

---

**Datum:** 28.06.2005  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 21 U 4/04  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2005:0628.21U4.04.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 18 O 572/02

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten zu 1 und 3 wird das am 20.11.2003 verkündete Urteil des Landgerichts Essen teilweise abgeändert.

Die gegen die Beklagten zu 1 und 3 gerichtete Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sowie die den Beklagten zu 1 und 3 in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten werden dem Kläger auferlegt. Die Entscheidung über die übrigen erstinstanzlichen Kosten bleibt dem abgetrennten Berufungsverfahren 21 U 89/05 vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten zu 1 und 3 durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht diese vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Gründe:

I.

Die vom Kläger verwaltete Insolvenzschuldnerin führte im Jahre 2000 für die Erstbeklagte, deren Gesellschafterinnen die Zweit- und die Drittbeklagte sind, die Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten an insgesamt 38 Einfamilienhausneubauten der Siedlung "B Z " in F aus.

Aus dem zugrundeliegenden Pauschalpreisvertrag über insgesamt 637.958,00 DM zzgl. MWSt. macht der Kläger restliche Vergütung in Höhe von 100.413,05 DM einschl. MWSt. = 51.340,48 € nebst Zinsen in Höhe von 1 Prozentpunkt über der Spitzenrefinanzierungsfazilität der EZB seit dem 5.12.2000 geltend.

Nach Erteilung der Schlußrechnung hatte die Erstbeklagte noch ausstehende Restarbeiten und Mängel gerügt und, nachdem die Schuldnerin in der Folgezeit das Insolvenzverfahren beantragt hatte, schließlich den Vertrag noch vor Verfahrenseröffnung fristlos gekündigt. Sie verweigert die Restzahlung unter Berufung auf bereits aufgewendete Restfertigstellungs- und Mängelbeseitigungskosten sowie noch bestehende Mängel.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Der Vergütungsanspruch ergebe sich entweder aus § 631 BGB, wenn die Arbeiten bereits vor der Kündigungserklärung vollständig und mangelfrei erbracht gewesen seien und die Schlußrechnungsforderung infolgedessen bereits fällig gewesen sei, oder ansonsten aus § 649 BGB. Die Kündigungserklärung der Erstbeklagten sei nämlich nicht als außerordentliche Kündigung berechtigt gewesen. Für eine mängelbedingte Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B fehle es an der erforderlichen Ablehnungsandrohung, die auch nicht entbehrlich gewesen sei. Eine insolvenzbedingte Kündigung gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B komme nicht in Betracht, weil diese Klausel der VOB/B im Vertrag nicht in Bezug genommen sei. Die Forderung sei auch nicht – wie von den Beklagten erstinstanzlich ebenfalls eingewendet – verjährt. Schließlich komme eine Aufrechnung mit Gewährleistungsansprüchen nicht in Betracht. Eine solche Aufrechnung sei gemäß § 95 Abs. 1 S. 3 InsO ausgeschlossen, weil auf Geld gerichtete Ansprüche der Erstbeklagten im Zeitpunkt des Fälligwerdens der Schlußrechnungsforderung noch nicht bestanden hätten, sondern allenfalls Ansprüche auf Mängelbeseitigung, die nicht gleichartig i. S. d. § 387 BGB seien. Die Gewährleistungsrechte der Erstbeklagten seien auch keine Masseverbindlichkeiten, weil der Kläger zwar gemäß § 103 Abs. 1 InsO Erfüllung gewählt, die Erstbeklagte den Erfüllungsanspruch der Masse aber durch die Aufrechnung rückwirkend zerstört habe.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Erwägungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit der Berufung machen die Beklagten geltend:

Die VOB/B sei vollständig in den Vertrag einbezogen worden. Der Kläger habe keine Erfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO getroffen. Eine Berücksichtigung von Gewährleistungsrechten scheitere nicht an § 95 Abs. 3 S. 1 InsO, weil es sich nicht um eine Aufrechnung, sondern um eine Verrechnung von unselbständigen Rechnungsposten handele. Ein Vergütungsanspruch stehe dem Kläger mangels Erfüllungswahl ohnehin nicht mehr zu, sondern allenfalls ein Bereicherungsanspruch. Dabei seien die bestehenden Mängel wertmindernd in Abzug zu bringen, gleich ob materiell-rechtlich auf Geldzahlung gerichtete oder nur Nachbesserungsansprüche bestünden. Die Werkleistung der Insolvenzschuldnerin

sei mit schwerwiegenden Mängeln (s. im einzelnen S. 8-10 der Berufungsbegründung) behaftet gewesen, deren Beseitigung einen die Klageforderung übersteigenden Aufwand erfordere. Beweispflichtig für das Nichtvorliegen der Mängel sei der Kläger, weil sie wiederholt gerügt worden seien und daher eine Abnahme durch Ingebrauchnahme nicht angenommen werden könne. Ferner sei die ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B gerechtfertigt gewesen. Der Schuldnerin habe daher für die bis zur Kündigung noch nicht erbrachten Restarbeiten keine Vergütung zugestanden, was dazu führe, daß mangels Abrenzung von erbrachten und nicht erbrachten Leistungen die Klage insgesamt unschlüssig sei. Schließlich habe das Landgericht die Voraussetzungen der von ihm herangezogenen Anspruchsgrundlagen nicht vollständig festgestellt. Bei § 649 BGB fehle es an Feststellungen zu ersparten Aufwendungen, bei § 631 BGB zum Umfang der erbrachten Leistungen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Der Vergütungsanspruch der Schuldnerin ergebe sich aus § 631 BGB, weil die Leistung bei Schlußrechnungserteilung vollständig und mängelfrei erbracht gewesen und gemäß § 12 Nr. 5 VOB/B schlüssig abgenommen worden sei. Eine Kündigung sei nach diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich und zudem mangels Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auch nicht aus wichtigem Grund gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B gerechtfertigt gewesen. Auf § 8 Nr. 2 VOB/B könne die Kündigung ebenfalls nicht gestützt werden, weil die Insolvenz nicht das Motiv für sie gewesen sei. Eine Verrechnung von Gewährleistungsansprüchen komme nicht in Betracht, weil die Werkleistung nicht als insgesamt mangelhaft zurückgewiesen worden sei. Ein Abrechnungsverhältnis sei auch nicht durch Insolvenzeröffnung und Erfüllungsverweigerung des Klägers entstanden, weil infolge der bereits erfolgten Fertigstellung kein Erfüllungswahlrecht mehr bestanden habe. Selbst wenn ein – freies – Kündigungsrecht der Erstbeklagten noch bestanden habe, hätte das Nachbesserungsrecht der Schuldnerin fortbestanden. Die behaupteten Mängel lägen aber auch nicht vor. Die Ausführung habe den Vorgaben des Herstellers des Dachsystems entsprochen. Für dieses System habe sich die Erstbeklagte bewußt und nach Aufklärung über bestehende Risiken entschieden.

Nachdem während des Berufungsrechtszuges über das Vermögen der Zweitbeklagten das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, ist der Rechtsstreit insoweit durch Senatsbeschluß vom 14.6.2005 abgetrennt und unter dem Aktenzeichen 21 U 89/05 fortgeführt worden. Er ist gegenwärtig gemäß § 240 ZPO unterbrochen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. X und Vernehmung der Zeugen E, N, T1, T, N, K, T2 und T3. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle vom 8.6.2004 und vom 28.6.2005 verwiesen.

II. 13

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. 14

Ob sich ein Restvergütungsanspruch der Insolvenzschuldnerin aus § 631 BGB i. V. m. § 16 Nr. 3 VOB/B oder nach Kündigung durch die Erstbeklagte aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B i. V. m. § 649 BGB, aus § 8 Nr. 2 Abs. 2 i. V. m. § 6 Nr. 5 VOB/B oder aufgrund Abrechnung gemäß § 8 Nr. 3 i. V. m. Nr. 6 VOB/B ergab, kann offenbleiben. Die Voraussetzungen einer dieser Anspruchsgrundlagen lagen nämlich dem Grunde nach jedenfalls vor; daß die geltend gemachte Forderung – vorbehaltlich der Reduzierung durch Gegenforderungen – auch der Höhe nach berechtigt war, haben die Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig gestellt. 15

Der Vergütungsanspruch in Höhe von 51.340,48 € ist jedoch durch Verrechnung mit Mängelgewährleistungsansprüchen (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) vollständig aufgezehrt worden.	16
1.	17
Wie der dem Senat aus langjähriger Tätigkeit als qualifiziert und erfahren bekannte Sachverständige Dipl.-Ing. X überzeugend ausgeführt hat, sind die von der Insolvenzschuldnerin hergestellten Dächer mit Mängeln behaftet, die auch jetzt noch vorliegen. Diese Mängel liegen darin, daß notwendige und auch vom Systemhersteller vorgesehene Fugenbänder im Bereich der Sparren fast durchweg nicht eingebaut worden sind. Insbesondere in den jeweiligen sog. Endfeldern der Dächer, wo nach den Feststellungen des Sachverständigen der erste Sparren unmittelbar am Wandputz anliegt, führt das zu Einzwängungen mit der Folge, daß bei den naturgegebenen, temperaturbedingten Materialausdehnungen deutliche Knackgeräusche entstehen. Solche Knackgeräusche stellen eine beträchtliche Störung für die Hausbewohner und damit eine erhebliche Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Werkleistung der Insolvenzschuldnerin dar.	18
Auch wenn der Sachverständige seine Feststellungen nicht aufgrund einer Eröffnung sämtlicher 38 Dächer, sondern nur aufgrund von – mehreren – Stichproben getroffen hat, ist der Rückschluß auf die Mangelhaftigkeit sämtlicher Dächer gerechtfertigt. Angesichts der gleichartigen Ausführung der Dächer besteht kein Anlaß zu der Annahme, daß die Stichproben nicht repräsentativ gewesen sein könnten. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß es sich bei den gefundenen Ausführungsfehlern um vereinzelte Ausnahmen handelt.	19
2.	20
Die Beseitigung der Mängel erfordert nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen, selbst wenn sie sinnvollerweise zunächst auf die sog. Endfelder der Dächer beschränkt wird, einen Kostenaufwand von brutto mehr als 2.900 € pro Haus. Dieser beruht darauf, daß für die notwendige Nachrüstung der Fugenbänder die Dächer geöffnet werden müssen, wobei es sich zudem um einen nach Stundenaufwand abzurechnende Leistung handelt.	21
Bei einer Anzahl von 38 zu sanierenden Dächern ergeben sich daraus Gesamtkosten für die Mängelbeseitigung in Höhe von mehr als 110.000 €. Dies ist mehr als das Doppelte der offenstehenden Restvergütung. Es kann deshalb offenbleiben, ob die weiteren von den Beklagten behaupteten Mängel im Bereich der Dämmungen an den Giebelanschlüssen – die im wesentlichen bereits beseitigt sein sollen – ebenfalls vorliegen bzw. vorgelegen haben.	22
3.	23
Die Erstbeklagte konnte wegen der Mängelbeseitigungskosten auch einen auf Geldersatz gerichteten Anspruch geltend machen. Daß sie der Insolvenzschuldnerin oder dem Kläger nicht die Ablehnung von Nachbesserungsarbeiten angedroht bzw. bezüglich der fraglichen Knackgeräusche ggf. nicht einmal gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert hat, steht dem nicht entgegen.	24
Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine Nachbesserungsaufforderung möglicherweise von Anfang an wegen der Schwere der Mängel und des dadurch erschütterten Vertrauens in die Leistungsfähigkeit der Insolvenzschuldnerin unzumutbar war.	25

Jedenfalls nämlich ist eine Nachbesserungsaufforderung nachträglich dadurch entbehrlich geworden, daß der Kläger die Verantwortlichkeit der Insolvenzschuldnerin für die Mängel beharrlich von sich gewiesen hat. Noch im Berufungsverfahren, nachdem der Sachverständige X im Senatstermin vom 8.6.2004 die wahrscheinlichen Mängelursachen erläutert hatte, hat der Kläger im Schriftsatz vom 27.8.2004 weiterhin den Standpunkt eingenommen, daß die Mängel systembedingt und die Eigenschaften des gewählten Dachsystems von der Erstbeklagten bewußt in Kauf genommen worden – und daher hinzunehmen – seien. Das war zum einen deshalb unvertretbar, weil ein Bedenkenhinweis gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B in der erforderlichen konkreten und deutlichen Form niemals konkret vorgetragen worden war. Zum anderen hatte der Sachverständige X im Senatstermin vom 8.6.2004 auch dargelegt, daß die Fugenbänder, deren Fehlen als Ursache der Knackgeräusche in Betracht komme, in den Systemskizzen durchaus vorgesehen seien, der Mangel also *nicht* systembedingt sei. Angesichts dessen stellte sich aus Sicht der Erstbeklagten das fortdauernde Bestreiten der Mängelverantwortung durch den Kläger spätestens seit dessen Schriftsatz vom 27.8.2004 als Verhalten dar, das eine ausdrückliche Nachbesserungsaufforderung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B sinnlos erscheinen ließ.

4. 27

Der Berücksichtigung des Gegenanspruchs der Erstbeklagten, mag er auch nach den obigen Ausführungen erst lange nach Insolvenzeröffnung in einen Geldanspruch übergegangen sein, steht § 95 Abs. 3 S. 1 InsO nicht entgegen. 28

Es handelt sich nämlich nicht um eine Aufrechnung, sondern um eine sog. Verrechnung, die dazu führt, daß der Vergütungsanspruch des Werkunternehmers auch ohne ausdrückliche Erklärung des Auftraggebers von vornherein nur in der um den Gegenanspruch reduzierten Höhe ("Saldierung") besteht. Entgegen der Auffassung des Klägers ist der Anwendungsbereich der sog. Verrechnung im Werkvertragsrecht nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Auftraggeber die Werkleistung insgesamt zurückweist, sondern erstreckt sich auf alle auf Mängeln beruhenden Gegenansprüche (vgl. BGH VII ZR 161/00 – Nichtannahmebeschuß vom 5.4.2001 – bei OLG Naumburg BauR 2001, 1615; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 11. Aufl., Rn. 2577) allenfalls mit Ausnahme solcher wegen entfernter Mangelfolgeschäden, um die es hier aber nicht geht. 29

Selbst wenn man dem nicht folgt, würde das Aufrechnungsverbot des § 95 Abs. 3 S. 1 InsO jedoch nicht eingreifen, weil es für wechselseitige Ansprüche, die aus demselben gegenseitigen Vertragsverhältnis herrühren und miteinander im Zusammenhang stehen, nicht gilt (vgl. Ingenstau/Korbion/Vygen, VOB, 15. Aufl., Rn. 39 zu § 8 Nr. 2 VOB/B; MüKo/Brandes, InsO, Rn. 17 a. E. zu § 95; Wellensiek BauR 2005, 186, 196). Die Gegenauffassung (Koenen BauR 2005, 202, 216) überzeugt nicht, weil die Berücksichtigung der Gegenforderungen keine ungerechtfertigte Bevorzugung des Auftraggebers gegenüber anderen "vertragstreuen" Insolvenzgläubigern darstellt, sondern vielmehr in der Nichtberücksichtigung eine ungerechtfertigte Bevorzugung des mangelhaft leistenden und damit "vertragsuntreuen" Insolvenzschuldners liegen würde. 30

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den § 91 Abs. 1 (soweit eine Kostenentscheidung angesichts der Abtrennung getroffen werden konnte), 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. 31

