
Datum: 17.12.1996
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 46/95
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1996:1217.21U46.95.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 9 O 41/93

Tenor:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel der Beklagten und der Klägerin wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 6. Dezember 1994 auf die Berufung der Beklagten wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.649,98 DM nebst 12 % Zinsen vom 1.07.1992 bis zum 27.04.1994 und 11,75 % Zinsen vom 28.04.1994 bis zum 6.05.1994 und 11,50 % Zinsen vom 6.06.1994 bis zum 31.07.1995 und 4 % Zinsen seit dem 1.08.1995 zu zahlen.

Die erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben. Die zweitinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 53 % und die Beklagte zu 47 %.

Die erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten des Streithelfers der Beklagten tragen die Klägerin und dieser je zur Hälfte. Seine zweitinstanzlichen außergerichtlichen Kosten tragen dieser zu 47 % und die Klägerin zu 53 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten und ihres Streithelfers durch Sicherheitsleistung in Höhe von jeweils 300 DM abwenden, wenn diese nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Tatbestand

Aufgrund eines schriftlichen Auftrags vom 28.02.1990 erbrachte die Klägerin Estricharbeiten beim Umbau des Küsterhauses und Neubau des Pfarrheims der Beklagten in

Etwa $\frac{1}{4}$ des Estrichs des Pfarrsaals, der eine Gesamtgröße von 253,21 m² hat, sollte mit Fliesen belegt werden, der Rest mit einem 30 mm dicken Stirnholzparkett. Beide Bereiche sollten durch eine Hüppe-Faltwandtür getrennt werden.

Die Klägerin rechnete ihre Leistungen für das Küsterhaus ab mit Rechnung vom 06.05.1991 in Höhe von 12.936,59 DM.

Die Beklagte kürzte die Rechnung auf und leistete eine Abschlagszahlung	12.896,13	DM
---	-----------	----

in Höhe von	<u>10.000,00</u>	<u>DM</u>	<u>10.000,00</u>	<u>DM.</u>
Restforderung	2.936,59	DM	2.896,13	DM

Für die in dem Pfarrheim erbrachten Estricharbeiten berechnete die Klägerin unter dem 31.12.1991	26.623,66	DM.	
Die Beklagte kürzte diese Rechnung auf		26.527,59	DM.

Insoweit leistete sie eine Abschlagszahlung in Höhe von	<u>18.000,00</u>	<u>DM.</u>	<u>18.000,00</u>	<u>DM.</u>
Restforderung	8.623,66	DM	8.527,59	DM
Restforderung Küsterhaus	<u>2.936,59</u>	<u>DM</u>	<u>2.896,13</u>	<u>DM</u>
Gesamtrestforderung	11.560,25	DM	11.423,72	DM

Die Beklagte wurde mit Schreiben vom 16.06.1992 unter Fristsetzung bis zum 30.06.1992 gemahnt, die Restwerklohnforderung zu begleichen.

Die Klägerin hat mit einem Mahnbescheidantrag die von ihr berechnete Restforderung in Höhe von 11.560,25 DM geltend gemacht. Nach Widerspruch der Beklagten hat sie deren Rechnungskürzungen akzeptiert und die Bezahlung der Restforderung von 11.423,72 DM gefordert.

Die Beklagte hat die Zahlung mit der Begründung verweigert, daß ihr in gleicher Höhe ein Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten, Minderung und Schadensersatz wegen Unebenheiten des Estrichs zustehe.

In dem an den Architekten der Beklagten gerichteten Angebot vom 28.08.1989 hat die Klägerin darauf hingewiesen, daß Grundlage für das Angebot ... und Gewährleistung die Bestimmungen der VOB seien. Die Beklagte, vertreten durch ihren Architekten, hat der Klägerin am 28.02.1990 unter Bezugnahme auf deren Angebot den Auftrag erteilt. 12

In dem Bereich des Pfarrheims, der mit Fliesen belegt werden sollte, hat der Fliesenleger im Auftrag der Beklagten Ausgleichsarbeiten an dem Estrich durchgeführt, die er der Beklagten nach ihrer Darstellung mit 2.047,21 DM zuzüglich MWSt in Rechnung gestellt hat. 13

In dem Bereich des Pfarrheims, in dem Stirnholzparkett verlegt werden sollte, schleifte eine Fenstertür beim Öffnen. Die Klägerin hat zugestanden, daß die Türen vor den Estricharbeiten eingebaut waren (Bl. 45 GA) und weiterhin, daß der Estrich nicht waagerecht eingebaut worden ist (Bl. 11 GA). Sie hat weiterhin zugestanden (Bl. 46), daß ihr Geschäftsführer deswegen mit dem Architekten der Beklagten mehrere Gespräche geführt hat. 14

Auf die Mängelrüge der Beklagten hin versuchte ein Mitarbeiter der Klägerin erfolglos den Estrich in jenem Bereich etwas abzuschleifen. Da dieser Versuch erfolglos war, ließ die Beklagte etwa 1.000 Klötzchen (ca. 3 m²) des Stirnholzparketts für den Bereich vor den Fenstertüren kürzen. 15

Der Geschäftsführer der Klägerin hat im Kammertermin vom 27.08.1993 eingeräumt, daß es wegen der Härte des Estrichs sicher günstiger gewesen sei, den Ausgleich im Rahmen der Parkettverlegung herbeizuführen. Die Beklagte behauptet, daß ihr dafür 3.636 DM DM zuzüglich MWSt berechnet worden seien. 16

Die ...-Faltwandtür, die im Übergangsbereich des Fliesenbodens zum Parkett des Pfarrsaals eingebaut werden sollte, wurde in eine Schiene eingehängt, die schon vor den Estricharbeiten unter der Decke befestigt war. Aus Gründen der Schallisolierung reichte sie "preß" bis zum Boden. Beim Einbau lief die Trennwandtür zur Mitte hin auf und verkeilte sich, ohne geschlossen werden zu können. Die Beklagte ließ die Tür von der Firma ... kürzen, wofür ihr diese nach ihrer Darstellung 4.498 DM zuzüglich MWSt in Rechnung gestellt hat. 17

Die Klägerin hat gerügt, daß ihr keine schriftliche Nachbesserungsfrist gesetzt worden sei. Die Nacharbeiten seien von dem Fliesenleger mangelhaft ausgeführt worden. Er sei bei der Nivellierung des Estrichs von der höchsten Stelle der Estrichauflage ausgegangen, statt diesen an einigen Stellen "abzuheben". Er habe nicht auf die wegen der nachträglich einzubauenden Faltwandtür zu berücksichtigende Oberbodenhöhe geachtet, so daß die Parkett-arbeiten zu einer insgesamt erhöhten Auflage des Fußbodens geführt hätten. Die Höhe des von ihr verlegten Estrichs im Bereich der Faltwandtür habe den vorgegebenen Maßen entsprochen. Im Fenstertürbereich sei der Estrich zwar leicht wellig gewesen, die Unebenheiten hätten sich aber im Toleranzbereich gehalten. Die Fenstertüren seien beim Öffnen auf den Fußboden aufgelaufen, weil sie fehlerhaft eingebaut worden seien. 18

Die Klägerin hat beantragt, 19

die Beklagte zu verurteilen, an sie 11.423,72 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 01.07.1992 zu zahlen. 20

Die Beklagte hat beantragt,	
die Klage abzuweisen.	22
Der Streithelfer der Beklagten hat sich dem Klageabweisungsantrag angeschlossen.	23
Die Beklagte hat behauptet, daß der Estrich uneben verlegt worden sei, so daß die geschilderten Ausgleichsarbeiten erforderlich geworden seien. Die Höhenmaße des Estrichs seien durch Meterrisse an den Wänden und Stützen vorgegeben gewesen.	24
Die Beklagte habe die Klägerin mehrfach mündlich zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die Klägerin habe zunächst nicht reagiert. Am 26.09.1991 sei dem Geschäftsführer der Klägerin schließlich eine letzte Frist zur Nachbesserung bis zum 30.09.1991 eingeräumt worden, was von der Klägerin zugestanden wird. Die Beklagte behauptet, daß sie mit der Klägerin einen Nachbesserungstermin für den 30.09.1991 um 9.00 Uhr vereinbart habe. Der Geschäftsführer der Klägerin sei zu diesem Termin jedoch erst mit einer Verspätung von 2 Stunden erschienen. Zu dem Zeitpunkt sei bereits der Fliesenleger von der Beklagten beauftragt worden, Ausgleichsarbeiten an dem Estrich auszuführen, damit der Bauzeitenplan eingehalten und das Pfarrheim zum Patronatsfest eingeweiht werden konnte.	25
Am 30.09.1991 und am 10.10.1991 sei der Geschäftsführer der Klägerin aufgefordert worden, Unebenheiten des Estrichs in dem Bereich, in dem das Parkett verlegt werden sollte, zu beseitigen. Der Estrich sei im Bereich der Fenstertüren zu hoch verlegt worden. Deshalb sei die Klägerin aufgefordert worden, den Estrich aufzunehmen und durch einen Schnellestrich zu ersetzen. Die Klägerin habe jedoch die Beseitigung der Mängel in diesem Bereich mit der Begründung verweigert, daß sich die Unebenheiten im Toleranzbereich hielten. Erst auf wiederholtes Drängen habe ein Mitarbeiter der Klägerin versucht, den bezeichneten Estrich abzuhebeln, was er nach kurzer Zeit aufgegeben habe. Deshalb sei es erforderlich geworden, die Parkettklötzchen zu kürzen.	26
Die Beklagte macht schließlich wegen von ihr behaupteter Ungenauigkeiten des Estrichs an der Gesamtfläche des Pfarrheims von 253,21 m ² einen Minderungsbetrag in Höhe von 1.135,65 DM geltend, den sie mit 10 % des von ihr - nach ihrer Berechnung - einbehaltenen Betrags von 11.315,62 DM berechnet hat.	27
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen und und durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 27.08.1993 und das Gutachten des Sachverständigen ... und ... vom 31.08.1994 Bezug genommen.	28
Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 6.219,57 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 01.07.1992 verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen.	29
Es ist aufgrund der Beweisaufnahme davon ausgegangen, daß der Estrich in dem Bereich, den der Fliesenleger nachgebessert hat, und im Bereich der Fenstertür uneben war. Bezüglich der Ausgleichsarbeiten des Fliesenlegers ist es von einer Gegenforderung der Beklagten in Höhe von 1.633,- DM netto und bezüglich des Kürzens des Parketts von einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.435,50 DM netto ausgegangen. Schließlich hat es der Beklagten einen Minderungsanspruch in Höhe von 1.135,65 DM zuerkannt. Schadensersatzansprüche wegen der Änderungsarbeiten an der Faltwandtür hat es mangels Feststellungen des Sachverständigen zu der Ursache dieser Kosten verneint. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.	30

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen mit der Berufung. Sie will gegen die von der Klägerin geltend gemachte

31

Restwerklohnforderung in Höhe von mit Gegenforderungen für folgende Arbeiten aufrechnen:		11.423,72 DM
Änderung der Faltpandtür	4.498,00 DM,	
Ausgleichsarbeiten an dem Estrich	1.633,00 DM	
Kürzen der Parkettklötzchen	<u>2.435,50 DM</u>	
	8.565,50 DM	
14 % MWSt	<u>1.199,31 DM</u>	
	9.765,81 DM	
Minderungsbetrag	<u>1.135,65 DM</u>	
	10.901,46 DM	<u>10.901,46 DM</u>
In Höhe des Restbetrages von		522,26 DM

32

greift sie das erstinstanzliche Urteil nicht an.

33

Die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Zinsschadens wird von ihr bestritten.

34

Die Beklagte beantragt,

35

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage abzuweisen, soweit sie verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als 522,26 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 01. Juli 1992 zu zahlen.

36

Die Klägerin beantragt,

37

1.	die gegnerische Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen,
2.	unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie unter Einschluß des titulierten Betrages nebst Zinsen insgesamt 11.423,72 DM nebst 12 %. Zinsen seit dem 01.07.1992 zu zahlen.

38

Die Beklagte beantragt,

39

die Anschlußberufung zurückzuweisen.

40

41

Der Streithelfer der Beklagten schließt sich deren Anträgen an.

Die Klägerin bestreitet Mängel ihres Gewerks. Die Estrichstärken hätten sich im zulässigen Toleranzbereich bewegt. Meterrisse im Bereich der Trennwandtür seien nicht vorhanden gewesen. Der Klägerin sei keine Gelegenheit zur Mängelbeseitigung gegeben worden; sie ist - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - nicht schriftlich zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden. Die Höhe der von der Beklagten geltend gemachten Nachbesserungskosten werden von der Klägerin bestritten. 42

Zum Beweis des von ihr geltend gemachten Zinsschadens hat sie eine Bankbescheinigung vom 12.07.1995 (Bl. 214) vorgelegt, auf deren Einzelheiten ebenso Bezug genommen wird wie auf den übrigen vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze. 43

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattevermerk zum Protokoll vom 14.05.1996 verwiesen. 44

Entscheidungsgründe 45

I. 46

1. 47

Die zulässige Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg. Die Anschlußberufung ist nicht begründet. Die von Klägerin geltend gemachte Restwerklohnforderung in Höhe von 11.423,72 DM ist durch die Aufrechnung der Beklagten mit Gegenforderungen für folgende Arbeiten teilweise erloschen: 48

Ausgleichsarbeiten an dem Estrich	1.633,00 DM		49
Kürzen der Parkettklötzchen	<u>2.435,50 DM</u>		
	4.068,50 DM		
14 % MWSt	<u>569,59 DM</u>		
	4.638,09 DM		
Minderungsbetrag	<u>1.135,65 DM</u>		
	5.773,74 DM	<u>5.773,74 DM</u>	
Restforderung		5.649,98 DM	

2. 50

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß sich die Restwerklohnforderung der Klägerin nach den von der Beklagten geprüften Schlußrechnungen auf 11.423,72 DM beläuft. Von diesem Betrag ist im vorliegenden Fall auszugehen, da die Beklagte von der Klägerin keine weiteren Nachbesserungsarbeiten fordert und solche auch nicht mehr möglich wären. Der vereinbarte Werklohn kann dann nur noch durch Gegenforderungen reduziert werden, die sich u.a. aus § 633 Abs. 3 BGB bzw. § 4 Nr. 7 VOB/B i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B oder § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B ergeben können. 51

3. 52

Die von der Klägerin geltend gemachte Restwerklohnforderung ist fällig. Ob die Voraussetzungen einer fiktiven Abnahme gem. § 12 Nr. 5 VOB/B erfüllt sind, kann dahingestellt bleiben, da die Beklagte gegen die Werklohnforderung mit den ihr entstanden Kosten der Ersatzvornahme und Schadensersatzansprüchen die Aufrechnung erklärt hat und keine weitere Erfüllung des Vertrages fordert. Damit ist die Vorleistungspflicht der Klägerin entfallen, so daß eine endgültige Abrechnung über die Bauleistung der Klägerin und die von der Beklagten geltend gemachten Gegenansprüche stattzufinden hat (BGH NJW 1979, 549, 550).	53
II.	54
1.	55
a)	56
Die Beklagte hat gegen die Klägerin einen Anspruch auf Erstattung der Kosten, die sie für die vom Fliesenleger durchgeführten Ausgleichsarbeiten aufwenden mußte. Das Landgericht hat diese Kosten mit 1.633,- DM netto beziffert. Die Klägerin macht zweitinstanzlich diesen Betrag nebst MWSt geltend. Dieser Anspruch ist entsprechend § 633 Abs. 3 BGB, § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B begründet.	57
b)	58
Die Bestimmungen der VOB/B sind wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Das an den Architekten der Beklagten gerichtete Angebot der Klägerin vom 28.08.1989 nimmt ausdrücklich Bezug auf die Bestimmungen der VOB/B. Die Klägerin wurde von dem Architekten der Beklagten in deren Namen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Angebot der Klägerin beauftragt. Dies reicht für die Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag. Einer Überreichung des Textes der VOB/B bedurfte es nicht, weil die Beklagte durch einen Architekten vertreten war (Werner/Pastor, Der Bauprozess 8. Aufl. Rn. 1011 m.w.N.). Der Beklagten ist die bei einem Architekten vorauszusetzende Kenntnis der VOB/B zuzurechnen, wenn sie von diesem bei Vertragsabschluß vertreten wird.	59
c)	60
Im Zeitpunkt der Ersatzvornahme hatte die Beklagte den Estrich noch nicht abgenommen. Die Abnahme setzt den ausdrücklichen oder konkludenten Willen des Bestellers voraus, das hergestellte Werk als in der Hauptsache dem Vertrag entsprechend anzunehmen (BGH NJW 1994, 942, 943 m.w.N.). Gegen die Annahme eines entsprechenden Willens der Beklagten spricht die Tatsache, daß sie wiederholt verschiedene erhebliche Unebenheiten des Estrichs gerügt hat. Das hat die Klägerin bereits in erster Instanz zugestanden. Der Architekt ... hat zudem glaubhaft bekundet, daß er sich wiederholt an die Klägerin gewandt und dort mit einer Frau ... telefoniert habe. Erst beim dritten oder vierten Telefonat habe er mit dem Geschäftsführer der Klägerin persönlich gesprochen. Dieser hat im erstinstanzlichen Kammertermin vom 27.08.1993 nur erklärt, daß ihn Mängelanzeigen oder Aufforderungen zur Nachbesserung zunächst nicht erreicht hätten. Unter Berücksichtigung dieser ausweichenden Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin und der Tatsache, daß er seine namentlich benannte Sekretärin nicht zum Beweis dafür angeboten hat, daß die bekundeten Mängelrügen nicht erfolgt sind, ist der Senat davon überzeugt, daß die Mängel von dem Architekten der Beklagten im September 1991 mehrfach gerügt worden sind, bevor die Beklagte Nachbesserungsarbeiten veranlaßt hat.	61

Eine fiktive Abnahme zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere nach Erteilung der Schlußrechnung vom 31.12.1991, ist ohne Relevanz für die am 30.09.1991 und Anfang Oktober 1991 ausgeführten Arbeiten.

In der Durchführung der Ersatzvornahme ist keine Abnahme des Werks zu sehen (BGH NJW 1994, 942 = BauR 1994, 242; ebenso Werner/Pastor, Rn. 1352). Da die Ersatzvornahme gem. § 633 Abs. 3 BGB dem Besteller den Weg eröffnet, vor Abnahme selbst das Werk in seiner Gesamtheit oder in "fehlerhaften" Teilen mangelfrei und damit nutzbar zu machen, wäre es denkgesetzwidrig, in solch einem Vorgehen wegen der anschließenden Benutzung eine konkludente Abnahme zu erblicken (BGH a.a.O.). Die Geltendmachung von Mängeln steht der in § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B vorgesehenen "fiktiven" Abnahme zwar nicht entgegen. Nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 Satz 2 VOB/B gilt die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten aber nicht als Abnahme.

d) 64

Entgegen der Auffassung des BGH (BauR 1986, 573) und des OLG Düsseldorf (BauR 1994, 369,370), die auch in der Literatur verbreitet ist (Werner-Pastor, Rn. 1618; Clemm BauR 1986, 136), enthalten die §§ 4 Nr. 7 und 8 Nr. 3 VOB/B für den VOB-Vertrag keine abschließende Regelung der Ansprüche des Auftraggebers auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung von Mängeln, die sich schon vor Vollendung und vor Abnahme des Baus gezeigt haben. Die VOB/B enthält hinsichtlich der Ersatzvornahme vor Abnahme jedenfalls in den Fällen, in denen der Auftragnehmer die Leistung an sich fertiggestellt hat, diese aber in Teilbereichen mangelhaft ist, eine Regelungslücke, die vom BGH und dem ihm folgenden OLG Düsseldorf verkannt worden ist. Die Konsequenz ihrer Auffassung wäre, daß der Auftraggeber entweder zu einer Abnahme des Werks, das mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, gezwungen wäre, um Ansprüche gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B geltend machen zu können, oder er wäre zu einer inhaltsleeren Kündigung gezwungen, um seine Ansprüche auf § 4 Nr. 7 i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B stützen zu können.

Die vom BGH und dem OLG Düsseldorf wiedergegebenen Sachverhalte lassen nicht erkennen, ob der Auftragnehmer in jenen Fällen außer der Mängelbeseitigung noch weitere Teilleistungen schuldete, bei denen es ohne Ausscheiden des Auftragnehmers aus dem Vertrag zu den in jenen Entscheidungen in den Vordergrund gestellten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Mängelbeseitigungs- und Fertigstellungsarbeiten kommen könnte und damit zu Streitigkeiten und Behinderungen zwischen altem und neuem Unternehmer. Der Hinweis des OLG Düsseldorf (BauR 1994, 369,370), daß es im Interesse einer gleichmäßigen Handhabung nicht auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommen solle, und die Tatsache, daß der Auftragnehmer in jenem Fall bereits seine Schlußrechnung erteilt hat, deuten darauf hin, daß er im Zeitpunkt der vom Auftraggeber vorgenommenen Ersatzvornahme keine weiteren Teilleistungen schuldete. Dementsprechend wird die Rechtsprechung des BGH von Korbion (Ingenstau/Korbion, § 4 VOB/B Rn. 402 a.E.) und Müller-Foell (NJW 1987, 1608, 1609) dahingehend verstanden, daß sie auch in den Fällen Geltung beansprucht, in denen der Auftragnehmer seine Bauleistung bis auf den vom Auftraggeber beanstandeten Mangel erbracht hat und der Auftraggeber wegen dieses Mangels die Bauleistung nicht abgenommen hat.

In Übereinstimmung mit Korbion (Ingenstau/Korbion § 4 VOB/B, Rn. 402 a.E.) Nicklisch-Weik (2. Aufl. § 4 VOB/B Rn. 113 c) und Müller-Foell (NJW 1987, 1608, 1609) ist der Senat der Auffassung, daß es dem Auftraggeber in diesen Fällen möglich sein muß, auch ohne Kündigung des Werkvertrages zur Selbstbeseitigung überzugehen. Hochstein (Schäfer/Finnern/Hochstein § 4 Nr. 7 VOB/B Anm. zu Nr. 3) verweist in seiner Anmerkung zu

der Entscheidung des BGH (BauR 1986, 573) zutreffend darauf, daß die vom BGH aufgestellte Regel nicht zu eng gehandhabt werden dürfe, wenn die Verantwortungsbereiche von Auftragnehmer und Drittunternehmer in zumutbarer Weise abgrenzbar bleiben.

Es ist nach der Auffassung des Senats widersinnig, auch dann eine Kündigung als Voraussetzung für den Ersatz von Mangelbeseitigungskosten zu fordern, wenn der Auftragnehmer die Leistung an sich fertiggestellt hat. Kündigung und Auftragsentziehung beenden die Rechtsbeziehungen der Bauvertragspartner nur für die Zukunft. Der Ausschluß weiterer Erfüllung bezieht sich daher lediglich auf den noch nicht hergestellten Teil des Werks (BGH BauR 1981, 689, 690 und allgem. Meinung). Wenn keine weiteren Teile eines Werks mehr herzustellen sind, so ist die Kündigung sinnlos. Dementsprechend ist gem. § 8 Nr. 1 VOB/B eine Kündigung des Vertrags nur bis zur Vollendung der Leistung zulässig. 68

Allerdings fällt die Nachbesserung bis zur Abnahme noch unter den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, so daß eine "Vollendung" im Sinne des § 8 Nr. 1 VOB/B rechtsdogmatisch noch nicht vorliegt und eine Kündigung theoretisch noch möglich wäre. Die Nachbesserungsarbeiten sind in den hier erörterten Fällen jedoch die einzige Leistung, die dem Auftragnehmer noch entzogen werden könnte, sie werden aber von der Kündigung nicht erfaßt, wie der BGH (BauR 87, 689, 690) klargestellt hat. Das verkennt Clemm (BauR 1986, 136, 140), wenn er meint, daß der Auftragnehmer an dem Leistungsteil, hinsichtlich dessen die Kündigung ausgesprochen worden ist, keine weiteren Arbeiten mehr zu erbringen habe. Der BGH (BauR 1987, 689, 690) meint, daß es gänzlich an der Bauwirklichkeit vorbeigehen und den Interessen beider Bauvertragspartner widersprechen würde, wenn man annehmen würde, daß der Auftraggeber mit der Kündigung/Auftragsentziehung auch seine Mängelbeseitigungsansprüche aus § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B, § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB wegen der bis zur Kündigung vorhandenen Werkmängel aufgeben will. Dann kann von einem Baupraktiker aber auch keine Kündigungserklärung erwartet werden, die den Auftragnehmer nicht die Erbringung weiterer Leistungen verbieten soll. Die Annahme, daß die inhaltsleere Kündigung in solchen Fällen dennoch erforderlich sei, um die formalen Voraussetzung für einen Anspruch auf Kostenersatz zu schaffen, ist von so theoretischer Natur, daß in der Baupraxis an das Übersehen solch einer inhaltsleeren Förmerei nicht der Verlust von Ansprüchen auf Kostenersatz geknüpft werden darf. 69

Dem entspricht es, daß weder die Klägerin noch ihre Prozeßbevollmächtigten in zwei Instanzen auf die Idee gekommen sind, daß im vorliegenden Fall ein Anspruch auf Ersatz der Nachbesserungskosten von der vorherigen Kündigung des Bauvertrages abhängig sein könnte. Die Frage wurde in dem Senatstermin vom 14.05.1996 ausdrücklich angesprochen und die erörterte Rechtsprechung wurde von beiden Parteien als hier nicht einschlägig angesehen. Die Erforderlichkeit einer Kündigung in Fällen der vorliegenden Art entspricht demnach nicht dem Bewußtsein in der Praxis, auf das der BGH (BauR 87, 689, 690) zu Recht abstellt, da die Rechtsprechung sich gerade auf diesem Gebiet, in dem kurzfristig Entscheidungen von Baupraktikern getroffen werden, die keine Volljuristen sind, an den Vorstellungen der Praxis orientieren muß. 70

Es würde den "doppelt vertragsuntreuen Auftragnehmer" unangemessen privilegieren, wenn seine Untätigkeit dadurch belohnt wird, daß er für die Kosten der Beseitigung der von ihm verursachten Mängel nicht aufzukommen hat, weil der Auftraggeber eine Formalie übersehen hat. 71

Die vom BGH geforderte Kündigung als Voraussetzung eines Kostenersatzanspruchs entspricht zudem vielfach nicht den Interessen beider Parteien, worauf Nicklisch-Weick (§ 4 VOB/B Rn. 113 c) und Müller-Foell (NJW 1987, 1608, 1609) zutreffend hingewiesen haben. 72

Das gilt insbesondere dann, wenn der Bauvertrag Grundlage einer dinglichen Rechtsänderung ist (OLG Celle, BauR 1984, 409).

Wenig überzeugend ist der tragende Grund der Entscheidung des BGH (BGH a.a.O., S. 574; ihm folgend OLG Düsseldorf BauR 1994, 369; ebenso Werner/Pastor, Rn. 1618), daß auf der Baustelle "möglichst nichts ineinandergehen soll", da der BGH in der bereits zitierten nachfolgenden Entscheidung (BauR 1987, 689, 690) ausgeführt hat, daß durch eine Kündigung gem. §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 4 Nr. 7 VOB/B das dem Auftragnehmer grundsätzlich zustehende Nachbesserungsrecht nicht entfalle. Wenn der "bisherige Auftragnehmer" für die Beseitigung "seiner" Werkmängel verantwortlich bleibt (BGH BauR 1987, 689, 691), so kann es durchaus zu dem "unabgegrenzten Nebeneinander" kommen, das der BGH verhindern will, nämlich dann, wenn der Auftraggeber nach der Kündigung auch noch einen anderen Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragt. Daß er dazu nach der Kündigung berechtigt ist, wird vom BGH nicht in Zweifel gezogen. Ein "unabgegrenztes Nebeneinander" läßt sich nur durch eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vermeiden, die in § 4 Nr. 7 VOB/B aber gerade nicht für die Zulässigkeit der Nachbesserung durch einen Nachunternehmer vorausgesetzt wird. 73

Wenn der Auftragnehmer trotz einer Fristsetzung keine Nachbesserung an seinem Werk, das nach seiner Bewertung mängelfrei hergestellt ist, ausführt, kann es im übrigen auch nicht zu den vom BGH und OLG Düsseldorf befürchteten Streitigkeiten zwischen verschiedenen Beteiligten durch ein "Ineinandergehen" ihrer Leistungen kommen. 74

Müller-Foell (NJW 1987, 1607, 1608) weist zutreffend darauf hin, daß es sich insoweit um ein typisches bauvertragliches Problem handele, da an einem Bau in der Regel mehrere Unternehmer beteiligt sind. Hochstein (Schäfer/Finnern/Hochstein § 4 Nr. 7 VOB/B Anm. zu Nr. 3) ist zuzustimmen, wenn er meint, daß die strikte Trennung der Mängelansprüche vor und nach der Abnahme, bei der naturgemäß keine Kündigung Voraussetzung für Ersatzansprüche ist, der faktischen Verzahnung in der Praxis bei starrer Handhabung nicht gerecht werde. Das erscheint angesichts der erheblichen Unsicherheiten der Praxis, die sich auch im vorliegenden Fall offenbaren, ob im Einzelfall eine stillschweigende oder zumindest eine fiktive Abnahme zu bejahen ist, zutreffend. 75

Die vom BGH befürchteten Abgrenzungsprobleme lassen sich dadurch vermeiden, daß von dem Auftragnehmer rechtzeitig Beweissicherungsmaßnahmen eingeleitet werden, worauf Müller-Foell (NJW 1987, 1608, 1609) zutreffend hinweist. Er ist bis zur Abnahme für die Mangelfreiheit seiner Werkleistung beweispflichtig und kann die Nachbesserungsfrist dazu nutzen, ein selbständiges Beweisverfahren einzuleiten, wenn er keine Veranlassung sieht, der Aufforderung zur Nachbesserung zu entsprechen. Dadurch kann er erreichen, daß seine Werkleistungen "festgehalten" werden. Die aufgezeigte Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung der § 633 Abs. 3 BGB, § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B zu schließen (Müller-Foell, NJW 1987, 1608, 1609; Nicklisch-Weick, § 4 VOB/B, Rn. 113 c). In der Praxis ist der oft nur schwer feststellbare genaue Zeitpunkt der Abnahme des an sich fertiggestellten Werks für die Frage der Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung von wesentlich geringerer Bedeutung als die Frage, ob das Werk tatsächlich mit Mängeln behaftet war, ob der Auftragnehmer ordnungsgemäß zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden ist und, ob er zu dieser eine angemessene Frist hatte. 76

Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht der Überzeugung, daß der Estrich in dem Bereich, in dem die Fliesen verlegt werden sollten, uneben war. Das folgt nicht nur aus den glaubhaften Aussage der Zeugen ... und ..., sondern auch aus der Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin bei seiner erstinstanzlichen Anhörung (Bl. 61), daß der 77

Fliesenleger am 30.09.1991 zwischen 10.00 und 10.30 Uhr bereits damit beschäftigt war, die Schiefelage des Estrichs auszugleichen. Seine Firma hätte am folgenden Tag die Möglichkeit gehabt, die Schiefelage zu beseitigen. Dementsprechend hat er auch im Senatstermin vom 14.05.1996 insoweit nur gerügt, daß er keine Gelegenheit gehabt habe, den Mangel zu prüfen, bevor der Fliesenleger mit den Ausgleichsarbeiten begonnen habe.

Wie bereits ausgeführt wurde, steht aufgrund der Aussage des Zeugen ... zur Überzeugung des Senats fest, daß die Klägerin wiederholt zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden ist. Daß die Aufforderung nicht schriftlich, sondern nur fernmündlich erfolgte, steht ihrer Wirksamkeit nicht entgegen (Ingenstau/Korbion § 13 VOB/B, Rn. 493; Werner/Pastor, Rn. 1624 m.w.N.). 78

Der Klägerin ist auch eine ausreichende Frist zur Nachbesserung gesetzt worden. Sie sollte nach der glaubhaften Aussage des Zeugen ... spätestens am 30.09.1991 um 9.00 Uhr mit der Nachbesserung beginnen. Diesen Termin hat sie nicht eingehalten. Da sie schon zuvor auf wiederholte Anrufe des Architekten der Beklagten nicht tätig geworden ist, durfte diese zur Eigennachbesserung übergehen. 79

Die vom erstinstanzlichen Sachverständigen als erforderlich angesehenen Mängelbeseitigungskosten werden von der Klägerin nicht substantiiert angegriffen. Die Erforderlichkeit der aufgewendeten Kosten für Material und Stundenlohnvergütungen ist nach der Erfahrung der täglichen Baupraxis zu beurteilen und als richtig zu unterstellen, so daß es dem Unternehmer obliegt, das Gegenteil darzulegen und zu beweisen (Werner/Pastor, Rn. 1584). 80

Der Beklagten steht, da sie für dieses Bauvorhaben nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist, auch die anteilige MWSt zu. 81

2. 82

Für das Kürzen des Parketts steht der Beklagten ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.435,50 DM nebst MWSt gem. § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B zu, der keine Kündigung des Vertrages voraussetzt. Der Anspruch setzt lediglich eine adäquate Ursächlichkeit zwischen Schaden und Mangel voraus; er ist auch in den Fällen begründet, in denen der Auftragnehmer weitere Nachbesserungsmaßnahmen verweigert (Ingenstau/Korbion § 4 VOB/B Rn. 356, 358; Werner/Pastor, Rn. 1739). 83

Nachdem sich die Nachbesserungsversuche der Klägerin als erfolglos erwiesen haben, hat der Architekt der Beklagten das Kürzen der Parkettklötzchen im Bereich der Fenstertüren veranlaßt. Der Geschäftsführer der Klägerin hat in erster Instanz eingeräumt, daß das Kürzen des Parketts im Vergleich zu dem Beischleifen des Estrichs wohl die kostengünstigste Möglichkeit gewesen sei (Bl. 62). 84

Unter Berücksichtigung der Fotos Bl. 53 und des gescheiterten Nachbesserungsversuchs des Mitarbeiters der Klägerin sowie des Gutachtens des erstinstanzlichen Sachverständigen ist der Senat der Überzeugung, daß sich die Unebenheiten des Estrichs nicht in dem zulässigen Toleranzbereich bewegt haben und von der Klägerin hätten ausgeglichen werden müssen. Der Sachverständige Dipl. Ing. ... hat ausgeführt, daß die Schwellenhöhe der Außentüren zur Zeit der Estricharbeiten sichtbar gewesen sei. Die Klägerin hätte sich daran orientieren müssen, was sie ausweislich der Fotos nicht getan hat. 85

Bezüglich der Schadenshöhe geht der Senat in Übereinstimmung mit dem Landgericht und dem erstinstanzlichen Sachverständigen davon aus, daß Kosten in Höhe von 2.435,50 DM zum Ausgleich der von der Klägerin verursachten Mängel erforderlich waren. Der Sachverständige Dipl. Ing. ... hat ausgeführt, daß das Abschleifen des Estrichs ggf. Kosten bis zu 3.000 DM hätte verursachen können.

Die Beklagte kann auch insoweit die Erstattung der MWSt verlangen.

87

3.

88

Der Beklagten steht auch der vom Landgericht zuerkannte Minderungsbetrag in Höhe von 1.135,65 DM gem. § 4 Nr. 7 S. 2 VOB/B zu. Die vom Sachverständigen ... bestätigten Unebenheiten des Parkettbodens sind auf die von der Klägerin nicht beseitigten Unebenheiten des Estrichs zurückzuführen. Die Höhe der Minderung des Werklohns ist sowohl nach dem Gutachten des erstinstanzlichen Sachverständigen als auch nach dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. ... angemessen.

89

Soweit dieser den Mangel auch dem Parkettleger anlastet, kommt dennoch keine Quotelung der Minderung in Betracht. Der Parkettleger hätte zwar durch ein umfangreicheres Kürzen von Parkettklötzchen die Unebenheiten in einem größeren Umfang ausgleichen können, die entsprechenden Mehrkosten hätte jedoch die Beklagte tragen müssen. Ein Minderungsanspruch ist gegen ihn wegen dieser Sowiesokosten nicht durchsetzbar.

90

4.

91

Für das Kürzen der Hüppe-Faltwandtür steht der Beklagte dagegen kein Schadensersatzanspruch zu. Es ist nicht bewiesen, daß der Estrich in diesem Bereich mangelhaft war. Die Beklagte, die sich darauf beruft, daß der Estrich in dem Bereich, in dem die Tür eingebaut worden ist, nicht den von ihr vorgegebenen Höhenangaben entsprochen habe, hätte darlegen und beweisen müssen, daß die Klägerin darauf hingewiesen worden ist, daß der von dem Architekten der Beklagten angefertigte Meterriß in dem streitigen Bereich millimetergenau eingehalten werden muß, so daß insoweit die üblichen Estrich-Toleranzen nicht zulässig waren. Dazu wäre auch die Vorlage der bereits vom Sachverständigen Dipl. Ing. ... angeforderten Pläne erforderlich gewesen, worauf die Beklagte mit Verfügung vom 25.07.1996 hingewiesen worden ist. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Architekt der Beklagten die Erforderlichkeit des millimetergenauen Einbaus des Estrichs in dem streitigen Bereich zunächst übersehen hat. Darauf deutet der Umstand hin, daß er offenbar vor der Verlegung des Parketts zu einem Zeitpunkt, als ein Abschleifen des Estrichs noch möglich war, die genaue Einhaltung der Höhe nicht überprüft hat, was nach den Ausführungen des Sachverständigen Dipl. Ing. ... aber unbedingt geboten gewesen wäre.

92

Erst dann, wenn die Beklagte bewiesen hätte, welche Leistung die Klägerin geschuldet hat, hätte diese bis zur Abnahme beweisen müssen, daß sie die von ihr geschuldete Leistung mangelfrei erbracht hat.

93

Die Beklagte hätte sodann beweisen müssen, daß das Kürzen der Tür aufgrund der Mängel der Estricharbeiten erforderlich war. Ob sich die Beklagte insoweit auf einen Anscheinsbeweis berufen kann, dessen Eingreifen von Werner/Pastor (a.a.O., Rn. 1584) unter gewissen Voraussetzungen bejaht wird, kann dahingestellt bleiben, da dieser jedenfalls dann nicht eingreift, wenn der Mangelfolgeschaden durch verschiedene Fehler verursacht worden sein kann. Diese Möglichkeit hat der Sachverständige Dipl. Ing. ... angenommen.

94

95

III.

Der Senat hat zu oben II 1 gem. § 546 Abs. 1 Nr. 2 ZPO die Revision zugelassen, da er von der Entscheidung des BGH vom 15. Mai 1986 (VII ZR 176/85) abgewichen ist. Die Senatsentscheidung beruht auf der Abweichung von der Rechtsprechung des BGH, da die Beklagte mangels Kündigung des Werkvertrags keinen Anspruch auf Ersatz der an dem Estrich durchgeführten Ausgleichsarbeiten hätte, wenn man in Übereinstimmung mit dem BGH § 4 Nr. 7 i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B als abschließende Sonderregelung ansieht.

IV.

Der Zinsanspruch ist aus §§ 284 Abs. 1, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB begründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Zu II 2 bis 4 findet gegen das Senaturteil unzweifelhaft kein Rechtsmittel statt. Sollte der BGH der Auffassung des Senats nicht folgen, so könnte der Klägerin dadurch ein durch die Sicherheitsleistung abzusichernder Schaden entstanden sein, daß die Beklagte bzw. ihr Streithelfer wegen eines geringfügig zu hohen Kostenerstattungsanspruchs vollstreckt hat.

Das Urteil beschwert die Klägerin in Höhe von 5.773,74 DM und Beklagte in Höhe von 5.127,72 DM (§ 546 Abs. 2 ZPO).

Verkündet am 17. Dezember 1996

Tewes, Justizangestellte als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts

21 U 46/95

OBERLANDESGERICHT HAMM

BESCHLUSS

in Sachen

./.

Der Streitwert der Berufung wird auf 5.697,31 DM

und derjenige der Anschlußberufung auf 5.204,15 DM

insgesamt auf festgesetzt. 10.901,46 DM

Gründe

Die Restwerklohnforderung war in der Berufungsinstanz in Höhe von 11.423,72 DM

unstreitig. Insoweit hat die Beklagte bezüglich einer von ihr berechneten Summe von 10.901,46 DM

die Aufrechnung bzw. Minderung erklärt. Die Aufrechnung stellt eine Primäraufrechnung dar, die den Streitwert im Gegensatz zur Hilfsaufrechnung nicht erhöht. Es blieb sogar zugunsten der Klägerin eine unstreitige Restforderung von 522,26 DM.

Der Streitwert der Berufung beläuft sich auf die von der Beklagten geltend gemachten
Gegenansprüche in Höhe von 10.901,46 DM

abzüglich des erstinstanzlich abgewiesenen Betrages von 5.204,15 DM 116

5.697,31 DM, 117

den die Klägerin mit der Anschlußberufung geltend gemacht hat. 118