

---

**Datum:** 10.10.2007  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 12. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 U 30/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2007:1010.12U30.07.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Siegen, 5 O 46/04

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 14. Dezember 2006 verkündete Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Siegen abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

1. 3.391,50 € Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel an der Deck-

und der Tragschicht des Straßenbelags im Bereich des Bauvorhabens „Freilegen einer Drainage“ in I2, J-Straße,

2. und weitere 999,60 € Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel an

der Deckschicht des Straßenbelags im Bereich des Bauvorhabens "Wasserrohrbruch" in I3, L-Straße

zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Gründe

### I.

Auf die Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 EGZPO verzichtet.

Der Schriftsatz der Beklagten vom 19.09.2007 gab keinen Anlass, die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO wiederzueröffnen. Dass der Beklagten der Schriftsatz des Klägers vom 11.09.2007 nebst Anlagen im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nicht vorlag, begründet keinen entscheidungserheblichen Verfahrensfehler in Form der Verletzung rechtlichen Gehörs. Für die Entscheidung kam es weder auf die von dem Kläger nachgereichten Schriftstücke noch auf das Vorbringen in dem Schriftsatz vom 11.09.2007 an.

### II.

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig; sie ist insbesondere innerhalb der einmonatigen Frist des § 517 ZPO eingelegt worden. Ausweislich des Empfangsbekennnisses der Prozessbevollmächtigten des Klägers ist das Urteil am 30.01.2007 zugestellt worden, die Berufungsschrift ist am 28.02.2007 bei Gericht eingegangen.

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache teilweise Erfolg.

Die mit der Klage geltend gemachten Werklohnansprüche in Höhe von insgesamt 7.746,28 € sind in Höhe von 7.456,28 € entstanden und fällig, jedoch in Höhe von 4.391,10 € einredebehaftet und im Übrigen durch die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung erloschen.

1. Der berechtigte Vergütungsanspruch des Klägers aus dem **Bauvorhaben I2, J-Straße**, belief sich - bis zu der von der Beklagten hilfsweise erklärten Aufrechnung - auf 5.940,41 €.

a) Der Anspruch ergibt sich aus dem im Oktober 2003 zustande gekommenen Werkvertrag über das Freilegen der unter der Straße gelegenen Drainage und den Einbau eines Kanalrohrs mit anschließender Wiederherstellung der Fahrbahnoberfläche. Auf diesen Vertrag findet die VOB/B Anwendung, was bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 12.09.2007 unstrittig war. Soweit die Beklagte in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 19.09.2007 erstmals die Gültigkeit der VOB/B für das Vertragsverhältnis der Parteien in Frage stellt, handelt es sich um gemäß § 296 a ZPO unbeachtliches Sachvorbringen; - ein Grund zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist, wie bereits oben ausgeführt, nicht gegeben.

b) Mit ihrem erstmals in der Berufung erhobenen Einwand, die Forderung des Klägers sei wegen fehlender Prüffähigkeit der Rechnung vom 04.11.2003 nicht fällig, dringt die Beklagte aus mehreren Gründen nicht durch. Abgesehen davon, dass es sich um ein neues, nach §§

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

529, 531 ZPO nicht zuzulassendes Verteidigungsmittel handelt, wurde die Rüge nicht innerhalb der zweimonatigen Prüfungsfrist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B erhoben. Im Übrigen ist der Einwand sachlich unbegründet, wie sich daraus ergibt, dass die Beklagte die Rechnung zeitnah nach Erhalt geprüft hat.

c) Der abgerechnete Werklohn, der sich unter Berücksichtigung der vom Kläger hingenommenen vorprozessualen Rechnungskürzungen der Beklagten auf 7.680,46 € belief, ist um einen weiteren Minderbetrag von 290,-- € (incl. 16 % Umsatzsteuer) zu kürzen. Die Parteien haben sich im Termin vor dem Senat darauf geeinigt, wegen der streitigen Tiefe der Baugrube einen Minderbetrag von netto 250,-- € von der Vergütungsforderung in Abzug zu bringen. 12

Auf den verbleibenden Betrag von (7.680,46 € - 290,-- € =) 7.390,46 € zahlte die Beklagte unstreitig einen Teilbetrag von 1.450,05 €. 13

d) Der Restwerklohn von (7.390,46 € - 1.450,05 € =) 5.940,41 € ist mit Abnahme der Bauleistungen durch die Beklagte fällig geworden. 14

Die Beklagte hat das Werk stillschweigend abgenommen, indem sie dem Kläger das Ergebnis ihrer Rechnungsprüfung mitteilte und den Betrag von 1.450,05 € auszahlte. Zwar blieb der Zahlbetrag erheblich hinter der im Rahmen der Rechnungsprüfung ermittelten Vergütung zurück, jedoch beruhten die von der Beklagten gemachten Einbehalte nur zu einem geringen Umfang - in Höhe von 1.000,-- € - auf Mängelrügen und hatten im Übrigen andere Gründe. Das gilt zum einen für den Betrag von 5.000,-- €, der ein anderes Bauvorhaben, die Errichtung einer sog. Coralla-Mauer auf dem Grundstück einer Familie G, zum Gegenstand hatte und dessen Auszahlung ausdrücklich für den Fall der Regelung der Angelegenheit mit der Familie G angekündigt wurde. Das gilt zum anderen für den Abzug von 3 % des Rechnungsbetrags als "Gewährleistungsbürgschaft". Dadurch brachte die Beklagte zum Ausdruck, dass sie selbst dem beanstandeten Zustand der Straßenoberfläche nur untergeordnete Bedeutung beimaß und die Leistung des Klägers im Wesentlichen als vertragsgerecht anerkannte. 15

Der konkludenten Abnahme steht der Einwand der Beklagten, nach Ziff. 6 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen sei eine förmliche Abnahme mit schriftlicher Abnahmebestätigung durch die Auftraggeberin vereinbart, nicht entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob die Parteien diese Vertragsbedingungen in den Werkvertrag betreffend das Bauvorhaben Grund überhaupt einbezogen haben. Wenn das der Fall war, ist aufgrund des späteren Verhaltens der Parteien davon auszugehen, dass sie einverständlich auf die Durchführung einer förmlichen Abnahmeverhandlung mit schriftlicher Bestätigung verzichtet haben. Bei der Vielzahl der von dem Rechtsstreit berührten Bauvorhaben, die auf der Grundlage des Rahmenvertrags vom 08.02./06.03.2003 und damit unter der Geltung der Zusätzlichen Vertragsbedingungen beauftragt wurden, hat keine Partei vorprozessual förmliche Abnahmen eingefordert; die Beklagte hat sich erst in der Berufung auf die Abnahmeklausel berufen. Ist diese Regelung von den Parteien aber nie in die Praxis umgesetzt worden, liegt darin ein stillschweigender Verzicht. Dass die mit der Abwicklung der Bauverträge mit dem Kläger beteiligten Mitarbeiter der Beklagten zur Erklärung eines solchen Verzichts nicht bevollmächtigt gewesen seien, hat die Beklagte erstmals in dem nach § 296 a ZPO unbeachtlichen Schriftsatz vom 19.09.2007 bestritten. 16

e) Die Beklagte kann die Zahlung eines Teilbetrags des Werklohns in Höhe von 3.391,50 € gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B i.V.m. § 641 Abs. 3 BGB verweigern, bis der Kläger die an dem Bauvorhaben vorhandenen Mängel an der Deck- und Tragschicht beseitigt hat. 17

Dass die von dem Kläger erstellte Deckschicht des Straßenbelags fachwidrige Unebenheiten aufweist, ist in erster Instanz aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen T3 vom 30.01.2006 festgestellt worden. Der Senat schließt sich dem an; Anlass zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gibt es nicht. Die Ansicht des Klägers, wegen des Alters der überarbeiteten Straße seien die Unebenheiten zu tolerieren, teilt der Senat nicht.	18
Dass auch die Tragschicht der Überarbeitung bedarf, haben die Parteien im Senatstermin unstreitig gestellt.	19
Dem Mängelbeseitigungsverlangen der Beklagten steht nicht entgegen, dass unstreitig ein Teil des von dem Kläger bearbeiteten Straßenbelags zwischenzeitlich von einer Drittfirma bereits im Zuge anderer Arbeiten erneuert worden ist. Darin lag weder konkludent die endgültige Ablehnung von Nacharbeiten durch den Kläger noch führt das dazu, dass dem Kläger die Beseitigung der verbliebenen Mängel unzumutbar geworden ist.	20
Der Höhe nach beläuft sich das zur Zug-um-Zug-Verurteilung führende Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten auf den dreifachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten. Zu den von dem Sachverständigen T3 für die Instandsetzung der Deckschicht angesetzten Kosten von netto 700,-- € kommt der von den Parteien einverständlich mit netto 250,-- € angesetzte Betrag für die Nacharbeiten an der Tragschicht hinzu. Einschließlich 19 % Umsatzsteuer macht das Mängelbeseitigungskosten von insgesamt 1.130,50 €.	21
Einredefrei verbleibt ein Teilbetrag der Vergütung in Höhe von (5.940,41 € - {3 x 1.130,50 €} =) 3.391,50 € =) 2.548,91 €.	22
2. Der Werklohnanspruch des Klägers aus dem <b>Bauvorhaben in I3,</b>	23
<b>L-Straße</b> , ist in Höhe des Rechnungsbetrags von 1.163,50 € entstanden.	24
a) Anspruchsgrundlage ist der aufgrund des Rahmenvertrags der Parteien im Oktober 2003 erteilte Auftrag zu Reparaturarbeiten nach einem Wasserrohrbruch. Die Einbeziehung der VOB/B ergibt sich aus den Regelungen des Rahmenvertrags.	25
b) Soweit die Beklagte auch bei diesem Bauvorhaben die Prüffähigkeit der Rechnung in Frage stellt, gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Der Einwand ist sowohl prozessual gemäß §§ 529, 531 ZPO als auch materiellrechtlich gemäß § 16 Abs. 3 Nr 1 VOB/B verspätet und im Übrigen unbegründet, weil die Beklagte während des Prozesses die Richtigkeit der Rechnung, insbesondere der Massen, geprüft hat.	26
c) Das erstmals in der Berufung substantiiert erfolgte Bestreiten der Richtigkeit der abgerechneten Schottermenge ist gemäß §§ 529, 531 ZPO unbeachtlich. Die Beklagte hätte sich mit diesem konkreten Einwand schon in erster Instanz verteidigen können; dort hatte sie aber nur pauschal - und damit unbeachtlich - vorgetragen, der Kläger habe überhöhte Massen abgerechnet.	27
d) Der Werklohn aus dem Bauvorhaben I3 ist aufgrund einer fiktiven Abnahme gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B fällig geworden.	28
Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt es sich nicht als verspätet zurückweisen, dass der Kläger sich erstmals in zweiter Instanz auf eine fiktive Abnahme beruft. Der Kläger macht insoweit nur die rechtlichen Folgen aus dem erstinstanzlich bereits vorgetragenen	29

Sachverhalt geltend; darin liegt kein unzulässiges neues Angriffsmittel im Sinne der §§ 529, 531 ZPO.

Die in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen enthaltende Regelung zur förmlichen Abnahme steht der fiktiven Abnahme nicht entgegen. Wie oben schon ausgeführt, lag in der laufenden Geschäftspraxis der Parteien bei der Abwicklung der aufgrund des Rahmenvertrags erteilten Einzelaufträge ein stillschweigender Verzicht auf die förmliche Abnahme. 30

In der Rechnung vom 07.11.2003 war eine Fertigstellungsmitteilung im Sinne des § 12 Nr. 5 VOB/B enthalten. Unerheblich ist, dass die Rechnung nicht als Schlussrechnung bezeichnet war. Aus ihrem Inhalt ging eindeutig hervor, dass damit das Bauvorhaben endgültig abgerechnet werden sollte. 31

Es lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte binnen 12 Werktagen nach Erhalt der Rechnung die (förmliche) Abnahme verlangte oder erhebliche Mängel rügte. Nach dem erstinstanzlichen Parteivorbringen wurden die Leistungen des Klägers an diesem Bauvorhaben erst in der dem Schreiben vom 04.12.2003 vorangegangenen Baustellenbegehung am 01.12.2003 beanstandet. Soweit die Beklagte in der Berufung vorträgt, bereits Mitte November 2003 seien Mängelrügen erhoben worden, ist das Vorbringen zum einen verspätet, zum anderen unsubstanziert. 32

e) Die Beklagte kann dem Zahlungsanspruch des Klägers in Höhe von 999,60 € ihren Zug um Zug zu erfüllenden Mängelbeseitigungsanspruch entgegenhalten; § 13 Nr. 5 VOB/B i.V.m. § 641 Abs. 3 BGB. 33

Aufgrund der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme steht fest, dass auch bei diesem Bauprojekt die von dem Kläger erstellte Deckschicht der Fahrbahn Unebenheiten aufweist, die außerhalb der Toleranzen liegen und eine Erneuerung der Schicht erfordern. Die hiergegen in der Berufung erhobenen Einwände des Klägers geben keinen Anlass zu einer ergänzenden Beweisaufnahme durch erneute Befragung des Sachverständigen. Ebenso wie bei dem Bauvorhaben in Grund führt der Umstand, dass es sich um eine alte, in größerem Umfang sanierungsbedürftige Straße handelt, nicht dazu, dass kleinere Ausbesserungsarbeiten weniger genau ausgeführt werden dürfen. 34

Der Behauptung der Beklagten, die Tragschicht sei auch mangelhaft, ist nach §§ 529, 531 ZPO nicht zu berücksichtigen, weil sie bezüglich dieses Bauvorhabens - anders als bei dem Bauvorhaben in Grund - erstmals in der Berufung erhoben worden ist. 35

Aufgrund der nachvollziehbaren und von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen sind die Kosten für die Beseitigung der Mängel an der Deckschicht mit netto 280,-- €, also 333,20 € incl. 19 % Umsatzsteuer zu kalkulieren. Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten erstreckt sich auf den dreifachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten, also auf 999,60 €.

Einredefrei verbleibt ein Restbetrag von 163,80 €. 37

3. Des weiteren steht dem Kläger - vorbehaltlich der Hilfsaufrechnung der Beklagten - ein Werklohnanspruch aus dem **Bauvorhaben in I4, I-Straße** in Höhe von 352,47 € zu. 38

a) Der Anspruch ergibt sich aus dem aufgrund des Rahmenvertrags erteilten Auftrag zur Durchführung von Arbeiten an einem Wasser-Hausanschluss, den der Kläger unter dem 07.11.2003 abgerechnet hat. 39

b) Einwände gegen die Rechnungshöhe hat die Beklagte nicht erhoben.	40
c) Aufgrund der erstinstanzlichen Feststellungen, die von den Parteien in der Berufung auch nicht angegriffen werden, ist von der Abnahme der Leistungen durch die Beklagte auszugehen, womit der Werklohnanspruch fällig geworden ist.	41
d) Die von der Beklagten - in der Berufung nicht länger hilfsweise, sondern primär - erklärte Aufrechnung mit einem Teilbetrag eines Anspruchs auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten aus dem Bauvorhaben der Familie L2, L2-Straße in I, greift nicht durch.	42
Die zur Hauptaufrechnung gestellte Gegenforderung der Beklagten ist unbegründet. Die Beklagte kann nicht Erstattung der Kosten zur Beseitigung von Mängeln des klägerischen Gewerks an diesem Bauvorhaben verlangen. Der Anspruch ergibt sich weder aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B noch aus § 13 Nr. 7 VOB/B. Diese Vorschriften sind anwendbar, weil der zugrundeliegende Auftrag zur Ausführung von Kanalanschlussarbeiten auf der Grundlage des Rahmenvertrags der Parteien vom 08.02./06.03.2003 erteilt worden war.	43
Es kann dahinstehen, ob und inwieweit die Leistungen des Klägers an diesem Objekt mangelbehaftet waren. Es fehlt an der notwendigen schriftlichen Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung. Entgegen der Ansicht des Landgerichts war eine solche Aufforderung nicht entbehrlich. Dass der Kläger nicht von sich aus die Nacharbeiten in Angriff genommen hat, reicht hierfür nicht aus. Dass der Kläger die Durchführung der Arbeiten verweigerte, lässt sich nicht feststellen. Die Behauptung der Beklagten, nach Kenntnisnahme des Privatgutachtens T2 vom 12.12.2003 habe der Kläger die Mängelbeseitigung verweigert, ist zum einen, da erstmals in der Berufung aufgestellt, verspätet und zum anderen unsubstanziert.	44
Die Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten durch den Kläger war für die Beklagte auch nicht unzumutbar; insbesondere führen Unrichtigkeiten in der Rechnung des Klägers nicht dazu, dass die Beklagte das Vertrauen in die für die Mängelbeseitigungsarbeiten notwendigen fachlichen Qualitäten des Klägers verlieren musste.	45
Sonstige Anhaltspunkte, die eine schriftliche Mängelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung entbehrlich erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich.	46
4. Soweit die mit der Klage geltend gemachten Werklohnansprüche nicht einredebehaftet sind - in Höhe von insgesamt (2.548,91 € + 163,80 € + 352,47 € =) 3.065,18 € - sind sie durch die von der Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung mit Ansprüchen auf Erstattung von Gutachterkosten erloschen, § 389 BGB.	47
Die Aufrechnung erstreckt sich - gemäß der von der Beklagten festgelegten Reihenfolge - auf den Ersatz der Kosten des Privatgutachters Dipl.-Ing. T2 aus der Rechnung vom 19.12.2003 in Höhe von 1.179,37 € (betr. Gutachten zum Bauvorhaben der Familie L2 vom 12.12.2003), aus der Rechnung vom 21.11.2003 in Höhe von 1.527,37 € (betr. Gutachten zum Bauvorhaben der Familie B/N vom 17.11.2003) sowie auf den Ersatz eines erstrangigen Teilbetrags in Höhe von 358,44 € aus der Rechnung der Firma H GmbH vom 08.01.2004 (betr. Gutachten zum Bauvorhaben der Familie	48
C vom 09.12.2003).	49
	50

Die Ersatzansprüche der Beklagten ergeben sich jeweils aus dem Gesichtspunkt der Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflichten aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB.

Aus jedem der aufgrund des Rahmenvertrags erteilten Aufträge war der Kläger verpflichtet, über seine Leistungen korrekt anhand der vereinbarten Preise und der erbrachten Massen abzurechnen. Diese Pflicht zu richtiger Abrechnung hat der Kläger bei den in Rede stehenden Bauvorhaben der Familien L2, 51

B/N und C verletzt. Wie sich aus den von der Beklagten jeweils zum Zwecke der Rechnungsprüfung eingeholten, unwidersprochen gebliebenen Privatgutachten ergibt, enthielten sämtliche Rechnungen Mengenüberhöhungen bzw. nicht erbrachte Einzelleistungen. 52

Ob die Rechnungen, wie die Beklagte vorträgt, vorsätzlich falsch erstellt worden sind, kann offen bleiben. Von dem zu vermutenden Vorwurf der Fahrlässigkeit hat sich der Kläger jedenfalls nicht entlastet. 53

Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ist die Einholung der drei Privatgutachten als erforderliche und angemessene Maßnahme der Rechtsverfolgung anzusehen. Zwar ist die Rechnungsprüfung grundsätzlich eine reine Obliegenheit des Auftraggebers, deren Kosten er - auch bei der Feststellung von Fehlern - selbst zu tragen hat. Hier bestand aber die Besonderheit, dass die Parteien über einen Jahresvertrag miteinander verbunden waren, woraus sich ein über die Einzelaufträge hinausgehendes schützenswertes Interesse der Beklagten an der Überprüfung der einzelnen Rechnungen des Klägers ergab. - Die Ergebnisse der Rechnungsprüfungen, welche Misstrauen in die Abrechnungspraxis des Klägers begründeten, führten dann auch tatsächlich dazu, dass der Jahresvertrag vorzeitig von der Beklagten gekündigt wurde. Wegen dieses Hintergrundes erschien es auch - ausnahmsweise - geboten, die Rechnungsprüfung nicht selbst, sondern durch unabhängige Privatgutachter vornehmen zu lassen, zumal der Kläger ausweislich des Gutachtens des Dipl.-Ing. T2 vom 17.11.2002 (betr. Bauvorhaben der Familie B/N) der Beklagten jegliche Mitwirkung bei deren Bemühungen zur Rechnungsprüfung verweigert und ihren Mitarbeitern in einem Schreiben vom 31.10.2003 fehlenden Fachverstand vorgeworfen hatte. 54

Nur wegen dieser außergewöhnlichen Umstände stellt es auch ausnahmsweise keinen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB dar, dass die Kosten der Privatgutachten die Beträge der jeweils geprüften Rechnung - das betrifft die Rechnungen zu den Bauvorhaben der Familien L2 und C - deutlich übersteigen. 55

**III.** 56

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 57

Die Revision war nicht zuzulassen. 58

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. 59

---

