
Datum: 20.10.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 107/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:1020.12U107.99.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 16 O 61/99

Tenor:

Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das am 12. April 1999 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das vorgenannte Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Die einstweilige Verfügung des Amtsgerichts Witten vom 18.01.1999 wird bestätigt, soweit darin angeordnet ist, daß im Grundbuch des Amtsgerichts Witten Blatt ##### zu Lasten der im Eigentum der Verfügungsbeklagten stehenden Flurstücke ###, ### und ###, zugunsten der Verfügungsklägerin eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek für deren Forderung aus dem Generalunternehmervertrag vom 20.05.1997 in Höhe von 95.012,53 DM zzgl. 1 % Zinsen über dem SRF-Zinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 04.02.1999 sowie wegen der in diesem Verfahren entstandenen Kosten in Höhe von 2.000,00 DM einzutragen ist.

Im übrigen wird die einstweilige Verfügung aufgehoben und der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Verfügungsklägerin 78 % und die Verfügungsbeklagte 22 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung der Verfügungsklägerin ist zwar zulässig, in der Sache aber unbegründet.

Die Verfügungsklägerin hat keinen Anspruch aus §§ 648, 885 Abs. 1 BGB auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek für den Vergütungsanspruch betreffend den 2. Bauabschnitt in Höhe von 309.024,25 DM. Der Vergütungsanspruch für Planungsleistungen und vorbereitende Maßnahmen ist nicht durch eine Sicherungshypothek sicherbar.

Nach § 648 BGB hat der Unternehmer eines Bauwerks Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für seine Forderung aus dem Werkvertrag. Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift ist zwar auch der planende und bauleitende Architekt, da er aufgrund eines Werkvertrages an der Errichtung eines Bauwerks mitwirkt. Eine Bauhandwerksicherungshypothek kann jedoch grundsätzlich nur verlangt werden, wenn der Architekt durch seine sich im Bauwerk verkörpernde Leistung eine Wertsteigerung des Grundstücks herbeigeführt hat (BGH NJW 1969, 420, 421; OLG Celle NJW-RR 1996, 854, 855; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rdnr. 212, 237). Sinn und Zweck des § 648 BGB ist es, dem vorleistungspflichtigen Unternehmer einen erhöhten Schutz zu geben. Der Mehrwert, der durch seine Arbeit dem Grundbesitz des Bestellers zuteil geworden ist, soll dem Unternehmer vorzugsweise für seine Vergütung haften. Solange aber noch nicht mit der Errichtung des Bauwerks begonnen ist, fehlt es an einer vom Architekten mitveranlaßten Wertsteigerung des Grundstücks (OLG Celle a. a. O.; OLG Düsseldorf BauR 1972, 254 f.).

Dieselben Grundsätze gelten auch dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Bauunternehmer im Rahmen eines Generalunternehmervertrages die Bauplanung und Bauleitung übernommen hat.

1.

Die Planungsleistungen der Verfügungsklägerin haben bislang nicht zu einer Wertsteigerung des im Grundbuch von X Blatt ##### eingetragenen Grundstücks der Verfügungsbeklagten geführt, da mit den Bauarbeiten für den 2. Bauabschnitt - Errichtung eines Mehrfamilienhauses - noch nicht begonnen worden ist. Mit Schreiben vom 29.12.1998 hat die Verfügungsbeklagte die fristlose Kündigung des Generalunternehmervertrages vom 20.05.1997 bezüglich des 2. Bauabschnitts erklärt.

Ein Sicherungsanspruch der Verfügungsklägerin läßt sich nicht damit rechtfertigen, daß sie die Baupläne erstellt hat und auf dieser Grundlage die Baugenehmigung erteilt worden ist. Die Anfertigung von Plänen und eine etwa erteilte Baugenehmigung lassen den Grundstückswert grundsätzlich unberührt (OLG Celle a. a. O.; OLG Düsseldorf a. a. O.). Die gegenteilige Ansicht (vgl. Masur, Bauwerksicherungshypothek des Architekten in: BauR

1975, 91 f.) überzeugt insoweit nicht. Das Baugrundstück besitzt einen Wert, ohne daß bereits eine bestimmte Planung erfolgt ist. Im übrigen ist die Geltungsdauer einer Baugenehmigung begrenzt. Sie erlischt in der Regel, wenn nicht innerhalb von 2 Jahren mit der Bauausführung begonnen wird. Mit Ablauf der Geltungsdauer der Baugenehmigung verringert sich aber nicht automatisch der Grundstückswert.

Auch die Tatsache, daß die Verfügungsklägerin bereits Mutterboden abgetragen hat, begründet keinen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB. Es handelt sich dabei lediglich um vorbereitende Maßnahmen, die nicht zu einer Erhöhung des Grundstückswertes geführt haben. 10

2. 11

Schließlich kann die Verfügungsklägerin nicht deshalb die Einräumung einer Sicherungshypothek zur Sicherung ihres Anspruchs 12

auf Vergütung der Planungsleistungen verlangen, weil die Bauausführung infolge der fristlosen Kündigung der Verfügungsbeklagten unterblieben ist. Nach der Rechtsprechung des BGH hat der Architekt zwar ausnahmsweise Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für seinen Vergütungsanspruch, auch wenn das Bauwerk noch nicht errichtet ist. Voraussetzung ist jedoch, daß der Bauherr den Architekten- oder Bauvertrag grundlos gekündigt und dadurch eine positive Vertragsverletzung begangen hat. Der Architekt ist dann im Wege des Schadensersatzes so stellen, wie er stünde, wenn er die übernommenen Arbeiten hätte zu Ende führen können (BGH NJW 1969, 419 ff.). Die Frage, ob diese Rechtsprechung mit dem Wortlaut und der Funktion des § 648 BGB in Einklang zu bringen ist, kann in diesem Rechtsstreit dahinstehen. Denn die Verfügungsklägerin hat das Vorliegen der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus positiver Forderungsverletzung nicht schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht. Sie trägt insoweit die Darlegungslast, da sie Ansprüche aus der angeblichen Vertragsverletzung der Verfügungsbeklagten herleitet. Ihr Vorbringen reicht aber nicht aus, um eine unberechtigte Kündigung des Generalunternehmervertrages vom 20.05.1997 und dementsprechend einen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung zu begründen. 13

Die Verfügungsbeklagte hat die fristlose Kündigung des Vertrages vor allem darauf gestützt, daß die Verfügungsklägerin nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Fristen mit den Bauarbeiten für den 2. Bauabschnitt angefangen hatte und bis zur Kündigungserklärung immer noch kein Baubeginn erfolgt war. Nach § 7 Ziffer 2 des Vertrages vom 20.05.1997 sollte Baubeginn 4 Wochen nach Vorlage der Baugenehmigung, spätestens jedoch am 01.10.1997, sein. Für den Fall, daß die Bauarbeiten nicht fristgerecht begonnen wurden, sollte die Verfügungsbeklagte gemäß § 15 c des Vertrages zur sofortigen Kündigung berechtigt sein. 14

Die Verfügungsklägerin hat nicht schlüssig dargelegt, geschweige denn glaubhaft gemacht, daß sie den verzögerten Baubeginn nicht zu vertreten hat. Sie trägt insoweit die Darlegungslast (§§ 6 Nr. 1 VOB/B, 285 BGB). Ihr Vorbringen, sie sei nicht verpflichtet gewesen, ohne Vorliegen einer wirksamen Baugenehmigung mit den Bauarbeiten zu beginnen, so daß bis zur Erteilung der Baugenehmigung am 13.01.1999 eine Behinderung im Sinne des § 6 Ziffer 7 VOB/B vorgelegen habe, reicht nicht aus, um zu begründen, daß sie die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat. Entscheidend ist, daß die Verfügungsklägerin nicht substantiiert vorgetragen hat, daß sie die verspätete Einreichung der Bauantragsunterlagen betreffend den 2. Bauabschnitt und die verzögerte Erteilung der Baugenehmigung nicht zu vertreten hat. 15

Der Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung ist erst am 11.12.1997, also knapp 2 1/2 Monate nach Ablauf der in § 7 Ziffer 2 vereinbarten Frist, bei dem zuständigen Bauordnungsamt eingereicht worden. Die Stellungnahme des Brandschutzgutachters ist später nachgereicht worden. Die Tatsache, daß die Baugenehmigung erst 13 Monate nach Antragstellung erteilt worden ist, spricht zudem dafür, daß die eingereichten Unterlagen nicht vollständig gewesen sind, die Baupläne nicht genehmigungsfähig waren oder die Verfügungsklägerin sich nicht hinreichend darum bemüht hat, daß dem Baugenehmigungsverfahren Fortgang gegeben wird. Da ihr die Bauplanung oblegen hat, war sie auch hierfür zuständig. Die fristgerechte Einreichung der Bauantragsunterlagen war nicht davon abhängig, daß die Verfügungsbeklagte zuvor eine Bankbürgschaft übergab. Nach § 6 Ziffer 2 des Vertrages war die Verfügungsbeklagte lediglich verpflichtet, der Verfügungsklägerin 4 Wochen vor Baubeginn eine unbefristete, selbstschuldnerische und einredefreie Bürgschaft zu übergeben.	16
II.	17
Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten hat in der Sache nur teilweise Erfolg.	18
1.	19
Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten ist die einstweilige Verfügung des Amtsgerichts Witten vom 18.01.1999 nicht deshalb aufzuheben, weil die Vollziehungsfrist der §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO nicht eingehalten worden sei.	20
a)	21
Gemäß §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO ist die Vollziehung der einstweiligen Verfügung unstatthaft, wenn seit dem Tage der Verkündung ein Monat verstrichen ist.	22
Die einstweilige Verfügung in der ursprünglichen Fassung vom 18.01.1999 ist unzweifelhaft rechtzeitig vollzogen worden. Zugunsten der Verfügungsklägerin ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek im Grundbuch von X Blatt ##### eingetragen worden. Das Urteil des Landgerichts Bochum vom 12.04.1999, durch den die einstweilige Verfügung des Amtsgerichts Witten vom 18.01.1999 teilweise bestätigt und im übrigen aufgehoben worden ist, ist zwar nicht innerhalb der Monatsfrist im Parteibetrieb zugestellt worden. Eine erneute Vollziehung der einstweiligen Verfügung war aber auch nicht erforderlich.	23
b)	24
Nach wohl h. M. in der Literatur und Rechtsprechung setzt das einen Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung bestätigende Urteil nur dann eine neue Vollziehungsfrist nach §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO in Gang, wenn es gegenüber jenem / jener wesentliche Änderungen beinhaltet. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Arrestbefehl oder die einstweilige Verfügung mit der Maßgabe bestätigt wird, daß der Verfügungskläger die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung fortsetzen darf (OLG Hamm OLGZ 94, 243 ff.; OLG Hamm RPfl 1995, 467 f.; OLG Köln ZIP 1986, 538) oder wenn eine einstweilige Verfügung zunächst ohne mündliche Verhandlung antragsgemäß erlassen wird, dann durch das erstinstanzliche Gericht aufgehoben wird, später aber durch das Berufungsgericht bestätigt wird (OLG Celle NJW-RR 1987, 64; Werner / Pastor, a. a. O. Rdnr. 283). Dagegen ist eine erneute Vollziehung nicht notwendig, wenn die einstweilige Verfügung in der Fassung des angefochtenen Urteils lediglich als Minus gegenüber der ursprünglichen einstweiligen	25

Verfügung anzusehen ist (OLG Frankfurt WRP 1991, 405).

c)	26
Ein derartiger Fall liegt hier vor: Durch das am 12.04.1999 verkündete Urteil des Landgerichts Bochum ist lediglich die durch eine Sicherungshypothek zu sichernde Werklohnforderung ermäßigt worden. Darin ist aber keine wesentliche Änderung der ursprünglichen einstweiligen Verfügung zu sehen. Der 12. Zivilsenat schließt sich insoweit nicht der vom 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm vertretenen Ansicht an, wonach eine wesentliche Änderung der einstweiligen Verfügung vorliegt, wenn der zu sichernde Werklohnanspruch um rund 40 % ermäßigt wird (RPfl 1995, 468). Die Wesentlichkeit der Änderung bestimmt sich nach dem Sinn und Zweck des § 929 Abs. 2 ZPO. Die Vollziehungsfrist soll im Interesse des Schuldners verhindern, daß der Arrest oder die einstweilige Verfügung unter wesentlich veränderten Umständen vollzogen wird als unter denen, die seiner Anordnung zugrunde gelegen haben. Zudem soll der Schuldner alsbald - spätestens binnen der Monatsfrist - Klarheit darüber erhalten, ob der Gläubiger die Rechte aus der einstweiligen Verfügung tatsächlich durchsetzen will und das Risiko einer Schadensersatzpflicht gemäß § 945 ZPO tragen will (OLG Köln ZIP 1986, 539). Wenn - wie im vorliegenden Fall - lediglich die zu sichernde Werklohnforderung reduziert wird, ist im Regelfall davon auszugehen, daß der Gläubiger auch von der eingeschränkten einstweiligen Verfügung Gebrauch machen will. Denn wenn er für ein rein zahlenmäßiges Mehr das Risiko des § 945 ZPO auf sich nehmen wollte, wird er es für das Weniger ebenfalls tun wollen (vgl. die Anmerkung von Wolf zu dem Urteil des 21. Zivilsenates des OLG Hamm vom 08.11.1994 in: RPfl. 1995, 468). Für die Verfügungsbeklagte konnte es letztlich nicht zweifelhaft sein, daß die Verfügungsklägerin die Rechte aus der eingeschränkten einstweiligen Verfügung durchsetzen wollte. Die Verfügungsklägerin hat im einstweiligen Verfügungsverfahren klar zum Ausdruck gebracht, daß sie ihre Werklohnforderung, soweit möglich, durch eine Sicherungshypothek absichern will.	27
2.	28
Die Verfügungsklägerin hat gemäß §§ 935 ZPO, 648, 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 BGB Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek für eine Werklohnforderung in Höhe von 95.012,53 DM zzgl. 1 % Zinsen über dem SRF-Zinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 04.02.1999 sowie wegen der in diesem Verfahren entstandenen Kosten in Höhe von 2.000,00 DM.	29
a)	30
Die Verfügungsklägerin hat glaubhaft gemacht, daß ihr gemäß § 2 Ziffer 1 VOB/B in Verbindung mit dem Generalunternehmervertrag vom 20.05.1997 ein Restwerklohnanspruch in Höhe von 115.312,53 DM aus der Rechnung vom 01.09.1998 gegen die Verfügungsbeklagte zusteht. Die Verfügungsbeklagte hat gegen Grund und Höhe der Werklohnforderung für Zusatzleistungen, die die Verfügungsklägerin im Rahmen des 1. Bauabschnitts erbracht hat, keine Einwendungen erhoben.	31
b)	32
Die Restwerklohnforderung ist auch nach § 648 BGB sicherbar. Die Zusatzleistungen wurden bei der Errichtung der Einfamilienhäuser auf dem im Grundbuch von X Blatt ##### eingetragenen Grundstücken erbracht und hatten somit die Herstellung eines Teils des Gebäudes zum Gegenstand. Die Werkleistungen sind offensichtlich mangelfrei, zumindest	33

hat die Verfügungsbeklagte keine Mängel gerügt. Dementsprechend sind die Werkleistungen auf den Grundstücken der Verfügungsbeklagten in Erscheinung getreten und haben zu einer Werterhöhung geführt. Es kommt insoweit nicht darauf an, inwieweit sich die Zusatzleistungen konkret werterhöhend ausgewirkt haben.

c) 34

Der Restwerklohnanspruch der Verfügungsklägerin ist aber nur in Höhe von 95.012,53 DM sicherbar. Im übrigen steht ihr kein Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu. 35

Die Verfügungsbeklagte kann gegenüber dem Restwerklohnanspruch der Verfügungsklägerin in Höhe eines Teilbetrages von 17.980,00 DM ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Sie hat durch Vorlage eines Privatgutachtens des Dipl.-Ing. L vom 28.10.1998 glaubhaft gemacht, daß bei einem der von der Verfügungsklägerin errichteten Einfamilienhäuser, und zwar dem Haus der Erwerber C und M, Mängel vorhanden sind und die Mängelbeseitigungskosten 17.980,00 DM betragen. Im einzelnen liegen nach dem Privatgutachten folgende Baumängel vor: 36

a. Partielle Undichtigkeit der WU-Beton-Sohle 37

Mangelbeseitigungskosten: pauschal 2.000,00 DM zzgl. 16 % MwSt = 2.320,00 DM 38

2. Hohlstellen im Verbundestrich 39

Mangelbeseitigungskosten: pauschal 3.000,00 DM zzgl. 16 % 40

MwSt = 3.480,00 DM 41

3. Das Sturz-Auflager über der Haustür hat eine unzulässige Winkeleisenanbindung. 42

Mangelbeseitigungskosten: pauschal 2.000,00 DM zzgl. 16 % 43

MwSt = 2.320,00 DM 44

4. Der untere Türabschluß weist bei 2 Türblättern im Obergeschoß jeweils einen Spalt von 25 mm zum Belag auf. 45

Mangelbeseitigungskosten: pauschal 500,00 DM zzgl. 16 % 46

MwSt = 580,00 DM 47

5. Konstruktionsdicke des Estrichs im Dachgeschoß: nur 5 cm 48

Gesamt-Dicke (incl. Dämmung) 49

Mangelbeseitigungskosten: pauschal 3.000,00 DM zzgl. 16 % 50

MwSt = 3.480,00 DM 51

6. Fehlstellen innerhalb der Dämmung im Dachgeschoß /Spitz-	52
boden	53
Mangelbeseitigungskosten: pauschal 5.000,00 DM zzgl. 16 %	54
MwSt = 5.800,00 DM	55
Zudem hat die Verfügungsbeklagte glaubhaft gemacht, daß ihr ein Anspruch auf Minderung des Werklohns in Höhe von 2.320,00 DM zusteht, weil bei der Treppenhauswand unzulässige Abweichungen im Bereich der Ebenheits- und Winkeltoleranzen vorliegen.	56
Die Verfügungsklägerin hat demgegenüber nicht glaubhaft gemacht, daß sie die Mängel nicht zu vertreten hat oder die Mängel ordnungsgemäß beseitigt worden sind.	57
Der Zeuge U, der bei der Verfügungsklägerin beschäftigt ist und bei dem Bauvorhaben der Verfügungsbeklagten in X als Bauleiter tätig gewesen ist, hat in der mündlichen Verhandlung vom 20.10.1999 bekundet, bei der Abnahme des Hauses der Erwerber C und M sei ein Protokoll erstellt worden, in dem die Mängel festgehalten worden seien. Es sei eine Mängelbeseitigungsfrist vereinbart worden. Eine Beseitigung der hier in Rede stehenden Mängel sei aber letztlich nicht erfolgt, weil die Erwerber eine Mangelbeseitigung verweigert hätten.	58
Soweit Mängel vorhanden sind, hat die Verfügungsklägerin keinen Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Erwerber die Mangelbeseitigung zu Unrecht verweigert haben. Nach der Rechtsprechung des BGH, der sich der 12. Zivilsenat angeschlossen hat, hat der Werkunternehmer keine "Leistung" erbracht, die gemäß § 648 BGB sicherungsfähig ist, soweit und solange sein Werk Mängel aufweist (BGHZ 68, 180 ff. m. w. N. auch zu den gegenteiligen Meinungen; vgl. auch OLG Hamm BauR 1999, 407, 408). Eine mangelhafte Arbeit des Unternehmers ist nicht die vollwertig geschuldete Leistung und steht damit einer Teilleistung vor Vollendung des Werkes gleich. Soweit das Werk mangelhaft ist, ist im übrigen keine Erhöhung des Grundstückswertes eingetreten.	59
Die Verfügungsbeklagte kann sich gegenüber dem Vergütungsanspruch der Verfügungsklägerin für Zusatzleistungen auch auf Mängel der Werkleistungen berufen, die nach dem Generalunternehmervertrag vom 20.05.1997 geschuldet waren. Es handelt sich um dasselbe rechtliche Verhältnis. Die Erbringung von Zusatzleistungen oder die Ausführung von Sonderwünschen war bereits nach dem Generalunternehmervertrag vom 20.05.1997 vorgesehen	60
(§ 14 des Vertrages). Die Zusatzleistungen waren zwar nicht in dem vereinbarten Pauschalpreis enthalten, sondern sollten gesondert abgerechnet werden. Dadurch wurden aber zumindest teilweise Leistungen erspart, die in dem Pauschalpreis enthalten waren.	61
Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten ist von dem Restwerklohnanspruch der Verfügungsklägerin in Höhe von 115.312,53 DM nur der einfache Betrag der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten und nicht der dreifache abzuziehen.	62
d)	63
	64

Weitere Abzüge sind von der zu sichernden Restwerklohnforderung der Verfügungsklägerin nicht vorzunehmen. Die Verfügungsbeklagte hat nicht glaubhaft gemacht, daß die Werkleistung der Verfügungsklägerin - außer den oben genannten Mängeln - weitere Mängel aufweist.

Soweit in dem Privatgutachten des Dipl.-Ing. L vom 28.10.1998 ausgeführt ist, daß bei dem Haus der Erwerber C und M die Verklinkerung auf der Straßenseite fehle und im Badezimmer keine Duschabtrennung vorhanden sei, haben die Verfügungsbeklagten nicht glaubhaft gemacht, daß die Verfügungsklägerin diese Leistungen nach dem Generalunternehmervertrag geschuldet hat. 65

Die Verfügungsbeklagte hat weiterhin nicht glaubhaft gemacht, daß die Abdichtung der weißen Wanne bei den von der Verfügungsklägerin errichteten 18 Einfamilienhäusern nach wie vor mangelhaft ist und aufgrunddessen bei einigen Häusern Wasser in die Keller läuft. Vielmehr ist nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand davon auszugehen, daß die mangelhafte Abdichtung der weißen Wanne im Bereich der Lichtschächte mittlerweile ordnungsgemäß saniert worden ist. Die Parteien haben unter dem 29.03.1999 einen Zwischenvergleich geschlossen, in dem sie 66

u. a. geregelt haben, daß die Verfügungsbeklagte ein Ingenieurbüro mit der Erstellung der Ausführungsplanung für die Entwässerung der Lichtschächte beauftragte und die Verfügungsklägerin nach Vorlage der genehmigten Entwässerungsplanung die Entwässerung der vorhandenen Lichtschächte im Gartenbereich ausführte. Mit ordnungsgemäßer Ausführung dieser Arbeiten sollten die Mängelrügen der Verfügungsbeklagten gegenüber der Verfügungsklägerin sowie dem Planungsbüro T bezüglich der Lichtschächte zunächst als erledigt gelten. Die Verfügungsklägerin hat die nach dem Zwischenvergleich geschuldeten Arbeiten unstreitig ordnungsgemäß ausgeführt. Der Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten hat hierzu in der Berufungsverhandlung vom 20.10.1999 erklärt, er gehe davon aus, daß die "Rückseite" ordnungsgemäß saniert worden sei. Soweit die Verfügungsbeklagte geltend macht, daß nur die Rückseite und nicht auch die Vorderseite entwässert worden sei, ist ihr Vorbringen unerheblich. Die Parteien haben in dem o. g. Zwischenvergleich ausdrücklich vereinbart, daß im Bereich der zur Straßenseite hin befindlichen Lichtschächte bis auf weiteres keine gesonderten Entwässerungsarbeiten durchgeführt werden sollen und die Mängelrügen der Verfügungsbeklagten gegenüber der Verfügungsklägerin sowie dem Planungsbüro T auch insoweit zunächst als erledigt gelten sollen. Die Verfügungsbeklagte hat sich zwar für den Fall, daß es zu Wassereintritten kommen sollte, die Geltendmachung entsprechender Mängelrügen vorbehalten. Bislang hat es aber nach Auskunft ihres Geschäftsführers keine Wassereintritte gegeben. 67

Soweit die Verfügungsklägerin eine angeblich nach dem Generalunternehmervertrag geschuldete Sichtschutzwand nicht erstellt haben soll, handelt es sich nicht um einen Mangel der Werkleistung, sondern um eine teilweise Nichterfüllung des Vertrages. Dadurch wird nicht die in diesem Verfahren geltend gemachte Werklohnforderung für Zusatzleistungen gemindert. 68

Schließlich hat die Verfügungsbeklagte nicht schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht, daß die Restwerklohnforderung der Verfügungsklägerin durch Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB oder nach §§ 284, 286 Abs. 1 BGB erloschen ist. Bislang hat sie nicht einmal ordnungsgemäß die Aufrechnung erklärt und angegeben, mit welchen Ansprüchen in welcher Reihenfolge aufgerechnet werden soll. 69

Nach alledem war das angefochtene Urteil lediglich hinsichtlich eines Teils der zu sichernden Werklohnforderung abzuändern.

III. 71

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO, 708 Ziffer 10, 713, 72
546 Abs. 2 ZPO.