
Datum: 16.07.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 155/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0716.12U155.03.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 15 O 22/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 11. November 2003 verkündete Urteil des Einzelrichters der 15. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Bochum abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen, in Höhe eines Teilbetrags von 381.362,29 € aber nur als zur Zeit nicht begründet.

Die Streithelferin der Klägerin trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

I.

2

Die Klägerin verlangt restlichen Werklohn aus einem im Januar 1999 mit der Beklagten geschlossenen VOB/B-Vertrag über den Um- und Ergänzungsneubau der Kaufmännischen Berufsschule I in C. Auftraggeberin der Beklagten war die Stadt C. Planung und Überwachung des gesamten Bauvorhabens oblagen der Fa. T GmbH.	3
Zu dem beauftragten Leistungsumfang gehörten neben dem Umbau der vorhandenen Gebäude (Bauteile A und C) der Neubau eines Klassentrakts (Bauteile E und F), eines Verbindungsgebäudes, des sog. Forums (Bauteil B), und einer Turnhalle (Bauteil D). Sämtliche neuen Bauteile sollten Aluminium-Flachdächer des Systems KAL-ZIP erhalten. Die Dächer der Bauteile E und F sollten dabei als belüftete Kaltdächer, die Dächer der Bauteile B und D als Warmdächer auf Stahltrapezblechen mit umlaufender Attika und innenliegenden Dachrinnen ausgeführt werden. Nach Position 5.02.01 bzw. 5.02.11 des Leistungsverzeichnisses sollten die Tragschalen der letztgenannten Dächer aus Trapezstahlblech mit einer Neigung "über 3 bis 7 Grad" erstellt werden. Position 5.02.18 beschrieb die einzubringende Dampfsperrschicht als 3,5 mm dicke Elastomer-Bitumen-Schweißbahn mit Alu-Einlage des Fabrikats BAUDER Super AL-E oder gleichwertig; laut Position 5.02.23 war eine 7 mm dicke kaschierte Gitterbahn mit Drainageschicht des Fabrikats BAUDER TOP VENT 02 einzubringen.	4
Die Dacharbeiten wurden im Wesentlichen von der Streithelferin der Klägerin, der Fa. N GmbH, als Subunternehmerin ausgeführt.	5
Am 30.05.00 erfolgte die Teilabnahme der Rohbau -, Zimmerer-, Vollwärmeschutz- und Stahlbauarbeiten. Am 07.08.00 wurden die an den Bauteilen E und F erbrachten Dachdecker- und Klempnerarbeiten abgenommen. Zu einer förmlichen Abnahme der Dacharbeiten an den Bauteilen B und D kam es nicht. Die Beklagte beanstandete u.a., dass die Dächer dieser beiden Bauteile flacher als im Leistungsverzeichnis vorgesehen ausgeführt worden seien, dass die ausgeschriebene kaschierte Gitterbahn fehle und die Dampfsperrschicht aus anderem als dem ausgeschriebenen Material erstellt worden sei.	6
Die Beklagte leitete im Jahr 2000 ein selbständiges Beweisverfahren – 12 OH 1/00 LG Bochum - gegen die Klägerin u.a. ein, in dem der Sachverständige T am 30.08.00 ein schriftliches Gutachten erstattete, welches er am 27.02.01 vor dem Landgericht mündlich erläuterte. Die tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen, deren Richtigkeit insoweit von den Parteien nicht in Zweifel gezogen wurden, ergaben u.a. Folgendes: Die Neigung des Daches des Bauteils B (Forum) lag bei max. 2,4 °, jene des Daches des Bauteils D (Turnhalle) bei 0,7 °. Eine kaschierte Gitterbahn war nicht vorhanden; als Dampfsperre war ein Produkt "Daco SK" eingebaut. Statt Traufenfüllern waren Traufendichtbänder eingesetzt; Notüberläufe und eine Rinnenheizung fehlten.	7
Die als fehlend gerügten Traufenfüller baute die Klägerin bzw. ihre Subunternehmerin nachträglich ein.	8
Die Schlussrechnung der Klägerin vom 27.02.01 wies eine Gesamtvergütung von 7.548.433,36 DM und einen offenen Vergütungsrest von 1.806.433,36 DM aus. Die Rechnungsprüfung durch die Fa. T GmbH ergab einen Restbetrag von 1.237.684,91 DM. Die Kl. akzeptierte die Kürzungen teilweise und gelangte so zu einem Restvergütungsanspruch i.H.v. 1.418.787,19 DM, umgerechnet 725.414,32 €.	9
Am 27.06.01 sowie am 31.07./01.08.02 kam es zu Wassereinbrüchen in den neuen Bauteilen B und D. Bereits Ende 2001, also vor dem zweiten Wassereinbruch, waren die ursprünglich nicht vorhandenen Notüberläufe eingebaut worden.	10

Die Bekl. ließ im August 2002 – nach Teilkündigung des Bauvertrags - das Dach des Bauteils D (Turnhalle) durch die Fa. X GmbH erneuern. In Abweichung von dem zwischen den Parteien vereinbarten Dachaufbau wurde das Dach nicht mehr mit Aluminium-Tafeln abgedeckt, sondern mit Schweißbahnen fugenlos bis zur Attika eingedichtet. Die Kosten beliefen sich auf 29.869,02 € zzgl. MWSt (d.s. 34.648,06 €). 11

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, der Restwerklohn sei fällig. Es sei von einer fiktiven Abnahme der Dacharbeiten an den Bauteilen B und D auszugehen. Diese Leistungen seien abnahmereif, auch wenn sie teilweise vom Leistungsverzeichnis abwichen. Hinsichtlich der gerügten Dachneigung schreibe das Leistungsverzeichnis keinen bestimmten Neigungswinkel fest, weil in Pos. 3.01.01 und 3.01.02 die Stahlunterkonstruktion lediglich als "leicht geneigtes Flachdach" beschrieben sei. Außerdem hat die Klägerin darauf hingewiesen, dass ihre aufgrund entsprechender Architektenpläne erstellten Werkstattzeichnungen, aus denen die tatsächlich erstellte Dachneigung hervorgegangen sei, von der Fa. T GmbH zur Ausführung freigegeben worden seien. Die eingebrachte Dampfsperrschicht sei dem ausgeschriebenen Produkt gleichwertig und entspreche den anerkannten Regeln der Technik. Nach Auffassung der Klägerin kann sich die Beklagte auf den diesbezüglichen etwaigen Mangel nicht mehr berufen, nachdem sie das verwendete Produkt im selbständigen Beweisverfahren ausdrücklich akzeptiert habe. Dass die kaschierte Gitterbahn fehle, begründe keinen Mangel, weil der Einbau einer solchen Schicht wegen der notwendigen Durchlöcherung an den zahlreichen Befestigungspunkten nicht nützlich, sondern sogar eher schädlich gewesen sei. Außerdem habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte auf den Einbau dieser Schicht auch an den Bauteilen B und D verzichte, nachdem bei einer Besprechung am 22.10.99 Einigkeit erzielt worden sei, dass die Dächer der Bauteile E und F ohne eine solche Unterspannbahn ausgeführt werden sollten. 12

Die Klägerin hat zunächst im Mahnverfahren einen Restwerklohn in Höhe von 725.414,32 € nebst Zinsen geltend gemacht, sodann die Klage auf einen Betrag von 724.771,17 € reduziert. Nachdem die Beklagte am 06.12.01 einen weiteren Betrag von 263.315,32 € gezahlt hat, haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt. 13

Über einzelne streitige Rechnungspositionen im Werte von 51.761,85 € nt. haben sich die Parteien dahingehend außergerichtlich geeinigt, dass die Beklagte hierauf 12.973,60 € netto zu zahlen hat. Aufgrund dessen hat die Klägerin ihren Restwerklohn – unter Außerachtlassung der Zahlung vom 06.12.01 - mit dem nunmehr unstreitigen Betrag von 680.438,49 € berechnet. Wegen des Differenzbetrags zur ursprünglichen Klageforderung von 724.771,17 € in Höhe von 44.332,63 € haben die Parteien den Rechtsstreit gleichfalls übereinstimmend für erledigt erklärt. 14

Die Klägerin hat – nach der nicht angegriffenen landgerichtlichen Auslegung des Klagebegehrens – beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 417.123,22 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank (SFR-Satz) aus 724.771,17 € seit dem 06.09.01 bis zum 06.12.01 und aus 417.123,22 € seit dem 07.12.01 zahlen. 15

Die Streithelferin der Klägerin, die in erster Instanz keinen Antrag gestellt hat, hat darauf hingewiesen, dass die tatsächliche Dachausführung den ihr vorgelegten Vertragsunterlagen und Plänen entsprach. 16

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 17

18

Sie hat die Ansicht vertreten, der Restwerklohn sei mangels Abnahme und Abnahmereife nicht fällig. Der von der Klägerin bzw. ihrer Subunternehmerin ausgeführte Dachaufbau sei allein wegen der unstreitigen Abweichungen von den vertraglichen Vereinbarungen mangelhaft. Hinsichtlich der Dachneigung weist sie darauf hin, dass sich aus den in den Positionen 3.01.01 und 3.01.02 enthaltenen Maßvorgaben ein Neigungswinkel von sogar 9,88 ° errechnen lasse. Die als Dampfsperre eingebaute Folie sei der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Schweißbahn nicht gleichwertig; auf die Gitterbahn sei bei den Bauteilen B und D nie verzichtet worden. Zur Untermauerung der vorgetragenen Mangelhaftigkeit hat die Beklagte außerdem ein Privatgutachten des Dr. G vom 22.04.03 vorgelegt.

Die Beklagte hat behauptet, die Sanierung beider Dächer gemäß den vertraglichen Vereinbarungen hätte insgesamt 277.685,85 € gekostet. Mit den Kosten der zwischenzeitlich erfolgten Überarbeitung des Turnhallendachs in Höhe von 34.648,06 € incl. MWSt. hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt. 19

Hilfsweise hat die Beklagte folgende weitere Positionen zur Aufrechnung gestellt: 20

- die Vergütung überflüssiger Traufendichtbänder in Höhe von 1.315,91 €, 21

- Mehrkosten für den nachträglichen Einbau einer Rinnenheizung in Höhe von 1.028,-- €, 22

- Mehrkosten für den nachträglichen Einbau von 8 Notüberläufen in Höhe von 4.159,94 € sowie von Überläufen an den Glasfassaden in Höhe von 582,-- €, 23

- Schadensersatz wegen des Wassereinbruchs vom 26.07.01 in Höhe von 77.739,41 €. Hierzu hat die Bekl. behauptet, die Wassereinbrüche seien auf die vorgetragenen Mängel der Dächer zurückzuführen. 24

Mit Urteil vom 11.11.03 hat das Landgericht Bochum – nach Anhörung des Sachverständigen T – unter Abweisung der weitergehenden Klage die Beklagte zur Zahlung von 411.231,31 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz, höchstens aber 5 % Zinsen über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank aus 680.438,54 € seit dem 21.11.01 bis zum 06.12.01 und aus 411.231,31 € seit dem 07.12.01 verurteilt. 25

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Der Werklohnanspruch der Klägerin sei fällig, weil ihre Leistung abnahmefähig sei. Der Dachaufbau sei nicht mangelhaft. Dass er teilweise vom Vertrag abweiche, sei unerheblich, da nach den Feststellungen des Sachverständigen T die Abweichungen weder minderwertig noch funktionsbeeinträchtigend seien. 26

Dass die Wassereinbrüche von der Klägerin zu verantworten seien, lasse sich nicht feststellen, insbesondere auch nicht die Ursächlichkeit der zur Zeit des ersten Schadensfalls noch fehlenden Notüberläufe. 27

Gegenansprüche der Bekl. seien begründet hinsichtlich der Mehrkosten für die Rinnenheizung in Höhe von 1.028,-- €, hinsichtlich der Kosten für die Traufenfüller nur in Höhe von 695,75 € und hinsichtlich der Mehrkosten für die Anbringung der Notüberläufe in Höhe von 4.168,16 €. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Urteilsgründe wird auf die gewechselten Schriftsätze und das angefochtene Urteil Bezug genommen. 29

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt.	30
Zur Begründung führt sie – unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens - im Wesentlichen Folgendes aus:	31
Das Landgericht habe den Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt, es hätte dem Sachverständigen T insbesondere das Privatgutachten des Dr. G vom 22.04.03 vorhalten bzw. ein Obergutachten einholen müssen.	32
Die Beklagten meint weiterhin, das Werk der Klägerin sei nicht abnahmereif. Die Abweichungen der tatsächlichen Dachausführung von der vertraglichen Soll-Beschaffenheit hinsichtlich Dachneigung, Dampfsperre und Gitterbahn stellten einen wesentlichen Mangel dar. Die Beklagte behauptet, der ausgeschriebene Dachaufbau hätte das Risiko von Wassereinbrüchen weiter minimiert. Sie hebt außerdem hervor, dass ihre eigene Auftraggeberin, die Stadt C, mit der tatsächlichen Ausführung der Dächer der Bauteile B und D durch die Klägerin nicht einverstanden ist bzw. war und dass, was die Klägerin bestreitet, Gewährleistungsansprüche der Stadt noch nicht verjährt seien.	33
Die mit Schriftsatz vom 02.03.05 erstmals aufgestellte Behauptung, an den Dächern der Bauteile B und D fehlten zudem vertraglich geschuldete Thermokappen, hat die Beklagte im Senatstermin am 22.06.05 fallen gelassen.	34
Mit Schriftsatz vom 11.04.05 hat die Beklagte, gestützt auf eine zuvor eingeholte Stellungnahme des Privatgutachters Dr. G vom 18.03.05, gerügt, dass die Befestigungs-Klippstege lose, die "Bauderbahnen" wellig verlegt und in den Rinnen falsch verklebt sowie die Rinnen unvollständig verschweißt seien (768f.; BA: SvG).	35
Die Beklagte hält an der Aufrechnung mit den Kosten der durchgeführten Sanierung des Turnhallendachs in Höhe des Nettobetrags von 29.869,02 € fest, wobei sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 21.06.06 klargestellt hat, dass es sich um eine Hauptaufrechnung handelt.	36
Aufrecht erhalten bleibt auch die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch aufgrund des Wassereinbruchs von Juni 01 in Höhe von 77.739,41 €. Nach der bestrittenen Darstellung der Beklagten forderte sie die Klägerin vor dem Schadensfall vergeblich zur Einbringung der Notüberläufe, deren Fehlen für den Wassereinbruch ursächlich gewesen seien, auf.	37
Hinsichtlich der Traufenfüller vertritt die Beklagte die Ansicht, der gesamte Betrag der überflüssigen Traufendichtbänder in Höhe von 2.573,69 DM netto sei von der Vergütungsforderung der Klägerin abzusetzen. Es handele sich um einen überflüssigen Aufwand, der bei vertragsgerechtem Verhalten der Klägerin nicht angefallen wäre.	38
Die Beklagte beantragt,	39
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen	40
und "ergänzend"	41
die angefochtene Entscheidung aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.	42
Die Klägerin und ihre Streithelferin beantragen,	43

die Berufung zurückzuweisen.	44
Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	45
Die Klägerin ist weiterhin der Ansicht, soweit überhaupt Abweichungen von der vertraglichen Soll-Beschaffenheit festzustellen seien, liege darin kein Mangel, weil sie nicht mit einer Funktionsbeeinträchtigung, insbesondere im Hinblick auf die Dichtigkeit des Daches, verbunden seien. Das habe das Landgericht aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen zutreffend festgestellt.	46
Die Kosten für die Überarbeitung des Turnhallendachs durch ein Drittunternehmen hält die Klägerin nicht für erstattungsfähig, weil der dabei erstellte Dachaufbau unstreitig anders sei als von der Klägerin geschuldet. Zumindest sei ein erhebliches Planungsverschulden zu berücksichtigen.	47
Der Auflage des Senats, im Hinblick auf die Teilkündigung des Bauvorhabens die Klageforderung nach Bauteilen aufzuschlüsseln, ist die Klägerin nicht nachgekommen. Sie hat darauf hingewiesen, dass die eingeklagte Vergütungsforderung aufgrund gemeinsamer Prüfung der einheitlichen Schlussrechnung einvernehmlich festgelegt worden sei, sich daher nicht auf bestimmte Bauteile und bestimmte Arbeiten beziehe.	48
Die Streithelferin der Klägerin stellt u.a. die Ursächlichkeit der von ihr erstellten Dachaufbauten für die Wassereintritte in Abrede. Dass die anfangs fehlenden Notüberläufe für den Wassereintritt im Juni 01 nicht ursächlich gewesen seien, ergebe sich daraus, dass es andernfalls im Juli 02 nach Montage der Notüberläufe nicht zum erneuten Wassereinbruch gekommen wäre. Sie weist außerdem darauf hin, dass es am 13.09.99 eine Besprechung zwischen ihr, der Klägerin und einem Mitarbeiter der Fa. T GmbH gegeben habe, in der einverständlich auf die Einbringung der kaschierten Gitterbahn verzichtet worden sei.	49
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	50
Die Akte des selbständigen Beweisverfahrens 12 OH 1/00 LG Bochum ist beigezogen worden. Der Senat hat im Termin am 28.01.05 den Sachverständigen T ergänzend angehört; auf den Berichterstattevermerk vom selben Tag – Bl. 694-695 d.A. - wird Bezug genommen.	51
II.	52
Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.	53
1. Dabei war dem Verfahrensantrag auf Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht zu folgen. Zum einen ließ sich ein wesentlicher Verfahrensfehler nicht feststellen. Zum anderen handelte es sich bei der von der Beklagten für notwendig erachteten Anhörung des Sachverständigen T - die der Senat im Termin vom 28.01.05 durchgeführt hat - nicht um eine aufwändige Beweisaufnahme i.S. des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.	54
2. Das Rechtsmittel hat mit dem Sachantrag Erfolg.	55
Die Klage ist unbegründet.	56
	57

Auf das Schuldverhältnis der Parteien findet das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner bis zum 31.12.01 geltenden Fassung Anwendung, Art 229 § 5 EGBGB.

a) Der eingeklagte Werklohnanspruch der Klägerin aus dem Bauvertrag der Parteien in Verbindung mit §§ 2, 16 VOB/B ist nicht fällig. 58

aa) Es fehlt an dem Fälligkeitserfordernis der Abnahme, § 641 Abs. 1 BGB, § 12 VOB/B. 59
Unstreitig hat die Beklagte zwar die Rohbau-, Zimmerer-, Vollwärmeschutz- und Stahlbauarbeiten sowie die Dachdecker- und Klempnerarbeiten an den Bauteilen E und F abgenommen, die Abnahme der Dachdecker- und Klempnerarbeiten an den Bauteilen B und D aber verweigert. Eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 und 2 VOB/B war gemäß Ziff. 7 des vertragsgegenständlichen Vergabeprotokolls vom 22.12.98 ausdrücklich ausgeschlossen.

Die erfolgten Teilabnahmen der klägerischen Leistungen führen nicht zu einer - teilweisen - Fälligkeit der Vergütungsforderung. 60

Es kann dahin stehen, ob nach dem Vertrag die in §§ 12 Nr. 2, 16 Nr. 4 VOB/B vorgesehene Möglichkeit, abgenommene Teilleistungen vorab schlussabzurechnen und so fällig zu stellen, ausgeschlossen sein sollte. Die Klägerin hat keine Teilschlussrechnungen erstellt, sondern ihre gesamten Leistungen mit Schlussrechnung vom 27.02.01 abgerechnet. An dieser einheitlichen Abrechnung ist sie festzuhalten. Die Klägerin hat selbst darauf hingewiesen, dass eine nachträgliche Zuordnung der Klageforderung zu bestimmten Leistungsteilen nicht möglich ist. Das erscheint plausibel, weil es sich um den Rest der Gesamtabrechnung unter Berücksichtigung sämtlicher Abschlagszahlungen und der außergerichtlichen Teileinigung der Parteien über einzelne streitige Rechnungspositionen handelt. Eine nachträgliche Zuordnung der Abschlagszahlungen sowie des Ergebnisses der Teileinigung der Parteien zu den abgenommenen und den bislang nicht abgenommenen Teilleistungen widerspräche ggfls. den Tilgungsbestimmungen der Zahlungen sowie dem Regelungsinhalt der Teileinigung. 61

Die seitens der Beklagten ausgesprochene Teilkündigung des Bauvertrags hinsichtlich der Dach- und Klempnerarbeiten an dem Bauteil D (Turnhalle), verbunden mit der Geltendmachung von Erstattungsansprüchen wegen der anderweitig erledigten Überarbeitung dieses Daches, hat gleichfalls nicht die teilweise Fälligkeit der Klageforderung zur Folge. Verlangt der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung, sondern setzt er dem Werklohnanspruch seinerseits Zahlungsansprüche wegen der behaupteten Mängel entgegen, gelangt das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsstadium, das die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung entfallen lässt (vgl. BGH NJW 03, 288 m.w.N.). 62

Mit der Durchführung der Dacharbeiten durch den Drittunternehmer erübrigte sich eine Abnahme der Dacharbeiten an diesem Bauteil D. Da die Klägerin hinsichtlich des Dachs des Bauteils B (Foyer) aber weiterhin Erfüllung verlangt, bleibt das Fälligkeitserfordernis der Abnahme der diesbezüglichen Leistungen der Klägerin bestehen. 63

Eine Aufspaltung der Klageforderung auf die einzelnen Bauteile ist, wie die Klägerin selbst dargelegt hat, nicht möglich. 64

bb) Die Fälligkeit ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Abnahmereife der klägerischen Leistungen. 65

Nach § 12 Nr. 3 VOB/B darf die Abnahme bei Vorhandensein wesentlicher Mängel verweigert werden.

Das Dach des Bauteil B weist wesentliche Mängel auf: 67

Gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B übernimmt der Auftraggeber die Gewähr, dass seine Leistung zur Zeit der Abnahme die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat, den anerkannten Regeln der Technik entspricht und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. 68

Die Leistung ist nur vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk (BGH NZ-Bau 06,112). 69

(1) Das fragliche Dach weicht in mehreren Punkten von der vereinbarten Beschaffenheit ab: 70

Das gilt zunächst im Hinblick auf die Dachneigung. 71

Die Zusammenschau der einschlägigen Positionen des Leistungsverzeichnisses – Positionen 3.01.01, 0.01.02 und 5.02.01. und 5.02.11 – war entgegen der Ansicht der Klägerin nicht dahin zu verstehen, es komme der Beklagten nicht auf einen bestimmten Neigungswinkel an. Vielmehr war mit der Angabe in 5.02.01 und 5.02.11 "Neigung über 3 bis 7 °" eine Mindestneigung von 3 ° festgeschrieben. 72

Dass später überreichte Architektenpläne der Fa. T GmbH niedrigere Dachneigungen vorsahen, ist für das Vertragsoll unerheblich. Zum einen erscheint schon zweifelhaft, ob die Übergabe der vom Leistungsverzeichnis abweichenden Pläne als Angebot zur Vertragsänderung aufzufassen war, zum anderen war – unstreitig – die Architektengesellschaft zur Vertragsänderung nicht bevollmächtigt. 73

Tatsächlich lagen die Neigungen beider Dächer deutlich unter 3°, wie der Sachverständige T im selbständigen Beweisverfahren festgestellt hat und von den Parteien nicht länger in Frage gestellt worden ist. 74

Die Dampfsperre ist gleichfalls anders ausgeführt als im Vertrag vorgesehen. 75

Das Leistungsverzeichnis sah in Position 5.02.18 als Dampfsperre den Einbau einer 3,5 mm starken Elastomer-Bitumen-Schweißbahn mit Alu-Einlage des Fabrikats BAUDER Super AL-E oder gleichwertig vor. 76

Ausgeführt wurde eine Dampfsperre des Fabrikats Daco SK. Diese unterscheidet sich in Material und Verarbeitung (selbstklebende Bitumenbahn mit Aluverbundeinlage und Vliesauflage) und Dicke (1 mm) von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und ist schon deshalb kein "gleichwertiges" Fabrikat i.S. der Ausschreibung. 77

Dass die Beklagte im selbständigen Beweisverfahren erklärt hat, sie akzeptiere die Dampfsperre, stellt entgegen der Ansicht der Beklagten kein Anerkenntnis im Rechtssinne dar. Ein materiellrechtliches Anerkenntnis im Sinne des § 781 BGB bezieht sich auf Schuldverhältnisse, ein prozessuales Anerkenntnis im Sinne des § 307 ZPO auf Ansprüche. Darum geht es hier nicht. 78

Die Beklagte hat mit ihrer Erklärung auch nicht materiellrechtlich auf Mängelrechte wegen dieser Vertragsabweichung verzichtet. Zu berücksichtigen ist, dass die Äußerung in dem selbständigen Beweisaufnahme als Stellungnahme zu den dortigen technischen Feststellungen des Sachverständigen abgefasst worden ist. Sie ist damit lediglich dahin zu verstehen, dass die Beklagte die technische Eignung des Materials als Dampfsperre nicht länger in Frage stellen will.

Auch das – unstreitige - Fehlen der kaschierten Gitterbahn stellt eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit dar. 80

Das Leistungsverzeichnis sah in Position 5.02.23 die Einbringung einer kaschierten Gitterbahn mit Drainageschicht vor. 81

Auf die Einbringung dieser Bahn hat die Beklagte nicht nachträglich verzichtet. 82

Soweit die Streithelferin der Klägerin in diesem Zusammenhang auf eine Besprechung vom 13.09.99 verweist, kommt es hierauf im Verhältnis der Parteien nicht an. An der fraglichen Besprechung nahm die Beklagte nicht teil; sie wurde insbesondere nicht durch die Fa. T GmbH vertreten. Ob die Klägerin und die Streithelferin übereingekommen sind, die Unterspannbahn nicht auszuführen, ist unerheblich. 83

Ebenso wenig kommt es darauf an, dass sich die Beklagte bei der Besprechung am 22.10.99 bei den Bauteilen E und F im Nachhinein - gegen Verlängerung der Gewährleistungsfrist- damit einverstanden erklärt hat, eine Unterspannbahn nicht einzubauen. Die Klägerin durfte dies nicht als stillschweigenden Verzicht auf die Gitterbahn auch bei den - zu diesen Zeitpunkten noch nicht fertig gestellten - Bauteilen B und D verstehen, insbesondere deshalb nicht, weil sich die Aufbauten der Dächer der Bauteile E und F einerseits (Kaltdächer) und der Dächer der Bauteile B und D andererseits (Warmdächer) grundlegend unterschieden. 84

(2) Aufgrund dieser Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit ist das Werk der Klägerin als mangelhaft anzusehen. Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis der Mangelfreiheit nicht erbracht. 85

Dabei geht der Senat aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen T im selbständigen Beweisverfahren sowie in seiner Anhörung vor dem Senat davon aus, dass die tatsächliche Ausführung des Dachaufbaus den anerkannten Regeln der Technik genügt. Der Sachverständige hat ausgeführt, die geringere Dachneigung sei im Hinblick auf die Dichtigkeit des Daches unschädlich; die vertraglich vorgesehene Gitterbahn sei nicht nötig, möglicherweise sogar schädlich, die verwendete Dampfsperre sei genauso tauglich wie die vertraglich vorgesehene. Insbesondere könnten die Gitterbahn und die Dampfsperrbahn keine zusätzliche Dichtungsfunktion übernehmen, weil sie durch die Befestigung der Dachbleche an zahlreichen Stellen perforiert würden. 86

Ein Mangel scheidet aber nicht schon aus, wenn die tatsächliche Bauausführung den anerkannten Regeln der Technik entspricht (BGH NZ-Bau 02, 611; BGH BauR 04, 1941, 1942; BGH NZ-Bau 06, 112) bzw. möglicherweise sogar wirtschaftlich und technisch besser ist als die vereinbarte (BGH NZ-Bau 02, 571). Der Mangel ist nicht rein objektiv zu verstehen, sondern wird subjektiv vom Vertragswillen der Parteien mitbestimmt (BGH BauR 04, 1941, 1942 zum Fehlerbegriff). Nach der Rechtsprechung des BGH reicht es aus, wenn die Abweichung den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen kann, was u.a. dann der Fall ist, wenn die mit der geschuldeten Ausführung erreichbaren technischen Eigenschaften, die für die Funktion des Werks von Bedeutung sind, durch die vertragswidrige 87

Ausführung nicht erreicht werden (BGH NJW 03, 1188).

Nach Durchführung der Beweisaufnahme lässt sich schon nicht ausschließen, dass mit der vereinbarten Dachausführung eine Verbesserung der Dichtigkeitseigenschaften des Dachs erreichbar ist. Dass der Sachverständige auch die tatsächliche Dachausführung als regendicht ansieht und weitere Maßnahmen nicht für erforderlich hält, ist nicht ausschlaggebend. Die Einhaltung der Mindestanforderungen an die Dichtigkeit ist nicht entscheidend, wenn die Parteien doppelte Schutzmaßnahmen vereinbart haben. Dass durch die Gitterbahn und die dickere Schweißbahn als Dampfsperre – trotz der Perforationen an den Befestigungsstellen – die Sicherheit nicht doch vergrößert worden, lässt sich nicht ausschließen. Die Unsicherheit geht zu Lasten der beweispflichtigen Klägerin. 88

Hinzu kommt, was nach Auffassung des Senats für die Bejahung der - subjektiven - Mangelhaftigkeit entscheidend ist, Folgendes: 89

Der vertraglich vorgesehene Gebrauch des klägerischen Gewerks kann dadurch beeinträchtigt werden, dass die Stadt C als Auftraggeberin der Beklagten wegen des anderen Dachaufbaus Nacherfüllungs- bzw. Gewährleistungsrechte geltend machen kann. Zu dem von den Parteien vorausgesetzten Gebrauch des Werks gehört nicht nur die rein technische Nutzung des Gebäudes, sondern auch die Erfüllung der werkvertraglichen Pflichten der Beklagten gegenüber ihrer Auftraggeberin. Der Beklagten als Hauptunternehmerin ist es nicht zuzumuten, sich mit der Bauherrin über die fragliche Gebrauchstauglichkeit der vertragswidrigen Dachausführung auseinander zu setzen. 90

Es lässt sich nicht ausschließen, dass die Stadt C von der Beklagten die Erneuerung des Daches des Bauteils B verlangt und verlangen kann. 91

Der zwischen den Parteien vereinbarte Dachaufbau entsprach, wie den Beteiligten bekannt war, den Vorgaben der Stadt C. Die Stadt hat während der Bauzeit im Jahr 1999 die tatsächliche Dachausführung wegen dieser Abweichungen beanstandet. Dies geht hervor aus dem Schreiben der Beklagten vom 04.11.99, in dem unter Bezugnahme auf eine Baubegehung mit dem Leiter des Städtischen Hochbauamtes der Dachaufbau gerügt wird, sowie aus dem Besprechungsvermerk der Fa. T GmbH vom 23.12.99, nach dem wegen des gerügten Dachaufbaus ein Grundsatzgespräch mit dem Hochbauamt für notwendig erachtet worden war. 92

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Bauherrin deswegen noch erfolgreich Rechte geltend macht. Dass die Stadt in den letzten Jahren ihre Rechte nicht gerichtlich verfolgt hat, erscheint unerheblich. Die Untätigkeit allein bedeutet nicht, dass die Stadt insoweit ihre Einstellung geändert hat und auf Mängelrechte verzichtet. Das gilt insbesondere im Hinblick auf den zwischen den Parteien geführten Streit, der für die Stadt Veranlassung sein kann, zunächst abzuwarten. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Stadt keine Rechte gegenüber der Beklagten mehr geltend machen wird, sind nicht ersichtlich. 93

Dass die Beklagte gegenüber ihrer Auftraggeberin die Erneuerung des Daches erfolgreich verweigern könnte, etwa wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten oder aus Gründen der Verjährung, lässt sich nicht feststellen. 94

Die mögliche Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit des Werks zur Erfüllung der Leistungspflichten der Beklagten gegenüber der Bauherrin geht zu Lasten der Klägerin. 95

96

(3) Der Mangel, der den kompletten Aufbau des Foyerdachs umfasst, ist als wesentlich einzuordnen.	
(4) Der fortbestehende Erfüllungsanspruch der Beklagten und damit die fehlende Abnahmereife sind nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der mangelfreien (Neu-)Herstellung zu verneinen.	97
Unverhältnismäßig sind Aufwendungen ausnahmsweise dann, wenn der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte bzw. erzielbare Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwands steht. Es muss für den Unternehmer unzumutbar sein, die Aufwendungen tragen zu müssen (BGH MDR 03, 867).	98
Das ist hier nicht der Fall. Aus den obigen Ausführungen zur Begründung der Mangelhaftigkeit ergibt sich, dass an dieser Stelle nicht allein auf eine durch eine Nachbesserung erreichbare - geringe - technische Verbesserung abgestellt werden kann. Sonstige Anhaltspunkte, die ausnahmsweise die Unverhältnismäßigkeit begründeten, sind nicht dargetan.	99
(5) Steht infolgedessen die Mangelhaftigkeit der Dacharbeiten an dem Bauteil B der Abnahmereife entgegen, kommt es auf die weiteren in der Berufung erhobenen Mängelrügen nicht an.	100
Der mit der Klage verlangte Restwerklohn ist nicht fällig.	101
b) Der Höhe nach beläuft sich der Anspruch auf 381.362,29 €.	102
Aufgrund der Teileinigung der Parteien ergab sich ein unstreitiger Restwerklohnanspruch in Höhe von 680.438,49 €. Unter Berücksichtigung der letzten Zahlung in Höhe von 263.315,32 € und der vom Landgericht vorgenommenen Anspruchskürzungen, die von der Klägerin nicht angegriffen worden sind, errechnete sich der – vom Landgericht zuerkannte – Anspruch in Höhe von 411.231,31 €.	103
aa) Der Anspruch ist in Höhe von 29.869,02 € durch die von der Beklagten erklärte Hauptaufrechnung mit den Kosten der erfolgten Überarbeitung des Turnhallendachs erloschen.	104
Die Anspruchsgrundlage des Erstattungsanspruchs der Beklagten findet sich in § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B.	105
Danach kann der Auftraggeber nach fruchtlosem Ablauf einer unter Androhung der Auftragsentziehung gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung gemäß § 4 Nr. 7 VOB/B den Auftrag entziehen und den unvollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen lassen. Er ist auch berechtigt, auf die weitere Ausführung zu verzichten und Schadensersatz zu verlangen, wenn die Ausführung aus den Gründen, die zur Entziehung des Auftrags geführt haben, für ihn kein Interesse mehr hat.	106
Das Dach der Turnhalle war mangelhaft. Die obigen Ausführungen zur Mangelhaftigkeit des Foyerdachs gelten entsprechend. Das Leistungsverzeichnis sah eine übereinstimmende Ausführung der Dächer dieser beiden Bauteile vor.	107
Die tatsächliche Ausführung der beiden Dächer war ebenfalls gleich.	108
	109

Die erfolglose Mängelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung erfolgte mit Schreiben vom 04.11.99.

Der Vertrag wurde unstreitig hinsichtlich der Dacharbeiten an dem Bauteil D gekündigt. 110

Die Erneuerung des Dachaufbaus durch die Fa. X GmbH stellt sich nicht als Ausführung des nicht vollendeten Teils der klägerischen Leistung im Sinne des § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B dar. Unstreitig gelangte ein Dachaufbau zur Ausführung, der sich wesentlich von dem zwischen den Parteien vereinbarten unterschied, den die Klägerin also nicht schuldete. 111

Die Kosten sind jedoch als Schaden gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VOB/B zu ersetzen. Dem Vorbringen der Beklagten lässt sich entnehmen, dass sie aus Gründen, die zur Entziehung des Auftrags führten, kein Interesse mehr an der ursprünglich vorgesehenen, aufwändigen Dachausführung hatte. Die Beklagte sah sich im August 2002 zu einer schnellen und kostengünstigen Sanierung des Turnhallendaches veranlasst, nachdem es am 31.07./01.08.02 – erneut – zu einem Wassereinbruch gekommen war. Ästhetische Aspekte, die für die Ausschreibung des Daches mit den Aluminiumtafeln mit entscheidend gewesen waren, traten demgegenüber – was nachvollziehbar erscheint – in den Hintergrund. 112

Die von der Fa. X GmbH in Rechnung gestellten Nettokosten sind in vollem Umfang erstattungsfähig. Dass die Kosten niedriger sind als jene, die bei einer Überarbeitung des Daches entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien angefallen wären, erscheint nicht zweifelhaft. Zwar hat die Klägerin bestritten, dass die Sanierung beider Dächer mehr als 277.000,-- € kosten würde. Dass die Kosten für die vertragsgemäße Erneuerung des Turnhallendachs weniger als 29.869,02 € nt ausmachen würden, behauptet sie damit aber nicht. 113

Ein anspruchsminderndes Mitverschulden in Form eines der Klägerin zurechenbaren Planungsversäumnisses der T GmbH ist nicht ersichtlich. Entgegen der Ansicht der Klägerin war die Ausschreibung hinsichtlich der Beschaffenheit der Dachaufbauten der Bauteile B und D nicht widersprüchlich. Dass die Klägerin den geplanten Dachaufbau aus fachlicher Sicht für bedenklich hält, begründet kein anspruchsminderndes Planungsverschulden. Sonstige Anhaltspunkte für ein Mitverschulden der Klägerin sind nicht vorgetragen. 114

bb) Über die weiteren zur Aufrechnung gestellten Forderungen der Beklagten hatte der Senat nicht zu entscheiden, da diese Aufrechnungen ausdrücklich nur hilfsweise für den Fall der Bejahung der Fälligkeit der Klageforderung erklärt worden sind. 115

Das gilt für die Erstattung der bereits bezahlten Kosten der Traufendichtbänder sowie für den Ersatz des Schadens aus dem Wassereinbruch vom 26.07.01. 116

cc) Soweit die Hauptforderung erloschen ist, war die Klage endgültig abweisungsreif; in Höhe des noch offenen, aber nicht fälligen Teilbetrags von 381.362,29 € war die Klage nur als zur Zeit unbegründet abzuweisen. 117

c) Mangels fälliger Hauptforderung kann die Klägerin von der Beklagten nicht die Zahlung von Zinsen verlangen. 118

III. 119

1. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a, 92 Abs. 2 ZPO. 120

121

Die Klägerin hat als unterliegende Partei die auf den streitig entschiedenen Teils des Rechtsstreits entfallenden Kosten zu tragen.

Gleiches gilt hinsichtlich des übereinstimmend für erledigt erklärten Teils des Rechtsstreits. 122
Soweit die Erledigung auf der Zahlung vom 06.12.01 in Höhe von 263.315,32 € beruht, wäre die Klägerin insoweit mangels Fälligkeit der Vergütungsforderung unterlegen. Soweit Hintergrund der Erledigungserklärungen die außergerichtliche Einigung der Parteien über einzelne Rechnungspositionen ist, ist das darin enthaltene anteilige Obsiegen der Klägerin im Verhältnis zum Gesamtstreitwert nach § 92 Abs. 2 Nr.1 ZPO als geringfügig anzusehen. Mehr als geringfügig höhere Kosten sind durch die Zuviehforderung nicht entstanden.

Es erscheint daher angemessen, der Klägerin die gesamten Prozesskosten aufzuerlegen. 123

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 124

3. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, § 543 Nr. 1 ZPO. Ebenso wenig erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Nr. 2 ZPO. 125