
Datum: 10.05.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 101/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0510.21U101.00.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 226/97

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin wird das am 28. April 2000 verkündete Urteil des Landgerichts Essen abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 84.685,66 DM nebst Zinsen in Höhe von 1 % über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank vom 16.08.1997 bis zum 31.12.1998 und in Höhe von 1 % über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank seit dem 01.01.1999 zu zahlen.

Der Beklagte wird weiterhin verurteilt, an die Klägerin 34.708,32 DM Zug um Zug gegen Beseitigung folgender Mängel zu zahlen:

1.

Einbau von Befestigungsschrauben in Edelstahlausführung an der Mansardeneindeckung,

2.

fachgerechter Einbau der Stützen an der Attika des Mansardendaches,

3.

Austausch der graufarbenen Attika gegen eine im Stil des übrigen Gebäudes grünfarbene Attika,

4.

Abdichtung der an der Unterseite hohlen Fensterbänke der Lichtbänder,

5.

Verstärkung der Dachplane auf 2,5 mm im Randbereich des Hallendaches.

Im übrigen werden die Klage abgewiesen sowie die Berufung und Anschlußberufung zurückgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges tragen die Klägerin zu 15 % und der Beklagte zu 85 %.

Die Kosten der Berufungsinstanz tragen die Klägerin zu 2 % und der Beklagte zu 98 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Zwangsvollstreckung der anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistung kann auch durch Bankbürgschaft erbracht werden.

Die Beschwer des Beklagten übersteigt 60.000,-- DM, die Beschwer der Klägerin liegt unter 60.000,-- DM.

Tatbestand

1

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten restlichen Werklohn wegen der Errichtung eines Betriebsgebäudes. Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

2

Im Jahre 1992 beabsichtigten die Zeugen G, Schwester und Schwager des Beklagten, auf dem Gewerbegrundstück "I-C-Straße 38" in F ein Betriebsgebäude mit Kopfbau für Büro und Wohnung zu errichten. Zu diesem Zweck hatten die Eheleute G mit dem Geschäftsführer der Klägerin, dem Architekten U, einen Architektenvertrag unter dem 01.06.1992 abgeschlossen. Im Anschluß daran plante der Geschäftsführer der Klägerin das Objekt und erwirkte hierfür

3

die Baugenehmigung. Unter dem 06.09.1993 beauftragten die Eheleute G sodann die Klägerin mit der Lieferung und Montage einer Stahl- Hallenkonstruktion nach bauseits vorhandener Statik, ab Oberkante Fundamentaufbau (1. Bauabschnitt = Werkhalle). Zu einer Durchführung des Bauvorhabens kam es allerdings nicht, da die Eheleute G mit ihrem Unternehmen in Konkurs gerieten. Daraufhin beabsichtigte der Beklagte das Bauvorhaben selbst durchzuführen. Zu diesem Zweck fand zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin, dem Beklagten und den Zeugen G im Jahre 1993 ein Gespräch statt, in dem die Beteiligten den Eintritt des Beklagten in die vertragliche Verpflichtung der Zeugen mit dem Geschäftsführer der Klägerin vereinbarten. Nachfolgend kam es zu einzelnen Umplanungen, deren genauer Umfang zwischen den Parteien streitig ist, sowie zu einer Erweiterung des Bauumfanges, da der Beklagte die Erstellung des Gesamtobjektes beabsichtigte. Die Klägerin übersandte dem Beklagten sodann unter dem 01.02.1994 unter der Auftragsnummer des mit den Eheleuten G abgeschlossenen Vertrages ihr geändertes Angebot nebst Leistungsverzeichnis. In dem Anschreiben wies die Klägerin darauf hin, dass in bestimmten Bereichen, unter anderem den Lichtbändern, wesentliche Änderungen vorgenommen worden seien und ihre umseitig abgedruckten Verkaufs- und Lieferbedingungen gelten würden. Darüber hinaus enthielt das Schreiben noch folgenden Passus:

"Durch diese neu erstellte Auftragsbestätigung werden alle unter gleicher Kommissionsnummer erstellten Bestätigungen früherem Datums ungültig."

4

Unter dem 10.03.1994 unterzeichnete der Beklagte sodann den Architektenvertrag und die Auftragsbestätigung der Klägerin, die mit einer Auftragssumme in Höhe von 387.222,78 DM brutto schloß. Darüber hinaus beauftragte der Beklagte die Firma T mit dem Fenstergewerk und die Firma X mit der Erstellung der Fundamente und der Rohbaukonstruktion. Hintergrund war, dass die Klägerin nur mit einem Teil der für die Errichtung notwendigen Gewerke beauftragt war.

5

Nachdem die Klägerin die Arbeiten im Wesentlichen abgeschlossen hatte, erstellte sie unter dem 30.01.1995 ihre Schlußrechnung, die mit einem Betrag von 378.625,13 DM brutto endete und unter Berücksichtigung der erfolgten Abschlagszahlungen eine Restwerklohnforderung in Höhe von 101.625,31 DM brutto auswies.

6

Am 08.02.1995 fand eine Baubegehung statt, bei der verschiedene Mängel gerügt und in einer Aktennotiz vom 09.02.1995 niedergelegt wurden. Im Einzelnen wurde vom Beklagten das Nachstellen der Sektionaltore sowie das Anbringen zusätzlicher Wetterschenkel oberhalb der Stahl-Aussentüren verlangt und die äussere Versiegelung der Stahl-Nebentüren, die Befestigungsschrauben der Mansardeneindeckung, die aufgelegte Attikarinne des Mansardendaches, die Eindichtung der linken Lichtkuppel im Bereich der Halle und die Fensterdämmung gerügt. Ob diese Baubegehung als Abnahme gedacht war, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schreiben vom 10.02.1995 verweigerte der Beklagte unter Hinweis auf die in der Aktennotiz niedergelegten Punkte die Ausgleichung der Restwerklohnforderung. Daraufhin besserte die Klägerin im März bzw. April 1995 den wesentlichen Teil der in der Notiz aufgeführten Mängel nach, insbesondere beseitigte sie die Dachundichtigkeit. Diese Mängel hat der Beklagte in der Folgezeit nicht mehr gerügt.

7

Unter dem 12.05.1997 übersandte die Klägerin dann eine überarbeitete Schlußrechnung, die mit einem Betrag von 405.558,76 DM brutto endete und als Restwerklohnforderung einen Betrag in Höhe von 128.558,76 DM brutto auswies. Da der Beklagte nicht zahlte, setzte die Klägerin ihm mit Schreiben ihres späteren Prozeßbevollmächtigten vom 17.07.1997 eine Zahlungsfrist bis zum 15.08.1997. Mit der Klage hat die Klägerin den in der überarbeiteten Schlußrechnung vom 12.05.1997 von ihr ermittelten Restwerklohnanspruch in Höhe von

8

128.558,76 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Sie hat behauptet, sie habe diverse Zusatzaufträge durchgeführt, wofür ihr neben dem vereinbarten Werklohnanspruch ein weiterer Anspruch in Höhe von 15.944,33 DM zustehe.

Die Klägerin hat beantragt, 9
den Beklagten zu verurteilen, an sie 128.558,76 DM nebst 1 % Zinsen über dem jeweiligen 10
Lombardsatz der Deutschen Bundesbank ab dem 16.08.1997 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 11
die Klage abzuweisen. 12

Er hat behauptet, die Zusatzaufträge seien zum Teil Gegenstand der ursprünglichen 13
Beauftragung gewesen. Zudem hat er die Aufrechnung mit Gegenansprüchen erklärt und
wegen angeblicher Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens sowie 14
nach Vernehmung der Zeugen X2 und L und der Anhörung des Sachverständigen Dipl.-Ing.
C den Beklagten zur Zahlung von 64.830,56 DM nebst 1 % Zinsen über dem jeweiligen
Lombardsatz der Deutschen Bundesbank seit dem 16.08.1997 sowie zur Zahlung

1. weiterer 7.191,42 DM Zug um Zug gegen Einbau von Befestigungsschrauben in 15
Edelstahlausführung an der Mansardeneindeckung,
2. weiterer 4.033,32 DM Zug um Zug gegen fachgerechten Einbau der Stützen an der Attika des
Mansardendaches,
3. weiterer 24.304,32 DM Zug um Zug gegen Austausch der graufarbenen Attika gegen eine im
Stil des übrigen Gebäudes grünfarbene Attika,
4. weiterer 1.305,-- DM Zug um Zug gegen Abdichtung der an der Unterseite hohlen
Fensterbänke der Lichtbänder,
5. sowie weiterer 18.729,36 DM Zug um Zug gegen wahlweise entweder Schaffung eines
Gefälles im Randbereich des Daches oder gegen Verstärkung der Dachplane auf 2,5 mm im
Randbereich des Hallendaches sowie zusätzlich der Befestigung der Dachfolie und der
Attikabänder

verurteilt. Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen. Zur Begründung hat 16
es ausgeführt, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die behaupteten
Zusatzaufträge zum Teil tatsächlich vom Beklagten erteilt und daher von ihm zu bezahlen
seien. Die vom Beklagten behaupteten Mängel hätten sich in dem aus dem Tenor
ersichtlichen Umfang bestätigt, weshalb die vom Sachverständigen C insoweit angesetzten
Mängelbeseitigungskosten im Rahmen der ausgesprochenen Zug-um-Zug-Verurteilung
berücksichtigt worden seien.

Mit der Berufung begehrt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Unter 17
Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag bestreitet er die Berechtigung der vom
Landgericht zugesprochenen Zusatzkosten, erklärt die Aufrechnung mit verschiedenen
Ersatzansprüchen und macht Abzüge wegen Minderaufwand geltend. Hinsichtlich der
Einzelheiten seines Vorbringens wird auf die Darstellung in den Entscheidungsgründen
verwiesen.

Der Beklagte beantragt, 18

19

1.	
abändernd die Klage in vollem Umfange abzuweisen;	20
2.	21
ihm nachzulassen, jedwede Sicherheitsleistung durch Bank- oder Sparkassenbürgschaft zu	22
erbringen.	
Die Klägerin beantragt,	23
1.	24
die gegnerische Berufung zurückzuweisen,	25
	26
2.	27
ihm zu gestatten, eine etwaige erforderliche Sicherheitsleistung auch durch Bank- oder	28
Sparkassenbürgschaft zu erbringen.	
Im Wege der Anschlußberufung beantragt sie,	29
1.	30
in Abänderung des angefochtenen Urteils den Zug um Zug-Vorbehalt in Nr. 2 des Tenors	31
entfallen zu lassen und die Klageforderung in Höhe weitere 7.191,42 DM ab dem 16.12.1991	
mit 1 % Zinsen über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen bzw. ab	
dem 1. Mai 2000 mit 5 % über dem Basiszinssatz nach § 1 des DÜG;	
2.	32
den Zug-um-Zug-Vorbehalt im Tenor Nr. 3 des angefochtenen Urteils wegfallen zu lassen	33
und die Klageforderung in Höhe weiterer 4.033,32 DM ab dem 16. Dezember 1999 mit 1 %	
Zinsen über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen bzw. ab dem 1. Mai	
2000 mit 5 % über dem Basiszinssatz nach § 1 des DÜG;	
3.	34
den Leistungsvorbehalt im Tenor Nr. 4 des angefochtenen Urteils zu beseitigen und die	35
Klageforderung in Höhe weiterer 24.304,32 DM ab dem 16. Dezember 1999 mit 1 % Zinsen	
über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen bzw. ab dem 1. Mai 2000	
mit 5 % über dem Basiszinssatz nach § 1 des DÜG.	
Der Beklagte beantragt insoweit,	36
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	37
Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Vertiefung und Ergänzung ihres	38
Vortrages. Hinsichtlich der Anschlußberufung ist sie der Auffassung, dass der Zug-um-Zug-	
Vorbehalt entfallen sei, da sich der Beklagte im Annahmeverzug befinde. Hierzu behauptet	
sie, sie habe dem Beklagten mit Schreiben vom 27.10.1999 und 02.12.1999, letzteres unter	
Fristsetzung bis zum 15.12.1999, die Nachbesserung angeboten. Der Beklagte habe dieses	
Angebot nicht angenommen bzw. abgelehnt.	

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen T sowie durch Einholung mündlicher Sachverständigengutachten der Sachverständigen Dipl.-Ing. C und Dipl.-Ing. X3. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin Bezug genommen.	39
Die Akten 17 O 383/98 Landgericht Essen sowie die auszugsweise Kopie der Akte 17 O 15/96 Landgericht Essen lagen zu Informationszwecken vor.	40
<u>Entscheidungsgründe:</u>	41
Berufung des Beklagten	42
Der Klägerin steht gegenüber dem Beklagten ein Restwerklohnanspruch aus dem Bauvorhaben "I-C-Straße 38" in F in Höhe von 119.393,98 DM gemäß §§ 631 Abs. 1, 632 Abs. 2 BGB zu, wobei ein Teilbetrag von 34.708,32 DM nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung vom Beklagten zu zahlen ist.	43
I.	44
Die Parteien haben unstreitig am 10.03.1994 einen als Bauausführungsvertrag bezeichneten Werkvertrag über die Errichtung eines Betriebsgebäudes mit Kopfbau unter Einbeziehung der Geschäfts- und Lieferbedingungen der Klägerin, die auf die Bestimmungen der VOB/B ergänzend verweisen, geschlossen.	45
II.	46
Die Klägerin hat unstreitig die nach dem Vertrag vom 01.02./10.03.1994 vereinbarten Werkleistungen erbracht, so dass ihr aus dem Vertrag hierfür eine Werklohnforderung in Höhe von netto 336.715,46 DM	47
zusteht. Von der Berufung nicht angegriffen werden weitere vom Landgericht zugesprochene Zusatzkosten	48
in Höhe von netto 3.306,18 DM.	49
Hinsichtlich der noch im Berufungsverfahren streitigen Zusatzarbeiten gilt folgendes:	50
1.	51
Der Klägerin steht für die Erstellung der 3 zusätzlichen Rohrdurchbrüche nebst Sanitärlüfter ein weiterer Vergütungsanspruch in Höhe von netto 1.109,25 DM	52
zu.	53
Die Klägerin hat in ihrer überarbeiteten Schlußrechnung vom 12.05.1997 die zusätzliche Erstellung von 3 Rohrdurchführungen und Sanitärlüftern dem Beklagten in Rechnung gestellt.	54
Der Beklagte hat behauptet, es sei insoweit kein zusätzlicher Auftrag erteilt worden, die Leistungen seien vielmehr Gegenstand des Hauptauftrages gewesen.	55
Das Landgericht hat eine Beauftragung durch den Beklagten hinsichtlich der 3 zusätzlichen Rohrdurchführungen und Sanitärlüfter bejaht. Die Beweisaufnahme habe zur Überzeugung der Kammer ergeben, dass der Beklagte diese Arbeiten zusätzlich in Auftrag gegeben habe. Der Zeuge X2 habe bestätigt, die entsprechende Beauftragung durch den Beklagten	56

wahrgenommen zu haben.

In der Berufungsinstanz behauptet der Beklagte weiterhin, die Leistungen seien Bestandteil des Hauptauftrages gewesen. Dies ergebe sich zudem daraus, dass die Bauausführung entsprechend der Baugenehmigung habe vorgenommen werden sollen. In dieser seien die Rohrdurchbrüche auch vorgesehen gewesen. Ferner ist er der Auffassung, der Anspruch seien wegen Unterlassens eines Hinweises durch die Klägerin nach § 2 Ziff. 6 Abs. 1 VOB/B ausgeschlossen. 57

Die Klägerin behauptet, die Rohrdurchbrüche seien nachträglich beauftragt worden und nicht Gegenstand des ursprünglichen Vertrages. Die Baugenehmigung sei nicht maßgebend, da der Beklagte sich die Planung des Sanitärbereiches vorbehalten habe und von daher die genaue Zahl der Durchbrüche nicht bekannt gewesen sei. § 2 VOB/B sei nicht einschlägig, da der Beklagte als Kaufmann wisse, dass Mehrleistungen zu entgelten seien. 58

Der Klägerin steht der geltend gemachte Vergütungsanspruch zu. Die streitgegenständliche Leistung war nicht im Hauptauftrag der Parteien enthalten. Das Leistungsverzeichnis sieht lediglich 3 Rohrdurchführungen vor, unstreitig sind aber 6 Rohrdurchführungen nebst Sanitäre Lüfter erstellt worden. Ferner sind auch in der Bauplanung, die der Baugenehmigung zugrundelag, lediglich 3 Durchführungen vorgesehen gewesen. Hiervon ist der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme überzeugt. Der Sachverständige Dipl.-Ing. X3 hat insoweit überzeugend und unter Vorlage entsprechender Pläne dargelegt, dass die Baugenehmigungsplanung lediglich 3 Rohrdurchbrüche nebst Sanitäre Lüfter vorsah. Der Beklagte hat die Klägerin auch mit der zusätzlichen Erstellung von 3 Rohrdurchbrüchen nebst Sanitäre Lüftern beauftragt. Das steht nach dem Ergebnis der landgerichtlichen Beweisaufnahme aufgrund der Vernehmung des Zeugen X2 zur Überzeugung des Senates fest. Der Zeuge hat im Rahmen seiner Vernehmung bekundet, dass er die Beauftragung durch den Beklagten insoweit wahrgenommen habe. Einer erneuten Vernehmung des Zeugen durch den Senat bedurfte es gem. §§ 523, 398 ZPO nicht, weil durch die Wiederholung keine bessere Aufklärung zu erwarten ist. Soweit der Beklagte im Schriftsatz vom 02.05.2001 ausführt, der Zeuge X2 habe keine Erklärung in seinem, des Beklagten, Namen abgeben dürfen, ändert dies an dem genannten Ergebnis nichts. Insoweit ist nämlich bereits der Ausgangspunkt des Beklagten unzutreffend, da der Zeuge gar nicht erklärt hat, er habe den Auftrag für den Beklagten erteilt. Dies ist auch zu keiner Zeit von der Klägerin so behauptet worden. Zum anderen hat der Beklagte weder die Reexaminierung des Zeugen X2 beantragt, noch gegenbeweislich Zeugenbeweis angetreten. Auch aufgrund dessen besteht für den Senat kein Grund von der Wertung des Landgerichts abzuweichen, dass der Beklagte die Arbeiten in Auftrag gegeben hat. 59

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Anspruch auf zusätzliche Vergütung nicht gem. § 2 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B ausgeschlossen. Die Vorschrift ist anwendbar, da nach Auffassung des BGH angesichts des Schutzzweckes dieser Regelung ein Verstoß gegen das AGBG nicht anzunehmen ist, auch wenn die VOB/B – wie hier – nicht "als Ganzes" vereinbart worden ist. Obwohl die Klägerin unstreitig einen zusätzlichen Vergütungsanspruch in Bezug auf die drei zusätzlichen Rohrdurchbrüche nicht angekündigt hat, scheidet ein Ausschluß des Vergütungsanspruchs vorliegend aus. Denn im Rahmen der Prüfung des § 2 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B ist immer der Sinngehalt der Norm zu berücksichtigen. Dieser geht dahin, den Auftraggeber davor zu schützen, dass er mit Ansprüchen des Auftragnehmers überrascht wird, mit denen er nicht gerechnet hat, etwa weil es sich um eine geringfügige Zusatzleistung handelt, das Leistungsverzeichnis keine klare Aussage über den Leistungsumfang macht oder die Zusatzleistung nach den Gegebenheiten des Falles dem Auftragnehmer bestimmte 60

Eigenaufwendungen erspart. Im Ergebnis soll durch die Regelung verhindert werden, dass der Auftraggeber über eine etwaige zusätzliche Vergütungspflicht im Unklaren gelassen wird, er u. U. keine Gelegenheit hat, seine, den zusätzlichen Vergütungsanspruch auslösende Anordnung zurückzunehmen oder zu ändern (BGH BauR 1996, 542; Ingenstau-Korbion, VOB, 14. Aufl. 2001, B § 2 Nr. 6, Rz. 267). Dieser Normzweck ist vorliegend nicht einschlägig. Denn der Beklagte ist selbst Kaufmann und wie das Bauvorhaben insgesamt zeigt, bauerfahren. Von daher war ihm klar, dass der zusätzliche Einbau von 3 Rohrdurchbrüchen nebst Sanitärlüftern mit Zusatzkosten verbunden sein würde.

2. 61

Für den Einbau von 4 Fall- und Reinigungsrohren steht der Klägerin ein Vergütungsanspruch in Höhe von netto 800,-- DM 62

zu. 63

Die Klägerin hat behauptet, diesbezüglich einen Auftrag vom Beklagten erhalten zu haben. 64

Der Beklagte hat eine Beauftragung unter Hinweis darauf bestritten, die Leistungen seien im Hauptauftrag bereits enthalten gewesen. 65

Das Landgericht hat unter Hinweis auf die Aussage des Zeugen X2, der auch hinsichtlich der Fall- und Reinigungsrohre bekundet hat, er habe eine entsprechende Beauftragung durch den Beklagten wahrgenommen, die zusätzliche Vergütung zugesprochen. Mit der Berufung greift der Beklagte diese Feststellung unter Hinweis auf § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B an. 66

Der Klägerin steht wegen der 4 zusätzlichen Fall- und Reinigungsrohre der geltend gemachte Vergütungsanspruch zu. Hinsichtlich der Regelung des § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B kann auf die vorstehenden Ausführungen zu Ziffer 1) Bezug genommen werden. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. X3 im Senatstermin am 10. Mai 2001 steht zur Überzeugung des Senats fest, dass auch die 4 zusätzlichen Fall- und Reinigungsrohre nicht in den Bauzeichnungen, die der Baugenehmigung zugrunde lagen, vorgesehen waren. 67

3. 68

Für die in der Farbe türkis ausgeführte Einfassung der Lichtbänder steht der Klägerin eine zusätzliche Vergütung in Höhe von netto 2.484,12 DM zu. 69

Der Beklagte hat behauptet, die farbige Ausführung sei Bestandteil des Hauptauftrages gewesen. Zwar sehe das Leistungsverzeichnis vom 01.02.1994 die farbige Ausgestaltung der Einfassungen der Lichtbänder nicht vor. Nach den vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Klägerin und den Eheleuten G habe die Einfassung aber farbig erfolgen sollen, da die Farbe türkis sich im Firmenlogo der Firma der Eheleute befunden habe, was zwischen den Parteien unstreitig ist. Durch seinen Eintritt sei insoweit eine Änderung des Vertrages nicht vorgesehen gewesen. Daran habe es bei den Gesprächen mit dem Geschäftsführer der Klägerin nie einen Zweifel gegeben. Zudem sei die Vermietung von Teilen des Gebäudes an das neue Unternehmen der Eheleute G geplant gewesen, weshalb die Einfassung wie ursprünglich vorgesehen habe erfolgen sollen, da sich die Farbe weiterhin im Firmenlogo der Firma der Eheleute G befunden habe. Dass die farbige Ausgestaltung im Leistungsverzeichnis vom 01.02.1994 nicht mehr enthalten gewesen sei, sei ihm bei Unterzeichnung des Vertrages nicht aufgefallen. Nach Erhalt des Schreibens der Klägerin 70

vom 02.05.1994, worin diese die Mehrkosten für eine farbige Einfassung ihm mitgeteilt habe, habe er ferner den Geschäftsführer der Klägerin angerufen. In diesem Telefonat habe der Geschäftsführer der Klägerin zugesagt, dass die farbige Ausführung ohne Mehrkosten erfolge.

Die Klägerin behauptet, bei dem vom Beklagten dargestellten Telefonat habe dieser die farbige Ausführung zusätzlich in Auftrag gegeben. Zudem sei der Vertrag nicht übernommen, sondern neu verhandelt worden, weshalb sich die Abweichungen zum Auftrag der Eheleute G ergeben. 71

Der Klägerin steht für die farbige Ausführung der Einfassung der Lichtbänder ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung zu. Unstreitig sieht das Leistungsverzeichnis vom 01.02.1994 keine farbige Ausgestaltung der Einfassung der Lichtbänder vor. Ausweislich des Anschreibens der Klägerin, das dem Leistungsverzeichnis beilag, sollte dieses allein Gültigkeit haben und es sollten "alle unter gleicher Kommissionsnummer erstellten Bestätigungen früheren Datums ungültig" sein. Das hat der Beklagte mit seiner Unterschrift akzeptiert. Darüber hinaus enthält das Anschreiben ausdrücklich den Hinweis auf wesentliche Änderungen insbesondere im Bereich der Lichtbänder. Aufgrund dessen ist der Senat der Auffassung, dass die Änderung nicht zu übersehen war, zumal das Leistungsverzeichnis nicht sehr umfangreich war. Der Beklagte ging ferner selbst davon aus, dass die farbige Ausgestaltung der Einfassungen mit Mehrkosten für ihn verbunden sein würde. Denn im Schreiben vom 28.03.1995 spricht er ausdrücklich selbst von "Mehrpreis für die farbige Ausgestaltung der Lichtbänder", wobei er diesen Punkt mit dem Minderpreis für die fehlende farbige Attika am Hallen- und Garagendach aufrechnen wollte. Ob der Beklagte aufgrund dieser "Aufrechnungserklärung" mit seinem Einwand hinsichtlich der Zusatzbeauftragung ausgeschlossen ist, kann letztendlich dahinstehen. Allerdings geht der Senat aufgrund der Äußerungen des Beklagten im Termin am 10.05.2001 davon aus, dass eine Aufrechnung im rechtlichen Sinne seitens des Beklagten nicht gewollt war, vielmehr der Begriff nicht im Rechtssinne gebraucht werden sollte. Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, dass die Behauptung des Beklagten, bei Gesprächen mit dem Geschäftsführer der Klägerin habe es an der farbigen Ausgestaltung niemals einen Zweifel gegeben, nicht zutrifft, da die farbige Ausgestaltung tatsächlich nicht vorgesehen war. Aufgrund der dargestellten Umstände fehlt es nach Auffassung des Senats auch an einer ausreichenden Darlegung hinsichtlich des vom Beklagten behaupteten Telefonats mit dem Geschäftsführer der Klägerin. Allein die Angabe, nach einigem hin und her habe der Geschäftsführer erklärt, die Sache sei in Ordnung, reicht nicht aus, da die gesamte Vertragsgestaltung eindeutig eine farbige Ausführung nicht vorsah und der Beklagte selbst hiervon auch nicht ausging. 72

Unter Berücksichtigung der vom Landgericht zuerkannten und von der Berufung nicht angegriffenen Zusatzvergütung ergibt sich damit ein Vergütungsanspruch der Klägerin in 73

Höhe von netto 345.559,98 DM. 74

III. 75

Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist fällig, da der Beklagte die Werkleistung abgenommen hat. 76

1. 77

Allerdings kann entgegen der Auffassung der Klägerin in der Baubegehung vom 08.02.1995 noch keine Abnahme gesehen werden. Zwar weist die Aktennotiz vom 09.02.1995 als Grund 78

für die Begehung die Abnahme der Bauleistungen aus. Der Notiz als solcher ist aber nicht zu entnehmen, dass die Werkleistung tatsächlich durch den Beklagten abgenommen werden sollte, da lediglich einzelne Mängel aufgeführt sind, ansonsten das Wort Abnahme in dem Protokoll nicht auftaucht.

Allerdings ist von einer konkludenten Abnahme im Sommer 1995 durch Bezug und Vermietung des Objekts auszugehen. Eine solche konkludente Annahme ist nach der Rechtsprechung immer dann gegeben, wenn der Bauherr durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er das Bauwerk als im wesentlichen vertragsgerecht ansieht (BGH NJW 1974, 95; NJW 1993, 1063). Ein solches Verhalten kann auch in der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme des Werkes zu sehen sein (BGH BauR 1985, 200), wobei allerdings nicht von dem Beginn der ersten überhaupt feststellbaren Nutzungshandlung auszugehen ist, sondern dem Auftraggeber eine gewisse Prüfungszeit, deren Dauer von den Umständen des Einzelfalles abhängt, eingeräumt wird (BGH, a.a.O., OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1233; OLG Hamm, OLGR 1997, 241). Eine solche bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme ist vorliegend gegeben. Denn der Beklagte hat unstreitig die im Objekt befindliche Wohnung selbst bezogen und die Geschäftsräumlichkeiten teilweise vermietet, und zwar seit 1995. Ob er darüber hinaus beabsichtigt, das Objekt zu veräußern, wie die Klägerin unter Vorlage einer entsprechenden Anzeige eines Maklers behauptet hat, und was vom Beklagten im Senatstermin am 10.05.2001 relativiert worden ist, kann letztendlich dahinstehen. Denn die Ingebrauchnahme des Werkes über mehrere Monate hinweg ohne Mängelrüge stellt eine konkludente Abnahme dar.

79

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Beklagte auch während der angemessenen Prüfungszeit erhebliche Mängel gegenüber der Klägerin gerügt hätte bzw. der Bezug des Objektes durch ihn und die Mieter, wie von ihm behauptet wird, notgedrungen erfolgte, weil die Mieter ihre vorherigen Mietverhältnisse bereits gekündigt hatten. Insoweit ist zwar anerkannt, dass, wenn der Bezug eines Gebäudes "unter Druck" erfolgt, weil z. B. das bisherige Haus geräumt werden muß, bei einem im wesentlichen noch nicht fertiggestellten Haus nicht von einer konkludenten Abnahme ausgegangen werden kann (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 3352 m. w. N.). So liegt der Fall hier aber nicht. Denn der Beklagte mußte im Senatstermin auf mehrfache Nachfrage des Vorsitzenden selbst einräumen, dass nach Abstellen der Dachundichtigkeit im Büroteil des Gebäudes im März bzw. April 1995 keine gravierenden Mängel vorhanden waren. Der Beklagte konnte in diesem Zusammenhang trotz mehrfacher Nachfrage lediglich angeben, dass er die Farbe der Veluxdachfenster, die Farbe des Attikaprofiles, die Farbe der Lichtbänder und die fehlende thermische Isolierung der Profile gerügt habe. Wann genau und wem gegenüber er in welcher Form die Mängel gerügt hat, hat er nicht weiter ausgeführt. Auch fehlt ausweislich der Akte jeglicher diesbezüglicher Schriftverkehr zwischen den Parteien für den Zeitraum von April 1995 bis zur Erstellung der überarbeiteten Schlussrechnung der Klägerin im Jahre 1997. Der Senat kann deshalb nicht feststellen, dass der Beklagte selbst innerhalb eines nach Monaten bemessenen Zeitraums nach Durchführung der Nachbesserungsarbeiten im April 1995 überhaupt Mängel gerügt hat. Insbesondere gibt es keine Anhaltspunkte, dass er bereits im April bis Juli 1995 die im vorliegenden Verfahren gerügten Mängel gerügt hat. Zudem stellen die vom Beklagten im Senatstermin genannten Punkte keine so gravierenden Mängel dar, dass sie die Annahme einer konkludenten Abnahme durch Ingebrauchnahme des Objektes durch den Beklagten ausschließen könnten.

80

IV.

81

82

Der Werklohnanspruch der Klägerin ist aufgrund der unstreitigen Abschlagszahlungen des Beklagten in Höhe von

netto 240.869,57 DM 83

teilweise erloschen. Soweit der Beklagte darüber hinaus mit zwei angeblichen Forderungen aufrechnet und einen Abzug wegen Minderaufwand geltend macht, gilt folgendes: 84

1. 85

Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin rechne Leistungen ab, die die Firma X erbracht habe und die er, der Beklagte, direkt an die Firma X bezahlt habe. 86

Die Klägerin hat bestritten, dass die Zahlungen seitens des Beklagten auf diese Positionen erfolgt sind. 87

Das Landgericht hat eine aufrechenbare Gegenforderung verneint, da der Beklagte nicht dargelegt habe, welche Positionen aus der Rechnung der Firma X von der Klägerin abgerechnet worden seien und dass er die Firma X überhaupt bezahlt habe. 88

In der Berufungsinstanz behauptet der Beklagte, die Firma X habe im Auftrag der Klägerin die Garagendecke und die Zwischendecke erstellt und ihm mit Schlußrechnung vom 29.12.1994 in Rechnung gestellt. In beiden Schlußrechnungen habe demgegenüber die Klägerin die Garagendecke nicht herausgerechnet. In der überarbeiteten Schlußrechnung habe sie sogar die Zwischendecke wieder eingerechnet. Da in der Rechnung der Firma X noch weitere Kürzungen vorzunehmen gewesen seien, seien die an die Firma X erbrachten Abschlagszahlungen höher als deren Werklohnanspruch. Die Überzahlung an die Firma X belaufe sich auf 16.724,55 DM, der von der Klageforderung abzusetzen sei. 89

Die Klägerin behauptet, die Firma X habe die Leistungen als ihre Subunternehmerin erbracht und der Beklagte habe die daraus resultierende Werklohnforderung gegenüber der Firma X nicht erfüllt. Ferner bezögen sich die Kürzungen des Beklagten in der Rechnung X allein auf das Gewerk, das die Firma X dem Beklagten schuldete und nicht auf dasjenige, das die Klägerin ihm schuldete. Sie ist von daher der Auffassung, dass eine etwaige Überzahlung ihr nicht entgegeng gehalten werden könne. 90

Die vom Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer behaupteten Überzahlung gegenüber der Firma X greift vorliegend nicht durch. Dem Beklagten steht keine aufrechenbare Gegenforderung im Sinne des § 387 BGB zu. Eine Erfüllung der Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber der Firma X liegt nicht vor, da der Beklagte weder die Garagendecke noch die Zwischendecken, die unstreitig von der Firma X erstellt worden sind, an diese bezahlt hat. Unstreitig hat nämlich der Beklagte die Positionen, die die Zwischendecken und die Garagendecke in der Schlußrechnung der Firma X betreffen, im Rahmen seiner Rechnungsprüfung herausgestrichen mit dem Hinweis darauf, dass diese im Gewerk der Klägerin lägen. 91

Soweit der Beklagte sich darauf beruft, dass noch weitere Positionen aus der Schlußrechnung der Firma X zu streichen gewesen seien und deshalb im Hinblick auf die erfolgten Abschlagszahlungen eine Überzahlung an die Firma X erfolgt sei, kann dies nicht der Klägerin entgegengesetzt werden. Dabei kann im Ergebnis dahinstehen, ob die behauptete Überzahlung an die Firma X tatsächlich vorliegt. Denn die diesbezügliche Rechnungsprüfung und die Überprüfung der Abschlagsrechnungen der Firma X oblagen dem 92

Beklagten bzw. den von ihm beauftragten Architekten, nicht aber der Klägerin. Dass der Architekt zugleich Geschäftsführer der Klägerin ist, ändert an dieser Beurteilung nichts, da die Klägerin als juristische Person insoweit rechtlich selbständig ist, wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat. Sollte also eine nicht korrekte Überprüfung der Abschlagsrechnungen der Firma X erfolgt sein, so kann sich der Beklagte allenfalls an den von ihm beauftragten Architekten, nicht aber an die Klägerin halten.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass in der Schlußrechnung der Firma X sich eine Position Außenwand in der Loggia befindet, die nach Behauptung des Beklagten von der Klägerin geschuldet war, von ihr aber nicht erstellt worden ist. Denn auch insoweit kann eine Doppelberechnung seitens der Klägerin nicht festgestellt werden. Trotz des entsprechenden Hinweises des Landgerichts hat der Beklagte weder erstinstanzlich noch in der Berufungsinstanz dargelegt, unter welcher Position die Klägerin die tatsächlich nicht erbrachte Leistung abgerechnet haben soll. 93

Die behauptete Überzahlung an die Firma X kann daher der Klägerin nicht entgegengesetzt werden. 94

2. 95

In der Berufungsinstanz rechnet der Beklagte mit Kosten für Isolierungsarbeiten an beigeschliffenen Gasbetonwänden auf, die ihm seitens der Firma L mit einem Betrag von 967,77 DM in Rechnung gestellt worden seien. Hierzu behauptet er, die Gasbetonwände seien nicht ordnungsgemäß von der Klägerin eingebaut worden und hätten deshalb beigeschliffen werden müssen. Die nachfolgend notwendigen Isolierungsarbeiten habe die Klägerin nicht vorgenommen. Erstinstanzlich hat der Beklagte insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. 96

Das Landgericht hat ein Zurückbehaltungsrecht verneint, da nach dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. C eine mangelhafte Isolierung nicht festgestellt werden könne. 97

In der Berufungsinstanz behauptet der Beklagte, er habe die Klägerin zur Erneuerung der Außenbeschichtung ergebnislos mit Schreiben vom 15.11.1994 und 21.11.1994 aufgefordert. Wegen Gefahr in Verzug habe er den Zeugen L beauftragt. 98

Die Klägerin behauptet, sie habe mit den Arbeiten nichts zu tun und habe keine Aufforderung zur Mängelbeseitigung erhalten. Die vom Beklagten in Bezug genommenen Schreiben beträfen einen anderen Sachverhalt. 99

Dem Beklagten steht der behauptete Erstattungsanspruch gegenüber der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Bei Beauftragung der Firma L lagen die Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B – eine Abnahme war zum Zeitpunkt der Beauftragung der Firma L noch nicht erfolgt – bzw. des § 633 BGB nicht vor. Denn der Senat muss nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon ausgehen, dass es sich bei den vom Beklagten behaupteten Arbeiten der Firma L, nämlich die Aufbringung von Putz im Bereich der Terrasse, nicht um Arbeiten zur Mängelbeseitigung, sondern zur Fertigstellung handelte. Der Beklagte hat nämlich im Senatstermin seinen bisherigen Vortrag revidiert und erklärt, dass die Firma L im Bereich der Terrasse (Loggia) Gasbeton mit einem Putz unter Einbringung einer Armierung versehen habe. Aufgrund dieser Ausführungen hat der Sachverständige Dipl.-Ing. C überzeugend ausgeführt, dass es sich insoweit nicht um Sanierungsmaßnahmen, sondern um Restarbeiten gehandelt habe. Insoweit fehlt es an einer Aufforderung der Klägerin zur Beseitigung des angeblichen Mangels. Die vom Beklagten in 100

Bezug genommenen Schreiben enthalten eine solche Aufforderung nicht. Ferner fehlt es unstreitig an einer Fristsetzung, der Androhung der Kündigung und der Kündigung selbst. Auch legt der Beklagte nicht ausreichend dar, warum die Beauftragung der Firma L erforderlich war. Die Verwendung des Begriffes Gefahr in Verzug kann insoweit nicht als ausreichend angesehen werden.

3. 101
- Der Beklagte hat erstinstanzlich behauptet, die Änderung der Dachkonstruktion von einem Aluminiumdach zu einem Glasdach habe nach Aussage des Geschäftsführers der Klägerin nur 2.000,-- DM Mehrkosten verursachen sollen. Tatsächlich habe er aber insgesamt 20.000,-- DM mehr bezahlt. Er hat insoweit die Auffassung vertreten, die Klägerin sei hierfür ausgleichspflichtig. 102
- Die Klägerin hat dem widersprochen und eine entsprechende Erklärung seitens ihres Geschäftsführers bestritten. 103
- Das Landgericht hat eine aufrechenbare Forderung verneint, da die bestrittenen Äußerungen des Geschäftsführers der Klägerin in seiner Eigenschaft als Architekt erfolgt seien und der Klägerin von daher nicht zugerechnet werden könnten. 104
- In der Berufungsinstanz ergänzt der Beklagte seinen Vortrag dahingehend, dass jedenfalls die entfallenen 10 qm Dacheindeckung in Abzug zu bringen seien, was bei einem Quadratmeterpreis von 500,-- DM insgesamt 5.000,-- DM ausmache. 105
- Die Klägerin bestreitet weiterhin die behauptete Zusicherung. Ihrer Auffassung nach sei ein Abzug wegen Minderleistungen nicht zu machen. Hierzu behauptet sie, dass die Anarbeitung an die Glasfläche mit Mehraufwand verbunden gewesen sei, der sich mit der Mindermenge aufgehoben habe. Zudem sei der vom Beklagten angesetzte Betrag übersetzt, es sei allenfalls eine Ersparnis von 80,-- DM pro Quadratmeter anzusetzen. 106
- Von dem Vergütungsanspruch sind gem. § 632 Abs. 2 BGB 107
- 1.000,-- DM brutto für die unstreitige Mindermenge der Dacheindeckung abzusetzen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Planungsänderung zu einer Reduzierung des von der Klägerin zu erbringenden Dachaufbaus führte, diese Mindermenge mit 1.000,-- DM brutto zu bewerten ist und ein Mehraufwand für die Anarbeitung an das Glasdach nicht eingetreten ist. Die Sachverständigen haben übereinstimmend erklärt, dass der Wegfall von 10 qm Aluminiumdachhaut nebst Sparren nicht zu einer Ersparnis auf Seiten der Klägerin in Höhe von 5.000,-- DM, sondern allenfalls von 1.000,-- DM geführt habe. Diesen Feststellungen der Sachverständigen schließt sich der Senat an. Die Anarbeitung an das Glasdach war auch nicht aufwendiger als nach der ursprünglichen Planung, da in jedem Fall die Aluminiumdachhaut an die Glaskonstruktion angearbeitet werden musste, egal, wie groß die Glasfläche ausfiel. 108
- Entgegen der Auffassung des Beklagten kann ein weitergehender Aufrechnungsanspruch nicht festgestellt werden. Insbesondere kann aus der vom Beklagten behaupteten Zusage des Geschäftsführers der Klägerin, die Änderung der Dachgestaltung würde allein Mehrkosten in Höhe von 2.000,-- DM verursachen, der Klägerin nicht entgegengehalten werden. Denn diese Erklärung erfolgte, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, seitens des Geschäftsführers der Klägerin in seiner Funktion als Architekt. Sollte hier tatsächlich eine falsche Erklärung abgegeben worden sein, muß sich der Beklagte im 109

Rahmen des mit dem Geschäftsführer der Klägerin abgeschlossenen Architektenvertrages hierüber auseinandersetzen. Der Beklagten kann das behauptete Fehlverhalten des Architekten aufgrund ihrer rechtlichen Selbständigkeit jedenfalls nicht entgegengehalten werden.

V. 110

Wegen der aus dem Tenor ersichtlichen Mängel steht dem Beklagten gem. § 641 Abs. 3 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe von 34.708,32 DM zu. 111

Nach dieser Vorschrift, die in ihrer neuen Fassung gem. Art. 229 § 1 Abs. 2 EGBGB auch für Altverträge gilt, steht dem Auftraggeber wegen Mängel des Werkes ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zu. 112

1. 113

Das Gewerk der Klägerin ist teilweise mangelhaft. 114

a. 115

Nach den unbestrittenen Feststellungen des Landgerichts erfolgte der Einbau von Befestigungsschrauben an der Mansardeneindeckung, der Einbau der Stützen an der Attika des Mansardendaches fehlerhaft, die Attikaausführung erfolgte in der falschen Farbe, die Unterseite der hohlen Fensterbänke der Lichtbänder erfolgte ohne Abdichtung und das Hallendach weist am Randbereich kein Gefälle auf. 116

b. 117

Die darüber hinaus vom Beklagten behaupteten Mängel haben sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt. 118

(1). 119

Der Beklagte hat behauptet, die Nichtverwendung thermisch getrennter Profile an den Lichtbändern stelle einen Mangel dar. 120

Die Klägerin hat das Vorliegen eines Mangels bestritten. 121

Das Landgericht hat unter Bezugnahme auf die Feststellung des Sachverständigen Dipl.-Ing. C, wonach ein Mangel nicht festzustellen sei, einen Mangel im Ergebnis verneint. 122

Der Beklagte behauptet nunmehr, die Verwendung thermisch getrennter Profile an den Lichtbändern sei im Vertrag mit den Eheleuten G vorgesehen gewesen, was zwischen den Parteien unstreitig ist, und hätte nicht geändert werden sollen. Die Änderung im Leistungsverzeichnis vom 01.02.1994 sei von ihm übersehen worden. Der jetzige Zustand sei wenig sinnvoll, da der Nutzen der eingebauten Isolierverglasung durch die fehlenden thermisch getrennten Profile vermindert werde. Die Mängelbeseitigungskosten beliefen sich auf mindestens 20.000, DM. 123

Die Klägerin bestreitet eine entsprechende Vereinbarung, da der Vertrag mit den Eheleuten G nicht übernommen worden sei. Zudem habe der Einbau thermisch getrennter Profile bei der Planung der Zeugen G wegen der vorgesehenen Endlosverglasung Sinn gemacht. Bei 124

der für das Vorhaben des Beklagten vorgesehenen Verglasung sei das nicht erforderlich gewesen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass ein Mangel nicht vorliegt. Sowohl der Sachverständige Dipl.-Ing. C als auch der Sachverständige Dipl.-Ing. X3 habe übereinstimmend im Senatstermin am 10.05.2001 erklärt, dass die von der Klägerin gewählte Konstruktion ausreichend sei und ein Mangel in der Ausführung der Lichtbänder insoweit nicht gesehen werden könne. Diesen Feststellungen schließt sich der Senat an. 125

(2) 126

Der Beklagte hat behauptet, das Hallendach sei nicht mit dem erforderlichen Gefälle von 2 % nach den Flachdachrichtlinien erstellt worden, weshalb ein Mangel vorliege. 127

Die Klägerin hat behauptet, das Dach sei insgesamt mit dem ordnungsgemäßen Gefälle erstellt worden. 128

Das Landgericht hat einen Mangel bejaht und zur Begründung ausgeführt, dass der Sachverständige Dipl.-Ing. C im Randbereich ein fehlendes Gefälle des Daches festgestellt habe. Die Kosten der Mangelbeseitigung seien nach dem Gutachten mit 8.970,-- DM netto anzusetzen. Als Alternative sei aber auf die Verstärkung der Dachfolie im Randbereich abzustellen, wo sich das Regenwasser ansammele. Die Verstärkung der Folie würde Beseitigungskosten von 60 % des vorgenannten Betrages verursachen. Diesen Betrag hat das Landgericht bei der Bewertung des Leistungsverweigerungsrechts zugrundegelegt. 129

In der Berufungsinstanz ist der Beklagte weiterhin der Auffassung, dass die vollen Mangelbeseitigungskosten in Ansatz zu bringen seien, da die Verstärkung im Randbereich nicht ausreichend sei. 130

Die Klägerin hält die Verstärkung im Randbereich für ausreichend. 131

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Randbereich des Daches mangelhaft ausgebildet worden ist. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. X3, denen sich der Sachverständige Dipl.-Ing. C angeschlossen hat, weist das Dach ein Gefälle auf. Lediglich im Randbereich ist das Gefälle nicht mehr ausgebildet worden. Da sich der Mangel des Werkes allein im Randbereich findet und ein Nullgefälle durchaus auch heute den technischen Anforderungen entsprechen kann, wie der Sachverständigen Dipl.-Ing. X3 ausgeführt hat, haben beide Sachverständigen lediglich die Einbringung einer verstärkten Folie im Randbereich zur Mängelbeseitigung vorgeschlagen. Die komplette Aufnahme des Daches, wie sie vom Beklagten verlangt worden ist, sahen sie nicht als erforderlich an. Dem schließt sich der Senat an. Insbesondere deshalb, da das Dach zum größten Teil ein Gefälle aufweist und lediglich der Randbereich besonders abgesichert werden muß. Die Mängelbeseitigungskosten haben beide Sachverständigen mit 5.382,-- DM netto angesetzt. 132

(3) 133

Der Beklagte hat weiterhin behauptet, die Dachfolie sei im Randbereich und in der Mitte nur unzureichend befestigt. Die Kosten für die Neuaufnahme der Folie und der Neuansbringung beliefen sich auf mindestens 13.000,-- DM netto. 134

135

Die Klägerin hat einen Mangel bestritten. Das Landgericht hat den Vortrag zu diesem Mangel als verspätet gem. §§ 596, 282 ZPO zurückgewiesen.	
Hiergegen wendet sich der Beklagte unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrages.	136
Die Klägerin beruft sich weitergehend auf Verjährung.	137
Ob der Vortrag des Beklagten zu diesem Mangel verspätet gem. §§ 296, 282 ZPO war und ob ein etwaiger Anspruch verjährt ist, kann im Ergebnis dahinstehen. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass insoweit ein Mangel nicht gegeben ist. Der Sachverständige Dipl.-Ing. C hat nachvollziehbar anhand der Fotos aus seinem erstinstanzlichen Gutachten dargelegt, dass die Dachfolie ordnungsgemäß seitens der Klägerin befestigt worden ist. Das zum Teil festzustellende leichte Abheben der Folie zwischen den Befestigungspunkten sei normal, wie der Sachverständige Dipl.-Ing. X3 ausgeführt hat und begründe letztendlich keinen Mangel. Diesen Feststellungen der Sachverständigen folgt der Senat.	138
(4)	139
Der Beklagte hat behauptet, der Übergangsbereich der Loggia zum Gebäude hin sei seitens der Klägerin nicht ausreichend abgedichtet worden, hierdurch seien bereits Feuchtigkeitsschäden eingetreten.	140
Die Klägerin hat behauptet, die während der Bauphase aufgetretenen Undichtigkeiten seien von ihr behoben worden. Danach sei keine weitere Undichtigkeit mehr aufgetreten.	141
Das Landgericht hat zu diesem Mangel keinerlei Feststellungen getroffen, obwohl es diesen im Tatbestand aufgeführt hat.	142
Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Abdichtung im Bereich der Loggia fehlerhaft ausgeführt worden ist. Beide Sachverständige haben übereinstimmend erklärt, dass die Abdichtung im Schwellenbereich nicht ordnungsgemäß erfolgt ist und es daher zum Eintritt von Feuchtigkeit gekommen ist bzw. kommt.	143
Für die mangelhafte Ausbildung des Schwellenbereichs ist die Klägerin aber nicht verantwortlich. Denn diese Arbeiten gehörten nicht zum Gewerk der Klägerin. Hiervon muß das Senat ausgehen, da die Klägerin dies bestritten hat und der Beklagte den ihm obliegenden Beweis nicht erbringen konnte. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. X3 sind die hier fraglichen Abdichtungsarbeiten nämlich nicht im Leistungsverzeichnis der Klägerin enthalten. Demgegenüber enthält die Schlußrechnung der Firma X unter Position 18 diese Abdichtungsarbeiten, weshalb eine Beauftragung der Klägerin nicht festzustellen ist. Dass der Beklagte die Position aus der Rechnung der Firma X herausgestrichen hat, weil sie nach seiner Auffassung zum Gewerk der Klägerin gehörte, ändert nichts daran, dass der Beklagte für diese Behauptung beweisfällig geblieben ist.	144
(5)	145
Erstmals in der Berufungsinstanz behauptet der Beklagte, die 5 Dachflächenfenster seien entgegen der vertraglichen Vereinbarung ohne farbige Verblendung eingebaut worden. Die Kosten für die Beseitigung, also die Einbringung einer farbigen Verblendung, beliefen sich auf insgesamt 5.000,-- DM.	146

Die Klägerin behauptet, eine farbige Verblendung sei nicht geschuldet gewesen.

Ein Mangel liegt insoweit nicht vor. Im Leistungsverzeichnis sind die Fenster nicht aufgeführt. 148
Soweit der Beklagte auch hier geltend machen will, dass mit den Eheleuten G eine entsprechende farbige Gestaltung der Fenster vereinbart gewesen sei, so gilt das oben bereits Gesagte. Ein Mangel liegt nicht vor.

2. 149

Hinsichtlich der festgestellten Mängel steht dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht 150
i.H.v. 34.708,32 DM gegenüber dem Vergütungsanspruch der Klägerin zu.

a) 151

Die Beseitigung des Mangels hinsichtlich der Befestigungsschrauben verursacht Kosten in 152
Höhe von 2.066,50 DM netto, wie der Sachverständige Dipl.-Ing. C

in seinem erstinstanzlichen Gutachten überzeugend ausgeführt hat. 153

Der fachgerechte Einbau der Stützen ist nach den Feststellungen des Sachverständigen Dipl.- 154
Ing. C mit Kosten

in Höhe von 1.159,-- DM netto verbunden. 155

Der Austausch der Attikaprofile des Hallendachs verursacht Kosten in Höhe von 7.560,-- DM 156
netto.

Darüber hinaus sind für die Abdichtung der 157

Fensterbänke 375,-- DM netto an Mängelbeseitigungskosten anzusetzen. 158

Die Kosten für die Einbringung weiterer Folie im Randbereich des Hallendaches belaufen 159
sich nach den Feststellungen der Sachverständigen Dipl.-Ing. X3 und Dipl.-Ing. C im Senatstermin am 10.05.2001 auf 7.000,-- DM netto. Den dargestellten Feststellungen der Sachverständigen schließt sich der Senat an.

b) 160

Hinsichtlich der Verstärkung der Dachplane und der Abdichtung der Unterseite der hohlen 161
Fensterbänke der Lichtbänder ist gem. § 641 Abs. 3 BGB der dreifache Betrag der Mängelbeseitigungskosten als zurückzubehaltender Betrag anzusetzen. Für die übrigen Positionen ist ein solcher Druckzuschlag dagegen nicht zu machen. Zwar sieht § 641 Abs. 3 in seiner neuen Fassung, die, wie dargelegt, auch für Altverträge gilt, grundsätzlich ein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe des dreifachen Betrages der Mängelbeseitigungskosten vor. Eine Ausnahme ist aber gem. § 242 BGB zu machen, wenn es eines solchen Druckzuschlages gar nicht bedarf, da der Werkunternehmer die Mängel beseitigen will (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 60. Aufl. 2001, § 642 Rz. 12). So liegt der Fall hier. Denn die Klägerin hat dem Beklagten hinsichtlich des Austausches der Befestigungsschrauben, dem fachgerechten Einbau der Stützen sowie des Austausches der graufarbenen Attika unstreitig ein entsprechendes Angebot gemacht. Die Klägerin hat damit eindeutig zu erkennen gegeben, dass sie diese Mängel beseitigen will, so dass es eines Druckzuschlages nach Treu und Glauben nicht bedarf. Unter Zugrundelegung dessen und Hinzurechnung eines Betrages für Regiekosten ergibt sich der ausgeurteilte Betrag der

Werklohnforderung, dem ein Leistungsverweigerungsrecht entgegensteht.

Der Zinsanspruch folgt aus § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B a. F. für den Zeitraum vom 16.08.1997 bis 31.12.1998 und für den Zeitraum ab dem 01.01.1999 aus der Neufassung der Vorschrift. 162

B. 163

Anschlußberufung 164

Die Anschlußberufung war zurückzuweisen. Denn entgegen der Auffassung der Klägerin ist der Beklagte nicht durch die Schreiben vom 27.10. und 02.12.1999 in Annahmeverzug geraten. Denn ein wörtliches Angebot, wie es in den vorgenannten Schreiben der Klägerin zu sehen ist, reicht gem. § 295 BGB nur dann aus, wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigert oder zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Beides liegt hier nicht vor. Der Beklagte hat die Nachbesserung durch die Klägerin im Schreiben vom 24.02.2000 nicht abgelehnt, sondern nur auf die schlechte Wetterlage hingewiesen und Bedenken geäußert, nämlich dahingehend, dass bei einer eventuell weiterhin vorzunehmenden Mängelbeseitigung die bisher erbrachte Mängelbeseitigung eventuell zerstört würde. Hierin kann keine Ablehnung gesehen werden. Eine Mitwirkungshandlung des Beklagten bedurfte es ebenfalls nicht, da die von der Klägerin angebotenen Mängelbeseitigungsarbeiten unproblematisch von außen hätten ausgeführt werden können. 165

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO, wobei insbesondere bei der Bildung der Quote zu berücksichtigen war, dass der Beklagte in erheblichem Umfange mit den von ihm behaupteten Leistungsverweigerungsrecht nicht durchgedrungen ist. 166

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 167