
Datum: 21.11.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 54/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:1121.24U54.01.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 4 O 447/00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25. Januar 2001 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 36.534,87 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz, höchstens 10 %, ab dem 01.06.2001 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelferin werden den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, falls nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Werklohnzahlung in Anspruch.

Mit Vertrag vom 28.10.1998 (Bl. 5 ff der Akten) erteilten die Beklagten der Klägerin den Auftrag zur schlüsselfertigen Erstellung eines Wohnhauses in M. Als von den Beklagten zu zahlender „Festpreis“ wurden letztlich 204.550,00 DM vereinbart, die nach einem im Vertrag enthaltenen Zahlungsplan in Abschlagszahlungen nach Baufortschritt entrichtet werden sollten. „Gültig für die Durchführung des Vertrages“ sollten „die Bestimmungen der VOB/Teil B“ sein.

2

In der im Vertrag zum „wesentlichen Bestandteil“ des Vertrages erklärten Baubeschreibung heißt es unter „Erdarbeiten“ u.a.: „Streifenfundamente gemäß statischer Berechnung bis zu einer Tiefe von 80 cm. Angenommene Bodenpressung 0,25 N/mm² (Newton-mm²)“, vgl. Bl. 34 der Akten. Auf Bl. 16 der statischen Berechnung ist ausgeführt: „Fundamente: Gründung als Streifenfundamente unter Außenwände b/d = 45/80 cm, unter tragende Innenwände b/d = 25/80 cm alle Fundamente frostfrei bis auf tragfähigen Boden in Beton B 10“, vgl. Bl. 40 der Akte.

3

Die Rohbauarbeiten des Bauvorhabens der Beklagten wurden von der Streithelferin als Subunternehmerin der Klägerin durchgeführt. Unter dem 17.03.1999 erteilten die Beklagten der Streithelferin u.a. den Auftrag, abweichend von der Baubeschreibung eine 40 cm tiefere Fundamentierung herzustellen. Nach der Behauptung der Beklagten erfolgte diese Auftragserteilung auf Vorschlag und mit Wissen des Zeugen I3 als des zuständigen Bauleiters der Klägerin. Die Streithelferin begann in der Folgezeit mit den Rohbauarbeiten. Am 13.04.1999 war das Sockelmauerwerk einschließlich Platte fertiggestellt und am 19.04.1999 die Erdgeschoßdecke. Die Klägerin erteilte den Beklagten unter den genannten Daten zwei Abschlagsrechnungen über 20.416,00 DM und 51.040,00 DM.

4

Unstreitig hatte die Streithelferin der Klägerin die mit ihr vereinbarte Herstellung von 40 cm tieferen Fundamenten nicht ausgeführt. Die Beklagten teilten dies der Klägerin mit Schreiben vom 06.05.1999 (Bl. 53 der Akten) mit. Unter dem 07.06.1999 beantragten sie gegen die Klägerin und die Streithelferin beim Landgericht Münster ein selbständiges Beweisverfahren (Beiakte 2 OH 31/99 LG Münster) mit dem Ziel zu klären, ob die Standsicherheit des errichteten Einfamilienhauses gewährleistet bzw. welche Maßnahmen und welche Kosten zur Herstellung der Standsicherheit durchzuführen bzw. aufzuwenden seien. In seinem im selbständigen Beweisverfahren erstatteten schriftlichen Gutachten vom 14.03.2000 kam der Sachverständige C, der den Baugrundsachverständigen Dr. L hinzugezogen hatte, zu der Feststellung, daß die Streifenfundamente unter den Außenwänden zwar nur ca. 73 cm tief und nur ca. 37 cm breit seien, die Standsicherheit des Gebäudes jedoch gewährleistet sei; die Lagerungsdichte des angefüllten verdichteten Sandbodens sei sehr gut, eine Frostepfindlichkeit der Bodenschicht bestehe nicht.

5

Das Bauvorhaben war zwischenzeitlich bis zur Durchführung von Zimmermannsarbeiten gediehen.

6

Nachdem Versuche einer außergerichtlichen Einigung (Erwerb des Grundstücks mit dem darauf befindlichen Gebäude durch die Klägerin) gescheitert waren, erhob die Klägerin unter dem 30.08.2000 Klage auf Zahlung der Abschlagsrechnungen vom 13.04. und 19.04.1999 in Höhe von insgesamt 71.456,00 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 25.03.2000. Die Beklagten erklärten daraufhin mit Anwaltsschreiben vom 26.10.2000 (Bl. 78 der Akten) die Kündigung des Bauvertrages. Hierbei bezogen sie sich auf ein Anwaltsschreiben vom 24.08.1999 (Bl. 77 der Akten), mit dem sie die Klägerin unter Fristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung zur Beseitigung verschiedener vermeintlicher Mängel des Bauvorhabens,

7

u.a. der zu geringen Tiefe der Fundamente, aufgefordert hatten. In der Folgezeit veräußerten sie das Grundstück nebst aufstehendem Gebäude für angeblich 170.000,00 DM an die Eheleute I2.

Unter dem 04.01.2001 erstellte die Klägerin eine mit 120.194,96 DM abschließende „Bauschlußrechnung“ (Bl. 210 ff der Akten), auf die sie nunmehr ihre Klageforderung stützte. Den Betrag von 120.194,96 DM hatte die Klägerin dadurch ermittelt, daß sie von einer „Gesamtbausumme“ in Höhe von 188.350,00 DM ausgegangen war und hiervon Vergütungen für nicht ausgeführte Arbeiten von Subunternehmern in Höhe von 68.155,04 DM abgezogen hatte. 8

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen für eine Auftragsentziehung gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B bzw. aus wichtigem Grund lägen nicht vor. Das erstellte Gebäude sei nach dem im selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachten standsicher. Für die Nichtausführung des der Streithelferin erteilten Auftrags, 40 cm tiefere Fundamente als in der Baubeschreibung vorgesehen herzustellen, sei sie, die Klägerin nicht verantwortlich, weil sie von diesem Auftrag keine Kenntnis gehabt habe. 9

Die Klägerin und die auf Seiten der Klägerin dem Rechtsstreit beigetretene Streithelferin haben beantragt, 10

die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 71.456,00 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 25.03.2000 zu verurteilen. 11

Die Beklagten haben beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Sie haben die Standsicherheit des Gebäudes in Zweifel gezogen und geltend gemacht, daß auch die Klägerin für die von der Streithelferin unterlassene Herstellung tieferer Fundamente verantwortlich sei. Sie haben ferner im einzelnen dargelegt, durch das Bauvorhaben Aufwendungen in Höhe von insgesamt 189.130,26 DM gehabt zu haben. Nach Abzug des Veräußerungserlöses von 170.000,00 DM verbleibe deshalb ein Schaden in Höhe von 19.130,26 DM, der der Klageforderung entgegengesetzt werden könne. 14

Durch Urteil vom 25.01.2001 hat das Landgericht die Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Die Klageforderung sei nicht fällig, da seit Erstellung der Schlußrechnung vom 04.01.2001 noch keine zwei Monate verstrichen seien und dem Vorbringen der Klägerin auch nicht zu entnehmen sei, daß die Beklagten die Rechnung bereits vor Ablauf jener Frist geprüft und das Prüfungsergebnis mitgeteilt hätten. Auf die früher erteilten Abschlagsrechnungen könne die Klägerin nicht mehr zurückgreifen, da sie zur Erteilung einer Schlußrechnung verpflichtet sei und diese auch erteilt habe. 15

Gegen dieses Urteil richtet sich die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Klägerin, die folgendes geltend macht: 16

Die Auffassung des Landgerichts, die Schlußrechnung sei nicht fällig, sei unzutreffend, da zwischen den Parteien die VOB/B nicht wirksam vereinbart worden sei. Durch die bloße Verweisung im Bauvertrag gelinge eine Einbeziehung gegenüber Baulaien nicht. Es könne auch nicht sein, daß ein Auftraggeber seinen Auftragnehmer durch eine Kündigung im laufenden Prozeß zur Erteilung einer Schlußrechnung zwänge und das Gericht sodann durch entsprechende Terminierung verhindere, daß die Schlußrechnung noch rechtzeitig fällig 17

werden könne. Von einer Aufhebung und Zurückverweisung, die die Leistung des Vorderrichters an sich verdiene, solle gleichwohl abgesehen werden, um die Angelegenheit voranzubringen.

Die Klägerin habe nunmehr eine ergänzende Schlußrechnung vom 30.05.2001 erteilt, durch die der zwischen den Parteien vereinbarte Pauschalpreis im einzelnen aufgeschlüsselt werde. Aus dieser Rechnung nebst Anlagen (Bl. 279 ff der Akten) ergebe sich für die ausgeführten Gewerke des Bauvorhabens ein Betrag von 80.627,30 DM (= kalkulierte Preise der Einzelgewerke in Höhe von insgesamt 160.477,90 DM abzüglich nicht erbrachte Bauleistungen in Höhe von 79.850,60 DM). Die Klageforderung sei damit auch ohne Architektenkosten, die mit 12.000,00 DM in die Kalkulation eingeflossen seien und Verkäuferprovision (mit 9.300,00 DM kalkuliert) gerechtfertigt. 18

Hinsichtlich der behaupteten Mängel werde auf das Vorbringen erster Instanz verwiesen. Die Standsicherheit des Gebäudes sei durch die nachweisliche Einbautiefe der Fundamente vollständig gegeben. Soweit die Streithelferin ihren Auftrag, 120 cm tiefe Fundamente zu erstellen, nicht erfüllt habe, bestehe keine Verantwortung der Klägerin, weil es sich nicht um ihr Gewerk handelte und sie auch keine Kenntnis von der Zusatzvereinbarung gehabt habe. 19

Die Klägerin beantragt, 20

abändernd die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie 71.456,00 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 25.03.2000 zu zahlen. 21

Die Streithelferin hat im Berufungsverfahren keinen Antrag gestellt. 22

Die Beklagten beantragen, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Sie machen folgendes geltend: 25

Einzelne Positionen der Schlußrechnung vom 30.05.2001 seien zu kürzen, da sie nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht worden seien. Auf Architektengebühren und Verkäuferprovision bestehe kein Anspruch. Im übrigen sei auf die Rechnungssumme eine geleistete Abschlagszahlung in Höhe von 4.350,00 DM anzurechnen. 26

Die von der Klägerin geschuldeten Bauleistungen seien ferner aus folgenden Gründen mangelhaft: 27

Die Klägerin sei nach den getroffenen Vereinbarungen für die Erstellung von 120 cm tiefen Streifenfundamente verantwortlich gewesen. Im übrigen entsprächen die vorhandenen Fundamente auch nicht den geringeren Anforderungen der Baubeschreibung der Klägerin. Die Standsicherheit des Gebäudes sei beeinträchtigt. Das Gutachten des Sachverständigen C sei zum Nachweis der Standsicherheit nicht geeignet. Der Minderwert für die mangelhaft erstellten Fundamente sei, orientiert an den Kosten der vertragsgemäßen Herstellung, mit 30.000,00 DM bis 40.000,00 DM zu veranschlagen. 28

Ein weiterer Mangel ergebe sich daraus, daß die Fensterstürze und die Türstürze im Dachgeschoß zu niedrig gewesen seien. Durch die Anhebung der Fensterstürze seien Kosten in Höhe von 1.400,00 DM netto angefallen und durch den Aus- und Einbau der Stürze Kosten in Höhe von zusätzlich 1.050,00 DM netto. 29

Den Beklagten sei durch die mangelhafte Leistung der Klägerin jedenfalls ein Schaden in Höhe von insgesamt 19.130,26 DM entstanden, insoweit werde auf die erstinstanzlichen Schriftsätze verwiesen.

Grund und Höhe des geltend gemachten Zinsanspruchs würden bestritten. 31

Zur ergänzenden Sachdarstellung wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und auf die von ihnen vorgelegten Unterlagen sowie auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. Die Akten 2 OH 31/99 LG Münster und 4 O 424/00 LG Münster lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 32

Der Senat hat Beweis durch Vernehmung der Zeugen G, I3 und H2 erhoben sowie durch Einholung mündlich erstatteter Gutachten der Sachverständigen H, C und Dr. L. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Berichtersattervermerke verwiesen, die über die mündlichen Verhandlungen vom 16.07.2002 und 21.11.2002 gefertigt worden sind. 33

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat im wesentlichen Erfolg und ist lediglich hinsichtlich eines Teils der Zinsforderung der Klägerin unbegründet. Die Beklagten sind als Gesamtschuldner verpflichtet, an die Klägerin 36.534,87 € (= 71.456,00 DM) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz, höchstens 10 %, ab dem 01.07.2001 zu zahlen. Das klageabweisende erstinstanzliche Urteil ist dementsprechend abzuändern. 34

Zur Begründung dieser Entscheidung ist im einzelnen folgendes auszuführen: 35

I. Werklohnforderung der Klägerin 36

1. 37

Daß die Klägerin unabhängig davon, ob die Beklagten nur von ihrem „freien“ Kündigungsrecht gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B bzw. gemäß § 649 BGB Gebrauch gemacht haben, oder berechtigt waren, gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B oder aus wichtigem Grund zu kündigen, berechtigt ist, jedenfalls eine Vergütung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu verlangen, ist zweifelsfrei und wird auch von den Beklagten im Berufungsverfahren im Grundsatz nicht in Abrede gestellt. Die mit der Berufungsbegründung vorgelegte „Gesamtkostenaufstellung“ vom 30.05.2001 nebst Anlagen genügt auch den Anforderungen der Rechtsprechung an die Abrechnung eines gekündigten Bauvertrages. Auch die Beklagten erheben insoweit keine grundsätzlichen Einwendungen sondern wenden sich nur gegen einzelne Positionen der vorgelegten Berechnung. 38

2. 39

Die Einwendungen der Beklagten führen nur zu einer Kürzung der von der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung auf (ohne anteilige Architektenkosten und ohne Provision) 80.627,30 DM bezifferten Forderung auf 74.783,41 DM und damit auf einen Betrag, der die Klageforderung noch übersteigt. 40

41

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 26.11.2001 (Bl. 384, 389 der Akten) von den Beklagten geltend gemachte Kürzungen in Höhe von insgesamt 3.666,31 DM akzeptiert. Aus dem Ergebnis der Erörterungen im Senatstermin vom 16.07.2002 sowie aus dem Ergebnis der in jenem Termin durchgeführten Beweisaufnahme folgt ferner die Berechtigung weiterer Einwendungen der Beklagten im Wert von 2.177,58 DM. Insoweit ist im einzelnen folgendes festzustellen:

a) 42

Soweit die Klägerin aus Position 04 der Erdarbeiten nach teilweiser Akzeptierung einer Einwendung der Beklagten noch 318,32 DM netto (anstelle ursprünglich berechneter 1.026,58 DM netto) für die Einbringung und Verdichtung von – wie nunmehr unstreitig ist – anderweitig angeliefertem Füllsand verlangt, ergibt sich aus der glaubhaften Aussage des Zeugen G, daß die insoweit tätig gewordene Firma I die Leistung als Subunternehmerin der wiederum als Subunternehmerin der Klägerin tätigen Streithelferin erbracht hat. Die Forderung ist daher gerechtfertigt. 43

b) 44

Soweit entsprechend Position 08 der Erdarbeiten 191,28 DM netto für Lieferung und Einbau von 39,85 lfd. m Fundamentender verlangt werden, ergibt sich aus der Aussage des Zeugen G, daß die Streithelferin als Subunternehmerin der Klägerin Fundamentender geliefert und eingebaut hat. Die Aussage wird auch durch einen vom Zeugen vorgelegten Lieferschein (Bl. 453 a der Akten) belegt. Zur behaupteten Länge des Fundamentenders konnte der Zeuge allerdings keine Angaben machen. Dem Senat erscheint es deshalb gerechtfertigt, die Forderung im Wege der Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) auf 150,00 DM netto zu kürzen. 45

c) 46

Soweit die Klägerin aus der Position 9 der Erdarbeiten (150,00 DM netto als Pauschale für Anlegung und spätere Verschließung eines Versorgungsschachtes) 75,00 DM netto mit der Begründung verlangt, der kalkulierte Schacht sei zwar angelegt, aber nicht wieder verschlossen worden, hat die Anhörung des Beklagten zu 1) im Termin vom 16.07.2002 ergeben, daß die bezahlt verlangte Leistung (Schachtanlegung) auch erbracht worden ist. Zwar hat der Beklagte zu 1) angegeben, die Leistung sei deshalb mangelhaft, weil es auf Grund der falschen Lage des Versorgungsschachtes und der dadurch bedingten Verlegung von Leitungen unter der Garage nicht mehr möglich gewesen sei, die Garage mit einem Betonboden zu versehen. Die Richtigkeit dieser Darstellung des Beklagten ist jedoch nicht belegt. Der vom Senat beauftragte Sachverständige H konnte eine von ihm beabsichtigte Ortsbesichtigung nicht durchführen, da die jetzigen Eigentümer des Hauses berechtigterweise (vgl. den Beschluß des Senats vom 21.03.2002) den Zutritt verweigerten. 47

d) 48

Soweit unter Position 02 der Erdgeschoßarbeiten 736,25 DM netto für 1,55 m² Sockelmauerwerk der Außenwände verlangt werden, steht auf Grund der Ausführungen des Sachverständigen H zur Überzeugung des Senats fest, daß sich der von der Klägerin angesetzte Einheitspreis von 475,00 DM netto pro m² auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß Porenbetonsteine anstelle von Kalksandsteinen verwendet wurden, noch im Rahmen des Angemessenen hält. 49

e) 50

Die von der Klägerin bereits mit Schriftsatz vom 26.11.2001 (Bl. 386, 389 der Akten) auf (2.092,30 DM – 1.089,00 DM =) 1.003,30 DM netto ermäßigte Position 06 a der Erdgeschoßarbeiten (4,27 m ² Hohlschichtmauerwerk im Garagenbereich anstatt Verblendung mit KF-Steinen), kann nach der Aussage des Zeugen G nicht als berechtigt angesehen werden. Wie der Zeuge angegeben hat, hat es sich bei der Mauerung der Garage in vollem Umfang um eine Eigenleistung der Bauherren (= Beklagte) gehandelt.	51
f)	52
Auch die von der Klägerin unter Position 15 der Erdgeschoßarbeiten geltend gemachten 832,64 DM netto für Einbau und Lieferung der Z-Isolierung sind nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht gerechtfertigt. Zwar hat der Zeuge G die Lieferung der Z-Isolierung bestätigt sowie eine Befestigung der gelieferten Isolierung durch Ankleben. Der Zeuge hat jedoch auch ausgesagt, daß es unterlassen wurde, die Folie mittels einer Schiene anzuschrauben. Dies habe im Zuge der Verblendung geschehen sollen, die nicht mehr gemacht worden sei. Der Sachverständige H hat auf der Grundlage dieser Aussage gemeint, der Wert der damit von der Subunternehmerin der Klägerin erbrachten Leistung sei mit 0,00 DM anzusetzen. Der Senat folgt dieser überzeugenden Einschätzung.	53
Veranlassung dazu, die Klageforderung um weitere 5.000,00 DM (oder um einen noch höheren Betrag) als Kosten für eine nachträgliche Abdichtung gegen aufsteigende Feuchtigkeit zu kürzen, besteht dagegen nicht. Wie der Sachverständige weiter dargelegt hat, hätte aus der Leistung der Subunternehmerin (Firma G) durch einen – nach Kündigung des Vertrages durch die Beklagten zu beauftragenden – Folgeunternehmer ohne weiteres noch eine ordnungsgemäße Leistung gemacht werden können.	54
g)	55
Soweit die Beklagten sich gegen Position 16 der Erdgeschoßarbeiten (Fenstersohlbänke als Rollschicht) wenden, ist – wie im Senatstermin vom 16.07.2002 erörtert – festzustellen, daß diese 1.332,48 DM netto ausmachende Position ausweislich S. 1 der Berechnung der Klägerin vom 30.05.2001 (Bl. 279 der Akten) von der Klägerin überhaupt nicht geltend gemacht wird.	56
h)	57
Die von der Klägerin aus Position 22 der Erdgeschoßarbeiten (Schornstein einzügig mit Schewaeinsatz) ausweislich Bl. 279 und Bl. 320 der Akten nur noch geltend gemachten 1.100,00 DM netto hat der Beklagte zu 1) im Senatstermin vom 16.07.2002 akzeptiert.	58
i)	59
Daß die aus Position 33 der Erdgeschoßarbeiten (5,50 stgm Wandschlitz anlegen und schließen für 253,00 DM netto) für das Anlegen der Schlitz noch geltend gemachten 126,50 DM netto gerechtfertigt sind, steht zur Überzeugung des Senats auf Grund der Aussage des Zeugen G fest.	60
j)	61
Gerechtfertigt sind schließlich auch die gemäß Position 3 der Zimmererarbeiten geltend gemachten 2.909,40 DM für 373,00 lfd. m „Abbund der Dachverbandhölzer etc.“ Wie der Beklagte zu 1) im Senatstermin vom 16.07.2002 klargestellt hat, wendet er sich gegen diesen Teil der Forderung der Klägerin mit der Begründung, das aufgestellte Dach sei nicht mehr	62

verschraubt worden. Die genannte Position umfaßt indessen zwar die Lieferung von „Ankern, Bolzen, Nägeln etc.“, nicht jedoch die Durchführung der Verschraubung. Dafür, die Position zu streichen, besteht deshalb kein Anlaß.

Zusammenfassend ist damit festzustellen, daß die von der Klägerin selbst noch auf 76.960,99 DM bezifferte Forderung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme um (191,28 DM – 150,00 DM =) 41,28 DM netto für die Position „Fundamente“, weitere 1.003,30 DM netto aus der Position 06 a der Erdgeschoßarbeiten und weitere 832,64 DM netto, die für die Z-Isolierung verlangt werden, zu kürzen ist, insgesamt somit um 1.877,22 DM netto = 2.177,58 DM brutto. Die verbleibenden 74.783,41 DM übersteigen noch die Klageforderung. 63

Auf diesen Betrag sind die von den Beklagten unstreitig als „Bearbeitungsgebühr“ gezahlten 4.305,00 DM angesichts der entgegenstehenden vertraglichen Vereinbarung (vgl. Bl. 6 der Akten) nicht anzurechnen. 64

II. 65

Auf Mängel gestützte Rechte oder Ansprüche können die Beklagten aus folgenden Gründen nicht der Klageforderung entgegensetzen: 66

1. 67

a) 68

Dafür, daß die zwischen den Beklagten und der Streithelferin vereinbarte Vertiefung der Fundamente um weitere 40 cm nicht ausgeführt worden ist, ist die Klägerin nicht verantwortlich. Auf Grund der Aussagen der im Termin vom 16.07.2002 vernommenen Zeugen G (Geschäftsführer der Streithelferin) und I3 (Bauleiter der Klägerin) steht auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß bei ihnen ein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits nicht auszuschließen ist, zur Überzeugung des Senats fest, daß die Vereinbarung ohne die Mitwirkung der Klägerin getroffen wurde und daß sie dem Zeugen I3 erst im Nachhinein bekannt geworden ist. 69

b) 70

Auch der Umstand, daß die tatsächlich ausgeführten Fundamente nach den im vorliegenden Rechtsstreit insoweit nicht mehr streitigen Ergebnissen des selbständigen Beweisverfahrens 2 OH 31/99 Landgericht Münster nicht nur der Zusatzvereinbarung mit der Streithelferin sondern auch der Baubeschreibung und der dort in Bezug genommenen statischen Berechnung der Klägerin nicht vollständig entsprechen, kann – auch unter Berücksichtigung der von den Beklagten angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Baurecht 2002, 1536 = NJW 2002, 3543) - nicht als Mangel im Sinne des Werkvertragsrechts angesehen werden, da eine Minderung des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs nicht vorliegt. Der Senat ist auf Grund der im selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachten der ihm als sehr erfahren bekannten Sachverständigen C und Dr. L sowie auf Grund der mündlichen Erläuterung dieser Gutachten im Senatstermin vom 21.11.2002 davon überzeugt, daß durch die vorliegend gegebene Ausführung der Fundamente, deren alleiniger Zweck die Gewährleistung der Standsicherheit des Gebäudes ist, keine Beeinträchtigung der Standsicherheit herbeigeführt wird. Die Sachverständigen haben bei der mündlichen Erläuterung ihrer schriftlichen Gutachten im einzelnen und nachvollziehbar dargelegt, daß weder die Aussagen der vom Senat vernommenen Zeugen noch die sowohl schriftsätzlich als auch mündlich vorgetragenen Einwendungen der Beklagten gegen die Gutachten 71

Veranlassung dazu geben, von dem gefundenen Ergebnis ausreichende Bodenverdichtung und (Gewährleistung der Standsicherheit des Gebäudes) abzuweichen. Zwar mußte der Sachverständige C einräumen, bei seinen Berechnungen die von den Beklagten behauptete (bisher aber auch noch nicht erwiesene) Unterbrechung der Fundamentierung im Bereich des Abstellraums auf einer Länge von 1 m nicht berücksichtigt zu haben. Der Sachverständige Dr. L hat jedoch überzeugend dargelegt, daß auch diese Behauptung der Beklagten, ihre Richtigkeit unterstellt, im Ergebnis zu keinen Problemen führen könne. Er sei bei seiner schriftlichen Gutachtenerstattung schon von ungünstigen Voraussetzungen ausgegangen, um auf der sicheren Seite zu sein. Der von ihm ermittelte Sicherheitsfaktor 2 bleibe auch bei der behaupteten Unterbrechung der Fundamentierung noch erhalten. Eine weitere Ergänzung des Gutachtens des Sachverständigen C erscheint unter diesen Umständen nicht veranlaßt.

2. 72

Soweit die Beklagten für die Anhebung von Fensterstürzen sowie für den Aus- und Einbau von Türstürzen Kosten in Höhe von 1.400,00 DM netto und 1.050,00 DM netto im Wege der Aufrechnungen geltend machen möchten, scheitern ihre Ansprüche daran, daß unstreitig Aufforderung zur Mangelbeseitigung (sowohl gemäß den §§ 633 Abs. 3, 635 BGB a.F. als auch gemäß §§ 4 Nr. 7, 13 Nr. 5 VOB/B erforderlich) nicht erfolgt sind. 73

III. 74

Den Beklagten steht auch der von ihnen geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht zu. Auf § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/B als Anspruchsgrundlage können sich die Beklagten nicht stützen, weil die VOB/B aus den in der Berufungsbegründung der Klägerin genannten Gründen nicht wirksam vereinbart worden ist. Die Beklagten können sich auch nicht darauf berufen, daß auch bei Vorliegen eines BGB-Werkvertrages ein Recht des Auftraggebers in Betracht kommt, bei schwerwiegenden Mängeln und dadurch bedingtem Vertrauensverlust zu kündigen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen zu können. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann von dem Vorliegen schwerwiegender Mängel nicht ausgegangen werden. Auf Grund der Gutachten der Sachverständigen C und Dr. L steht vielmehr fest, daß das errichtete Gebäude hinreichend standfest ist. 75

Der somit bereits dem Grunde nach nicht bestehende Schadensersatzanspruch der Beklagten scheitert im übrigen auch daran, daß dem Senat Feststellungen zur Höhe nicht möglich sind. Der von den Beklagten angeblich erzielte Verkaufserlös von 170.000,00 DM ist – worauf die Beklagten bereits im Senatstermin vom 16.07.2002 hingewiesen worden sind – trotz Bestreitens der Klägerin nicht belegt worden. 76

Bei der Zinsentscheidung hat der Senat berücksichtigt, daß die Fälligkeit der Klageforderung erst durch die unter dem 30.05.2001 erfolgte „Gesamtkostenaufstellung“ der Klägerin herbeigeführt worden ist. 77

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Eine Anwendung von § 97 Abs. 2 ZPO kam nicht in Betracht. Der Senat kann nicht ausschließen, daß die Klägerin bei sachgerechtem Vorgehen des Gerichts schon in erster Instanz eine ordnungsgemäße Schlußrechnung erteilt hätte. 78
