
Datum: 26.11.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 112/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:1126.12U112.02.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 2 O 82/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17. Juli 2002 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages abzuwenden, sofern nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Zahlung von restlichem Werklohn aus einem am 25.03./01.06.1999 unter Einbeziehung der VOB/B geschlossenen Generalunternehmervertrag über die Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses in C2, I-Straße mit 16 Wohneinheiten und drei Gewerbeflächen. Ursprüngliche Vertragsparteien waren nur die Klägerin und der Beklagte zu 1), der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses alleiniger Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks war. Den Beklagten zu 2), der nach Vertragsschluß neben dem Beklagten zu 1) als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden ist, nimmt die Klägerin aufgrund eines nach ihrer Auffassung erfolgten Schuldbeitritts in Anspruch. Wegen der Umstände, aus denen sie einen solchen Beitritt herleitet, wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Die Klägerin hat behauptet, das Haus mängelfrei errichtet zu haben. Die anlässlich einer Begehung am 5.2.2001 festgestellten Mängel seien von ihr sämtlich beseitigt worden, so daß die bei dieser Begehung von den Beklagten erklärte Abnahmeverweigerung nicht länger gerechtfertigt sei. 4

Demgegenüber haben die Beklagten, denen mit der gerichtlichen Verfügung vom 14.03.2002 eine Klageerwiderungsfrist von fünf Wochen ab der am 19.03.2002 erfolgten Zustellung der Verfügung gesetzt worden war, mit am 31.05.2002 eingegangenen Schriftsatz behauptet, es lägen weiterhin erhebliche Mängel vor. Bezug genommen haben sie insoweit auf ein Gutachten des Sachverständigen M vom 20.2.2001, ein am 6.3.2001 erstelltes Protokoll des Ingenieurbüros Q in C über eine Abnahmebegehung vom 14. Februar 2001 sowie ein die Fliesen- und Betonwerksteinarbeiten betreffendes Gutachten des Sachverständigen D vom 14.3.2001. Auf diese Gutachten/Protokolle wird wegen der sich daraus hinsichtlich der Mängel ergebenden Einzelheiten verwiesen. Die Beklagten haben behauptet, die festgestellten Mängel seien nicht bzw. nur in sehr geringem Umfang beseitigt worden. Der Beklagte zu 2) hat weiter die Auffassung vertreten, nicht passivlegitimiert zu sein. 5

Die Klägerin verlangt weiter Schadensersatz aus Anlaß von zwei Baustillegungen, zu denen sie sich wegen des nach ihrer Auffassung zu bejahenden Verzuges der Beklagten mit vertraglich geschuldeten Abschlagszahlungen für berechtigt gehalten hat. Insoweit wird wegen der tatsächlichen Feststellungen auf das angefochtene Urteil verwiesen. Ergänzend ist festzustellen, daß die nach § 9 des Generalunternehmervertrages von der Klägerin geschuldete Bürgschaft in Höhe von 10% des Bruttopauschalpreises von 3.069.000,00 DM von dieser nicht erbracht worden ist. 6

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 190.232,26 DM (147.129,53 DM Restwerklohn + 42.768,33 DM Kosten der ersten Stillegung + 316,40 DM noch offene Kosten der zweiten Stillegung) = 97.264,23 EUR nebst 8 Prozentpunkten über dem Basiszins ab Rechtshängigkeit am 19.03. 2002 gerichtete Klageforderung in vollem Umfang zugesprochen. 7

Der Beklagte zu 2) sei dem Generalunternehmervertrag auf Seiten des Beklagten zu 1) beigetreten, so daß auch er zu haften habe. Die Klägerin könne von den Beklagten Erstattung der durch den Verzug bezüglich der Zahlung der 8. Baufortschrittsrate angefallenen Kosten verlangen. Auch könne sie die Zahlung eines unter Berücksichtigung bereits geleisteter 25.000 DM verbleibenden Restbetrages von 316,40 DM wegen einer zweiten Baustillegung im Oktober 2000 verlangen. Die Klägerin habe die vorgenannten Ansprüche schlüssig dargelegt, die Beklagten hätten sie nicht bestritten. Schließlich stehe der Klägerin restlicher Werklohn in Höhe von 152.129,53 DM abzüglich eines von ihr akzeptierten Minderungsbetrages von 5.000,00 DM für Fehler im Werksteinbelag des Kellergeschosses 8

zu. Die Beklagten könnten sich nicht auf das Fehlen einer Abnahme der Leistungen der Klägerin berufen, denn insoweit befänden sie sich im Verzug, da nach dem als unbestritten zu behandelnden Vorbringen der Klägerin keine wesentlichen Mängel mehr vorlägen. Soweit die Beklagten im Schriftsatz vom 31.05.2002 Mängel der Werkleistungen der Klägerin gerügt hätten, sei ihr Vortrag unter Verletzung der allgemeinen Prozeßförderungspflicht verfahrensverzögernd verspätet vorgebracht worden (§ 296 Abs. 1 ZPO). Das sei von der Klägerin schriftsätzlich gerügt worden, so daß ein gerichtlicher Hinweis entbehrlich gewesen sei. Ferner sei der Vortrag der Beklagten nicht erheblich. Die Beklagten rügten Mängel, die der Sachverständige M bei der Ortsbesichtigung vom 05.02. 2001 festgestellt habe. Danach seien aber unstreitig Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt worden. Deshalb hätten die Beklagten nicht nur die am 05.02.2001 vorhandenen Mängel vortragen dürfen, sondern sich auch dazu erklären müssen, welche Mängel noch vorhanden seien.

Zur Begründung ihrer gegen diese Entscheidung gerichtete Berufung tragen die Beklagten vor: 9

Entgegen dem Eindruck, den die Kammer in den Entscheidungsgründen erweckt habe, sei von ihnen nicht lediglich auf ein nicht mehr den aktuellen Stand wiedergebendes Gutachten Bezug genommen, sondern eindeutig vorgetragen worden, daß die Klägerin abweichend von ihrer Darstellung in der Klageschrift von den im Begehungsprotokoll M angeführten Mängeln nur einen Teil nachgebessert habe und die in der Klageerwidernug unter den Ziffern 1. bis 32. aufgeführten Mängel, bei denen es sich nicht etwa um sämtliche Mängel aus dem Abnahmebegehungsprotokoll des Sachverständigen M handele, noch vorhanden seien. Das von ihnen unter der Ziffer 32. gerügte weitgehende Fehlen der vertraglich geschuldeten gärtnerischen Gestaltung der Außenanlagen sei im Begehungsprotokoll M überhaupt nicht enthalten gewesen, sondern erst in der Klageerwidernug zusätzlich geltend gemacht worden. 10

Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 03.07.2002 eine weitgehende Mängelbeseitigung behauptet habe, sei ihr Vortrag ohne Substanz und damit unbeachtlich gewesen, zumal nicht angegeben worden sei, wann und durch welche Personen sowie in welcher Form die Behebung der Mängel erfolgt sei. Dass sie - die Beklagten - nach diesem kaum substantiierten Vorbringen der Klägerin nicht nochmals ausdrücklich die Durchführung der Nachbesserung bestritten hätten, rechtfertige es nicht, die angebliche Nachbesserung als unstreitig zu behandeln. 11

Auch bezüglich der Heizungsanlage sei schriftsätzlich klar behauptet worden, daß noch alle im Gutachten der Firma Q aufgeführten Mängel vorhanden seien. 12

Soweit die Klägerin dazu im Schriftsatz vom 03.07.2002 ausgeführt habe, die Mängel seien „längst beseitigt“, sei dies wiederum unsubstantiiert und deshalb unbeachtlich gewesen, da es auch insoweit an Vortrag dazu gefehlt habe, wann und von wem welche konkreten Mängelbeseitigungsarbeiten vorgenommenen worden seien. 13

Auch der Einwand, die Parteien hätten bei dem Heizungsgewerk Modifikationen zur ausgeschriebenen und durch die Funktionale Leistungsbeschreibung (Anlage 10 zur Klageerwidernug) belegten Leistung vereinbart, sei ohne Substanz und unrichtig gewesen. Auch hinsichtlich der Mängel an der Heizungsanlage habe daher allenfalls der Vortrag der Beklagten, nicht aber die behauptete Mängelbeseitigung als unstreitig behandelt werden dürfen. 14

Gleiches gelte hinsichtlich der zahlreichen Mängel an den Plattierungsarbeiten, die sie unter Bezugnahme auf das Abnahmebegehungsprotokoll D vorgetragen und durch die Einholung 15

eines Sachverständigengutachtens unter Beweis gestellt hätten. Auch dazu habe die Klägerin nicht annähernd hinreichend dargelegt, wann, durch wen und in welcher Form eine Mängelbeseitigung erfolgt sei. Auch insoweit habe die Kammer die Beseitigung der Mängel deshalb nicht als unstreitig behandeln dürfen, jedenfalls aber gemäß §139 ZPO einen - von ihnen vorsorglich erbetenen - richterlichen Hinweis auf die vermeintlich unzureichende Klageerwiderung erteilen müssen.

Soweit die Kammer den Vortrag in der Klageerwiderung als verspätet zurückgewiesen habe, sei dies nicht in verfahrensrechtlich ordnungsgemäßer Weise gemäß § 296 Abs. 1 ZPO erfolgt. 16

Auf die von ihm in Betracht gezogene Möglichkeit einer Zurückweisung habe das Gericht nicht hingewiesen und ihnen damit die Möglichkeit genommen, die Verspätung zu entschuldigen bzw. die Flucht in die Säumnis anzutreten. 17

Unter Berücksichtigung der eigenen Rechtsauffassung der Kammer zur Erheblichkeit des Vortrags der Beklagten seien die Zurückweisungs Voraussetzungen auch nicht erfüllt gewesen. Da die Darlegungen der Beklagten nach der Annahme der Kammer nicht erheblich gewesen seien, habe durch ihre Berücksichtigung das Verfahren nicht verzögert werden können. 18

Der Kammer könne auch nicht darin gefolgt werden, daß sie - die Beklagten - spätestens im Termin vom 17.07.2002 zu dem Vortrag der Klägerin aus dem Schriftsatz vom 02.07.2002 im einzelnen hätten Stellung nehmen müssen und es deshalb des im Termin beantragten Schriftsatznachlasses nicht mehr bedurft habe. Eine solche Erwartung der Kammer habe jedenfalls dann durch einen entsprechenden Hinweis verdeutlicht werden müssen, als um einen Schriftsatznachlaß gebeten worden sei. 19

Tatsächlich lägen die bereits erstinstanzlich vorgetragenen Mängel jedenfalls weitgehend immer noch vor. 20

Um insoweit weitere Gewißheit zu erlangen, hätten sie das Ingenieurbüro Q und die Sachverständigen M und D beauftragt, die Leistungen der Beklagten nochmals zu untersuchen, um festzustellen, ob und gegebenenfalls welche Nachbesserungen ausgeführt worden sind. Ausweislich der vorgelegten Ergänzungsgutachten des Sachverständigen D vom 22.10.2002 und vom 7.2.2003 in Verbindung mit der von diesem Sachverständigen in Auftrag gegebenen Analyse der Abdichtungsschicht unter einem Fliesenbelag durch den Sachverständigen T vom 7.11.2002, des Protokolls des Sachverständigen M über die erneute Besichtigung vom 30.10.2002 sowie des Begehungsprotokolls des Ingenieurbüros Q über die erneute Besichtigung vom 22. Oktober 2002 seien nicht nur die bereits bei der ersten Besichtigung festgestellten Mängel weitgehend noch vorhanden, sondern inzwischen auch weitere Mängel festzustellen. Wegen der insoweit im einzelnen gerügten Mängel wird auf den Inhalt der vorgenannten Gutachten/Protokolle und den schriftsätzlichen Vortrag hierzu verwiesen. 21

Hinsichtlich der Baustillegungskosten hätten sie sich in der Klageerwiderung weiteren Vortrag vorbehalten, weil sie davon ausgegangen seien, daß zunächst die Mängel und die Abnahmefähigkeit des Werkes der Klägerin aufzuklären seien. Unstreitig gestellt worden seien diese Ansprüche nicht. Angesichts der nicht gestellten Bürgschaft nach §§ 9 des Generalunternehmervertrages hätten sie sich nicht in Verzug befunden. Auf das wegen der fehlenden Bürgschaft bestehende Zurückbehaltungsrecht hätten sie sich mit Anwaltsschreiben vom 17.10.2000 zutreffend berufen. 22

Die Beklagten beantragen,	23
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.	24
Die Klägerin beantragt,	25
die Berufung zurückzuweisen.	26
Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil.	27
Die nicht innerhalb der gesetzten Frist eingegangene Klageerwiderung habe das Landgericht zu Recht nicht berücksichtigt. Angesichts der in ihrer Replik vom 03.07.2002 erfolgten Ausführungen zur Verspätung habe das Landgericht keine weitergehenden Hinweise erteilen müssen. Ohnehin habe die Hinweispflicht nicht den Sinn, einer von den Präklusionswirkungen des § 296 ZPO bedrohten Prozeßpartei die Flucht in die Säumnis zu ermöglichen.	28
Soweit in der Klageerwiderungsschrift nicht nur pauschal in unzulässiger Weise auf vorgelegte Privatgutachten Bezug genommen, sondern auf die von dem Sachverständigen M vorgetragenen Mangelpositionen schriftsätzlich eingegangen worden sei, fehle es völlig an der Beschreibung der für erforderlich gehaltenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen und der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten.	29
Soweit zweitinstanzlich ergänzend zu den Mängeln vorgetragen werde, handele es sich um unzulässiges neues Vorbringen.	30
Die gerügten Mängel lägen tatsächlich auch nicht vor.	31
Hinsichtlich des Gewerkes Heizung sei auf den Einbau der sogenannten Zonenventile kurz vor Beginn der Installationsarbeiten verzichtet worden. Der Einbau von Standardheizkörpern anstelle von raumhohen Röhrenradiatoren habe auf einer entsprechenden Anordnung der Beklagten im zweiten Quartal des Jahres 1999 beruht. Der Einsparungsbetrag sei den Beklagten gutgeschrieben worden. Die übrigen vom Ingenieurbüro Q gerügten Mängel lägen nicht vor.	32
Hinsichtlich des Gewerkes Fliesen- und Betonwerksteinarbeiten werde von den Beklagten auch zweitinstanzlich in unzulässiger Weise pauschal auf die Gutachten des Privatgutachters D verwiesen, ohne dazu schriftsätzlich im einzelnen vorzutragen. Räumlich seien die behaupteten Mängel nicht hinreichend konkret zugeordnet. Der Gutachter beschäftigten sich intensiv mit abgerissenen Silikonfugen und vergleichbaren Dingen, die keine Mängel, sondern normale Abnutzungsspuren darstellten.	33
Die im Erstgutachten des Sachverständigen M festgehaltenen Mängel seien, soweit zu Recht gerügt, ordnungsgemäß beseitigt worden.	34
Hinsichtlich des nicht nachgebesserten Mangels zu II. 11. der Klageerwiderungsschrift vom 31.5.2002 - insoweit besteht zwischen den Parteien Einigkeit über die Abgeltung durch einen Minderungsbetrag - sei abweichend vom Ansatz der Beklagten (400,00 EUR) ein Minderungsbetrag von 200,00 EUR angemessen. Hinsichtlich des Mangels zu II. 15 sei eine Nachbesserung wegen der Geringfügigkeit und des unverhältnismäßig hohen Aufwandes nicht zumutbar.	35

Die zu II. 30 der Klageerwidierungsschrift geforderte Absturzsicherung sei nicht geschuldet. Die Leistung sei weder ausgeschrieben noch kalkuliert noch beauftragt. Nicht geschuldet werde auch die jetzt als Position 33 geforderte Verkabelung.

Im übrigen seien die Mängelrügen entweder nicht anzuerkennen oder durch fachgerechte Mängelbeseitigungsarbeiten erledigt. 37

Die erstmals in zweiter Instanz erhobenen Einwände gegen die Ansprüche im Zusammenhang mit den beiden Baustillegungen seien als unzulässiges neues Vorbringen nicht zu berücksichtigen. Das behauptete Zurückbehaltungsrecht sei auch nicht schon im Zeitpunkt der Bautenstillegungen ausgeübt worden. 38

Wegen der Einzelheiten des weiteren Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze verwiesen. 39

II. 40

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Ersatz der Baustillegungskosten und zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch noch kein Anspruch auf den Restwerklohn zu. 41

Für das Berufungsverfahren gelten die seit dem 1.1.2002 gültigen Vorschriften der ZPO (§ 26 Nr. 5 EGZPO). 42

Für das Schuldverhältnis gilt das BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (Art. 229 § 5 EGBGB). 43

1. 44

Ein Anspruch auf Ersatz der Baustillegungskosten ergibt sich weder als Anspruch auf Ersatz von Verzugsschäden aus §§ 284, 286 BGB noch als Schadensersatzanspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B. Ein solcher Anspruch besteht nicht, weil die Beklagten sich während der Stilllegungszeiträume mit ihren Zahlungsverpflichtungen nicht in Verzug befanden. Die Klägerin war daher nicht berechtigt, ihre Arbeiten einzustellen. Die Ausführungsunterbrechungen sind deshalb auch nicht von den Beklagten nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu vertreten. 45

Unstreitig hatte die Klägerin die nach § 9 des Generalunternehmervertrages binnen 14 Tagen nach Vertragsunterzeichnung beizubringende Vertragserfüllungsbürgschaft zum Zeitpunkt der Einstellung ihrer Arbeiten nicht geleistet. Den Beklagten stand, weil es sich bei der Pflicht zur Gestellung der Bürgschaft um eine wesentliche und im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Zahlungspflicht der Beklagten stehende vertragliche Hauptleistungspflicht handelte, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB zu. Das bloße objektive Bestehen dieser Einrede hinderte den Eintritt des Schuldnerverzuges (vgl. BGH NJW 93, 2674). 46

Die Nichtleistung der Bürgschaft ist als zweitinstanzlich von den Beklagten neu vorgetragene Tatsache deshalb zu berücksichtigen, weil sie unstreitig ist. Der Senat folgt insoweit der Auffassung, daß die Ausschlussgründe des § 531 Abs. 2 Nr. 1 - 3 ZPO dann der Berücksichtigung neuen Tatsachenvorbringens in der Berufungsinstanz nicht entgegenstehen, wenn dieses Vorbringen unstreitig bleibt und eine Zurückweisung zu einer evident unrichtigen Entscheidung führen würde (wie hier der 18. Zivilsenat des hiesigen Oberlandesgerichts, Urteil vom 10. Februar 2003 - Aktenzeichen 18 U 93/02 - MDR 2003, 650, 651). 47

Da bei unstreitigem Sachvortrag eine Beweisaufnahme und damit ein über die reine Rechtsanwendung hinausgehender Aufwand des Berufungsgerichts nicht erforderlich wird, ist der mit der Regelung verfolgte Zweck, im Interesse einer straffen Verfahrensdurchführung den Tatsachenvortrag in erster Instanz zu konzentrieren und die Aufgabe des Berufungsgerichts im Wesentlichen auf die rechtliche Überprüfung zu beschränken, so wenig berührt, dass dem Gesichtspunkt der Schaffung materieller Gerechtigkeit der Vorrang gebührt.	48
2.	49
Der mit der Klage geltend gemachte Restwerklohnanspruch ist in Höhe von 300,00 EUR unbegründet und im übrigen mangels Fälligkeit zur Zeit nicht begründet.	50
a)	51
Im Hinblick auf den zu II. 11 der Klageerwidierungsschrift gerügten und von der Klägerin schon erstinstanzlich zugestandenen Mangel (unregelmäßiger Anschluß Drempel/Dachschräge innerhalb der Wohnung 14) besteht zwischen den Parteien Einigkeit, dass eine Mangelbeseitigung unverhältnismäßigen Aufwand erfordert und deshalb dieser Mangel durch einen Minderungsbetrag abzugelten ist.	52
Der Senat schätzt, wie im Senatstermin angekündigt und von den Parteien akzeptiert, den angemessenen Minderungsbetrag gem. § 287 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ZPO auf 300,00 EUR. In dieser Höhe ist daher die Klageforderung nicht begründet.	53
b)	54
Im übrigen ist die Klageforderung mangels Fälligkeit deshalb zur Zeit nicht begründet, weil eine Abnahme des Werks der Klägerin bislang nicht erfolgt ist und von den Beklagten auch zu Recht verweigert wird.	55
aa)	56
Der Werklohnanspruch des Unternehmers wird gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB fällig mit Abnahme des Werkes.	57
Eine solche Abnahme ist bislang von den Beklagten verweigert worden. Angesichts der in § 16 des Bauvertrages ausdrücklich vereinbarten förmlichen Abnahme kommt eine Abnahmefiktion nach § 12 Nr. 5 VOB/B nicht in Betracht.	58
Die Beklagten sind zur Abnahme auch nicht verpflichtet. Gem. § 12 Nr. 3 VOB/B kann wegen wesentlicher Mängel die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.	59
Ein solch wesentlicher Mangel ist hier in dem zu Ziff. II 30 der Klageerwidierungsschrift gerügten Fehlen eines Absturzeländers im Bereich vor dem Eingang der Videothek zu sehen.	60
Nach der Baubeschreibung, Titel 29, hatte die Klägerin insgesamt 26 PKW-Einstellplätze sowie die Gehwege um das Gebäude und den Bereich zwischen den Parkplätzen und dem Gebäude herzustellen. Unstreitig ist die höher liegende Platzfläche vor der Videothek, wie im ersten Begehungsprotokoll des Sachverständigen M auf Bild 84 festgehalten, mit Winkelmauern abgefangen. Der Höhenunterschied zwischen dem unmittelbar am Haus entlang führenden gepflasterten Weg und dem höhergelegenen Platz beträgt ca. 79 cm. Eine	61

- Absturzsicherung war zum Zeitpunkt der Begehung nicht vorhanden. Sie ist unstreitig auch in der Folgezeit nicht angebracht worden (siehe Bild N52 des Protokolls der Anschlußbesichtigung des Sachverständigen M).
- Vorstehender Sachverhalt war bereits erstinstanzlich unstreitig. Die Verantwortung für die fehlende Absturzsicherung hat die Klägerin stets nur mit rechtlichen Erwägungen verneint, denen im Ergebnis nicht zu folgen ist. 62
- Angesichts der Unstreitigkeit des Tatsachenvortrags war die Zurückweisung des Klageerwiderungsvorbringens gemäß § 296 ZPO wegen Überschreitung der gesetzten Erwidierungsfrist jedenfalls hinsichtlich dieses Mangels nicht gerechtfertigt, da zugestandenes und deshalb nicht beweisbedürftiges Vorbringen keine Verfahrensverzögerung zur Folge haben konnte. Die Zurückweisung entfaltet daher in der Berufungsinstanz keine bindende Wirkung nach § 531 Abs. 1 ZPO. 63
- Soweit das Landgericht in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen ist, dass die Klägerin sämtliche bei der Begehung am 5.2.2001 festgestellten Mängel beseitigt hat, entspricht dies, soweit die fehlende Absturzsicherung in Rede steht, eindeutig nicht dem eigenen Vorbringen der Klägerin. Diese Tatsachenfeststellung entfaltet angesichts ihrer offensichtlichen Unrichtigkeit daher ebenfalls ebenfalls keine Bindungswirkung nach § 529 Abs. 1 ZPO. 64
- Ob die Kammer im übrigen in verfahrensrechtlich nicht zu beanstandender Weise von der Unstreitigkeit des Klagevorbringens zur Beseitigung aller Mängel ausgegangen ist, kann dahingestellt bleiben. Bereits die fehlende Absturzsicherung rechtfertigte nämlich bereits die Abnahmeverweigerung, so dass es im Ergebnis auf das Vorhandensein weiterer Mängel nicht ankommt. 65
- Die Absturzsicherung gehörte entgegen der Auffassung der Klägerin auch ohne ausdrückliche Erwähnung zum geschuldeten Leistungsumfang. 66
- Die Klägerin hatte nach § 1 des Generalunternehmervertrages ein " komplettes funktionsfähiges Wohn - und Geschäftshaus... inklusive Außenanlagen " zu errichten. Dazu gehört auch ohne besondere vertragliche Hervorhebung die Herstellung derjenigen Anlagen, die für eine gefahrlose Benutzung erforderlich sind. Für die Außenanlagen gilt insoweit nichts anderes als für das Gebäude selbst. Die fehlende Absturzsicherung im Außenbereich ist deshalb nicht anders zu beurteilen als etwa ein fehlendes Balkongeländer. 67
- Die beschriebene Situation stellt sich auch als wesentlicher Mangel des von der Klägerin geschuldeten Werkes dar. 68
- Zwar ist der von den Beklagten realistisch auf 4.000,00 EUR netto zuzüglich Mehrwertsteuer geschätzte Kostenaufwand für die notwendige Herstellung des erforderlichen Geländers auf einer Länge von 25 Metern im Vergleich zu den Gesamtkosten der Baumaßnahme von mehr als 3 Mio. DM nicht sehr gewichtig. 69
- Für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel wesentlich im Sinne des § 12 Nr. 3 VOB/B ist, kann jedoch nicht allein auf die Relation von Gesamtbaukosten und Nachbesserungskosten abgestellt werden. Es bedarf vielmehr einer Abwägung des Interesses des Auftragnehmers, die mit der Abnahme verbundenen Rechtsfolgen herbeizuführen, mit dem Interesse des Auftraggebers an einer möglichst vollständigen Erfüllung der vertragsgerechten Leistung vor Zahlung der Vergütung. Tritt bei dieser Abwägung der beiderseitigen Interessen die Bedeutung des Mangels soweit zurück, daß es für den Auftraggeber zumutbar ist, eine 70

zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten, so darf er die Abnahme nicht verweigern (vgl. Ingenstau/Korbion; VOB, 14. Aufl., § 12 VOB/B Nr. 107). Bei dieser Abwägung ist nicht allein auf die Kosten, sondern entscheidend auch auf die Bedeutung des Mangels für die Gebrauchstauglichkeit des Werkes abzustellen. Bei wie hier-sicherheitsrelevanten Mängeln, aus denen sich ein nicht unerhebliches Gefahrenpotential für die Nutzer und Besucher des Objekts ergibt und dem Auftraggeber im Schadensfall droht, als Verkehrssicherungspflichtiger in Anspruch genommen zu werden, überwiegt dessen Interesse derart, dass die Abnahmeverweigerung gerechtfertigt ist.	
bb)	71
Die Klage ist auch insoweit, als die weitergehende Werklohnforderung sich gegen den Beklagten zu 2) richtet, nicht endgültig, sondern nur als zur Zeit mangels Fälligkeit unbegründet abzuweisen.	72
Eine endgültige Klageabweisung käme nur in Betracht, wenn der vom Landgericht bejahte Schuldbeitritt des Beklagten zu 2) zu den vertraglichen Verpflichtungen des Bekl. zu 1) nicht vorläge.	73
Einen Schuldbeitritt hat die Kammer aber im Ergebnis zu Recht bejaht.	74
Ein solcher Beitritt ergibt sich jedenfalls aus der im Schreiben der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 27.10.2000 bestätigten Vereinbarung der Parteien vom 26.10.2000, in der sich die " T2 GbR " im Zusammenhang mit den Verhandlungen über eine Fortführung des Bauvorhabens zur Zahlung eines Ausgleichsbetrages und die Klägerin sich im Gegenzuge verpflichtete, auch den Beklagten zu 2) "in Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Auftraggeber" in ihre Vertragserfüllungsbürgschaft aufzunehmen.	75
Auf die Berufung der Beklagten ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage teilweise als unbegründet und teilweise als zur Zeit nicht begründet abzuweisen.	76
II.	77
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die sonstigen Nebenentscheidungen auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	78
III.	79
Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert (§ 543 ZPO).	80