
Datum: 20.12.2013
Gericht: Landgericht Essen
Spruchkörper: 17. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 O 70/12
ECLI: ECLI:DE:LGE:2013:1220.17O70.12.00

Schlagworte: Kein Werklohn ohne Abnahme bzw. Abnahmefähigkeit
Normen: § 12 VOB/B 2009
Sachgebiet: Bürgerliches Recht

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits und der Streithelfer zu 1) bis 3). Die Kosten der Streithelferin zu 4) trägt diese selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte oder die Streithelfer zu 1) bis 3) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Tatbestand:

1

Die Klägerin verlangt restlichen Werklohn für Fassaden- und Dacharbeiten im Auftrag der Beklagten am Bauvorhaben „J-Straße ...“ in C.

2

Die Beklagte ist Generalunternehmerin des Bauvorhabens. Die Parteien haben auf Grundlage eines Angebotes der Klägerin vom 19.05.2011 (Bl. 13 ff. d.A.) einen Vertrag unter Einbeziehung der VOB/B 2009 vereinbart. Das Angebot umfasste einen Werklohn von 29.448,42 € brutto. Die Arbeiten wurden in der Folgezeit durchgeführt, wobei das von der Klägerin verbaute Material teilweise von der Beklagten bereitgestellt wurde.

3

Die Beklagte zahlte auf eine Rechnung der Klägerin über Arbeiten an Flachdach und an den Dachgauben einen Betrag von 10.355,42 €. Zwei weitere Rechnungen vom 14.10.2011 (Bl. 32 ff. d.A.) in Höhe der Klageforderung - insgesamt 9.782,41 € - betreffend die Fassadenverkleidung an den Giebelseiten des Hauses sowie betreffend den Einbau von Zink-Fensterbänken und der Verkleidung von Dachgauben zahlte die Beklagte nicht. Die Umsatzsteuer war in den jeweiligen Rechnungen ausgewiesen. Im Hinblick auf die Rechnung Nr. ... wurde das Material von der Beklagten bereitgestellt und sollte nur von der Klägerin eingebaut werden.	
Die Beklagte wurde durch Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 18.11.2011 (Bl. 46 d.A.) zur Zahlung des ausstehenden Werklohns bis zum 30.11.2011 aufgefordert.	5
Mit Schriftsatz vom 06.07.2012 hat die Klägerin eine Schlussrechnung über den mit der Klage geltend gemachten Betrag von 9.782,40 € (Bl. 86 ff. d.A.) vorgelegt. Mit Schriftsatz vom 26.09.2012 hat die Klägerin eine weitere Schlussrechnung vorgelegt (Bl. 138 ff. d.A.) über Betrag von nur noch 9.497,83 €. Mit Schriftsatz vom 19.11.2012 (Bl. 192 ff. d.A.) hat die Klägerin auch die Stundenlohnzettel vorgelegt. Die Klägerin begehrt Zahlung in erster Linie aus den Rechnungen vom 14.10.2011 und hilfsweise aus der zuletzt vorgelegten Schlussrechnung.	6
Unstreitig hat eine förmliche Abnahme der Gewerke der Klägerin nicht stattgefunden. Die Klägerin ist jedoch der Ansicht, eine Abnahme des Gewerkes sei jedenfalls konkludent erfolgt, indem der Geschäftsführer der Beklagten, der Zeuge T, die Arbeiten begleitet und täglich überprüft habe. Jedenfalls liege eine konkludente Abnahme darin, dass die Beklagte Nachfolgewerke auf das Gewerk der Klägerin gesetzt habe. Im Übrigen sei die Abnahmefiktion des § 12 Abs. 5 Ziffer 1 VOB/B einschlägig, da die beiden Rechnungen vom 14.10.2011 Schlussrechnungen darstellen würden. Dazu behauptet die Klägerin, sie habe auf Anordnung des Geschäftsführers der Beklagten die den Rechnungen zugrundeliegenden unterschiedlichen Gewerke mit den jeweiligen Rechnungen einzeln und unabhängig abrechnen sollen.	7
Die Klägerin behauptet zudem, mit der Beklagten vereinbart zu haben, die für die Durchführung des Bauvorhabens anfallende Umsatzsteuer für diese abzuführen.	8
Im Übrigen habe sie mit der Beklagten eine Stundenlohnabrede mit einem Stundensatz von 44,20 € getroffen. Die Stundenlohnarbeiten seien auch tatsächlich angefallen, waren erforderlich, ortsüblich und angemessen.	9
Die Klägerin behauptet zuletzt, mit Bedenkenanmeldung dem Geschäftsführer der Beklagten mitgeteilt zu haben, dass die Stehfalzfassade wegen einer fehlenden Luftschicht in der darunterliegenden Wandkonstruktion nicht ordnungsgemäß funktionieren können werde. Dies habe darauf jedoch nicht reagiert.	10
Die Klägerin beantragt,	11
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 9.782,41 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.11.2011 zu zahlen,	12
die Beklagte zu verurteilen, vorgerichtliche Mahnkosten in Höhe von 15,00 € sowie vorgerichtliche Mahnanwaltskosten in Höhe von 651,80 € zu zahlen.	13
	14

Die Beklagte beantragt,	
die Klage abzuweisen.	15
Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin habe die Umsatzsteuer nicht ausweisen dürfen, da sie – die Beklagte - als Leistungsempfängerin gem. § 13 b Abs. 2 Nr. 4 UStG umsatzsteuerpflichtig sei.	16
Zudem vertritt die Beklagte die Auffassung, sie müsse gem. § 48 EStG die Einkommenssteuer der Klägerin in Höhe von 15 % der Gegenleistung zzgl. Umsatzsteuer abführen, sodass ihr in Höhe von 1.467,36 € ein Zurückbehaltungsrecht zustehe. Die Klägerin hat – was zwischen den Parteien unstreitig ist - mit Schriftsatz vom 26.09.2012 eine Freistellungsbescheinigung gem. § 48 Abs. 2 i.V.m. § 48 b EStG vorgelegt (Bl. 137 d.A.) zu den Akten gereicht.	17
Die Beklagte ist der Meinung, die Rechnungen vom 14.10.2011 würden nur Abschlagsrechnungen darstellen. Die erteilten Schlussrechnungen seien nicht prüffähig im Sinne von § 14 VOB/B.	18
Die Angaben auf den vorgelegten Stundenzetteln bestreitet die Beklagte „dem Grunde und der Höhe nach“ (Bl. 213 d.A.).	19
Die Beklagte behauptet darüber hinaus unter Bezugnahme auf eine gutachterliche Stellungnahme des Planungsateliers S (Bl. 118 ff. d.A.) die Mangelhaftigkeit des Gewerkes der Klägerin und macht diesbezüglich ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Die von der Klägerin errichtete Winkelstehfalz, die Fußpunktausbildung und die Fensterlaibung entspreche nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik, da sie ohne Hinterlüftung ausgeführt worden seien. Die Bleche im Bereich der Attikaausbildung und die Giebelabdeckungen würden zu geringe Aufkantungen aufweisen. Die von der Klägerin verlegte Wärmedämmung sei mangelhaft, da eine Mindeststärke der Dämmung nicht vorliege. Die Höhe der Mangelbeseitigungskosten schätzt die Beklagte auf 10.000,00 €.	20
Mit Schriftsatz vom 17.07.2013 (Bl. 347 ff. d.A.) hat die Beklagte hilfsweise Widerklage erhoben und beantragt,	21
die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte den Betrag zu zahlen, der sich aus der Differenz der Mängelbeseitigungskosten zu der Klageforderung der Klägerin ergibt, zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit,	22
festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten alle weitergehenden Vermögensschäden zu ersetzen, die ihr durch die Mangelhaftigkeit der Leistungen der Klägerin entstanden sind oder noch entstehen werden, soweit die von der Sachverständigen E festgestellten Mängel der Klägerin zuzuordnen sind.	23
Die Klägerin beantragt,	24
die Hilfswiderklage abzuweisen.	25
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zur Akte gereichten wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	26
Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 27.11.2012 (Bl. 205 ff. d.A.) den Käufern des streitgegenständlichen Bauvorhabens (Streithelfer zu 1)-3)) sowie der für die Planung und	27

Überwachung zuständigen Architektin (Streithelferin zu 4)) den Streit verkündet. Die Streithelfer zu 1) bis 3) sind auf Seiten der Beklagten beigetreten, wohingegen die Streithelferin zu 4) zunächst auf Seiten der Klägerin beigetreten ist. Die Beklagte hat den Streitbeitritt der Streithelferin zu 4) auf Seiten der Klägerin gerügt. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung ist diese auf Seiten der Beklagten beigetreten.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen U. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der öffentlichen Sitzung des Landgerichts Essen vom 15.01.2013 (Bl. 225 ff. d.A.) Bezug genommen. Das Gericht hat ferner Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Insoweit wird wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf das Gutachten der Sachverständigen E vom 30.05.2013 und hinsichtlich der ergänzenden Befragung der Sachverständigen auf das Protokoll der öffentlichen Sitzung des Landgerichts Essen vom 19.11.2013 (Bl. 421 ff. d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klage ist zulässig, aber derzeit unbegründet.

Die Klägerin hat keinen fälligen Anspruch auf Werklohn in Höhe von 9.782,41 € gegen die Beklagte. Zwischen den Parteien wurde basierend auf dem Angebot der Klägerin vom 19.05.2011 (Bl. 13-31 d.A.) zwar ein Werkvertrag geschlossen.

Ein etwaiger Werklohn ist jedoch derzeit nicht fällig. Aus diesem Grunde ist es auch unbeachtlich, dass die zuletzt erstellte Schlussrechnung nur noch einen offenen Restwerklohn in Höhe von 9.497,83 € aufweist und damit 284, 58 € unter der Klageforderung liegt.

Zwar hat die Klägerin nunmehr eine prüffähige Schlussrechnung i.S.v. § 14 Abs. 1 VOB/B 2009 vorgelegt, indem sie eine auf den 25.09.2012 datierte Schlussrechnung (Bl. 138 ff. d.A.) mit Aufmaß erstellt und vorgelegt hat, die sich am Angebot vom 19.05.2011 (Bl. 13 ff. d.A.) orientiert, sodass die einzelnen Positionen zugeordnet werden können. Es wurden auch die gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 VOB/B 2009 erforderlichen Stundenlohnzettel mit Schriftsatz vom 19.11.2012 (Bl. 194 ff. d.A.) nachgereicht.

Nach Ergebnis der Beweisaufnahme steht auch fest, dass die Parteien eine gem. § 13 b Abs. 2 Nr. 4, Abs. 5 Satz 2, 1. Hs. UStG abweichende Regelung dahingehend getroffen haben, dass die Klägerin die Umsatzsteuer in den Rechnungen ausweisen und für die Beklagte abführen sollte. Der Zeuge U hat dies ausdrücklich bestätigt und ist insofern glaubwürdig.

Das Gewerk wurde von der Beklagten jedoch bislang nicht gemäß § 12 VOB/B 2009 abgenommen und ist aufgrund gravierender Mängel auch nicht abnahmefähig. Der Werklohnanspruch ist deshalb derzeit nicht fällig.

Eine ausdrückliche Gesamtabnahme des Gewerkes hat zwischen den Parteien unstreitig nie stattgefunden.

Die Gesamtabnahme ist auch nicht konkludent erfolgt. Für die Annahme einer schlüssigen Abnahme ist der Vortrag der Klägerin schon nicht ausreichend. Soweit die Klägerin vorträgt, der Geschäftsführer der Beklagten habe ihre Werkleistungen täglich überprüft, begründet dies gerade keine Grundlage für die Annahme einer konkludenten Abnahme. Auch die durch schlüssiges Verhalten hervorgerufene Abnahme setzt einen Abnahmewillen voraus. Hierfür

sind unmissverständliche Verhaltensweisen erforderlich (Werner/Pastor- Werner, 13. Auflage 2011, Rn. 1823). Wenn die Überprüfungen jedoch täglich erfolgten, kann darin gerade kein Abnahmewille des Gesamtgewerkes gesehen werden.

Auch eine fingierte Abnahme gem. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B 2009 kommt nicht in Betracht. Die Klägerin hat der Beklagten zunächst die einzelnen Rechnungen vom 14.10.2011 übersandt. Eine schriftliche Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung im Sinne von § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B 2009 kann zwar in der Erstellung und Übersendung einer Schlussrechnung liegen (BGH, BauR 1989, 603, 604). Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht jedoch fest, dass die einzelnen Rechnungen der Klägerin keine Schlussrechnungen darstellen. Der Zeuge U hat ausdrücklich bekundet, dass die Parteien hätten keine Teilrechnungsabrede getroffen und dann erläutert, dass zwar drei einzelne Rechnungen erstellt worden seien, dies aber nur dem Ablauf der Baustelle geschuldet gewesen sei. Die erste Rechnung habe die Materiallieferung, die zweite Rechnung habe die Verarbeitung der bauseits bereitgestellten Materialien und die dritte Rechnung die übrigen Teilgewerke betroffen. Die Abrechnung sei sehr kompliziert gewesen. Diese Abrechnungsart sei mit der Beklagten auch nicht abgesprochen, aber eben nicht anders möglich gewesen. Danach können die Rechnungen vom 14.10.2011 gar keine Schlussrechnungen darstellen und eine Vereinbarung über Teilabnahmen der Gewerke - unabhängig davon, ob dies überhaupt möglich war - kann auch nicht angenommen werden. 38

Die im Prozess erstellte Gesamtschlussrechnung vermag ebenfalls nicht die Fiktion des § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B 2009 auslösen, da zu diesem Zeitpunkt bereits eine ausdrückliche Abnahmeverweigerung seitens der Beklagten vorlag. 39

Ferner liegt keine fingierte Abnahme nach § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B 2009 durch das Aufsetzen anderer Gewerke auf das Gewerk der Klägerin vor. In § 12 Abs. 5 Nr. 2 Satz 2 VOB/B 2009 ist ausdrücklich festgehalten, dass die – hier vorliegende - Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten nicht als Abnahme gilt. 40

Eine Abnahme ist auch nicht entbehrlich. Insbesondere liegt kein Abrechnungsverhältnis vor, da die Beklagte sich noch auf Nacherfüllungsansprüche beruft. 41

Das Werk ist zuletzt auch nicht abnahmereif. Die mangels Abnahme insoweit beweisbelastete Klägerin konnte nicht nachweisen, dass das Gewerk im Wesentlichen mangelfrei ist. Die Sachverständige E konnte zwar keine verbindlichen Angaben über die Wärmedämmdicken machen, gleichwohl steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass jedenfalls die Stehfalzfassade mangelhaft ist und komplett ausgetauscht werden muss, die Aufkantungen der Ortgangbleche und Giebelabdeckungen nicht die erforderliche Abdeckung von 5 cm über dem Wärmedämmverbundsystem haben und die Kastenrinnen zu gering dimensioniert sind bzw. keine Notüberläufe haben. Der für die Mangelbeseitigung aufzuwendende Betrag von 12.650,10 € macht 64 % des gesamten Bruttowerklohns aus. 42

Die Stehfalzfassade ist mangelhaft und muss für 7.810,10 € vollständig ausgetauscht werden. Die Sachverständige hat auf Seite 48 des Gutachtens festgestellt, dass dort die notwendigen Lüftungsöffnungen in den erforderlichen Größen oben und unten fehlen. Nach mündlicher Erläuterung hat die Sachverständige zwar eingeräumt, dass die Lüftungsöffnungen bei dem Ortstermin im oberen Bereich nicht zu sehen waren und nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie doch vorhanden seien. Dies kann aber dahinstehen, da nach den nachvollziehbaren Feststellungen der Sachverständigen jedenfalls die Lüftungsöffnungen im Fußpunktbereich definitiv zu klein sind (vgl. Bild 1 auf Bl. 15 des Gutachtens). Sinn und Zweck der Hinterlüftung der Stehfalzfassade ist nach den 43

nachvollziehbaren Angaben der Sachverständigen, dass die Luft hinter der Fassade zirkulieren kann. Sie nimmt Feuchtigkeit auf, die wieder entweichen können muss. Eine Zirkulation ist aber schon bei nur einer unzureichenden Lüftungsöffnung nicht möglich.

Das möglicherweise ein weiterer – nicht dem Gewerk der Klägerin zuzuordnender -Mangel 44
vorhanden ist, da zwischen der Wärmedämmung des Wandaufbaus hinter der Stehfalzfassade und der Holzschalung keine Luftschicht vorhanden ist, die zu dem vorgenannten Luftaustausch führt und die durch die schon beschriebenen Lüftungsöffnungen versorgt wird, kann vorliegend dahinstehen. Zwar hat die Sachverständige E schlüssig dargelegt, dass sich bei einer fehlenden Luftschicht der Mangel der fehlenden Lüftungsöffnungen oben und/oder unten nicht auswirke. Selbst wenn die Lüftungsöffnungen oben und unten vorhanden seien, könne Schließlich keine Luft zirkulieren, wenn eine Luftschicht gar nicht vorhanden sei. Die Klägerin kann aber auch in diesem Fall nicht einfach eine mangelhafte Stehfalzfassade vor den Wandaufbau setzen und sich darauf berufen, dass dies ohnehin – also auch bei Mangelfreiheit – nicht funktionieren wird. Ob die Klägerin der Beklagten einen schriftlichen Bedenkenhinweis erteilt hat, kann insoweit auch dahinstehen.

Ferner hat die Gutachterin auf Seite 41 des Gutachtens ausgeführt, dass weder die 45
Fußpunkte noch die Fensterlaibungen auf der Giebelseite eine regensichere Abdichtung in Form eines Kompribandes haben. Verantwortlich für diesen Mangel ist nach Angaben der Sachverständigen ebenfalls derjenige, der die Stehfalzfassade hergestellt hat, mithin die Klägerin, da derjenige auch für eine regensichere Abdichtung zu sorgen habe. Das gelte auch für die Fenster im Bereich der Stehfalzfassade. Die Sachverständige hat erläutert, sofern es auf Seite 52 des Gutachtens heiße, dass die Abdichtung der Fenster demjenigen obliege, der die Fenster eingebaut habe, so seien dort nicht die Fenster im Bereich der Stehfalzfassade gemeint, sondern die Fenster, bei denen die Klägerin lediglich die Fensterbänke eingebaut hat, mithin die Gaubenfenster.

Die Sachverständige hat weiter erläutert, dass – wie bereits auf Seite 53 des Gutachtens 46
ausgeführt, die Stehfalzfassade vollständig zu erneuern sei. Damit seien die Mängel in Bezug auf die regensichere Abdichtung der Fußpunkte und Fensterlaibungen sowie auch die beschriebenen Mängel im Hinblick auf die fraglichen Lüftungsöffnungen saniert. Die Sachverständige veranschlagt hierfür Kosten in Höhe von 7.810,10 €. Diese Feststellungen und den angesetzten Betrag legt auch das Gericht seiner Entscheidung zugrunde. Die Sachverständige E hat nachvollziehbar erläutert, dass für den Einbau der notwendigen Lüftungsprofile die vorhandenen Fassade zerstört und deshalb neu herzustellen sei. Allein für die Demontage seien zwei Mitarbeiter ca. vier Tage beschäftigt. Dabei gehe es nicht bloß um den bloßen Abriss der Materialien, sondern vielmehr seien eine Reihe von Nebenarbeiten durchzuführen. Es seien die angrenzenden Bauteile und die Übergänge, insbesondere zum Wärmedämmverbundsystem, zu sichern und Letztere sorgfältig zu lösen. Außerdem müsse die gesamte Fassade, sobald die Stehfalzfassade abgenommen ist, gegen Witterungseinflüsse geschützt werden. Die auf Seite 53 des Gutachtens weiter angesetzten notwendigen Nebenarbeiten für 1.500,00€, betreffen nach Angaben der Sachverständigen die Nebenarbeiten im Zusammenhang mit den Lüftungsprofilen und die Abdichtungsarbeiten.

Auch steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass die Abkantungen der 47
Ortangibleche und Giebelabdeckungen nicht die erforderliche Abdeckung von 5 cm haben.

Die Sachverständige E hat bereits in ihrem Gutachten vom 30.05.2013 auf Seite 41 48
ausgeführt, dass die Abkantungen an den Blechen im Bereich der Attikaausbildung und der Giebelabdeckung zu gering ausgeführt seien. Nach mündlicher Erläuterung des Gutachtens, steht fest, dass der Begriff „Attikaausbildung“ insoweit nicht richtig ist, es sich bei den

diesbezüglichen Feststellungen vielmehr um die Ortgang- und die Giebelabdeckung handelt. Diese Abdeckung müsse nach den schlüssigen Angaben der Sachverständigen aus Gründen der Regensicherheit mindestens 5 cm über das Wärmedämmverbundsystem führen. Außerdem fehle ein Kompriband, um das Wärmedämmverbundsystem an die Bohle anzuschließen. Nachdem die Parteien übereinstimmend vorgetragen haben, dass zuerst das Wärmedämmverbundsystem und sodann die Giebel- bzw. Ortgangabdeckungen montiert wurde, hat die Gutachterin E erläutert, dass, sofern sie auf Seite 52 des Gutachtens ausgeführt habe, dass noch aufgeklärt werden müsse, wer die notwendige Bohle eingebaut habe, dies bei der nun vorgegebenen Baureihenfolge für die Frage der Überdeckung der Giebel- bzw. Ortgangabdeckung nicht mehr relevant sei.

Auch dieser Mangel ist dem Gewerk der Klägerin zuzuordnen. Auf Nachfrage des Gerichts hat die Sachverständige nachvollziehbar erläutert, dass die Klägerin in dem Moment, in dem sie die Abdeckungen montiert hat, habe erkennen müssen, dass diese Abdeckungen zu schmal seien, also zu wenig Überdeckung mit dem Wärmedämmverbundsystem hergestellt werde. 49

Die Mangelbeseitigung habe durch Demontage der Giebelabdeckungen und Ortgangbleche zu erfolgen. Sodann müssten neue ausreichend dimensionierte Bleche geliefert und montiert werden. Soweit es in der Mitte Bl. 53 d. A. „Mauerabdeckung“ heiße, seien die erwähnten Giebel- und Ortgangbleche gemeint. Hierfür veranschlagt die Sachverständige einen Betrag von 3.340,00 € netto. 50

Zudem sind die Kastenrinnen im Bereich der Austritte auf die Dachterrasse zu gering dimensioniert und es fehlen die Notüberläufe sowohl an diesen und an den „innenliegenden“ Kastenrinnen. 51

Die Sachverständige E hat bereits in ihrem Gutachten auf Seite 47 erläutert, dass die Notüberläufe sowohl bei den innenliegenden Rinnen als auch bei den Sicherheits-/Ortgangrinnen fehlen würden. 52

Die Sachverständige hat sich bei den diesbezüglichen Feststellungen an der Systematik des Planungsbüros S orientiert (Bl.118 ff. d.A.). Mündlich hat die Sachverständige E erläutert, soweit Herr S von „Sicherheits- oder Ortgangrinne“ spreche, meine er eine Kastenrinne, die anstelle von Akkudrainrinnen im Bereich der Austritte auf die Dachterrasse installiert werde. Diese auf dem im Anhang des Gutachtens beigelegten „Detail 6“ erkennbare Konstruktion der Kastenrinnen sei mangelbehaftet. Die Kastenrinne sei zu gering dimensioniert, da sie die gesamte Entwässerung nicht schaffen könne. Dazu hat die Sachverständige nachvollziehbar geschildert, dass nicht bloß die Dachterrasse über diese Rinne zu entwässern sei, sondern auch die Dachflächen, die auf die Dachterrassen entwässern. Die Notüberläufe würden zudem fehlen, es bestehe bzgl. der Kastenrinnen im Bereich der Austritte auf die Dachterrasse aber konstruktiv auch keine Möglichkeit solche Überläufe anzubringen. 53

Bzgl. der „innen liegenden Dachrinnen“ ist auf den Bilder 27 bis 30 (Bl. 34/35 d. Gutachtens) zu erkennen, dass es an den jeweiligen Traufseiten geschlossene Kastenrinnensysteme gibt. Auch diesbezüglich hat die Sachverständige festgestellt, dass ein Notüberlauf fehle. 54

Die Sachverständige hat in sich schlüssig und widerspruchsfrei geschildert, dass derartige Notüberläufe der Entwässerung dienen, wenn der Hauptablauf verstopft sei bzw. wenn der Hauptabfluss – wie hier - die anfallende Wassermenge nicht schaffe. Auf Seite 53 ihres Gutachtens hat die Sachverständige zur Mangelbeseitigung die Herstellung von sechs Stück Notüberläufen kalkuliert. Mündlich hat die Sachverständige dazu erläutert, dass diese 55

Notüberläufe zumindest an den geschlossenen Kastenrinnen zu montieren seien. Auch wenn die Klägerin im Bereich dieser „innenliegenden“ Kastenrinnen nur die Montierung des Bleches um die Kästen nebst Hauptablauf vorgenommen hat, so sind die fehlenden Notüberläufe dennoch ihrem Gewerk zuzuordnen. Die Sachverständige hat diesbezüglich nachvollziehbar erläutert, dass die Firma, die die Blechverkleidung mit dem Hauptüberlauf anbringt, mithin die Klägerin, so viel Fachkenntnis haben müsse, dass sie wisse, dass an diesen Stellen auch ein Notüberlauf zu montieren sei. Für die Beseitigung dieses Mangels hat die Sachverständige E 1.500,00 € netto angesetzt.

Sämtliche Feststellungen der Sachverständigen E legt das Gericht seiner Entscheidung zugrunde. Das Gutachten ist nach ergänzender mündlicher Befragung der Sachverständigen in sich schlüssig. Die Sachverständige hat den Sollzustand des Gewerkes mit dem Istzustand verglichen und nachvollziehbar die einzelnen Mängel herausgearbeitet. 56

Nach allem weist das Gewerk der Klägerin so gravierende, die Gebrauchstauglichkeit und Funktionalität einschränkende Mängel auf, dass es nicht als im Wesentlichen vertragsgerecht und damit abrechnungsreif angesehen werden kann. Mangels Abnahmereife ist der Werklohnanspruch deshalb derzeit nicht fällig. 57

Aufgrund Vorgesagtem kommt es auf das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht oder die erhobene Hilfswiderklage derzeit nicht an. Das Zurückbehaltungsrecht gem. § 48 UStG besteht nach Vorlage einer Freistellungsbescheinigung gem. § 48 Abs. 2 i.V.m. § 48 b EStG durch die Klägerin ohnehin nicht mehr. 58

II. Über die Rüge der Beklagten, der Beitritt der Streithelferin zu 4) auf Seiten der Klägerin sei unzulässig, muss nach deren Wechsel auf die Seite der Beklagten nicht mehr entschieden werden. Die Rüge ist insoweit gegenstandslos geworden. 59

III. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 101, 708 Nr. 11, 711 ZPO. 60

Die Kosten der Streithelferin zu 4) waren im Gegensatz zu den Kosten der Streithelfer zu 1)-3) dieser selbst aufzuerlegen. 61

Die Streithelferin zu 4) ist erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung auf Seiten der obsiegenden Beklagten beigetreten. Der Streithelfer einer Partei kann jederzeit die Beistandschaft aufgeben und der Gegenpartei als Streithelfer beitreten, wozu er nicht der Einwilligung der bisher unterstützten Partei bedarf (BGHZ 18, 110, 112; Bischoff MDR 1999, 787, 790). Die dafür erforderliche Rücknahme des ursprünglichen Beitritts hat die Streithelferin zu 4) durch schlüssiges Verhalten erklärt, indem sie auf der Gegenseite beigetreten ist (Bischoff a.a.O.). Auch hat sie ein rechtliches Interesse gem. § 66 Abs. 1 ZPO. Für den Fall, dass die Beklagte den Werklohn wegen Mangelfreiheit des Gewerkes der Klägerin hätte zahlen müssen, hätten der Beklagten ggfls. Gewährleistungsansprüche gegen die Streithelferin zu 4) zugestanden, soweit die Mängel auf deren Gewerk beruhen. 62

Bei einem Wechsel des Streithelfers von der zunächst unterstützten zur obsiegenden Partei sind zwar grds. die nach Beitrittswechsel entstandenen Mehrkosten der unterlegenen Partei aufzuerlegen (OLG Hamm JurBüro 89, 401). Vorliegend waren die Kosten jedoch vollständig der Nebenintervenientin zu 4) aufzuerlegen, da sie zunächst der unterlegenen Partei beigetreten war und Mehrkosten nach Schluss der mündlichen Verhandlung für den Prozessbevollmächtigten der Streithelferin zu 4) nicht mehr entstanden sind. 63

IV. Der Streitwert wird auf 9.782,41 EUR festgesetzt. Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. §§ 3 ff. ZPO.

