeuge zu seinen Feststellungen zum Bautenstand im Kündigungszeitpunkt und seinen Ausführungen zu dessen Bewertung gehört worden und im Folgenden hat der gerichtlich beauftragte Sachverständige D. den beweiskräftig festgestellten Bautenstand nochmals eigenständig bewertet. Diese Art und Weise der Feststellung der entscheidungserheblichen tatsächlichen Sachverhalte und deren Würdigung durch das LG ist vom Senat unter Berücksichtigung von §§ 529, 531 ZPO nicht zu beanstanden.

(iii)

Die Beklagte macht ebenso ohne Erfolg geltend, mit dem Vertragsumfang habe sich das LG überhaupt nicht beschäftigt und habe darüber Beweis erheben müssen. Tatsächlich hat der Privatsachverständige und sachverständige Zeuge Dr. B. (und ihm folgend der gerichtlich beauftragte Sachverständige D.) - wie es eigentlich Aufgabe der Beklagten gewesen wäre (s.o.) - das Vertrags-Soll und das Vertrags-Ist (im Zeitpunkt der Kündigung) in vom Senat unter Berücksichtigung von §§ 529, 531, 286 ZPO nicht zu beanstandender Weise sowohl der Sache (d.h. dem Bautenstand) nach als auch der Höhe (d.h. der Bewertung nach, dazu im Einzelnen noch sogleich) voneinander abgegrenzt, ohne dass die Beklagte mit der Berufung insoweit erhebliche Einwendungen erhebt.

(ijj)

Soweit die Beklagte außerdem geltend macht, der Privatsachverständige bzw. sachverständige Zeuge Dr. B. habe sich in unzulässiger Weise darauf verlassen, dass die von den Klägern mitgeteilten Aufmaße zutreffend seien, hat sie auch damit keinen Erfolg. Dr. B. hat vielmehr auf Seite 2 seines Gutachtens klargestellt, dass er "zur Erstellung der notwendigen Aufmaße und Preiskalkulationen" einen Architekten und einen Bautechniker hinzugezogen hat und diese beiden Hilfskräfte sodann "aufgrund örtlicher Überprüfungen" unter Zugrundelegung der werkvertraglichen Vereinbarungen nebst Zeichnungen das Bau-Soll, das Bau-Ist und die noch zu erbringenden Restarbeiten anhand von Aufmaßen, Massenberechnungen und ortsüblichen Einheitspreiskalkulationen ermittelt haben.

(bb)

Auch das Vorbringen der Beklagten in beiden Instanzen zur Bewertung des (technischen) Bautenstandes im Zeitpunkt der Kündigung (d.h. zur Ermittlung des der Beklagten zustehenden anteiligen Werklohns) rechtfertigt nicht die Annahme eines von den Ausführungen des Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B. bzw. des gerichtlich beauftragten Sachverständigen D. abweichenden Bewertung des (technischen) Bautenstandes (bzw. eines den Betrag von 57.686,32 EUR übersteigenden Anspruchs der Beklagten auf Werklohn für die von ihr bis zur Kündigung nur anteilig erbrachten Werkleistungen).

(aaa)

Soweit die Beklagte in beiden Instanzen rügt, der Sachverständige habe die Angaben der Kläger zu von ihnen geleisteten Teilzahlungen ungeprüft übernommen (vgl. 33/658 GA), hat die Beklagte im Rahmen der Berufungsbegründung nunmehr zugestanden, dass die Kläger Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 220.000,00 EUR geleistet hat (vgl. 642 GA, dazu auch bereits oben).

(bbb)

Soweit die Beklagte in beiden Instanz außerdem pauschal rügt, die vom Sachverständigen Dr. B. gefertigte Auflistung von Restarbeiten berücksichtige nicht, dass aufgeführte Restarbeiten nicht vom Werkvertrag umfasst seien (vgl. 33/658 GA), entspricht dieses Vorbringen nicht den Anforderungen des § 138 ZPO.

(ccc)

Soweit die Beklagte außerdem in beiden Instanzen pauschal gerügt hat, die vom Sachverständigen Dr. B. aufgelisteten Restarbeiten würden ohne Berücksichtigung der Kalkulation unter unzutreffendem Ansatz von ortsüblicher Einzelpreiskalkulation ermittelt, denn die Parteien hätten einen Pauschalpreis vereinbart und die Kläger hätten den von ihnen geltend gemachten Anspruch "anhand dieser eigenen Kalkulation des Werkvertrages" zu spezifizieren (vgl. 33/658 ff. GA), verkennt sie dabei, dass sie als Auftraggeberin bereits die originäre, primäre Darlegungslast, nach Vorlage des Privatgutachtens des Sachverständigen Dr. B. jedenfalls aber auch eine sekundäre Darlegungslast für die weitere kalkulatorische Aufgliederung der o.a. Detailpauschalpreise für die insgesamt 15 Gewerke und eine "Bepreisung" i.S.v. kalkulatorischer Bewertung der darin jeweils zusammenfassend enthaltenen und daher näher aufzugliedernden einzelnen Werkleistungen trifft.

Dieser primären, jedenfalls aber sekundären Darlegungslast ist die Beklagte in beiden Instanzen nicht hinreichend nachgekommen. Hierfür genügt insbesondere nicht der - zudem eher beiläufige - Hinweis, sie berücksichtige einen "Gewinn von 15 %" (vgl. 29 GA). Abgesehen davon, dass dieser Vortrag nicht ansatzweise die Anforderungen an die Substantiierung der dem Vertrag zugrundegelegten Kalkulation i.S.v. von § 138 ZPO erfüllt, ist er auch deswegen nicht nachvollziehbar, weil ein einheitlicher Kalkulationsfaktor von 15 % auf alle 15 sehr unterschiedlichen Gewerke im Rahmen eines Werkvertrages zur Errichtung eines Einfamilienhauses lebensfremd bzw. fernliegend ist.

Soweit die Beklagte zu ihrem Pauschalansatz ("Gewinn von 15 %" bei allen Gewerken) die Einholung eines (gerichtlichen) Sachverständigengutachtens beantragt hat (vgl. 29/858 GA), ist dieser Beweisantritt der Beklagten wiederum auf eine im Zivilprozess unzulässige Ausforschung gerichtet (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., Vor § 284, Rn 5; § 402, Rn 1/6 mwN).

(ddd)

Der weitere unter Sachverständigenbeweis gestellte Vortrag der Beklagten, sie habe die ausstehenden Restarbeiten unter Berücksichtigung der dem Werkvertrag zugrundegelegten Kalkulation auch im Rahmen des noch ausstehenden Werklohnanspruchs erbringen können (vgl. 34/659 GA) ist - soweit nachvollziehbar (da die Vertragserfüllung zu den vereinbarten Preisen grundsätzlich eine Selbstverständlichkeit war) - nicht entscheidungserheblich. Der Beklagten oblag es vielmehr, ihre Vertragskalkulation offenzulegen und auf deren Basis die bis zur Kündigung erbrachten bzw. nicht erbrachten Werkleistungen in nachvollziehbarer Weise voneinander abzugrenzen und anhand dessen den erbrachten Anteil der Werkleistungen kalkulatorisch zu bewerten bzw. zu "bepreisen".

(eee)

Auch die Einwände der Beklagten gegen einzelne Positionen der Aufstellung im Privatgutachten Dr. B. (Anlage "Projektübersicht mit Positionen BÜ-1004) haben keinen Erfolg:

(1)



Soweit die Beklagte zu Ziff. 010.010.001 geltend macht, die Einmessung des Gebäudes zur Vorlage beim Katasteramt sei nicht Gegenstand des Werkvertrages, übersieht die die Beklagte dass ihr (als Teil der Ingenieur- und Planungsleistungen, Ziff. 10. ...) die Leistungen

- Grobabsteckung der Baugrube durch Vermessungsingenieur sowie
- Errichten von Schnurgerüsten einschl. Einmessen auf Schnurgerüst durch Vermessungsingenieur

oblagen.

Soweit die Beklagte zu dieser Ziff. außerdem geltend macht, die Vermessungsarbeiten seien ausweislich Gebührenbescheid vom 04.12.2009 259 GA) durch Dipl.-Ing. F. erfolgt, differenziert sie nicht in der notwendigen Weise zwischen der o.a. Grobabsteckung ("Gebäudeabsteckung" gemäß Ziff. 1.1. und 3.2. VermGebT NRW), die offenbar am 16./27.04.2009 durch das Büro Freudenberg erfolgt ist, und der gemäß den Ausführungen des Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. (vgl. 437 GA) notwendigen und ebenfalls vom Vertrag umfassten Einmessung ("Schlusseinmessung") des vollständig fertiggestellten Gebäudes zur Vorlage beim Katasteramt gemäß VermGebT NRW (dort Ziff. 4.6.), für deren Ausführung die Beklagte - schon wegen unstreitig bis zur Kündigung nicht erfolgter vollständiger Fertigstellung des Gebäudes - darlegungsfällig ist.

(2)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 010.010.002 geltend macht, der Ansatz für die Prüfung der Luftdichtigkeit der Gebäudehülle durch Blower-Door-Test (400 EUR zzgl. Mwst. ) sei überhöht, ist dieser Einwand durch die Ausführungen des Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B. sowie des gerichtlich beauftragten Sachverständigen D. widerlegt (§§ 529, 531, 286 ZPO), wonach die Kosten sogar deutlich höher liegen können und zwar gemäß den Ausführungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen D. auch bis zu 450-600 EUR (vgl. 528 GA).

Zudem liegen die vom Senat im Internet als üblich recherchierten Kosten für eine Blower-Door-Messung für ein Einfamilienhaus - je nach Innenvolumen - zwischen 300 bis 600 EUR (vgl. [www.energieagentur.nrw.de](http://www.energieagentur.nrw.de)) bzw. zwischen 339 und 799 EUR (vgl. [www.blowerdoor-tec.de](http://www.blowerdoor-tec.de)), so dass gegen den Ansatz der beiden Sachverständigen auch insoweit keine konkreten Zweifel bestehen (§§ 529, 531, 286 ZPO).

(3)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 010.010.003 geltend macht, die vom Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B. mit einer Pauschale von 15 % aus netto 66.354,94 EUR ermittelten noch ausstehenden Regiekosten seien nicht erklärt und daher unverständlich, hat sie damit keinen Erfolg.

Der Privatsachverständige Dr. B. hat dabei - rechnerisch und sachlich, da denklogisch, überzeugend - die von ihm festgestellten Restleistungen von netto 77.458,18 EUR um die darin anteilig enthaltenen Ingenieur- und Planungsleistungen in Höhe von netto 11.103,24 EUR gekürzt und insoweit für die restlichen noch ausstehenden Werkleistungen als solche einen pauschalen Anteil von 15 % Regiekosten angesetzt.

Der Ansatz von Regiekosten von 10-15 % entspricht den insoweit üblichen Ansätzen (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2114 mwN in Fn 206) und ist insoweit - unter Berücksichtigung von § 287 ZPO - nicht zu beanstanden. Zudem legt die Beklagte insoweit ihre Vertragskalkulation nicht offen und trägt auch sonst nicht in nachvollziehbarer Weise vor, aus welchen Gründen dieser - übliche - Ansatz des Sachverständigen für Regiekosten bei der Ermittlung der Fertigstellungskosten im Rahmen des hier in Rede stehenden Werkvertrages unangemessen sein soll.

Soweit die Beklagte an anderer Stelle ihrer Berufung ausführt, Bauleistungs- und Regiekosten mit 13.500,00 EUR seien weit überhöht, da sie über den Ansatz der HOAI hinausgingen, ist dies schon zahlenmäßig nicht nachvollziehbar, weil der Privatsachverständige und sachverständige Zeuge Dr. B. mit der o.a. Rechenweise für die Restarbeiten bis zur Fertigstellung nur Bauleistungs- und Regiekosten von 9.953,24 EUR berücksichtigt hat. Zudem geht der Hinweis der Beklagten auf die HOAI fehl, da der Ansatz von 15 % schon deswegen nicht zu beanstanden ist, weil die Pos. 1 des Detailpauschalvertrages (Ingenieur-/Planungsleistungen etc.) mit rund 35.000 EUR netto rund 16,5 % des vereinbarten Gesamtwerklohns von rund 214.000 EUR netto ausmacht.

(4)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 010.020.001 (Baustrom bzw. Bauwasser) geltend macht, es seien statt 100 EUR max. 50 EUR gerechtfertigt, verkennt sie, dass der Privatsachverständige und sachverständige Zeuge Dr. B. überzeugend auch die Verbrauchskosten für die Restarbeiten berücksichtigt hat, so dass sich darauf eine gerichtliche Schätzung gemäß § 287 ZPO stützen lässt. Auch insoweit legt die Beklagte ihre Vertragskalkulation nicht offen oder trägt auch sonst nicht in nachvollziehbarer Weise vor, aus welchen Gründen hier lediglich ein Betrag von 50 EUR für die umfangreichen Restarbeiten (von rund 35 %) ausreichend sein soll.

(5)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 010.020.002 unter Zeugenbeweis antritt geltend macht, die Bauzaunelemente seien bereits entfernt worden und dies könne den von den Klägern überreichten Lichtbildern entnommen werden, folgt aus den Lichtbildern vielmehr, dass jedenfalls an der Vorderseite des Hauses die Bauzaunelemente im Zeitpunkt der Feststellungen des Sachverständigen Dr. B. noch vorhanden waren. Insoweit ist der Ansatz von 7 Stück x 6,12 EUR = 42,84 EUR zzgl. MwSt. unter Berücksichtigung von § 287 ZPO in keiner Weise zu beanstanden.

(6)

Der Einwand der Beklagten zu Ziff. 010.020.003 (Fassadengerüst einschl. Auf- und Abbau gem. Vorschriften der Bau-Berufsgenossenschaft, 238 qm x 6,85 EUR = 1.630,30 EUR zzgl. MwSt.), diese Kosten wären nicht angefallen, wenn sie hätte weiterarbeiten können, hat ebenfalls keinen Erfolg.

Zum einen ist die Abrechnung nach wirksamer außerordentlicher Kündigung durch den Auftraggeber auf Basis der ihm entstehenden Fertigstellungskosten eines Drittunternehmers (im Wege einer Rückrechnung) hier zulässig (siehe oben), zum anderen wären auch der Beklagten bei einer Fortsetzung des Vertrages - schon im Hinblick auf die vollflächig noch fehlenden Arbeiten an der WDV-Fassade (Putz bzw. Beschichtung) zweifelsfrei noch Gerüstkosten (einschl. Montage-/Demontagekosten) entstanden.

(7)

Der Einwand der Beklagten zu Ziff. 010.020.004 (Kosten für Bauschutt- und Abfallbeseitigung) fielen nicht an, da die Beseitigung durch die Handwerker erfolge und sich diese Leistung zudem nicht aus dem Werkvertrag ergebe, hat ebenfalls keinen Erfolg.

Zum einen übersieht die Beklagte, dass die "Bauschutt- und Abfallbeseitigung auf der Baustelle anfallender Arbeiten" ausdrücklich Teil ihrer vertraglicher Leistungspflichten war (vgl. "Art der Leistung", dort unter Baustelleneinrichtung, letzte Position); zum anderen mag sie diese Leistungspflicht an ihre Subunternehmer weitergereicht haben, die indes diese Leistungen - branchenüblich - entweder als gesonderte Position anbieten oder in ihre Kalkulation anderweitig einbeziehen, so dass sie auch für die Beklagte - bei ihrer Kalkulation im Rahmen des hier in Rede stehenden Vertrages - nicht "kosten- bzw. kalkulationsneutral" gewesen ist.

(8)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 020.010.001 geltend macht, der Privatsachverständige und sachverständige Zeuge Dr. B. habe dort für die Leistung "Grundstücksentwässerung Kanalgraben herstellen, einschl. Verfüllen und Verdichtung 41,5 m x 12,30 EUR = 510,45 EUR zzgl. MwSt." einen unzutreffenden Einheitspreis von 12,30 EUR (statt 10,50 EUR) zugrundegelegt, kann die Beklagte damit nicht gehört werden. Es ist ihr nämlich verwehrt, sich aus der Grundstücksentwässerung (Herstellung der Grundleitungen) eine einzelne Position herauszugreifen und insoweit lediglich den (Teil-)Einheitspreis zu bestreiten, ohne - wie von ihr nach den o.a. Grundsätzen gefordert - ihre vertragliche Kalkulation zu den insoweit notwendigen Gesamtleistungen der Grundstücksentwässerung vorzulegen und schriftsätzlich zu erläutern. Dies gilt um so mehr, als die von Dr. B. vorgenommene Bewertung der insoweit erforderlichen Teilleistungen nicht zwingend ist, sondern z.B. die Pos. 020.010.001 und 002 auch in einer einheitlichen Einheits- oder Pauschalpreisposition erfasst werden könnten und sich schon insoweit Verschiebungen zwischen den Einzelpreisen ergeben können.

Zudem sind bei der von den Klägern - mangels Schlussrechnung der Beklagten - in zulässiger Weise vorgenommenen Abrechnungsmethode (unter Abzug der Fertigstellungskosten, als bei der Berechnung "von oben", s.o.) - und dies gilt bei allen Positionen der Fertigstellungskosten - die ortsüblichen und angemessenen "Endverbraucherpreise" maßgeblich, d.h. der Werklohn, der von einem privaten Bauherrn verlangt wird, nicht hingegen die von der Beklagten als Bauträgerin bzw. Generalunternehmerin mit ihren Subunternehmern vereinbarten - vermutlich geringeren - Preise bzw. Werklohnbeträge zwischen Gewerbetreibenden.

(9)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 020.020.001/002 geltend macht, das bzw. die Fundament(e) der Terrassenüberdachung (einschl. Aushub und Nebenarbeiten) sei(en) nicht Gegenstand des Bauvertrages gewesen, übersieht sie, dass gemäß der vertraglichen Vereinbarung unter "Allgemeines" (auch) die Pläne vom 09.12.2008 Grundlage des Vertrages bilden. Im EG-Grundriss vom 09.12.2008 (331 GA), der auch Teil der Baugenehmigung ist, ist indes das Fundament der Terrassenüberdachung unzweifelhaft eingezeichnet.

Zudem bleibt die Beklagte jedwede nachvollziehbare Erklärung schuldig, worauf sich das - unstreitig von ihr ohne Aufpreis erstellte - Terrassendach (in teilweiser Verlängerung der hinteren Satteldachfläche) abstützen bzw. gründen sollte, wenn nicht auf einer fachgerecht zu fundamentierenden Stütze (bzw. einer seitlichen Abschlusswand, siehe unten).

(10)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 020.020.001/002 (gemeint offenbar 030.001-004) geltend macht, die Terrassenwand (einschließlich von Dr. B. aufgelisteter Nebenarbeiten) sei nicht Gegenstand des Werkvertrages, übersieht sie ebenfalls, dass gemäß der vertraglichen Vereinbarung unter "Allgemeines" (auch) die Pläne vom 09.12.2008 Grundlage des Vertrages bilden. Im EG-Grundriss vom 09.12.2008 (331 GA), der auch Teil der Baugenehmigung ist, ist indes die Terrassenwand - in Verlängerung der linksseitigen Giebelwand des Gebäudes - unzweifelhaft eingezeichnet.

Zudem bleibt die Beklagte auch insoweit jedwede nachvollziehbare Erklärung schuldig, worauf sich das - unstreitig von ihr ohne Aufpreis erstellte - Terrassendach (in teilweiser Verlängerung der hinteren Satteldachfläche) abstützen bzw. gründen sollte, wenn nicht auf einer seitlichen Abschlusswand (bzw. einer fachgerecht zu fundamentierenden Stütze, siehe oben).

(11)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 020.020.003 geltend macht, die Planierarbeiten seien bereits erbracht worden, folgt das Gegenteil aus den vorgelegten Lichtbildern, wonach die vertragliche Leistung "zwischenlagerten Oberboden einbauen und das Gelände grob planieren (vgl. Anlage Art der Leistung, dort Erdarbeiten, letzte Position) von der Beklagten vor der Kündigung noch nicht ausgeführt worden war, so dass der Ansatz des Privatsachverständigen und sachverständigen

Zeugen Dr. B. "den vorhandenen Oberboden auf dem Grundstück grob planieren 470 qm x 0,80 EUR = 376,00 EUR zzgl. Mwst." nicht zu beanstanden ist.

(12)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 030.001-004 geltend macht, da sie sich mit den Terrassenarbeiten vertraglich nicht zu befassen gehabt habe, seien auch die "Befestigungsarbeiten der Terrassenwand" an das Wohnhaus nicht geschuldet gewesen, insbesondere nicht als Teilleistung der Pos. "Rohbau", hat sie auch damit keinen Erfolg. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat insoweit auf seine o.a. Feststellungen zum notwendigen Auflager des Terrassendachs auf der im EG-Plan eingezeichneten Terrassenwand Bezug, die dementsprechend am sonstigen Mauerwerk des Baukörpers fachgerecht zu befestigen bzw. zu verankern war.

(13)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 040.001/002 geltend macht (vgl. 660 GA), Restarbeiten an dem WDV der Fassade seien nicht mehr im Umfang von 17.669,12 EUR zu erbringen gewesen, denn es seien unstrittig bereits 184 qm WDV eingebaut gewesen und es hätten nur noch weitere 31 qm WDV gefehlt, so dass insoweit Werkleistungen im Wert von max. 3.131 EUR ausstünden hätten, haben sie damit - unter Berücksichtigung der Baubeschreibung (Seite 3 von 7) und der Lichtbilder zum Privatgutachten Dr. B. - ebenfalls keinen Erfolg.

Die Beklagte schuldet gemäß Baubeschreibung (Seite 3 von 7) eine "WDV-Fassade mit 30 cm Dämmstärke gemäß PHPP mit Faschenputz oder Riemchen im Bereich der Fensterstürze gemäß Planung und Endbeschichtung als Edelputz Nanopor, Farbe nach Angabe aus der Farbtabelle des Herstellers." (Hervorhebung durch den Senat)

Aus den Lichtbildern zum Privatgutachten folgt, dass bis auf eine Teilfläche im Giebelbereich im Übrigen auf einer von Dr. B. mit ca. 184 qm aufgemessenen Fläche zwar die WDV-Platten angebracht waren, aber der Putz bzw. die Beschichtung noch vollständig fehlte. Insoweit ist die Bewertung durch den Sachverständigen (im Sinne einer Rückwärtsrechnung unter Abzug der auf einer Fläche von 184 qm lediglich angebrachten, aber nicht verputzten bzw. beschichteten WDV-Elemente zu einem anteiligen EP von 38,00 EUR) nicht zu beanstanden.

Das Berufungsvorbringen der Beklagten, das LG habe die Restarbeiten für das WDV-System mit 17.669,12 EUR in Ansatz gebracht, obwohl diese nicht mehr zu erbringen gewesen seien, da bereits 184 qm Wärmedämmung eingebracht gewesen seien, wie der Zeuge Ha. bekunden könne, hat keinen Erfolg, da es zwischen den Parteien unstrittig ist, dass die Beklagte bereits 184 qm Wärmedämmung angebracht hatte; es fehlten indes noch 31 qm Wärmedämmung und auf der gesamten Fläche von ca. 215 qm der Verputz bzw. die Beschichtung.

Aus den vorstehenden Gründen geht auch die offenbar per Dreisatz ermittelte Berechnung der Beklagten fehlt, es ständen lediglich noch 31/215 der Gesamtposition in Höhe von 21.840,00 EUR netto bzw. Werkleistungen im Wert von rund 3.131 EUR netto (so 660 GA) bzw. Werkleistungen in Höhe von 4.176,00 EUR netto (so 665 GA, ohne nachvollziehbare Berechnung) aus.

Soweit die Beklagte außerdem geltend macht, bei dem von Dr. B. vorgenommenen Abzug von 6.992,00 EUR (184 qm lediglich eingebaute WDV-Dämmung zum Einheitspreis - vgl. "Eh-Preis" - von 38,00 EUR) habe der Sachverständige schlichtweg vergessen, dass insoweit auch die Lohnkosten in Ansatz zu bringen seien, übersieht die Beklagte, dass es sich dabei nicht um einen Materialpreis, sondern um einen Einheitspreis handelt. Dafür, dass dieser vom Sachverständigen für die bloße Montage der WDV-Platten angesetzte Einheitspreis unzutreffend ist, lässt die Beklagte in beiden Instanzen jegliches substantiierte Vorbringen vermissen.

Soweit die Beklagte an anderer Stelle der Berufungsbegründung geltend macht, bezüglich der Fassade WDV brächten die Kläger zu Unrecht "als Einheitspreis" einen Betrag in Höhe von 21.840,00 EUR in Ansatz (665 GA), verkennt sie dabei, dass es sich bei diesem Betrag um den vertraglich vereinbarten (Detail-)Pauschalpreis für die "Fassade" handelt (vgl. Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung der Gewerke").

(14)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 050.001 (Holzstütze der Terrassenüberdachung liefern und einbauen einschl. Eisenschuh zur Befestigung der Stütze auf dem Betonfundament 150,00 EUR) geltend macht, Terrassenwand und Terrassenüberdachung seien nicht Gegenstand des Werkvertrages, wird auf die o.a. Feststellungen des Senats Bezug genommen, wonach in den dem Vertrag zugrundegelegten Plan vom 09.12.2008 (331 GA) sowohl Terrassenwand als auch eine auf einer zu fundamentierenden Stütze lagerndes Terrassendach eingezeichnet sind, wobei die Beklagte das Terrassendach (Verlängerung des hinteren Satteldachs) unstreitig - ohne Aufpreis - erstellt hat.

(15)

Der Einwand der Beklagten zu Ziff. 060.002 (Gussstandrohre zwischen Grundleitung und Fallrohr liefern und einbauen) seien nicht Gegenstand des Werkvertrages und die Lieferung der PVC-Standrohre zwischen Grundleitung und Fallrohr erfordere einen Kostenaufwand von lediglich 2 Metern x 16 EUR = 32 EUR, übersieht, dass gemäß der Anlage zum Vertrag "Art der Leistung" (dort unter Dacheindeckung) ein Anschluss über stoßfeste Standrohre bis ca. 30 cm aus dem Erdreich sichtbar an den Kanal geschuldet war. In Kenntnis dieser vertraglichen Vorgabe hat der Privatsachverständige und sachverständige Zeuge Dr. B. nach Aufmaß die o.a. Materialien bzw. Maßnahmen als erforderlich angesehen. Konkrete Anhaltspunkte für die Unvollständigkeit bzw. Unrichtigkeiten dieser Ausführungen des Sachverständigen Dr. B. i.S.v. § 531 ZPO lässt die Berufungsbegründung der Beklagten insoweit nicht hinreichend erkennen, zumal es sich im Hinblick auf die Gauben um mindestens 4 Fall- bzw. Standrohre handelt, so dass schon eine Reduzierung auf 2 Meter (bzw. nur 0,5 Meter pro Standrohr, davon indes bereits 0,3 Meter oberhalb Erdreich) fernliegend ist.

(16)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 070.001-007 geltend macht, obwohl sie die dreifach isolierverglaste Fenster bereits seit Juli 2009 vollständig eingebaut habe, habe Dr. B. lediglich einen Wert von 4.226,49 EUR (aus insgesamt 19.160,00 EUR) berücksichtigt, der "völlig aus der Luft gegriffen sei" und nicht stimme, da der alleine auf die Fenster bezogene Wert der Rechnung des Fensterbauers einen "zutreffenden Betrag" von 14.000,00 EUR bzw. sich eine Wertigkeit von zumindest 22.800,00 EUR ergebe, hat sie auch damit keinen Erfolg.

Der Privatsachverständige und sachverständige Zeuge Dr. B. hat klargestellt, dass allein die - insoweit unstreitig - fehlenden Außenraffstores einen "Riesenanteil" ausmachen (vgl. 438 GA). Dabei hat er klargestellt, dass sich seiner Kenntnis entziehe, wie die Beklagte die Kosten für die gesamten Fensterpositionen mit 19.160,00 EUR habe kalkulieren können und er davon ausgehe, dass die eingebauten Fenster einen Wert oberhalb des von ihm im Wege der Rückrechnung ermittelten Betrages von 4.226,49 EUR hätten. Auch insoweit traf - entsprechend der o.a. Grundsätze - die Beklagte die Obliegenheit, den von ihr selbst gebildeten Kalkulationsansatz im Vertrag für die gesamten Fensterpositionen in der o.a. von ihr geforderten Art und Weise schriftsätzlich zu erläutern und zu belegen, wozu die Vorlage von Subunternehmerrechnung (H,, Anlage B 29) über 14.000,00 EUR keinesfalls ausreicht.

(17)

Soweit die Beklagte zu Ziff. 070.002 (Innenfensterbänke Naturstein) geltend macht, der "Einzelpreis" der Innenfensterbänke ermittle sich mit 126,05 EUR (statt des von Dr. B. insoweit angesetzten Einheitspreises einschl. Ausklinkungen und Mörtelverlegung von 192,40 EUR pro qm), hat sie damit aus mehrfachen Gründen keinen Erfolg.

Zum einen ist es der Beklagten auch insoweit verwehrt, sich aus dem Fenstergewerk eine einzelne Position herauszugreifen und insoweit lediglich den (Teil-)Einheitspreis zu bestreiten, ohne - wie von ihr nach den o.a. Grundsätzen gefordert - ihre vertragliche Kalkulation zu den insoweit notwendigen Gesamtleistungen des Fenstergewerks vorzulegen und schriftsätzlich zu erläutern. Dies gilt um so mehr, als die vom Sachverständigen Dr. B. vorgenommene Bewertung der insoweit erforderlichen Teilleistungen nicht zwingend ist, sondern z.B. die Pos. 070.002 und 070.003 auch in einer einheitlichen Position erfasst werden könnten und sich schon insoweit Verschiebungen zwischen den Einzelpositionen ergeben können und hier zudem - wie oben bereits vom Senat festgestellt - von Werkunternehmern an private Bauherren berechnete "Endverbraucherpreise" maßgeblich sind.

Zum anderen hat der Sachverständige Dr. B. gesondert berücksichtigt, dass zusätzlich zu dem von ihm gesondert bezifferten Materialpreis von 150 EUR netto pro qm die erforderlichen Ausklinkungen und die Mörtelverlegung zu berücksichtigen sind, woraus er einen Einheitspreis von 192,40 EUR pro qm ermittelt hat.

Der pauschale und undifferenzierte Einwand der Beklagten, der "Einzelpreis" ermittle sich mit nur 126,05 EUR genügt insoweit nicht den Anforderungen der §§ 529, 531 ZPO und begründet keinen Anlass für weitere tatsächliche Feststellungen.

(18)

Der Einwand der Beklagten zu Ziff. 070.004 und 005 (Ausbau und Entsorgung der zu kurzen Außenfensterbänke sowie deren Neulieferung und Montage), diese Leistungen stellten sich nicht als Restarbeiten, sondern als Gewährleistung dar, aus der Überzahlungsansprüche nicht geltend gemacht werden könnten, hat ebenfalls keinen Erfolg.

Die Beklagte übersieht, dass ihr auch insoweit nicht nur für unfertige sondern auch für mangelhafte und daher erneut notwendige Werkleistungen keine Werklohnansprüche zustehen. Es ist zwar grundsätzlich zwischen den Ansprüchen auf Werklohn für bis zur Kündigung erbrachte Werkleistungen und Gewährleistungsansprüchen im Hinblick auf bis zur Kündigung erbrachte Werkleistungen zu unterscheiden, wobei für letztere grundsätzlich die allgemeinen Regeln und Voraussetzungen gelten (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., 9. Teil, Rn 42 ff.; Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 149 ff. mwN). Den Klägern stehen indes gegen den Werklohnanspruch der Beklagten für die Außenfensterbänke im Rahmen des eingetretenen Abrechnungsverhältnisses von ihnen - zumindest konkludent - zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzansprüche aus §§ 634 Nr. 4, 636, 280 BGB zu, da die Beklagte jegliche weitere Werkleistungen - zu Unrecht (s.o.) - von weiteren Abschlagszahlungen der Kläger abhängig gemacht hat und insoweit zugleich auch die Nacherfüllung im Hinblick auf die vermessenen (zu kurzen) Außenfensterbänke ernsthaft und endgültig verweigert hat bzw. jedenfalls die Kläger infolge des vertragswidrigen, sie zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigenden Leistungsverweigerung seitens der Beklagten das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Beklagten verlieren durften (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2000, VII ZR 488/99, [www.juris.de](http://www.juris.de); BGH, Urteil vom 20.03.1975, VII ZR 65/74, [www.juris.de](http://www.juris.de); Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 152 mwN; vgl. auch Voit, BauR 2011, 392). Insoweit sind die entsprechenden Gewährleistungsansprüche der Kläger hier in das nach berechtigter außerordentlicher Kündigung entstandene Abrechnungsverhältnis (s.o.) einzubeziehen.

(19)

Der Einwand der Beklagten zu 070.005 (Aluminiumfensterbänke), der Einheitspreis sei vom Sachverständigen Dr. B. mit 53,21 EUR fehlerhaft ermittelt worden und betrage nur 42,00 EUR, hat ebenfalls keinen Erfolg.

Zum einen ist es der Beklagten auch insoweit verwehrt, sich aus dem Fenstergewerk eine einzelne Position herauszugreifen und insoweit lediglich den (Teil-)Einheitspreis zu bestreiten, ohne - wie von

ihr nach den o.a. Grundsätzen gefordert - ihre vertragliche Kalkulation zu den insoweit notwendigen Gesamtleistungen des Fenstergewerks vorzulegen und schriftsätzlich zu erläutern. Dies gilt um so mehr, als die vom Sachverständigen Dr. B. vorgenommene Bewertung der insoweit erforderlichen Teilleistungen nicht zwingend ist, sondern z.B. die Pos. 070.005 und 070.006 auch in einer einheitlichen Position erfasst werden könnten und sich schon insoweit Verschiebungen zwischen den Positionen ergeben können und hier zudem - wie oben vom Senat bereits festgestellt - von Werkunternehmern an private Bauherren berechnete "Endverbraucherpreise" maßgeblich sind.

(20)

Der Einwand der Beklagten zu Pos. 070.007, die notwendigen Arbeiten hinsichtlich der Außenraffstores betrage nicht 12.416,64 EUR (44,6 qm x 278,40 EUR) bzw. unter Abzug der damit nicht auszurüstenden Nordseite des Objekts (5,93 qm) 10.765,73 EUR (38,67 qm x 278,40 EUR, dazu und den diesbezüglichen Feststellungen des Sachverständigen D. - vgl. 527 GA - noch unten), sondern nur 4.500,00 EUR (15 x 300 EUR pro Stück), hat ebenfalls keinen Erfolg.

Zum einen gelten die vorstehenden Feststellungen des Senats auch für diese Position entsprechend. Zum anderen haben sowohl der Privatsachverständige bzw. sachverständige Zeuge Dr. B. (278,40 EUR pro qm) als auch der gerichtlich beauftragte Sachverständige D. (265,00 EUR pro qm) einen von der Beklagten behaupteten Preis von 300,00 EUR pro Stück beweiskräftig widerlegt. Konkrete Anhaltspunkte i.S.v. §§ 529, 531 ZPO zu Zweifeln an der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen zeigt die Beklagte im Berufungsverfahren auch insoweit nicht auf. Die in keiner Weise näher substantiierte Behauptung der Beklagte zu einem angeblichen Stückpreis von 300 EUR für Außenraffstores zu Fenstern völlig verschiedener Größe genügt insoweit jedenfalls nicht.

(21)

Soweit die Beklagte zu Pos. 130.001 -140.003 (Anarbeiten von Putz und Estrich) geltend macht, diese Werkleistungen könnten nicht mehr als Restarbeiten gelten, da die dafür angefallenen Beträge bereits Gegenstand der von ihr - der Beklagten - bereits bezahlten Rechnungen über die Putzarbeiten seien, verkennt sie dabei, dass es auf das Rechtsverhältnis zwischen ihr und ihrem Subunternehmer (für das Putzgewerk) für die hier vorzunehmende Abrechnung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen im Rechtsverhältnis zwischen den hiesigen Parteien grundsätzlich nicht ankommt.

Selbst wenn die Beklagte für die - nach den als solchen von der Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Privatsachverständigen bzw. sachverständigen Zeugen Dr. B. - tatsächlich noch fehlenden Bearbeiten von Putz und Estrich bereits ohne Rechtsgrund an ihre Subunternehmer Werklohn entrichtet haben sollte, ist sie insoweit im Verhältnis zu den Klägern überzahlt und hat daher anteiligen, noch nicht verdienten Werklohn an die Kläger zurückzuerstatten.

(22)

Der Einwand der Beklagten zu Ziff. 150.001 (Fußbodenbeläge und Wandfliesen), die Kläger könnten insoweit nicht die (von Dr. B. in voller Höhe berücksichtigte) Kalkulationssumme des Werkvertrages von 8.775,00 EUR netto, sondern nur einen geringeren Betrag von maximal 7.072,12 EUR verlangen, lässt - unter Berücksichtigung der o.a. Grundsätze - eine hinreichende Begründung vermissen. Weder macht die Beklagte geltend, dass sie im Bereich dieses Gewerks bis zur Kündigung bereits irgendwelche Werkleistungen erbracht hat (vgl. auch die Aufstellungen 29 GA bzw. 640/641 GA, in der Fußböden und Wandfliesen vollständig fehlen); noch macht die Beklagte in nachvollziehbarer Weise geltend, warum die Kläger auf eine Rückzahlung von rd. 80,6 % des für diese Gewerke vereinbarten (Detail-)Pauschalpreises beschränkt sein sollen.

(23)

Der Einwand der Beklagten, zu Ziff. 170.001 (Innentreppen) habe der Sachverständige Dr. B. die Vertragsänderung hinsichtlich der Treppenanlage nicht berücksichtigt (vgl. 644 GA i.V.m. Vereinbarung vom 15.12.2009, Anlage B 41) und daher sei seine Bewertung fehlerhaft, ist - wie oben bereits in anderem Zusammenhang (Fälligkeit der 7. Teilzahlung) festgestellt - ebenfalls nicht berechtigt.

Ursprünglich hatten die Parteien vereinbart (vgl. Anlage "Art der Leistung"):

"Holztreppe Fabrikat HGM oder ähnlich aus Buche Kernholz, Geländer als Holzgeländer aus Buche Kernholz, Geländerstäbe aus Edelstahl"

und hierfür in der Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung aller Gewerke" einen anteiligen Preis von 11.678 EUR zzgl. MwSt. vorgesehen.

Durch von den Klägern unterzeichnetem Auftrag bzw. Auftragsbestätigung vom 15.12.2009 (Anlage B 41) haben die Parteien für die Treppe vom EG zum 1. OG eine Betontreppe und für die Treppe vom Obergeschoss zum Spitzboden eine Stahlwagentreppe eingebaut und insoweit einen Aufpreis von 95,00 EUR zzgl. MwSt. vereinbart.

Insoweit ist es nicht zu beanstanden, dass der Sachverständige - ausgehend vom vereinbarten (Detail-)Pauschalpreis von 11.678,00 EUR - die im Kündigungszeitpunkt lediglich vorhandenen "tragenden Konstruktionen" (ohne Beläge und Geländer), d.h. die Stahlbetontreppe (1.200,00 EUR) und die Stahltreppe (2.650,00 EUR), berücksichtigt hat und insoweit durch eine zulässige Rückrechnung (s.o.) zu einem Fertigstellungsaufwand von 7.828,00 EUR gelangt ist.

Soweit der Sachverständige eigentlich von einem - im Hinblick auf die o.a. nachträgliche Änderung - vereinbarten (Detail-)Pauschalpreis von 11.773,00 EUR (11.678,00 + Mehrpreis der Vertragsänderung 95,00 EUR) und demzufolge - zu Lasten der Beklagten - von einem höheren Fertigstellungsaufwand von 7.923,00 EUR (7.828,00 EUR + Mehrpreis der Vertragsänderung 95,00 EUR) hätte ausgehen müssen, ist dies im Hinblick auf § 308 ZPO nicht entscheidungserheblich.

Soweit die Beklagte weiter vorträgt (644 GA), die Kläger hätten die Treppe mit Geländer, Glaswänden sowie (...?) errichten und mit Naturstein belegen lassen und die Erstellung dieser Treppe habe danach nicht mehr zu ihrem - der Beklagten - Leistungsumfang gehört, sondern sei vom insoweit beauftragten Bauunternehmer Z. als Eigenleistung der Kläger in deren Auftrag erstellt worden und zu bezahlen gewesen, steht in einem von der Beklagten nicht hinreichend nachvollziehbar geklärten Widerspruch zum o.a. Inhalt der Anlage B 41.

Soweit die Beklagte an anderer Stelle ihrer Berufungsbegründung vorträgt, es sei von einem Wert der Stahltreppe von 3.020,00 (statt 2.650,00 EUR) auszugehen, hat dies wiederum aus mehrfachen Gründen keinen Erfolg.

Zum einen ist es der Beklagten auch insoweit verwehrt, sich aus dem Treppengewerk eine einzelne Position herauszugreifen und insoweit lediglich den (Teil-)preis zu bestreiten, ohne - wie von ihr nach den o.a. Grundsätzen gefordert - ihre vertragliche Kalkulation zu den insoweit notwendigen Gesamtleistungen des Treppengewerks vorzulegen und schriftsätzlich zu erläutern. Dies gilt um so mehr, als die vom Sachverständigen Dr. B. vorgenommene Bewertung der insoweit erforderlichen Teilleistungen nicht zwingend ist, sondern - wie im Rahmen der ursprünglichen Leistungsbeschreibung als auch der Änderungsvereinbarung geschehen - die beiden Geschosstreppen auch in einer einheitlichen Position erfasst werden könnten und sich schon insoweit Verschiebungen zwischen den Einzelpositionen ergeben können.



Zum anderen ist nicht ansatzweise ersichtlich, wie die Beklagte den von ihr angesetzten Betrag von 3.020,00 EUR überhaupt errechnet bzw. auf welchen kalkulatorischen Grundlagen er beruhen soll.

(24)

Der zu Pos. 180.001-006 (Trockenbau) jeweils gleichlautende Einwand der Beklagten, hierbei handele es sich um Eigenleistungen, ist nicht gerechtfertigt, da der Trockenbau gemäß der Anlage zum Vertrag ("Hauskalkulation Zusammenfassung der Gewerke" mit einem Betrag von 12.628 EUR zzgl. MwSt. zu den von der Beklagten auszuführenden Gewerken gehörte. Dies hat der Privatsachverständige und sachverständigen Zeuge Dr. B. und auch der gerichtlich beauftragte Sachverständige D. zutreffend berücksichtigt, ohne dass die Beklagte insoweit der sachverständigen Leistungsabgrenzung bzw. -bewertung hinreichend entgegentritt (siehe insoweit auch bereits oben zur Fälligkeit der 7. Teilzahlung).

(25)

Der Einwand der Beklagten zu Ziff. 190.001 (Pflasterarbeiten), diese seien "werkvertraglich" mit 3.720,00 EUR zu bewerten, berücksichtigt nicht, dass der vom Sachverständige insoweit - wegen vollständiger Nichtleistung - angesetzte Betrag von 4.560,00 EUR netto dem in der Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung der Gewerke" zwischen den Parteien vereinbarten (Detail-)Pauschalpreis entspricht, der demgemäß in voller Höhe bei der Ermittlung der Überzahlung der Kläger zugrundegelegt ist.

Zudem ist auch insoweit nicht ansatzweise ersichtlich, wie die Beklagte den von ihr angesetzten Betrag von 3.720,00 EUR errechnet. Auch insoweit lässt es die Beklagte an der notwendigen Vorlage ihrer dem Vertrag zugrundeliegenden Gesamtkalkulation (nebst notwendiger Aufteilung in die einzelnen Gewerke) vermissen. Einen konkreten Kalkulationsauf-/abschlag trägt die Beklagte auch insoweit in beiden Instanzen nicht nachvollziehbar vor.

(26)

Der Einwand der Beklagten, zum Ansatz zu Ziff. 210.001 (Sonstiges) könnten sich die Kläger nicht darauf beschränken, diese Position nicht zu definieren und - entsprechend den Ausführungen von Dr. B. - insoweit 50 % der Vertragssumme anzusetzen, hat ebenfalls keinen Erfolg. Die Beklagte erkennt insoweit, dass sie selbst eine Pos. Sonstiges mit einem "krummen" (Detail-)Pauschalpreis von 2.956,80 EUR netto in die Anlage "Hauskalkulation Zusammenfassung aller Gewerke" aufgenommen hat und insoweit in beiden Instanzen dafür darlegungsfähig geblieben ist, welche Einzelleistungen sich dahinter überhaupt verbergen sollen. Insoweit ist der vom Sachverständigen Dr. B. vorgenommene hälftige Ansatz im Rahmen einer auch insoweit zulässigen gerichtlichen Schätzung (§ 287 ZPO) nicht zu beanstanden.

(fff)

Den gegen die Ausführungen des Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B. gerichteten Berufungseinwänden der Beklagten steht zudem entgegen, dass dessen schriftlichen Ausführungen, die er als sachverständiger Zeuge beweiskräftig ergänzt und erläutert hat (436 ff. GA), hinsichtlich der Bewertung des von ihm festgestellten Bautenstandes durch die schriftlichen und mündlichen Ausführungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen D. insoweit beweiskräftig bestätigt worden sind, als der Sachverständige D.- weisungsgemäß auf Basis des vom Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B. festgestellten, von ihm anschaulich dokumentierten und schriftlich mitgeteilten und mündlich erläuterten Bautenstandes - als Kosten der im Kündigungszeitpunkt ausstehenden Restarbeiten mit 94.145,87 EUR netto bzw. rund 112.000 EUR brutto noch deutlich höhere Kosten ermittelt hat als der Sachverständige Dr. B. mit 77.458,18 EUR netto bzw. 92.175,23 EUR brutto. Daher können geringfügige Differenzen bei den Außenraffstores (vgl. 527 GA, Abzug von 5,93 qm für die Nordseite, siehe bereits oben) dahinstehen und es kommt auch auf weitere Differenzen zwischen den Gutachten in Bezug auf sonstige Einzelpositionen hier nicht in entscheidungserheblicher Weise an (§ 308 ZPO).

(1)

Der diesbezügliche Einwand der Beklagten, der gerichtlich beauftragte Sachverständige D. habe nur mit den Zahlen zum Bautenstand gearbeitet, die ihm von Privatsachverständigen und sachverständigen Zeugen Dr. B. zur Verfügung gestellt worden seien, ist nicht gerechtfertigt, da die Beklagte auch im Berufungsverfahren - wie oben im Einzelnen bereits festgestellt - keine erheblichen Einwände gegen den vom Sachverständigen Dr. B. dargestellten und zugrundegelegten Bautenstand erhebt.

(2)

Soweit die Beklagte ergänzend geltend macht, der gerichtlich beauftragte Sachverständige D. habe Unterlagen verwertet, die die Kläger ihm (nicht aber ihr - der Beklagten) zur Verfügung gestellt hätten, verkennt sie dabei, dass es sich dabei - ausweislich Ziff. 2.1./4.1. und der dortigen Bezugnahme durch ein Sternchen im Gutachten des Sachverständigen Dr. B. - allein um "Ansichten, Schnitte und Grundrisse des Büros Krieger" gehandelt hat (vgl. auch 528 GA), die - wie beispielhaft der EG-Grundriss (331 GA) - Grundlage des in Rede stehenden Werkvertrags und Bestandteil der Baugenehmigung waren, von dem von der Beklagten selbst beauftragten Architekten Krieger gefertigt worden sind und ihr daher in allen Einzelheiten bekannt waren bzw. sind.

(ggg)

Der weitere Berufungseinwand der Beklagten, soweit das LG den Klägern einen Bruttobetrag als Schadensersatz zuerkannt habe, hätten die Kläger den Anfall von Umsatzsteuer weder behauptet noch nachgewiesen, zumal die Kläger die in Rede stehenden Rest-/Fertigstellungsarbeiten nicht ausgeführt hätten, verkennt (insoweit den rechtsfehlerhaften und irreführenden Ausführungen des LG zu Anspruchsart bzw. -grundlage - Schadensersatz aus §§ 280, 281 BGB folgend, dazu bereits oben), dass den Klägern ein werkvertraglicher Anspruch auf Rückerstattung überzahlter Abschlagszahlungen zusteht, die sich aus der Differenz zwischen dem der Beklagten - auf Basis des Leistungsstandes im Kündigungszeitpunkt - zustehenden Anspruch auf anteiligen Werklohn (incl. MwSt.) und den Abschlagszahlungen der Kläger ergeben, so dass den Klägern insgesamt auf Bruttobasis zu rechnen ist (vgl. Kniffka u.a., a.a.O., § 649, Rn 135). Die Rechtsprechung des BGH zur Frage der Umsatzsteuer auf Schadensersatzansprüche bei noch nicht durchgeführter Ersatzvornahme (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 176/09, [www.juris.de](http://www.juris.de); Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2222) findet daher im vorliegenden Fall keine Anwendung.

II.

Der Anspruch der Kläger auf Erstattung von Überzahlungen in Höhe von 57.686,32 EUR (dazu oben zu I.) ist durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten in Höhe von insgesamt 4.766,32 EUR (Maklerhonorar: 4.641,00 EUR, Kostenerstattung: 125,32 EUR) erloschen, so dass den Klägern insgesamt verbleibende 52.920,00 EUR zuzuerkennen sind.

Die weiteren von der Beklagten zur Hilfsaufrechnung gestellten Forderungen bestehen nicht.

1.

Die Beklagte hat - ungeachtet der Frage einer Auftragserteilung (vgl. Anlage B 44) - keinen Anspruch gegen die Kläger auf Zahlung von Architektenhonorar in Höhe von 6.938,92 EUR gemäß Rechnung vom 06.04.2010 (Anlage B38). Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass - jedenfalls nach Bestreiten jedweder Leistungserbringung durch die Kläger - die bloße Rechnungsvorlage nicht den Anforderungen des § 138 ZPO genügt, da damit lediglich pauschal die Erbringung der LP 1-4 behauptet wird.

Der Berufungseinwand der Beklagten, sie habe die durch Schreiben der Kläger vom 09.06.2009 beauftragten Planungsleistungen für das zweite Wohnhaus - unter Beteiligung des externen Bauingenieurs R.- erbracht, wie sie durch den Zeugen S. unter Beweis stelle, hat keinen Erfolg, da

die Beklagte auch in zweiter Instanz weder Art und Umfang ihrer Planungsleistungen bzw. Bauantragsleistungen vorträgt noch - und sei es auch nur beispielhaft - irgendwelche Leistungsgegenstände näher beschreibt bzw. Arbeitsergebnisse (Pläne, Bauantragsunterlagen etc.) vorlegt.

2.

Gleiches gilt für die mit Rechnung der Beklagten vom 29.12.2009 (Anlage B 40) von ihr geltend gemachten Beträge bzw. Leistungen.

Der Berufungseinwand der Beklagten, sie habe die durch Schreiben der Kläger vom 09.06.2009 beauftragten weiteren Leistungen (Statik, Berechnung Energieeinsparung, KfW-Bescheinigung) entsprechend ihrer Rechnung vom 29.12.2009 erbracht, wie sie ebenfalls durch den Zeugen S. unter Beweis stelle, hat aus den vorstehenden Gründen ebenfalls keinen Erfolg.

3.

Wegen Unwirksamkeit der in der AGB-Klausel "Zahlungen" enthaltenen Vereinbarung zu einem Verspätungszuschlag von 3 % (siehe dazu bereits oben beim Kündigungsgrund) hat die Beklagte insoweit auch keinen aufrechenbaren Anspruch auf 5.550,00 EUR.

Wegen der oben bereits festgestellten Unwirksamkeit dieser AGB-Klausel geht der Berufungseinwand der Beklagten, sie habe - unter Berücksichtigung der Daten der Rechnungseingänge (die durch Vernehmung der Kläger als Partei unter Beweis gestellt würden) bzw. der Zahlungseingänge bei ihr (die durch den Zeugen S. unter Beweis gestellt würden, vgl. Aufstellung 672 GA) - auch Anspruch auf die dreiprozentigen Verspätungszuschläge in Höhe von insgesamt 5.500,00 EUR, ins Leere.

III.

Die Kläger haben gegen die Beklagte Anspruch auf Ersatz der aus der außerordentlichen Kündigung vom 28.04.2010 entstandenen weiteren Schäden in Höhe von 11.306,10 EUR.

1.

Den Klägern steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Erstattung der für das Privatgutachten des Sachverständigen Dr. B. entstandenen Kosten in Höhe von 2.997,50 EUR (gemäß dessen Rechnung Anlage K 8) zu.

Die Kosten eines vom Auftraggeber von Werkleistungen eingeholten Privatgutachtens sind unter bestimmten Voraussetzungen als Mangelfolgeschäden i.S. eines materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruchs und zwar ggf. als Gewährleistungsanspruch (insoweit neben dem Nacherfüllungsanspruch und ohne Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, vgl. BGH, Urteil vom 27.02.2003, VII ZR 338/01, BauR 2003, 693), aus Verzug bzw. aus Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflicht bzw. aus Delikt (§§ 634 Nr. 4 BGB, 280, 286, 241 BGB bzw. §§ 823 ff. BGB bzw. §§ 4 Abs. 7 Satz 2, § 13 Abs. 5 Nr. 1 und 2 VOB/B, § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1, § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B) erstattungsfähig (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2001, VII ZR 392/00, BauR 2002, 86; vgl. bereits BGH, Urteil vom 22.10.1970, VII ZR 71/69, BauR 1971, 99; OLG München, Urteil vom 22.12.2005, 9 U 4071/05, BauR 2006, 1356; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 158/159 mwN; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Auflage 2013, Rn 991/994/1458 mwN; Kniffka/Koeble, a.a.O., 2. Teil, Rn 7 mwN; Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 249, n 58 mwN). Hiervon sind indes die Fälle abzugrenzen, bei denen - entsprechend der vertraglichen Bauüberwachung durch Architekten bzw. Fachingenieure - nur vorbeugend die Vollständigkeit und Mangelfreiheit der Bauleistungen überwacht werden soll (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.10.2010, 21 U 194/09, BauR 2011, 1183; Schneider, OGLR Komm. 2/2000 K1; Vygen/Joussen, a.a.O., Rn 1458 mwN) bzw. der Auftraggeber einen Privatgutachter insbesondere zu dem Zweck beauftragt, ihn ganz allgemein über die Qualität der Bauleistungen in Kenntnis zu setzen bzw. ihm die notwendigen Erkenntnisgrundlagen für sein

weiteres Vorgehen gegen seine/n Auftragnehmer zu liefern (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 25.06.1997, 17 W 135/97, OLGR 1998, 119; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 159 mwN).

Der materiell-rechtliche Anspruch auf Erstattung von Privatgutachterkosten ist vom prozessrechtlichen Erstattungsanspruch im Kostenfestsetzungsverfahren zu unterscheiden, für den im Hinblick auf die Frage der Notwendigkeit/Erforderlichkeit eines Privatgutachtens im erst späteren (vorprozessualen bzw. prozessualen) Stadium eines Gewährleistungsverlangens teilweise abweichende Grundsätze gelten (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 163 mwN in Fn 74; Rn 166 ff. mwN; BGH, Beschluss 07.02.2013, VII ZB 60/11, MDR 2013, 494; BGH, Beschluss vom 20.12.2011, VI ZB 17/11, BGHZ 192, 140; BGH, Beschluss vom 23.05.2006, VI ZB 7/05, BauR 2006, 1505; OLG Brandenburg, Urteil vom 09.04.2008, 4 U 102/07, BauR 2008, 1191; SchiffOG Karlsruhe, Beschluss vom 02.02.2009, 22 W 1/09 BSch, OLGR 2009, 341).

Voraussetzung für einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Erstattung von Privatgutachterkosten ist regelmäßig, dass die Beauftragung des Privatgutachters unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls nach Zeitpunkt, Inhalt und Umfang des Auftrags bei objektiver, verständiger Sicht erforderlich erscheinen durfte (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 159/167 ff. GA mwN; Vygen/Joussen, a.a.O., Rn 1458 mwN; vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 10.05.2000, 1 Verg 3/99, NJOZ 2001, 250). Andernfalls fehlt zudem - nach den Grundsätzen der sog. psychischen Kausalität - auch der notwendige adäquat kausale Zurechnungszusammenhang im Sinne einer "Herausforderung" (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., Vorb v § 249, Rn 41-46 mwN ) zwischen dem Verhalten des Auftragnehmers und dem als solchen eigenständigen und daher zu rechtfertigenden Willensentschluss des Auftraggebers, sich im konkreten Zeitpunkt sachkundiger Hilfe eines Privatsachverständigen zu bedienen.

Ist nach den vorstehenden Grundsätzen die Erstattungsfähigkeit von Privatgutachterkosten zu bejahen, ist es regelmäßig unschädlich, wenn sich einzelne Feststellungen im Privatgutachten später als unzureichend oder gar unzutreffend herausstellen, soweit sie sich gleichwohl noch als durch einen Baumangel bzw. das Verhalten des Auftragnehmers verursacht darstellen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 25.05.2011, 9 U 122/10, NJW-RR 2011, 1242), es sei denn, mit dem Privatgutachten haben sich vermutete Sachverhalte gar nicht oder nur teilweise bestätigt. In letzterem Fall sind die Privatgutachterkosten ggf. anteilig zu kürzen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.04.2010, 21 U 122/09, BauR 2010, 1248; Vygen/Joussen, a.a.O., Rn 1458).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze macht die Beklagte mit der Berufung ohne Erfolg geltend, die Kosten des unbrauchbaren bzw. unverwertbaren Privatgutachtens Dr. B. seien nicht erstattungsfähig, zumal den Klägern zum Beweis, dass die Zahlungsanforderungen nicht dem Baufortschritt entsprochen hätten, zielführend die Einleitung eines gerichtlichen selbständigen Beweisverfahrens obliegen habe, statt ohne Abstimmung mit ihr - der Beklagten - ein Privatgutachten zu beauftragen.

Das Privatgutachten des Sachverständigen Dr. B. stellt sich vielmehr als qualifizierter Parteivortrag dar, der durch die mündlichen Erläuterungen und Ergänzungen von Dr. B. als sachverständiger Zeuge beweiskräftig bestätigt worden ist (§§ 529, 531, 286 ZPO) und dem die Beklagte bereits - und zwar weder hinsichtlich des technischen Bautenstandes noch hinsichtlich dessen werklohnbezogener Bewertung - in beiden Instanzen des vorliegenden Verfahrens hinreichend entgegengetreten ist (siehe oben). Zudem sind die Ausführungen von Dr. B. - hinsichtlich der werklohnbezogenen Bewertung - durch die schriftlichen und mündlichen Ausführungen des gerichtlich beauftragten Sachverständigen D. ebenso beweiskräftig bestätigt worden (§§ 529, 531, 286 ZPO).

2.

Den Klägern steht gegen die Beklagte außerdem ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 2.308,60 EUR (gemäß der von der Beklagten als solchen nicht

angegriffener Berechnung auf Basis eines nicht zu beanstandenden vorprozessualen Gegenstandswerts von bis 80.000,00 EUR, vgl. 12 GA) zu, da sich die Beklagte nach Ablauf der mit eigenem Schreiben der Kläger vom 05.02.2010 (Anlage K 4) gesetzten Frist am 20.02.2010 mit der Wiederaufnahme der vertraglichen Werkleistungen in Verzug befand (§§ 280, 286 BGB), somit auch im Zeitpunkt des anwaltlichen Schreibens der Kläger vom 26.02.2010 (Anlage K 5).

Selbst ohne Vereinbarung einer bestimmten Bauzeit oder auch innerhalb einer bestimmten Bauzeit gerät der Auftragnehmer mit seinen vertraglichen Werkleistungen in Verzug, wenn der Auftraggeber trotz angemessener Frist (hier: zur Wiederaufnahme seit längerer Zeit eingestellter Werkleistungen) nicht tätig wird (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2001, VII ZR 470/99, BauR 2001, 946 GA). Entsprechend der Systematik des § 271 BGB muss der Auftragnehmer als Schuldner eigentlich sofort leisten; im Werkvertragsrecht gilt - soweit keine besondere Vereinbarung (insbesondere zum Fertigstellungstermin) getroffen wird - eine für die Herstellung des Werks angemessene Zeit als vereinbart. Daraus folgt, dass grundsätzlich der Schuldner (Auftragnehmer) darlegen muss, warum die sofortige Leistungspflicht überhaupt und ggf. aus welchen Gründen und in welchem Umfang nach hinten verschoben ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2003, X ZR 218/01, BauR 2004, 332; Vygen/Joussen, a.a.O., Rn 1667). Gemessen daran hat hier die Beklagte mit dem unzutreffenden Einwand eines Zahlungsverzugs des Auftraggebers die Wiederaufnahme der vertraglichen Werkleistungen ernsthaft und endgültig verweigert (siehe dazu bereits oben zum Kündigungsgrund), so dass sich die Einschaltung eines Anwalts als verzugsbedingt und insoweit zulässige Maßnahme der außergerichtlichen Rechtsverfolgung darstellt.

3.

Den Klägern steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Ersatz von Mietkosten in Höhe von 6 Monatsnettokalmmieten in Höhe von insgesamt 6.000,00 EUR gemäß §§ 280, 286 BGB zu.

a.

Die Kläger haben ihre Klageforderung auf Basis eines von ihnen angenommenen Verzugs der Beklagten mit der Fertigstellung des Objekts seit dem 26.11.2009 (8 Monate nach Eingang der Baugenehmigung vom 23.03.2009 bei der Beklagten am 26.03.2009, vgl. 3 GA) einen verzugsbedingten Mietzeitraum von - im Zeitpunkt der Klage - "bisher 8 Monaten" vorgetragen, woraus sie einen Anteil vom 6 Monaten ihrem Schadensersatzanspruch zugrundelegen (vgl. 12 GA).

aa.

In Ergänzung des den Parteivertretern im Senatstermin mitgeteilten vorläufigen Ergebnisses der Vorberatung des Senats ist auch der erste Teil der von der Beklagten verwendeten AGB-Klausel "Es gilt als vereinbart, dass die Raten binnen 5 Werktagen auf dem Konto des Auftragnehmers eingegangen sein müssen. Bei verspätetem Geldeingang verlängert sich die Bauzeit entsprechend" ebenso unwirksam wie der weitere Teil der von der Beklagten verwendeten AGB-Klausel "... und ein entsprechender Zuschlag von 3 % auf die entsprechende Rate wird vereinbart" (siehe dazu bereits die o.a. Feststellungen des Senats).

(1)

Eine Klausel in den AGB zu einem Bauvertrag, wonach sich die Ausführungsfrist bei Nichtbegleichung fälliger Abschlagszahlungen binnen einer näher bezeichneten Frist durch den Auftraggeber verlängert, ist gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam (vgl. OLG Nürnberg, 13 U 967/11, www.juris.de, dort Rn 85 mit Anm. Scheel IBR 2014, 467/472, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 20.02.2014, VII ZR 47/12; vgl. auch Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 308, Rn 6 ff. mwN).

(2)

Abgesehen davon ist die o.a. AGB-Teilklausel (zur Verlängerung der Bauzeit) auch nicht hinreichend bestimmt, da die Frist praktisch von einem Ereignis (Stellung der Teilzahlungs-

/Abschlagsrechnung) abhängig gemacht wird, das im Einflussbereich der Beklagten als Verwenderin liegt (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.1980, 2 U 122/80, NJW 1981, 1105, dort Rn 41 mwN; Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 308, Rn 8 mwN).

(3)

Insoweit kann dahinstehen, dass auch die Frage der Teilbarkeit der o.a. beiden Teilklauseln (Verlängerung der Bauzeit bzw. Zuschlag von 3 % auf die Rate) im Falle der Annahme der Wirksamkeit der Klausel zur Bauzeitverlängerung zu verneinen wäre, da sich die von der Beklagten formularmäßig gestellten Bedingungen - schon nach Wortlaut und Systematik des Vertrages (Einheit der Bedingungen unter dem Stichwort "Zahlungen" und Vereinbarung der Bauzeitverlängerung und des Ratenzuschlags von 3 % in einem Satz) als nicht aufzutrennende Einheit darstellen (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 307, Rn 6/7 mwN).

(4)

Selbst wenn der Senat zum einen die Teilwirksamkeit der AGB-Teilklausel zur Verlängerung der Bauzeit und zum anderen auch deren (Ab-)Teilbarkeit von der - wie oben vom Senat festgestellt - unwirksamen AGB-Teilklausel zu einem (zinsartigen) Zuschlag von 3 % auf die Rate unterstellen würde, hätte die Beklagte einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung gleichwohl nicht hinreichend dargetan.

Dies gilt schon deswegen, weil - wie von den Klägern (vgl. 57 ff. GA, dort zu 2.4.2.) zu Recht geltend gemacht - im Zeitpunkt der Anforderung der 5. Teilzahlung bzw. der 6. Teilzahlung der vertraglich vereinbarte Bautenstand (d.h. Fertigstellung, s.o.) der dort jeweils genannten Werkleistungen vorlag, weil auch noch im Kündigungszeitpunkt weder die Fensterelemente (nebst Aussenraffstores und Absturzsicherung, als Leistungsstand der 5. Teilzahlung) noch die Estricharbeiten (einschließlich Restarbeiten, als Leistungsstand der 6. Teilzahlung) im o.a. Sinne "fertiggestellt" waren.

Der Berufungseinwand der Beklagten, infolge verspäteten Geldeingangs auf die 5. und 6. Teilzahlung sei eine Bauzeitverlängerung um insgesamt ca. 131 Tage (vgl. 227/228 GA) bzw. von rund 4,3 Monaten zu berücksichtigen, so dass sich - gerechnet ab 26.11.2009 - ein durch den verspäteten Geldeingang geänderter Fertigstellungstermin erst Anfang April 2010 ergebe, hat dementsprechend keinen Erfolg.

Dementsprechend bleibt es bei der Berechnung des Landgerichts, das - unter Annahme einer Bauzeitverlängerung von 52 Tagen zugunsten der Beklagten - einen geänderten Fertigstellungstermin spätestens Ende Januar 2010 errechnet hat.

Das LG hat dabei zutreffend darauf abgestellt, dass bei einer Fertigstellungsquote im Kündigungszeitpunkt (28.04.2010) von nur rund 65 % die Kläger die von der Beklagten geschuldeten Werkleistungen im Wege der Ersatzvornahme nicht in einem Zeitraum von weniger als drei Monaten (d.h. nicht vor Ende Juli 2010) erledigt werden konnten, so dass sich die Mietkosten der Kläger im Zeitraum von Anfang Februar 2010 bis Ende Juli 2010 (d.h. in einem Zeitraum von ca. 6 Monaten) als der Beklagten kausal zurechenbarer und von ihr allein zu verantwortender Verzugsschaden i.S.v. §§ 280, 286 BGB darstellen, den sie den Klägern demgemäß zu ersetzen hat. Da die Kläger bereits 220.000 EUR an Abschlagszahlungen an die Beklagte geleistet hatten, haben sie auch keine Kreditzinsen erspart, die etwaig im Wege des Vorteilsausgleichs schadensmindernd zu berücksichtigen sein könnten. Zudem wäre die Beklagte für die tatsächlichen Voraussetzungen für einen solchen Vorteilsausgleich darlegungs- und beweisbelastet (vgl. Palandt-Grüneberg, Vor § 249, Rn 75 mwN).

Der weitere Berufungseinwand der Beklagten, die Kläger hätten es versäumt, nach der fristlosen Kündigung ihrerseits die Restfertigstellung des Objekts in einem ordnungsgemäßen zeitlichen Rahmen vorzunehmen, verkennt, dass die von der Beklagten am Objekt zu erbringenden

Werkleistungen (ungeachtet der insoweit irrelevanten Eigenleistungen der Kläger) erst zu ca. 65 % ausgeführt waren d.h. noch ca. 35 % dieser von der Beklagten zu erbringenden Werkleistungen im Kündigungszeitpunkt ausstanden. Bei einer achtmonatigen Bauzeit (bezogen auf 100 % ihrer Leistungen) kann sich die Beklagte nicht - in insoweit widersprüchlicher Weise (§ 242 BGB) - darauf stützen, die Kläger hätten die im Kündigungszeitpunkt fehlenden 35 % der Werkleistungen der Beklagten (entsprechend rund 2,8 bzw. 3 Monaten bei Zugrundelegung der vertraglich vereinbarten achtmonatigen Bauzeit) in weniger als 3 Monaten ausführen müssen, zumal die Kläger insoweit zunächst in einem ersten Schritt für die - gemäß Gutachten der Sachverständigen Dr. B. und D. - auch insoweit notwendigen Ingenieur- und Planungsleistungen für die Ersatzvornahme Sorge tragen mussten.

Dass und ggf. warum die Kläger aus sonstigen (insbesondere finanziellen) Gründen etwaig gehindert waren, die Ersatzvornahme der im Kündigungszeitpunkt zur Fertigstellung des Objekts noch notwendigen Werkleistungen auszuführen, beseitigt weder den Zurechnungszusammenhang zwischen dem Verzug der Beklagten mit der Fertigstellung des Objekts und dem Mietschaden (vgl. Palandt-Grüneberg, Vor § 249, Rn 55 ff. mwN) noch die Erstattungsfähigkeit des Schadens, da den Klägern durch die Erfüllungsverweigerung der Beklagten die weiteren Mietkosten für den vorstehend berechneten Zeitraum tatsächlich und als zusätzliche Kosten neben den Objektfinanzierungskosten entstanden sind und die Kläger insoweit keine abstrakte bzw. fiktive Schadensberechnung vornehmen.

(5)

Zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung oder Hinweisen des Senats besteht - auch unter Berücksichtigung der vorstehenden Ergänzung des im Senatstermins mitgeteilten vorläufigen Ergebnisses der Vorberatung des Senats - kein Anlass, da alle entscheidungserheblichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte in beiden Instanzen von den Parteien ausführlich schriftsätzlich erörtert worden (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., § 139, Rn 6/6a mwN) und zudem im Rahmen des Senatstermins vom 05.12.2014 zusammenfassend ausführlich dargestellt und anschließend erörtert worden sind.

b.

Entsprechend den ebenso zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil kann sich die Beklagte - auch bei Wahrunterstellung ihres Vortrags zu Schlechtwettertagen im Zeitraum 08.12.2009 - 29.03.2010 insoweit nicht auf eine weitere Bauzeitverlängerung stützen, als das Objekt in diesem Zeitraum (auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorgelegten Subunternehmerrechnungen (Anlage B 5-36) bereits weitgehend fertiggestellt war und Restarbeiten daher im Wesentlichen nur noch im bereits mit Dach und Fenster geschlossenen Objekt zu leisten waren, denen schlechtes Wetter insoweit nicht mehr entgegenstehen konnte.

c.

Behinderungen durch angeblich fehlende Eigenleistungen der Kläger hat die Beklagte während des Bauablaufs nicht geltend gemacht und trägt sie auch im vorliegenden Verfahren in beiden Instanzen nicht hinreichend substantiiert vor.

d.

Soweit die Beklagte nunmehr im Berufungsverfahren erstmals die regelmäßige Zahlung einer monatlichen Grundmiete von 1.000 EUR seitens der Kläger bestreitet, ist dieses Vorbringen im Hinblick auf den von den Klägern vorgelegten Mietvertrag (Anlage K 11), der ihre damalige Adresse "Am Hegbaum 27, Nettetal" aufweist, unzureichend. Insoweit kann dahinstehen, dass die Beklagte mit diesem erstmaligen Einwand im Berufungsverfahren jedenfalls präkludiert wäre (§§ 529, 531 ZPO).

IV.

Zinsen auf die Haupt- und Nebenforderungen schuldet die Beklagte den Klägern - entsprechend den von der Berufung der Beklagten nicht gesondert angegriffenen diesbezüglichen Ausführungen und Differenzierungen im angefochtenen Urteil - im vom LG zuerkannten Umfang.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

VI.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

VII.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird - unter Berücksichtigung der von der Beklagten weiterverfolgten Hilfsaufrechnungsforderungen in Höhe von insgesamt 17.284,62 EUR (6.938,92 EUR + 4.795,70 EUR + 5.550,00 EUR) auf 79.202,12 EUR festgesetzt.

VIII.

Zur Zulassung der Revision besteht kein Anlass.