
Datum: 22.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 67/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0222.17U67.09.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 16 O 174/06

Leitsätze:

Falls der Subunternehmer mit dem Bauherrn im Falle einer mangelhaften Leistung des Subunternehmers einen Gewährleistungs- und Einwendungsverzicht auch mit Wirkung für den Hauptunternehmer vereinbart, ist der Hauptunternehmer nicht berechtigt, der Werklohnklage des Subunternehmers Gewährleistungsansprüche entgegenzuhalten.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 19.02.2009 verkündete Urteil der III. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 26.541,18 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.09.2008 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz tragen die Klägerin zu 7 % und die Beklagte zu 93 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 4 % und die Beklagte zu 96 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweiligen Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns. Sie führte als Subunternehmerin der Beklagten an dem Bauvorhaben „Wohn- und Geschäftshaus I-Straße in I“ Zinkverkleidungsarbeiten an einem Kragdach aus. Vertragliche Grundlage der Arbeiten – für die die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbarten – war ein Angebot der Klägerin vom 14.12.2005 (Anlage 1), das die Beklagte mit Schreiben vom 15.12.2005 (Anlage 2) angenommen hat. Nach Ausführung der Arbeiten in der Zeit vom 21.02. bis 07.04.2006 rechnete die Klägerin diese mit ihrer Schlussrechnung vom 21.04.2006 (Anlage 3) ab, welche mit einem Betrag in Höhe von 44.865,06 € abschließt. Nach Abzug einer geleisteten Abschlagszahlung in Höhe von 16.3000,00 € hat die Klägerin zunächst den restlichen Betrag in Höhe von 28.565,06 € verlangt.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe sämtliche Arbeiten ordnungsgemäß und mangelfrei ausgeführt. Ihre Schlussrechnung sei - insbesondere unter Berücksichtigung des beigelegten Aufmaßprotokolls - auch prüffähig.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die 28.565,06 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.06.2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Klageforderung sei nicht fällig, weil keine Abnahme erfolgt sei. Darüber hinaus sei die Schlussrechnung nicht prüffähig. Die in den Unterpositionen abgerechneten Leistungen, seien weder beauftragt noch notwendig gewesen. Aufträge bzgl. der abgerechneten Zusatzarbeiten seien nicht erteilt worden.

Weiter hat sie behauptet, die Arbeiten der Klägerin seien mit schwerwiegenden Mängeln behaftet und hat darauf verwiesen, der von der Kammer beauftragte Sachverständige I2 habe diese Mängel jedenfalls zum Teil bestätigt und halte sie für so schwerwiegend, dass eine Neuerstellung der Metallarbeiten erforderlich sei.

Nach Vorlage des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen I2 hat die Klägerin eine schriftliche Erklärung der Bauherren des streitgegenständlichen Objekts vom 09.07.2008 (Bl. 218) vorgelegt, wonach diese gegenüber der Beklagten keinerlei Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüche sowie Zurückbehaltungsansprüche im Zusammenhang mit den von der Klägerin ausgeführten Arbeiten geltend machen.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil (Gerüstumbaukosten in Höhe von 968,64 €) stattgegeben.

Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, die Einwendungen der Beklagten zur Prüffähigkeit der Schlussrechnung und zu den abgerechneten Zusatzpositionen griffen im Ergebnis nicht durch. Die dem Angebot vom 14.12.2005 folgende Schlussrechnung vom 21.04.2006 sei in den einzelnen Positionen nachvollziehbar und prüffähig. 13

Im Hinblick auf die Höhe des verlangten restlichen Werklohnes seien lediglich die berechneten Gerüstkosten in Abzug zu bringen, weil die Klägerin nach dem Inhalt des Vertrages verpflichtet gewesen sei, ein Schutz- und Arbeitsgerüst zu stellen. 14

Weitere Rechnungskürzungen könne die Beklagte dagegen nicht mit Erfolg geltend machen. Sie habe eingeräumt, dass sie die von der Klägerin abgerechneten Arbeiten, insbesondere die Zusatzpositionen, ihrerseits den Bauherren weiterberechnet habe; sie verhalte sich deshalb widersprüchlich, wenn sie nunmehr im vorliegenden Rechtsstreit wegen dieser Positionen Abzüge vornehmen wolle. 15

Gegenansprüche könne die Beklagte ebenfalls nicht geltend machen. Insbesondere könne sie sich nicht mit Erfolg darauf berufen, die streitgegenständlichen Arbeiten seien mit schwerwiegenden Mängeln behaftet, weshalb die Werkleistung nicht abnahmefähig sei. Zwar habe das Gutachten des Sachverständigen I2 die Behauptung der Beklagten bestätigt, wonach die von der Klägerin gefertigte Zinkblechabdeckung erhebliche Mängel aufweise und Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 28.000,00 € erfordere. Damit könne die Beklagte aber nicht mehr gehört werden, nachdem die Klägerin die Verzichtserklärung der Bauherren vom 09.07.2008 vorgelegt habe, wonach diese gegenüber der Beklagten keine Gewährleistungsansprüche im Zusammenhang mit dem Gewerk der Klägerin geltend machten. Dies müsse sich die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung in einer werkvertraglichen Leistungskette zurechnen lassen. 16

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, die damit ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. 17

Sie ist der Ansicht, die Kammer habe verkannt, dass die Klageforderung mangels Abnahme nicht fällig sei. Entgegen der landgerichtlichen Auffassung könne die vorgelegte Verzichtserklärung, die möglicherweise unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung zu bewerten sei, nicht die fehlende Abnahme des nach den Feststellungen des Sachverständigen mangelhaften Werkes ersetzen. 18

Im Übrigen sei durch die lediglich einseitige Verzichtserklärung der Bauherren kein wirksamer Erlassvertrag zwischen diesen und der Beklagten zustande gekommen. 19

Auch der Höhe nach sei der angegriffenen Entscheidung nicht zu folgen. 20

Das Landgericht habe sich mit ihren Rechnungskürzungen nicht ausreichend auseinandergesetzt und rechtsfehlerhaft verkannt, dass sie auch vor dem Hintergrund ihres Vortrags in dem laufenden Rechtsstreit gegen die Bauherren (8 O 251 /07 LG Dortmund) nicht gehindert sei, die von der Klägerin im vorliegenden Verfahren verlangten Beträge zu bestreiten. So sei aus den Titeln 01, 02, und 03 jeweils die Position „Kanthölzer“ vollständig zu streichen. Diese Leistung sei zwar vertraglich vereinbart und erbracht worden, aber zur Erstellung des Werkes nicht notwendig gewesen. Die in den Unterpositionen abgerechneten Leistungen könne die Klägerin nicht gesondert berechnen, weil es sich um vertraglich 21

geschuldete Leistungen handele. Weiter müsse die Klägerin sich ersparte Gerüstkosten in Höhe von 7.411,50 € abziehen lassen, weil sie kein Gerüst gestellt habe. Darüber hinaus seien Abzüge für eine Sicherheitsleistung und für Kosten für Bauwesen, Versicherung und Strom vorzunehmen.

Die Kammer sei weiter rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass sie keine Gegenansprüche geltend machen könne. Tatsächlich sei es aber so, dass ihr Mangelbeseitigungskosten zustünden, die der Sachverständige I2 mit 23.530,00 € netto errechnet habe. Damit rechne sie hilfsweise auf. Falls der Senat die Auffassung vertrete, dass dies wegen der vorliegenden Verzichtserklärung der Bauherren unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Vorteilsausgleich nicht möglich sei, mindere sie hilfsweise den Vergütungsanspruch. Der Wert der Minderung sei durch Schätzung zu ermitteln und beliefe sich auf mindestens 10.000,00 €. Äußerst hilfsweise berufe sie sich wegen der vom Sachverständigen festgestellten Mängel auf ein Zurückbehaltungsrecht. Schließlich habe das Landgericht auch übersehen, dass sie der Klageforderung noch die Kosten für die Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. H vom 13.07.2006 in Höhe von 6.005,00 € netto, vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 881,25 € netto und 998,75 € netto sowie Avalkosten in Höhe von insgesamt 875,00 € entgegensetzen könne. 22

Die Beklagte beantragt, 23

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 24

Die Klägerin beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Sie hat die Klage im Senatstermin teilweise zurückgenommen und verteidigt die angegriffene Entscheidung im übrigen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird Bezug genommen auf die in zweiter Instanz zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen. Wegen des genauen Umfangs der teilweisen Klagerücknahme wird auf den Inhalt des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 01.02.2010 verwiesen. 28

Der Senat hat Beweis erhoben durch die Anhörung des Sachverständigen I2 sowie Vernehmung der Zeugen C und B. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf den Berichterstattevermerk vom 01.02.2010. 29

II. 30

Die zulässige Berufung hat nur zu einem geringen Teil Erfolg. 31

1. 32

Die Klägerin hat gegen die Beklagte aufgrund des zwischen den Parteien zustande gekommenen Werkvertrages, in dem sie die Geltung der VOB/B vereinbart haben, gem. § 631 Abs. 1 BGB i. V. m. § 16 Nr. 3 VOB/B einen Anspruch auf Zahlung einer restlichen Vergütung für die erbrachten Zinkverkleidungsarbeiten in Höhe von 26.541,18 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.09.2008. 33

a. 34

35

Die restliche Werklohnforderung ist ungeachtet der zwischen den Parteien nicht erfolgten Abnahme fällig.

Die Abnahme ist als Fälligkeitsvoraussetzung entbehrlich, wenn keine Nacherfüllung mehr verlangt wird und zwischen den Parteien nur noch ein reines Abrechnungsverhältnis besteht (vgl. BGH BauR 2005, 1477). Das ist vorliegend der Fall. 36

Die Beklagte begehrt von der Klägerin keine Nacherfüllung mehr. Zwar macht sie in ihrer Berufungsbegründung äußerst hilfsweise auch noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Dies steht der Annahme eines Abrechnungsverhältnisses vorliegend aber nicht entgegen, weil die Beklagte sich darauf nicht mit Erfolg berufen kann. Ein Zurückbehaltungsrecht hat sie erstinstanzlich nicht geltend gemacht. Die Zulassung dieses Verteidigungsmittels in der Berufungsinstanz beurteilt sich - nicht wie eine Aufrechnungserklärung nach § 533 ZPO - sondern nach § 531 ZPO (Zöller-Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 533 Rdnr. 17). Die Voraussetzungen für eine Zulassung nach § 531 Abs. 2 ZPO liegen unzweifelhaft nicht vor. 37

Hinzu kommt, dass die Beklagte nicht vorgetragen hat, dass die Bauherren wegen der Leistungen der Klägerin Nacherfüllung verlangen. Aus der Verzichtserklärung der Bauherren vom 09.07.2008 (Bl. 218 GA) ergibt sich vielmehr, dass diese gegenüber der Beklagten ausdrücklich auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Zusammenhang mit dem Gewerk der Klägerin verzichten. Ob insoweit ein einseitiger Verzicht ausreicht, kann dahingestellt bleiben, da die Beklagte das Verzichtsangebot der Bauherren jedenfalls gem. § 151 BGB durch Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden angenommen hat. 38

Die Bauherren haben durch ihre Anwälte schriftlich den Verzicht gegenüber den Beklagten erklärt. Dem haben diese nicht widersprochen, sondern lediglich die unzutreffende Rechtsauffassung geäußert, dass das nicht ausreiche, weil nicht auszuschließen sei, dass weiterhin Mangelrechte durch die Eigentümer geltend gemacht werden. Der Inhalt der Verzichtserklärung vom 09.07.2008 (Bl. 218 GA) ist eindeutig. Danach verzichten die Bauherren gegenüber der Beklagten auf sämtliche Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüche bzw. Zurückbehaltungsrechte, soweit es um das Gewerk der Firma F geht. 39

Zwar gilt die Bestimmung des § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. über die Durchgriffsfälligkeit, wenn das Werk – wie hier – von dem Auftraggeber des Bestellers abgenommen wird, nicht, weil diese Vorschrift erst für Verträge Anwendung findet, die nach dem 01.01.2009 geschlossen worden sind. Allerdings stellt es einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, wenn die Beklagte als Hauptunternehmerin im Verhältnis zur Klägerin als Nachunternehmerin die Abnahme verweigert, obwohl die Bauherren ihr gegenüber auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen umfassend verzichtet und die Bezahlung angekündigt haben (vgl. dazu Kniffka, Ibr-online-Kommentar, § 640 Rdnr. 47). 40

b. 41

Die Klägerin steht ein restlicher Werklohn in Höhe von 26.541,18 € zu. 42

Im Senatstermin hat die Klägerin erklärt, dass sie die in der Schlussrechnung aufgeführten Positionen 4.10 aus den Titeln 01 – 03, die Position 4.20 aus dem Titel 01, die Position 4.3 aus dem Titel 01, die Positionen 7.10 aus den Titeln 02 und 03 und die Positionen 2 – 9 aus dem Titel 04 nicht mehr vergütet verlange und hat die Klage insoweit mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen. 43

Darüber hinaus kommen weitere Kürzungen der streitigen Schlussrechnung entgegen der Auffassung der Beklagten nicht in Betracht.

aa. 45

Die Position „Kanthölzer“ (Pos. 1 in den Titeln 01 -03) haben die Parteien vertraglich vereinbart, die Klägerin hat die Leistung erbracht und kann sie entsprechend vergütet verlangen. 46

Die Beklagte behauptet hierzu, diese Kanthölzer seien entgegen dem Angebotswortlaut nicht erforderlich gewesen und beruft sich damit auf eine Vertragsverletzung der Klägerin. 47

Zwar kann ein Mangel einer Werkleistung auch dann vorliegen, wenn die erbrachte Leistung den vertraglichen Pflichten entspricht, aber für den Unternehmer erkennbar ein unverhältnismäßiger oder unnötiger Aufwand betrieben wird (vgl. zu Ingenieurleistungen: BGH BauR 2009, 1611). Vorliegend war die Klägerin jedoch unstreitig nicht mit Planungsaufgaben befasst und es ist auch nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände ihr der Vorwurf gemacht werden könnte, sie habe die ihr in diesem Zusammenhang obliegenden vertraglichen Pflichten schuldhaft verletzt. Nach den Angaben des dazu vom Senat angehörten Sachverständigen ist es bei normalem Abstand der Kragarme üblich und erforderlich, Kanthölzer einzubauen, um darauf die OSB-Platten aufzubringen. Lediglich bei einem besonders geringen Abstand sei das nicht erforderlich. 48

Dass hier ein solch besonders geringer Abstand vorlag, konnte der Senat nicht feststellen. Der Geschäftsführer der Beklagten hat dazu - nach Vorhalt seines abweichenden Vortrages in dem Verfahren 8 O 251/07 LG Dortmund - im Senatstermin erklärt, die Kanthölzer seien im hier zu beurteilenden Fall aus seiner Sicht technisch nicht unbedingt erforderlich gewesen. Danach ist schon nicht ersichtlich, weshalb für die Klägerin der Einbau der Kanthölzer ersichtlich unverhältnismäßig sein sollte und sich ihr als unnötiger Aufwand darstellen musste. Hinzu kommt, dass die Klägerin im Senatstermin ein Foto vorgelegt hat, auf dem unstreitig zu erkennen war, dass das zuvor an dem Bauvorhaben tätige Stahlbauunternehmen spezielle Laschen angebracht hatte, an die die Kanthölzer befestigen wurden. 49

bb. 50

Auch die in den Unterpositionen 5.2 und 5.3 der Titel 01 bis 03 abgerechneten Leistungen kann die Klägerin vergütet verlangen. Bei diesen Leistungen handelt es sich um Arbeiten der Klägerin, deren Erforderlichkeit sich erst nach Auftragserteilung herausstellte, weil sich die bereits erstellte Dachkante als zu hoch erwies. Die deshalb von der Beklagten gewünschten Änderungen wurden vor Ort auf der Baustelle besprochen und der Klägerin von dem damaligen Prokuristen der Beklagten, dem Zeugen C, in Auftrag gegeben. Der Zeuge C hat nach Einsichtnahme in die Schlussrechnung der Klägerin im Senatstermin glaubhaft bekundet, dass es sich bei den Unterpositionen 5.2 und 5.3 in den Titeln 01 – 03 jeweils um diese nachträglich beauftragten und ausgeführten Änderungsarbeiten handelt. 51

Das unter dem Titel 04 Pos. 1 als Zusatzleistung abgerechnete Wärmedämmmaterial hat die Klägerin ebenfalls aufgrund eines entsprechenden Vertrages zwischen den Parteien geleistet und kann von ihr deshalb abgerechnet werden. Insoweit ergibt sich aus dem Baustellenprotokoll vom 24.02.2006, dass die Klägerin dieses Material liefern und welchen Preis sie dafür in Rechnung stellen sollte. Die Beklagte, die durch Übersendung dieses Protokolls von der auf der Baustelle getroffenen Vereinbarung in Kenntnis gesetzt wurde, hat 52

dem nicht widersprochen, sondern diese Leistung der Klägerin entgegen genommen. In der widerspruchslosen Entgegennahme der Vertragsleistung kann eine stillschweigende Annahme des Antrags auf Abschluss eines Vertrages über diese Leistung gesehen werden, wenn das Angebot bekannt war und der Unternehmer nach der Verkehrssitte und Treu und Glauben das Verhalten des Auftraggebers so verstehen kann, dass er den Vertrag auf der Grundlage des Angebots schließen will (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 5. Teil Rdnr. 91.) Das gilt insbesondere dann, wenn der Unternehmer zum Ausdruck gebracht hat, dass er nur unter seinen Bedingungen zur Leistung bereit ist (BGH NJW 1995, 1671; Kniffka/Koeble a.a.O.) Die Klägerin durfte vor diesem Hintergrund davon ausgehen, dass sie auch diese Leistung auf der Grundlage einer entsprechenden vertraglichen Absprache mit der Beklagten erbringen und abrechnen konnte.

cc. 53

Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung ausführt, die Klägerin müsse sich einen Abzug in Höhe von 7.411,50 € entgegenhalten lassen, weil sie kein Gerüst gestellt habe, dringt sie mit diesem Angriff ebenfalls nicht durch. 54

Dabei kann die Frage, ob und welches Gerüst die Klägerin gestellt hat, unbeantwortet bleiben, weil es sich insoweit um neues Vorbringen der Beklagten handelt, das keine Berücksichtigung finden kann, weil die Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Erstinstanzlich hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 11.11.2008 (Bl. 231 GA) zu diesem Streitpunkt ausgeführt, „die insofern von der Klägerin benannten Kosten sind zu streichen.“ Dem ist die Kammer in der angegriffenen Entscheidung gefolgt. Sie hat die Klageforderung in Höhe der in der Schlussrechnung aufgeführten Gerüstumbaukosten gekürzt hat. Dass sich die Klägerin darüber hinaus „ersparte Gerüstkosten anrechnen lassen muss, die in die Angebotspreise ihrer Kalkulation eingeflossen und in Höhe von 7.411,50 € in Abzug zu bringen sind“, trägt die Beklagte nunmehr erstmals in der Berufungsinstanz vor. 55

dd. 56

Soweit die Beklagte von der Rechnungssumme einen Abzug für Bauwesen, Versicherung und Strom in Höhe von 0,65 % vornehmen sowie eine Sicherheitsleistung in Höhe von 5 % einbehalten möchte, trägt sie dies ebenfalls erstmals in der Berufungsinstanz vor. 57

Darüber hinaus fehlt es für solche Abzüge an einer vertraglichen Grundlage. Das Angebot der Klägerin vom 14.12.2005 sieht solche Abzüge nicht vor. Auch die schriftliche Annahme durch die Beklagte vom 15.12.2005 sieht in der Berechnung des Auftragsvolumens lediglich einen Nachlass in Höhe von 3% der Nettosumme vor. Soweit die Beklagte im Eingang dieses Schreibens darauf hinweist, dass u.a. auch das „Vergabeprotokoll zum Werkvertrag“ Vertragsbestandteil werde, führt auch das nicht zu einer vertraglichen Einigung über weitere Abzüge. Das darin liegende neue Angebot hat die Klägerin nicht ausdrücklich angenommen. Auch eine stillschweigende Annahme kommt vorliegend nicht in Betracht, da es in dem Protokoll ausdrücklich heißt: „Dieses Verhandlungsprotokoll stellt keine Vergabe dar. Ein Anspruch ist somit hieraus nicht herzuleiten“. Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte die Vereinbarung weiterer Rechnungsabzüge ausdrücklich mit der Klägerin treffen müssen, was nicht geschehen ist. 58

Die restliche Werklohnforderung der Klägerin errechnet sich somit wie folgt: 59

Summe Titel 01: 20.512,09 € 60

61

+ Summe Titel 02:	13.419,59 €	
+ Summe Titel 03:	9.765,00 €	62
+ <u>Summe Titel 04: 469,48 €</u>		63
=	44.166,16 €	64
./. 3 % Nachlass	1.324,98 €	65
=	42.841,18 €	66
<u>./. Abschlagszahlung 16.300,00 €</u>		67
=	<u>26.541,18 €</u>	68

c. 69

Soweit sich die Beklagte gegen die restliche Werklohnforderung mit Gegenforderungen im Zusammenhang mit behaupteten Mängeln des Werkes verteidigt, bleibt die Berufung ebenfalls ohne Erfolg. 70

aa. 71

Die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit Mangelbeseitigungskosten (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, § 637 BGB) in Höhe von 23.530,00 € netto kommt nicht in Betracht, weil keine Mangelbeseitigung erfolgt ist. 72

Die Aufrechnung mit einem entsprechenden Vorschussanspruch scheitert daran, dass die Beklagte die behaupteten Mängel nicht beseitigen will und auch nicht kann (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil Rdnr. 142; BGH BauR 1989, 406). Die Bauherren verlangen von ihr – unstreitig – keine Nachbesserungsarbeiten und wünschen auch keine geänderte Ausführung. 73

bb. 74

Die Beklagte kann den Werklohn auch nicht wegen der behaupteten Mängel in Höhe von 10.000,00 € mindern. 75

Insoweit übersieht die Beklagte, dass die Möglichkeiten einer Minderung beim VOB-Vertrag eingeschränkt sind. Erforderlich ist dafür nach § 13 Nr. 6 VOB/B, dass die Beseitigung des Mangels unzumutbar, unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Dass diese Voraussetzungen vorliegen, behauptet die Beklagte selbst nicht. Im Falle der Unmöglichkeit reicht nicht die subjektive Unmöglichkeit. Die Nacherfüllung muss objektiv unmöglich sein. Selbst wenn nach Lage der Dinge nur eine Neuerstellung der Bauleistung in Betracht kommt, so bedeutet auch das nicht eine Unmöglichkeit im Sinne des § 13 Nr. 6 VOB/B (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdnr. 1712). 76

Ein Minderungsrecht ist der Beklagten im vorliegenden Fall auch nicht ausnahmsweise deshalb zuzubilligen, weil ansonsten eine Äquivalenzstörung verbliebe. Die Beklagte trägt in diesem Zusammenhang vor, ohne das Korrektiv der Minderung behielte der weniger und mangelhaft leistende Nachunternehmer die Vorteile, die er durch die vertragswidrigen Einsparungen und durch seine vertragswidrigen Minderleistungen habe. Der vertragsuntreue Unternehmer behielte die Vorteile seines vertragswidrigen Verhaltens. Da vorliegend die 77

Gefahr einer solchen Schieflage nicht besteht, bedarf es auch keines Korrektivs in Form einer Minderung des Werklohnanspruchs der Klägerin gegenüber der Beklagten.	
Die Klägerin hat in einer schriftlichen Vereinbarung mit den Bauherren vom 26.03./04.04.2008 (Bl. 185 GA) diesen gegenüber unstreitig die Gewähr für die von ihr ausgeführten Arbeiten bis zum 30.06.2016 übernommen und sich darüber hinaus zur Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 15.000,00 € verpflichtet. Im Gegenzug haben die Bauherren auf die Geltendmachung jeglicher Gewährleistungsrechte im Hinblick auf die Verkleidungsarbeiten der Klägerin verzichtet.	78
cc.	79
Auch auf ein äußerst hilfsweise geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Klageforderung kann sich die Beklagte nicht berufen.	80
Zum einen liegen insoweit die Zulassungsvoraussetzungen nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht vor (siehe oben II 1 a). Zum anderen verlangt die Beklagte keine Nacherfüllung. Für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist es jedoch erforderlich, dass der Auftraggeber vom Auftragnehmer noch Nacherfüllung verlangt. Gemeint ist damit das fortbestehende Verlangen auf Nacherfüllung als solches und nicht die Geltendmachung eines anderen, auf Geld gerichteten Mangelsanspruchs, insbesondere auch nicht eines Kostenerstattungsanspruchs. In solchen Fällen kommt nur eine Verrechnung bzw. Aufrechnung in Betracht, nicht aber ein Leistungsverweigerungsrecht (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 15. Aufl., § 13 Nr. 5 VOB/B, Rdnr. 229).	81
dd.	82
Schließlich kann die Beklagte der Klageforderung auch keine vorgerichtlich entstandenen Gutachterkosten und Rechtsanwaltskosten sowie Avalkosten entgegensetzen.	83
(1)	84
Die Beklagte hat nicht dargetan, dass ihr gegenüber der Klägerin Gutachterkosten für den Sachverständigen Dipl.-Ing. H in Höhe von 6.005,00 € zustehen.	85
Die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 13.02.2009 vorgelegte Rechnung des Sachverständigen H vom 13.07.2006 bezieht sich auf Gutachten mit den Nrn. 11236 – 11240. Ausweislich der ebenfalls von der Beklagten zu den Akten gereichten Anlage B 2 hat der Sachverständige H die Arbeiten der Klägerin aber lediglich in dem Gutachten mit der Nr. 11237 bewertet. Die Klägerin weist deshalb zu Recht darauf hin, dass die hier verlangten Gutachterkosten in Höhe von 6.005,00 € sich nicht auf ihr Gewerk beziehen können.	86
(2)	87
Dass die Beklagte die geltend gemachten vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten tatsächlich aufgewandt hat und ihr insoweit ein Erstattungsanspruch zusteht, hat die Klägerin bestritten. Für eine entsprechende Zahlung hat die Beklagte keinen Beweis angetreten.	88
(3)	89
Hinsichtlich der Avalkosten verweist die Klägerin zu Recht auf die Regelung in § 648 a Abs. 3 S. 2 BGB. Eine Erstattungspflicht besteht nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrecht erhalten werden	90

muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

d. 91

Der Zinsanspruch der Klägerin ist erst ab Zugang der Verzichtserklärung der Bauherren bei der Beklagten - unstreitig am 11.09.2008 - begründet, weil die Forderung zuvor nicht fällig war. Einer erneuten Inverzugsetzung bedurfte es dagegen im laufenden Rechtsstreit nicht. Eine solche war gem. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich. 92

III. 93

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO. 94

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 95

IV. 96

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO. 97