
Datum: 29.01.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 37/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0129.26U37.06.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 7 O 63/99

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 12.01.2006 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten wird das angefochtene Urteil teilweise abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 42.320,54 € nebst Zinsen i. H. v. 6,75 % aus 42.320,54 € seit 03.11.1998 sowie 1.886,73 € nebst Zinsen i. H. v. 4 % aus 1.886,73 € seit 22.04.1997 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz werden der Klägerin zu 81,62 % und dem Beklagten zu 18,38 % auferlegt.

Die Kosten der Berufungsinstanz tragen die Klägerin zu 68,56 % und der Beklagte zu 31,44 %.

Die Klägerin trägt die Kosten der Streithelfer nach einem Streitwert von 16.189,49 €.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung des Prozessgegners durch Sicherheitsleistung von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin errichtete für den Beklagten aufgrund eines im Oktober 1996 geschlossenen Werkvertrages in den Jahren 1996 bis 1998 den Neubau einer Produktions- und Lagerhalle in T2.

Mit der Klage hat sie zunächst eine Restwerklohnforderung von 450.236,60 DM und letztlich eine solche i. H. v. 205.089,00 € nebst Zinsen und vorgerichtliche Anwaltskosten i. H. v. 2.215,84 € nebst Zinsen geltend gemacht, ferner die Kosten eines Beweisverfahrens LG Bielefeld 7 OH 15/97 i. H. v. 4.138,29 € nebst Zinsen, das vorprozessual gegen sie von ihrer Subunternehmerin Fa. N GmbH wegen eines Schadensereignisses während der Bauzeit der Halle geführt worden war.

Die Parteien haben im Wesentlichen darüber gestritten, ob die in Rechnung gestellten Massen und Preisansätze gerechtfertigt seien. Darüber hinaus hat der Beklagte eine Reihe von Mängeln behauptet, wegen derer er teils Zurückbehaltungsrechte und teils Schadensersatzansprüche geltend gemacht hat.

Das Landgericht hat der Klage nach Beweiserhebung durch Zeugenvernehmungen und nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. S i. H. v. 65.310,69 € nebst 6,75 % Zinsen seit dem 03.11.1998 stattgegeben und die Klage im übrigen abgewiesen.

Es hat die Schlussrechnung der Klägerin insbesondere auf der Basis der Feststellungen des Sachverständigen S in einer Reihe von Positionen gekürzt und ist zu einer rechnerischen Schlussrechnungsforderung i. H. v. 70.664,94 € gelangt. Darüber hinaus hat es als Abzugspositionen unter Verweis auf die Sachverständigenfeststellungen Schadensersatzansprüche wegen Mängeln i. H. v. 5.354,25 € zuerkannt. Zurückbehaltungsrechte seien dagegen nicht gegeben, weil sich die Parteien neun Jahre nach Fertigstellung des Objekts in einem Abrechnungsverhältnis befänden. Ansprüche auf Ersatz der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens und auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten seien mangels Erstattungsgrundlage nicht zu berücksichtigen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in der ersten Instanz - insbesondere auch wegen des Wortlautes der gestellten Anträge - wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Beide Parteien greifen die Entscheidung mit ihren Rechtsmitteln an.

Mit ihrer Berufung begehrt die Klägerin die Zuerkennung weiterer 69.296,62 € nebst Zinsen.

Hinsichtlich der weitergehenden Schlussrechnungsforderung wendet sie sich gegen Urteil, soweit Positionen nicht berücksichtigt worden sind. Gewährleistungsrechte des Beklagten seien nur als aufrechenbare Ansprüche und nur im Umfang der Feststellungen des Sachverständigen gegeben. Soweit sich der Beklagte erstmals auf Risse an den Ortbetonstützen berufe, seien Mängel nicht gegeben, jedenfalls seien mögliche Ansprüche verjährt.	11
Der Beklagte sei überdies verpflichtet, die vorprozessualen Anwaltskosten der Klägerin im Rahmen des Anwaltsschreibens v. 15.04.1997 wegen der 4. Abschlagsrechnung und der Sicherheit gem. § 648 a BGB zu tragen sowie weiterhin auch 69 Prozent der Kosten des von der Fa. X gegen sie betriebenen selbständigen Beweisverfahrens.	12
Im Übrigen sei die Verurteilung des Beklagten zu Recht erfolgt, so dass sein Rechtsmittel keinen Erfolg haben könne.	13
Die Klägerin beantragt,	14
1. das angefochtene Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 12.01.2006 - 7 O 63/99 - dahingehend abzuändern, dass der Beklagte über die durch das angefochtene Urteil titulierte Forderung hinaus verurteilt wird, an die Klägerin weitere 69.296,52 € zzgl. 6,75 % Zinsen aus 66.306,97 € seit 03.11.1998, 4 % Zinsen aus 2.215,84 € seit 22.04.1997 sowie 4 % Zinsen aus 773,81 € seit Klagezustellung zu zahlen,	15
2. die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	16
Der Beklagte beantragt,	17
1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,	18
2. unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage abzuweisen.	19
Er erstrebt die vollständige Klageabweisung.	20
Das Landgericht habe die ausgeurteilten Positionen der Schlussrechnung fehlerhaft zugesprochen und zu Unrecht die von ihm geltend gemachten Mängel nur teilweise berücksichtigt. Darüber hinaus seien mittlerweile umfangreiche Rissbildungen an den Ortbetonstützen aufgetreten, die allein schon Sanierungsmaßnahmen i. H. v. 41.982,90 € erforderten.	21
Der Beklagte erklärt die Aufrechnung mit den Anwaltskosten der Bürgschaft gem. § 648 a BGB für die Jahre von 1997 bis 2006.	22
Wegen der genauen Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien wird auf die zu den Gerichtsakten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Ausführungen zum Parteivortrag im Rahmen der Entscheidungsgründe Bezug genommen.	23
Die Beilagen LG Bielefeld 7 OH 15/97 haben vorgelegen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	24
Der Senat hat die Parteien angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. S und dessen zweimalige mündliche Anhörung. Wegen deren Ergebnis wird auf die Berichterstattevermerke zu den Senatsterminen vom 16.02.2007, 06.11.2007 und 11.12.2009 verwiesen.	25

B.	26
Die Berufung des Beklagten ist teilweise begründet. Das Rechtsmittel der Klägerin ist unbegründet.	27
Der Klägerin steht gegen den Beklagten wegen des Neubaus der Produktions- und Lagerhalle insgesamt eine Forderung i. H. v. 42.320,54 € nebst Zinsen i. H. v. 6,75 % aus 42.320,54 € seit 03.11.1998 und 4 % Zinsen aus 1.886,73 € seit 22.04.1997 zu.	28
Anwendung findet das bürgerliche Recht in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, weil das Schuldverhältnis vor dem 01.01.2002 begründet worden ist, Art. 229 § 5 EGBGB.	29
Danach beruht die zuerkannte Forderung auf den §§ 631, 632 BGB, soweit die Parteien eine Leistungsvereinbarung getroffen haben, und auf den §§ 683, 677 BGB, soweit eine Vereinbarung fehlt, die Leistung aber zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendig gewesen ist.	30
Dass daneben die Geltung der VOB/B vereinbart worden ist, lässt sich dagegen nicht feststellen. Insbesondere ist nach den Angaben der Klägerin im Senatstermin vom 16.02.2007 zu keiner Zeit eine schriftliche Vereinbarung getroffen worden; eine mündliche Vereinbarung ist nicht dargelegt.	31
Die Forderung ist fällig, § 640 BGB. Nach der Fertigstellung der Leistung im Sommer 1998 und Erteilung der Schlussrechnung unter dem 21.08.1998 ist das Werk rügelos genutzt worden. Gestritten worden ist zunächst nur über die Forderungshöhe. Erstmals in der Klageerwidern vom 07.05.1999 sind Mängel geltend gemacht worden, und zwar nur im Wege eines Zurückbehaltungsrechtes, während bei einer fehlenden Abnahme ein Antrag auf Klageabweisung mit der Begründung, dass die Forderung zur Zeit nicht fällig sei, zu erwarten gewesen wäre. Der Senat geht deshalb von einer konkludenten Abnahme nach dem Ablauf einer angemessenen Prüfungszeit im Herbst 1998 aus.	32
I.	33
Der Werklohnanspruch ist zunächst in einer Gesamthöhe von 60.213,58 € brutto entstanden.	34
Zur Begründung wird zunächst auf die Ausführungen des Landgerichts verwiesen. Soweit diese von den Parteien angegriffen worden sind, ergeben sich die nachfolgend ausgeführten Bewertungen. Der Senat folgt dabei bei der bautechnischen Bewertung den plausiblen und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing S in seinen schriftlichen und mündlichen Gutachten:	35
1. Pos. 01.01.00020a - Baustraße -	36
Die Parteien streiten darüber, ob und inwieweit die Klägerin die laut Nr. 1.1.20 der Ausschreibung bauseitig vorhandene, tatsächlich jedoch nicht gegebene Baustraße hergestellt hat, ob diese erforderlich gewesen ist, und ob die Klägerin dabei den berechneten Schotter oder preiswerteres Recyclingmaterial eingebracht hat.	37
Die Erstellung einer Baustraße ist jedenfalls nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu vergüten, weil sie nach den Erläuterungen des Sachverständigen S im Termin vom 06.11.2007 insbesondere angesichts des vorhandenen Sandbodens notwendig gewesen ist, um das Befahren des Grundstücks mit den für die Leistungserbringung notwendigen schweren Baufahrzeugen zu ermöglichen.	38

Hinsichtlich der erbrachten Massen legt der Senat auf der Basis der sachverständigen Feststellungen in demselben Termin eine Gesamtfläche von 366,75 qm zugrunde. Das eingebrachte Material ist auch als Untergrundmaterial für die Pflasterung auf dem Grundstück verblieben und nicht etwa entsprechend der Behauptung des Beklagten von der Nachunternehmerin Fa. X1 entfernt worden. Dies folgt daraus, dass dieser Nachunternehmer das Untergrundmaterial nach den Berechnungen des Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten für seine Arbeiten in vollem Umfang benötigt hat. Weil er seine Leistungen unstreitig mangelfrei erbracht hat, muss deshalb das Material der Klägerin vollständig weiter verwendet worden sein. Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Klägerin weiteres Schottermaterial in der Pos. 06.10.00180 berechnet habe, so dass die Berechnung des Sachverständigen nicht stimmen könne. Denn diese Position ist betrifft nach den Ausführungen des Sachverständigen im Termin vom 11.12.2009 den Unterbau der Rampe und ist schon deshalb für die hier maßgebliche Baustraßenerstellung nicht einschlägig. Soweit sich der Beklagte darauf beruft, dass sich auf Fotos in der Hülle Bl.373 der Akte keine Baustraße befinde, ist daraus nichts herzuleiten, weil die Fotos zeitlich nicht einzuordnen sind und nach den Feststellungen des Sachverständigen im Termin vom 11.12.2009 nicht aussagekräftig sind.	39
Hinsichtlich des verwendeten Materials geht der Senat auf der Basis der erstinstanzlichen Aussage des Zeugen D davon aus, dass die Baustraße auf der Hallenlängsseite, also auf einer Fläche von 356,75 qm, aus dem von der Klägerin in Ansatz gebrachten Schottermaterial erstellt worden ist. Der dazu gegenbeweislich vernommene Zeuge T konnte hierzu keine Angaben machen. Der von der Klägerin mit der Klage verlangte Einheitspreis von 34,57 DM ist auf der Basis der Ermittlungen des Sachverständigen nicht zu beanstanden. Das Schottermaterial war somit mit 12.332,85 DM netto zu vergüten.	40
Hinsichtlich der Querseite ist nach den Berechnungen des Sachverständigen eine Fläche von 10 qm zugrunde zu legen. Diese Fläche ist nach der Aussage des Zeugen D teilweise mit Recyclingmaterial belegt worden. Weil sich der Umfang nach der Überbauung nicht mehr verifizieren lässt, vermag der Senat zu Lasten der beweisbelasteten Klägerin insoweit nur von der Verwendung von Schotter auszugehen, der nach den Angaben des Sachverständigen im Termin vom 11.12.2009 im Einkaufspreis um ca. 1/3 niedriger liegt als Schotter. Der Senat schätzt die Vergütung für das Recyclingmaterial danach auf 23,05 DM/qm, was zu einer Vergütung für dieses Material i. H. v. 230,05 DM netto führt.	41
Als Vergütung für die Baustraße ergibt sich ein geschuldeter Gesamtbetrag i. H. v. 12.562,90 DM netto. Gegenüber dem vom Landgericht zuerkannten Betrag von 14.242,84 DM ergibt sich eine Verringerung von 1.679,94 DM netto.	42
2. Pos. 01.02.00060 - Oberboden -	43
Die Parteien streiten darüber, ob und inwieweit die Klägerin eine Geländeauffüllung mit Oberbodenmaterial vorgenommen hat, ob diese unter die Eventualposition 1.2.60 - Laden und Abfahren von gelagertem Oberboden - fällt und ob ein entsprechender Auftrag erteilt worden ist.	44
Die Klägerin kann insoweit eine Vergütung nicht verlangen. Das Auffüllen des Geländes ist nicht - auch nicht als Eventualposition 1.2.60- explizit ausgeschrieben und im Ursprungsvertrag vereinbart worden, so dass die Klägerin für eine vertragliche Vergütung einen Zusatzauftrag darlegen und beweisen musste. Die substantiierte Darlegung der Auftragserteilung ist ihr nicht gelungen und ausweislich der Erklärung im Senatstermin vom 16.02.2007 auch nicht mehr möglich gewesen.	45

Eine Vergütung aus anderen Rechtsgrundlagen kommt nicht in Betracht. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die Auffüllung notwendig im Sinne einer Geschäftsführung ohne Auftrag war oder im Sinne einer ungerechtfertigten Bereicherung zu einer Wertverbesserung des Grundstücks geführt hat.	46
Die Gesamtvergütung ist deshalb um die vom Landgericht zuerkannten 2.098,88 DM netto zu kürzen.	47
3. Pos. 1.03.00036 - PE-Folie -	48
Die Parteien streiten darüber, ob die Folie zur Verhinderung aufsteigender Feuchtigkeit wegen unzureichenden bauseitig bereitgestellten Sanduntergrundes oder als Gleitschicht für die Sohle erforderlich gewesen ist.	49
Der Klägerin steht insoweit keine Vergütung zu. Die Beauftragung der PE-Folie ist nicht dargelegt. Auch eine vergütungspflichtige Geschäftsführung ohne Auftrag oder ein ungerechtfertigte Bereicherung liegen nicht vor. Nach den Sachverständigenfeststellungen im schriftlichen Erstgutachten war eine PE-Folie neben der ebenfalls abgerechneten Sauberkeitschicht nicht erforderlich. Nach seinen Ausführungen im Termin vom 06.11.2007 ist eine Erforderlichkeit als Gleitschicht für die Sohle ebenfalls nicht feststellbar; die tatsächliche Ausführung wäre dafür ohne Doppellagigkeit auch nicht fachgerecht gewesen.	50
Eine Abweichung gegenüber der landgerichtlichen Entscheidung ergibt sich nicht.	51
4. Pos. 01.03.220a - Zulage Deckenaufkantung -	52
Der Beklagte macht geltend, dass die Leistung nicht beauftragt, nicht erbracht und nicht notwendig gewesen sei.	53
Die Zulage ist wie berechnet und vom Landgericht zuerkannt vergütungspflichtig, weil die Leistung nach den Feststellungen des Sachverständigen im Erstgutachten zur Erstellung der Sichtbeton-Deckenrandes notwendig gewesen ist. Die andernfalls verwendete rauhe Schalung hätte zur dagegen Mangelhaftigkeit geführt.	54
5. Pos. 10.03.220b - Zulage Schrägenausbildung -	55
Die Klägerin macht geltend, dass die Schrägenausbildung notwendig gewesen sei.	56
Eine Vergütungspflicht besteht wie vom Landgericht erkannt gleichwohl nicht. Die Einzelheiten der Sichtbetonschalung ergaben sich nach den Feststellungen des Sachverständigen im Erstgutachten aus den Plänen. Die Schrägenausbildung war deshalb bei der Kalkulation der ausgeschriebenen Positionen zu berücksichtigen; die Besonderheiten des Sichtbetons sind in Pos. 1.3.220a berechnet worden. Die erforderliche Leistung ist damit abgegolten; eine gesonderte Vergütung ist nicht gerechtfertigt.	57
6. Pos. 01.03.410a - 440a - Listenmatten -	58
Die Parteien streiten darüber, ob eine Vergütungspflicht für zunächst vorgesehene, aber später nicht realisierte Listenmatten besteht.	59
Eine Vergütungspflicht besteht in Übereinstimmung mit dem Landgericht nicht. Es liegt keine Teilkündigung vor. Die Pos. 1.3.410 -Listenmatten- ist als Einheitspreis beauftragt worden. Die Schlussrechnung zeigt, dass diese später entfallen und durch eine Massensteigerung bei	60

der Pos. 01.03.400 - Lagermatten - ersetzt worden sind. Es ist nicht ersichtlich, dass darin mehr als eine Massenanpassung zu sehen ist, die im Rahmen des Ursprungsvertrages liegt.

7. Pos. 01.05.00081 - Zulage Attika - 61

Die Klägerin macht die Zulagenposition geltend, weil wegen der Dachtrapezbleche ein zeitversetztes Aufmauern notwendig gewesen sei und erhöhte Transportkosten angefallen seien. 62

Der Senat schließt sich jedoch mit dem Landgericht den Ausführungen des Sachverständigen an, der in seinem Erstgutachten und im Termin vom 06.11.2007 plausibel ausgeführt hat, dass die Aufmauerung auch in einem Arbeitsgang hätte erfolgen können. Eine notwendige und vergütungspflichtige Erschwernis liegt damit nicht vor. 63

8. Pos.01.05.00082 - Zulage Schneiden von Ecken - 64

Der Beklagte verweist darauf, dass kein Auftrag erteilt worden sei und die Voraussetzungen anderweitiger Vergütungspflicht nicht gegeben seien. 65

Wie schon das Landgericht sieht auch der Senat die Vergütungspflicht im erkannten Umfang als gegeben an. Der Sachverständige hat im Erstgutachten und bei der Anhörung im Senatstermin vom 06.11.2007 plausibel dargelegt, dass es sich um eine erforderliche Mehrarbeit gehandelt hat, die von der sonstigen Vergütung nicht erfasst ist. 66

9. Pos.01.06.00050 - Unterputzeckschienen - 67

Der Beklagte rügt, dass insoweit kein Auftrag erteilt worden sei. 68

Der Anspruch besteht wie vom Landgericht ausgeurteilt. Die Position ist als Nr. 1.6.50 ins Leistungsverzeichnis aufgenommen und Vertragsinhalt geworden. Die Schienen sind auf der Basis der Feststellungen im Erstgutachten als Schutz vorspringender Ecken und Kanten im zuerkannten Umfang notwendig gewesen. 69

10. Pos. 04.01.00111 - Trafotür - 70

Der Beklagte ist lediglich bereit, den üblichen Preis für die Tür zu zahlen. 71

Er ist jedoch wie ausgeurteilt zur Zahlung verpflichtet. Im Angebot vom 08.10.1996 ist die Tür ohne Paneel angeboten. Weil sie nach den Sachverständigenfeststellungen tatsächlich auch so eingebaut worden ist, ist der vereinbarte Preis zu zahlen, unabhängig davon ,ob der übliche Preis niedriger liegt. 72

11. Pos. 04.01.00117 - Türänderung - 73

Die Klägerin begehrt die Vergütung dafür, dass sich nachträglich das Erfordernis einer Veränderung der Tür ergeben habe. Der Beklagte wendet sich gegen die Vergütungspflicht mit der Begründung, dass nicht eine Planänderung, sondern ein Messfehler auf Seiten der Klägerin vorgelegen habe. 74

Abweichend vom Landgericht vermag der Senat die Voraussetzungen für eine Vergütungspflicht nicht festzustellen. Nach den Erläuterungen des Sachverständigen im Erstgutachten passte die Tür auf der Basis des Grundrissplans Stand 3.95. Auf der Basis des Grundrissplanes Stand 11.96 war sie dagegen zu klein. Es hat deshalb eine Auffütterung des 75

Türrahmens stattgefunden. Die Planänderung datiert aber deutlich vor dem Vertragsschluss und Arbeitsbeginn im Oktober 1997. Es spricht deshalb alles dafür, dass der falsche, bei Vertragsschluss nicht mehr aktuelle Plan zugrunde gelegt wurde. Die Leistung war dann zunächst mangelhaft; die Arbeiten dienten der Schaffung des vertragsgemäßen Zustandes und sind nicht gesondert vergütungspflichtig.

Die Forderung ist demnach um 787,47 DM netto zu verringern. 76

12. Pos.04.01.120a - 170a - Sektionaltore 77

Die Klägerin macht entgangenen Gewinn i. H. v. 23.385,25 DM für zunächst eingeplante, später aber entfallene Sektionaltore geltend, den der Beklagte bestreitet. 78

Zu Unrecht hat das Landgerichts die Positionen nicht zuerkannt, weil die Leistung der Tore entfallen sei. Die Klägerin hat dagegen schon in der Schlussrechnung nicht die Tore, sondern den entgangenen Gewinn geltend gemacht. Dieser stand ihr nach Teilkündigung gem. § 649 BGB zu. Der Höhe nach ist aber nur der mit der Schlussrechnung verlangte Betrag von 11.203,00 DM netto zuzuerkennen. Es lässt sich dagegen nicht feststellen, dass der entgangene Gewinn über dem zunächst berechneten liegt. Dass diese Berechnung den seinerzeitigen Preisen der Fa. X2 entsprochen hat, hat der Terminsvertreter X3 im Termin vom 11.12.2009 bestätigt. 79

Es ergibt sich daraus ein Mehrbetrag von 11.203,00 DM netto. 80

13. Pos. 05.01.0010 - Stahltrapezblecheindeckung - 81

Abweichend von dem Urteil des Landgerichts ist der Klägerin ein weiterer Betrag i. H. v. 17.271,41 DM netto zuzusprechen. Es handelt sich um eine Fläche von 455,71 qm zu einem qm-Preis von 37,90 DM, die unstreitig erbracht worden ist. Der vom Landgericht lediglich berücksichtigte Betrag von 4.101,30 DM betrifft nur eine Teilfläche von 117,17 qm zu je 35 DM/qm, über die sich die Parteien bei dem Ortstermin bei dem Sachverständigen geeinigt haben. Damit sollte aber die Vergütung der Restfläche nicht entfallen. 82

14. Pos. 05.01.00060 und 00070 - Dachausschnitte - 83

Die Klägerin hat sich erstinstanzlich nur darauf berufen, dass die Leistung gegenüber der Beklagtenseite angekündigt worden sei. Zutreffend hat das Landgericht daraufhin auf der Basis des Sachverständigengutachtens den üblichen Preis von je 120 DM hierfür zuerkannt. Der nunmehrige erstmalige Vortrag in der Berufungsinstanz, dass der abgerechnete Preis von jeweils 700 DM vertraglich vereinbart worden sei, ist streitig, gem. 531 ZPO verspätet und nicht zuzulassen. 84

15. Pos. 05.03.00150 - Verbundwinkel - 85

Die Klägerin beruft sich darauf, dass die berechneten Winkel entsprechend der Zeichnung Anlage K 29 notwendig gewesen seien. 86

Es besteht keine Vergütungspflicht, weil sich die Verbundwinkel nach dem Erstgutachten aus der Zeichnung nicht ergeben und nach den sachverständigen Ausführungen im Senatstermin vom 06.11.2007 nicht notwendig gewesen und bei dem Ortstermin auch nicht vorgefunden worden sind. 87

Der vom Landgericht zuerkannte Betrag von 943,69 DM netto ist deshalb abzuerkennen. 88

16. Pos. 06.01.0005-20 - Gerüste -	89
Die Klägerin begehrt Vergütung für Gerüste, die zur Leistungserbringung notwendig gewesen seien. Der Beklagte bestreitet die gesonderte Vergütungspflichtigkeit und die Üblichkeit der Preise.	90
Eine vertragliche Vereinbarung ist nicht dargelegt. Gesondert vergütungspflichtig sind nach den Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin vom 06.11.2007 aber die Dachdeckerarbeiten, wobei die entsprechende Position 06.01.00015 zutreffend mit 1.590,36 DM berechnet worden sei. Nur diesen Kosten sind abweichend vom Landgericht zusätzlich zuzuerkennen.	91
Bei den Gerüsten für Maurer- und Betonarbeiten handele es sich dagegen um Nebenleistungen zu diesen Gewerken, die nicht gesondert zu vergüten sind, sondern in der Vergütung für die Maurer- und Betonarbeiten enthalten seien. Die Klägerin kann also insoweit eine zusätzliche Vergütung nicht verlangen.	92
Es besteht demnach gegenüber der alle diese Positionen aberkennenden landgerichtlichen Entscheidung ein Mehrvergütungsanspruch i. H. v. 1.590,36 DM netto.	93
17. Pos. 06.02.00020 - Eckschutzschienen -	94
Die Klägerin hält die Anbringung für erforderlich und deshalb für vergütungspflichtig.	95
Weil es sich jedoch nach den Ausführungen des Sachverständigen in seinem Erstgutachten um nicht vergütungspflichtige Nebenleistungen handelt, kommt eine gesonderte Vergütung in Übereinstimmung mit dem Landgericht nicht in Betracht.	96
18. Pos. 06.03.00010 - 70 - Entsorgung und Wiederherstellung der eingestürzten Porenbetonmauer -	97
Die Klägerin macht Kosten geltend, die darauf beruhen, dass eine auf ihren Vorschlag und ohne Überprüfung und Bedenkenhinweise durch den Architekten von der Planung abweichend errichtete Wand durch Sturmeinwirkung während der Bauphase eingestürzt ist.	98
Abweichend von der Entscheidung des Landgerichts kommt eine Kostenerstattung unter keinem Gesichtspunkt in Betracht. Eine vertragliche Vereinbarung existiert nicht. Eine Erstattung aus sonstigen Rechtsgründen ist nicht gegeben. Die Aufwendung der Kosten war nach dem Einsturz der Wand zwar erforderlich, um das Werk fertig zu stellen. Es handelte es sich aber um eine Maßnahme, die auf der Basis der Ausführungen des Sachverständigen im Erstgutachten zur Mangelbeseitigung angefallen ist. Die Vergütung ist dann aber bei wertender Betrachtung allein im Innenverhältnis der Schädiger abzuwickeln.	99
Der landgerichtlich ausgeurteilte Vergütungsbetrag ist deshalb um weitere 7.929,40 DM zu kürzen.	100
19. Pos.06.04 - Umbeschichtung der Attika -	101
Die Klägerin begehrt Vergütung für die Umbeschichtung der Attika mit der Begründung, dass sich die Beklagten im März / April 1997 nach einer Mustervorlage für den Farbton RAL 8008 entschieden hätten. Erst nach Anlieferung der Attika habe man sich umentschlossen und müsse deshalb die Kosten der Umlackierung tragen. Der Beklagte bestreitet eine vertragliche Vereinbarung. Die Farbe sei zunächst nicht festgelegt worden, sondern habe erst nach einer	102

tatsächlich allerdings nie erfolgten Mustervorlage stattfinden sollen. Firmenfarbe sei seit 1958 RAL 8011 gewesen, so dass eine Falschlieferung erfolgt und die Umbeschichtung als Nachbesserung anzusehen sei.

Der Klägerin steht ein vertraglicher Vergütungsanspruch nicht zu. Der Beklagte hat die Leistung ausweislich des Schreibens v. 25.03.1998 als Mängelbeseitigung verlangt und mit dem Schreiben v. 01.04.1998 die Auftragserteilung abgelehnt. Die Erteilung eines entgeltlichen Auftrages damit ist nicht feststellbar. Die entgeltliche Umbeschichtung entsprach auch nicht dem Willen des Beklagten. Weil die Klägerin die Umbeschichtung ohne weitergehende Vereinbarungen vorgenommen hat, wäre auch ein Anspruch aus § 812 BGB nur gegeben, wenn sich die Umbeschichtung als wertsteigernde Aufwendung ansehen lässt. Eine solche ist nicht feststellbar. Die Farbe der Attika - RAL 8008 oder RAL 8011 - hat keinen Einfluss auf den objektiven Wert des Objekts. 103

Die Vergütung ist deshalb um die vom Landgericht zuerkannten 27.375 DM netto zu kürzen. 104

20. Pos. 06.05.00010 - Umarbeiten Türsturz - 105

Die Klägerin macht die Kosten für die nachträgliche Änderung der Planung von einem Durchgang auf eine komplette Trennwand geltend. Der Beklagte behauptet, dass die Umbauarbeiten wegen eines Zeichnungsfehlers der Klägerin erfolgt seien. 106

Aus den Gründen des Erstgutachtens des Sachverständigen ist aus den vorliegenden Zeichnungsunterlagensteht abzuleiten, dass von der Beklagtenseite eine nachträgliche Ausführungsänderung verlangt worden ist. Insoweit ist zumindest konkludent ein Zusatzauftrag erteilt worden. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht nur wegen des durch die Abänderung entfallenen Stahlträgers eine Gutschrift i. H. v. 1.332,95 DM erteilt hat. 107

21. Pos. 06.05.00130 - Werbeschilder - 108

Die Klägerin begehrt Vergütung für nach ihrer Behauptung in Auftrag gegebene, aber letztlich nicht ausgeführte Werbeschilder. Der Beklagte bestreitet die Auftragserteilung und die Vergütungshöhe. 109

Das Landgericht hat die Position zuerkannt. Ein Anspruch besteht jedoch nicht. Die Klägerin hat die Voraussetzungen der mündlichen Auftragserteilung und der Vergütungshöhe nicht darlegen können. 110

Die Forderung ist um 560,00 DM zu kürzen. 111

22. Pos. 06.05.00150 - Ausbetonage Winkelstützen - 112

23. Pos. 06.05.00190 - Unterputzverkleidung 113

24. Pos. 06.05.00200 - Abbrucharbeiten - 114

Der Beklagte hat die Auftragserteilung und Preisüblichkeit bestritten. 115

Das Landgericht hat die Forderungen zu Recht zugesprochen, weil der Sachverständige bereits in seinem Erstgutachten die Erforderlichkeit der Leistung, Leistungserbringung und Preisüblichkeit bestätigt hat. 116

117

25. Pos. 06.06.0005 - Behinderung -

a. Baustellenverbot 118

Die Klägerin macht geltend, dass der Beklagte die Arbeiten der Subunternehmerin Fa. X4 am 30.08.1997 durch ein Baustellenverbot verhindert habe. Der Anspruch besteht nicht, weil der Beklagte dazu berechtigt war. Die Klägerin war ohne Genehmigung durch den Beklagten nicht befugt, Subunternehmer einzusetzen. 119

b. Fehlende Statik 120

Die Klägerin beruft sich auf 3 Tage Arbeitsstillstand, weil die erforderliche Statik nicht vorgelegen habe. 121

Ein Anspruch ist nicht gegeben. Die Parteien streiten darüber, ob die Vorlage der statischen Unterlagen zugesagt war. Selbst wenn der Senat davon ausgeht, dass die Stellung dieser Unterlagen Sache des Bauherrn war, lässt sich nicht feststellen, dass sie verspätet vorgelegen haben. Dazu kam es auf den Baufortschritt an, den nur die Klägerin beurteilen konnte. Es war deshalb ein rechtzeitiger Abruf erforderlich mit ausreichender Zeit für den Beklagten, darauf zu reagieren. Hier lässt sich nicht feststellen, dass das Schreiben vom 18.11.1996 vor Mittwoch, dem 20.11.1996, bei dem Beklagten eingegangen ist. Wenn die Freigabe am Montag, den 25.11.96 erfolgt ist, erscheint das nicht verspätet. 122

26. Pos. 06.07.00030 - Binderdurchdringungen - 123

Die Klägerin macht entsprechend den Feststellungen des Sachverständigen im Erstgutachten 11 Binderdurchdringungen geltend, für die sie jedoch abweichend einen Einheitspreis von 168,00 DM /Stück als angemessen ansieht. 124

Eine Abänderung des landgerichtlichen Urteils ist nicht gerechtfertigt. Der Senat folgt dem Sachverständigen, der im Erstgutachten und bei der Anhörung im Senatstermin vom 06.11.2007 die Preisüblichkeit seines Ansatzes von 36 DM bestätigt hat. 125

27. Pos. 06.07.00040 - Ausnehmungen Auflagerkonsolen - 126

28. Pos. 06.07.00060 - Stahlaulagerkonsolen - 127

29. Pos. 06.07.00070 - Stützenverlängerungen - 128

30. Pos. 06.07.00080 - Zulage zu Pos. 90 - 129

31. Pos. 06.07.0100 - Zulage zu Pos. 90 - 130

Der Beklagte hat geltend gemacht, dass diese Leistungen nicht Auftragsinhalt gewesen und keine Nachtragsangebote erfolgt seien. 131

Eine Kürzung der Positionen ist nicht gerechtfertigt. Der Senat folgt dem Sachverständigen in seinem Erstgutachten, dass die Notwendigkeit und Abrechenbarkeit der Leistungen ebenso wie die Massen und Preisansätze in dem Umfang bestätigt hat, wie sie das Landgericht zuerkannt hat. 132

32. Pos. 06.07.50 - Fahrgerüste - 133

Die Klägerin begehrt Vergütung für den Einsatz von Fahrgerüsten anlässlich des Wiederaufbaus der eingestürzten Wand.

Ein Anspruch ist vom Landgericht zutreffend nicht zuerkannt worden. Zum einen bestehen Zweifel dagegen, dass der Beklagte im Rahmen der Mängelbeseitigung zur Kostentragung verpflichtet ist. Zum anderen wären Fahrgerüste auf der Basis der Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin vom 06.11.2007 nur dann vergütungspflichtig, wenn sie nach den konkreten Umständen des Einsatzes nicht teurer als stationäre Gerüste gewesen sind. Das ist von der Klägerin nicht dargelegt worden. 135

33. Pos. 06.07.110 - Eckformstücke - 136

Die Klägerin begehrt eine Zulage wegen der Verwendung von Eckformstücken. 137

Zu Recht hat das Landgericht die Position nicht zuerkannt. Eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung ist nicht dargelegt. Eine Freigabe von Verlegeplänen ohne vorherigen Hinweis auf eine Abweichung vom Ursprungsvertrag beinhaltet keine Vertragsänderung. Eine Erstattung aus anderweitigen Rechtsgründen scheitert daran, dass die Stücke nach den Feststellungen im Erstgutachten und den Erläuterungen des Sachverständigen im Senatstermin vom 06.11.2007 nicht notwendig gewesen sind. 138

34. Pos. 06.07.00120 - Druckplattenverankerung - 139

35. Pos. 06.07.00150 - Fugen - 140

Der Beklagte wendet ein, dass keine vertraglichen Vereinbarungen getroffen worden seien. 141

Zutreffend hat das Landgericht die Positionen zuerkannt, weil diese Leistungen nach den Feststellungen des Sachverständigen erforderlich und vergütungspflichtig gewesen sind. 142

36. Pos. 06.10.200 - Warmwasserzuschlag - 143

37. Pos. 06.10.210 - Zuschlag Vorheizen - 144

38. Pos. 06.10.220 - Abdecken der Flächen - 145

Die Klägerin macht insoweit Mehrkosten wegen Bauzeitverzögerungen im Wesentlichen wegen des Wandeinsturzes geltend. 146

Der Anspruch ist nicht gegeben. Eine vertragliche Vergütungsvereinbarung ist nicht dargelegt. Gesetzliche Ansprüche - etwa gem. § 642 BGB - scheitern daran, dass nicht ersichtlich ist, wie der Baufortschritt regulär verlaufen wäre und inwieweit dem Beklagte Verzögerungen anzulasten sind. Die geltend gemachte Verzögerung wegen des Wandeinsturzes hat die Klägerin selbst zu vertreten. Die die Positionen aberkennende Entscheidung des Landgerichts ist deshalb insoweit nicht zu beanstanden. 147

39. Pos. 06.10.230 - Arbeiten zur Sicherung gefundener Leitungen - 148

Der Beklagte wendet sich dagegen, dass die Klägerin Mehrkosten dafür in Rechnung gestellt hat, dass die Klägerin wegen eines bei den Arbeiten gefundenen Kabelpaketes auf Anweisung der Gemeinde Handschachtungen durchführen musste. Er bestreitet eine Auftragserteilung und die Höhe der Kosten. 149

Der Anspruch steht der Klägerin in der ausgeurteilten Höhe zu. Nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem Erstgutachten sind unbekannte Leitungen gem. Nr. 3.15 der DIN 18300 mittels Handschachtung zu sichern, so dass die Leistung als erforderlich vergütungspflichtig ist. Zutreffend hat das Landgericht mangels Preisvereinbarung nur den Einheitspreis auf den gemäß Sachverständigen üblichen Preis herabgesetzt.	
Eine weitere Reduzierung der Forderung ist nicht gerechtfertigt.	151
40. Pos. 06.11. - Zinsforderungen -	152
Die Klägerin macht Zinsforderungen aus Abschlagsrechnungen geltend. Die Forderungen sind unberechtigt. Es hat kein Anspruch auf Abschlagszahlungen bestanden, so dass auch kein Verzug eintreten konnte. § 632a BGB galt bei Vertragsschluss noch nicht. Eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung ist nicht feststellbar.	153
Der ursprüngliche Restwerklohnanspruch ergibt sich demnach unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderbeträge i. H. v. 105.573,74 DM netto = 53.979,00 € netto. Abzüglich eines Nachlasses von 3% i. H. v. 1.619,37 € und zuzüglich 15 % MWSt i. H. v. 7.853,94 € resultiert daraus eine rechnerische Vergütung i. H. v. 60.213,58 € brutto.	154
II.	155
Der Werklohnanspruch ist durch die jedenfalls in dem Klageabweisungsantrag liegende Aufrechnung des Beklagten mit Gewährleistungsansprüchen gem. § 635 BGB a.F. i. H. v. 5.788,85 € untergegangen.	156
Der bereits vom Landgericht ausgeurteilte Betrag von 5.354,25 € ist aus den nachfolgenden Gründen im Ergebnis um 434,60 € zugunsten des Beklagten zu korrigieren:	157
1. Unebenheiten der Betonplatte im Innenhof	158
Der Beklagte macht Unebenheiten mit der Folge von stehenden Wasserlachen geltend gemacht. Der Sachverständige hat in seinem Erstgutachten das Vorhandensein eines Mangels mit Beseitigungskosten i. H. v. 1.500 DM netto bestätigt und ausgeführt, dass die Parteien die Estrichschadensbeseitigung abgesprochen und wegen der nach Mängelbeseitigung weiterhin bestehenden Schiefelage an der rechten Außenwand einen Minderungsbetrag von 1.000 DM vereinbart hätten. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin hat diese in der Folgezeit die Arbeiten durch die Fa. X5 beseitigen lassen. Sie ist deshalb der Auffassung, dass insoweit insgesamt keine Ansprüche mehr bestünden.	159
Das Landgericht hat dem folgend in seinem Urteil weder Mängelbeseitigungskosten noch einen Minderungsbetrag berücksichtigt. Denn die zuerkannten Schadensersatzansprüche i. H. v. 5.354,25 € netto resultieren aus der Kostenaufstellung des Sachverständigen zu 4.1 mit dem Betrag von 12.607 DM netto ohne die diesbezüglichen Beträge unter 3.III.a, also abzgl. 2.500 DM netto, zuzüglich der Wertminderungen zu 4.3 i. H. v. 365 DM netto = 10.472 DM netto = 5.354,25 € netto.	160
Hinsichtlich der von dem Sachverständigen ermittelten Kosten der Nachbesserung der Schäden ist das Urteil nicht zu beanstanden, weil die unstreitig Nachbesserung seitens der Klägerin erfolgt ist. Zugunsten des Beklagten ist jedoch der vereinbarte Minderungsbetrag von 1.000 DM zu berücksichtigen. Denn insbesondere ist die damit abzugeltende Schiefelage nach den Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin vom 06.11.2007 nicht zu beseitigen und auch nicht beseitigt worden.	161

Es ergibt sich damit ein weiterer Abzugsbetrag von 1.000 DM.	162
2. Gullys in Innenhof.	163
Der Beklagte macht geltend, dass die Gullys zu hoch eingebaut worden seien, was lt. dem Privatgutachten Y2 zu Mängelbeseitigungskosten i. H. v. 1.273,10 € führe. Das Landgericht hat dazu nur Mängelbeseitigungskosten i. H. v. 350 DM zuerkannt.	164
Nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen im Senatstermin vom 06.11.2007 liegt dagegen kein Mangel vor. Die Klägerin hatte vertraglich nur die Betonrohsohle zu erstellen. Die Höhendifferenz zum Gullyrand beruht darauf, dass die abschließende vom Beklagten zu erstellende Estrichschicht nicht aufgebracht worden ist. Das ist der Klägerin nicht anzulasten.	165
Zu ihren Gunsten ist der Abzugsbetrag von 350 DM zu streichen.	166
3. Anstrich der Dachbinder	167
Der Beklagte behauptet, dass eine erforderliche Beschichtung fehle. Es entstünden Mängelbeseitigungskosten i. H. v. 1.531,10 €.	168
Zutreffend hat das Landgericht keinen Anspruch zuerkannt. Nach dem Erstgutachten und nach den Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin vom 06.11.2007 könnte allenfalls eine optische Beeinträchtigung durch das Fehlen eines optisch frischen Eindrucks vorliegen, die hier jedoch entfällt, weil das davon auf der Oberseite betroffene Holz nicht einsehbar ist.	169
4. Stahlträger aufgelegt und nicht verschweißt	170
Der Beklagte macht geltend, dass die Stahlträgerkonstruktion abweichend von der genehmigten Planung errichtet worden sei.	171
Zu Recht hat das Landgericht keine Mängelbeseitigungskosten zuerkannt. Nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem Erstgutachten hat die Klägerin eine Berechnung vorgelegt, wonach die tatsächlich geänderte Ausführung geprüft und als statisch ausreichend nachgewiesen wird. Dass diese nicht genehmigungsfähig ist, wird nicht behauptet.	172
5. Säulen schief	173
6. Außenwand-Türrahmen passt nicht	174
Es fehlen hinreichende Angriffe des Beklagten gegen die im übrigen zutreffenden Feststellungen des Landgerichts.	175
7. Beschädigungen an Fensterbank und Attikablende	176
Der Beklagte hat gerügt, dass die zuerkannten Mängelbeseitigungskosten von 487,50 DM gegenüber den nach dem Angebot der Fa. W2 und dem Privatgutachten Y2 anfallenden Kosten i. H. v. mehr als 1.000 € zu niedrig angesetzt seien.	177
Der Senat folgt dem Landgericht. Der Sachverständige hat im Senatstermin vom 06.11.2007 seine dem Urteil zugrunde liegende Kostenschätzung unter Hinweis auf die Fachliteratur aufrecht erhalten und plausibel unter Hinweis auf Angebotsschwankungen das Angebot W2	178

als nicht geeignet erachtet, die Schätzung in Frage zu stellen.

8. Beschädigte Dachflächen	179
Der Beklagte macht insbesondere unter Vorlage von Skizzen und Fotografien geltend, dass die Mitarbeiter der Klägerin bei dem Anschluss des neuen Gebäudes an das alte dessen Dach so weit beschädigt hätten, dass eine Sanierung entsprechend der Rechnung der Fa. X6 vom 17.12.1997 mit einem Aufwand von 37.202,05 DM notwendig geworden sei.	180
Dem Beklagten steht nach den Feststellungen des Sachverständigen im Ergänzungsgutachten und im Termin vom 11.12.2009 lediglich ein Betrag von 150 € = 293,37 DM netto für die unterlassene Beseitigung von Verunreinigungen und das Wiederherunterbiegen der alten Bleche zu. Weitergehende Ersatzansprüche bestehen dagegen insoweit nicht. Die von der Klägerin geschuldeten Arbeiten erforderten zwingend die Demontage des Dachüberstandes des Altbaus. Sie sind auch fachgerecht durchgeführt worden. Der Zustand unmittelbar nach der Ausführung der vertraglichen Arbeiten war auf den Zustand des alten Daches zurückzuführen. Die für den ordnungsgemäßen Anschluss an das Altgebäude erforderlichen weiteren Arbeiten waren dagegen nicht Vertragsgegenstand. Sie sind durch die Klägerin angeboten, von dem Beklagten aber nicht in Auftrag gegeben worden.	181
9. Eingedrückte Fensterscheiben	182
Soweit der Beklagte Schadensersatz für angeblich durch die Klägerin eingedrückte Fensterscheiben im Umfang von geschätzten 900 DM verlangt hat, steht ihm nach der Auffassung des Senates in Übereinstimmung mit dem Landgericht keine Forderung zu. Es ist nicht feststellbar, dass die von dem Sachverständigen bei seinem Ortstermin in der I. Instanz schon nicht mehr vorgefundenen Schäden durch die Klägerin verursacht worden sind. Überdies könnte der Beklagte nach der Reparatur auch nicht mehr auf der Basis einer bloßen früheren Kostenangabe abrechnen, sondern nur die tatsächlich erforderlichen und angefallenen Beträge geltend machen.	183
10. Türöffnungen	184
Der Beklagte macht auf der Basis des Privatgutachtens Y2 Mängelbeseitigungskosten i. H. v. 353,80 € wegen normwidrig zu großer Türöffnungen und i. H. v. 435 € wegen Abplatzungen an einem Tordurchgang geltend.	185
Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht auf der Basis der Feststellungen des Sachverständigen in seinem Erstgutachten zu Mängelbeseitigungskosten i. H. v. insgesamt 200 DM gelangt ist. Der Sachverständige ist auch bei seiner Anhörung vor dem Senat vom 06.11.2007 bei seiner Einschätzung geblieben, dass die Schätzung des Privatsachverständigen überhöht sei.	186
11. Putzfassade	187
Der Beklagte hat wegen der Verwendung brauner statt grauweißer Stopfen für Gerüstankerlöcher Kosten i. H. v. 295,80 € geltend gemacht, während das Landgericht einen Minderungsbetrag von 250 DM angesetzt hat.	188
Nach den Ausführungen des Sachverständigen im Senatstermin vom 06.11.2007 liegt ein optischer Mangel vor, der durch Austausch der Stopfen mit einem Aufwand von 150 € = etwa 300 DM beseitigt werden kann.	189

Dem Beklagten steht deshalb ein weiterer Betrag von 50 DM zu.	190
12. Rampenfläche	191
Wegen Unebenheiten der Rampenfläche begehrt der Beklagte die Zuerkennung von Mängelbeseitigungskosten entsprechend dem Privatgutachten Y2 und dem Angebot der Fa. W2 i. H. v. 1.264,40 €.	192
Zutreffend hat das Landgericht auf der Basis der Sachverständigenfeststellungen im Erstgutachten nur 400 DM netto zuerkannt. Auch bei seiner Anhörung im Senatstermin vom 06.11.2007 hat der Sachverständige die Fräsarbeiten als ausreichend erachtet.	193
13. Trafo-Tür	194
Der Beklagte hat die Berücksichtigung von 196,85 € wegen Schleifens und mangelhafter Lackierung der Trafo-Tür verlangt.	195
Zu Recht hat das Landgericht wegen des allein feststellbaren optischen Lackierungsmangels eine Betrag von 210 DM netto angesetzt. Der Sachverständige hat dem Senat diesen Kostenansatz im Termin vom 06.11.2007 plausibel erläutert.	196
14. Risse im Obergeschoss	197
Für die auch vom gerichtlichen Sachverständigen festgestellte Rissbildung begehrt der Beklagte entsprechend dem Angebot der Fa. X7 die Zuerkennung von 3.039,29 € und 411,80 €.	198
Berechtigt sind in Übereinstimmung mit dem Landgericht nur 890 DM wie von dem gerichtlichen Sachverständigen ermittelt. Dieser hat im Termin vom 06.11.2007 überzeugend dargelegt, dass die Fa. X7 bei ihrem höheren Angebot auch die Beseitigung von Rissen berücksichtigt hat, die wegen Geringfügigkeit von weniger als 0,5 mm Breite keinen Mangel darstellen.	199
15. Mangelhafter Farbanstrich an 5 Stützen	200
Abweichend von dem landgerichtlichen Urteil setzt der Beklagte entsprechend dem Privatgutachten Y2 für die Beseitigung der auch vom Sachverständigen festgestellten Ausführungsfehler einen Betrag von 2.089,55 € an.	201
Der Senat folgt dem Landgericht und den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen im Termin vom 06.11.2007 zur Berechtigung von Kosten i. H. v. 140 DM. Wegen der Frage der mangelhaften Betonüberdeckung wird auf die nachfolgenden Ausführungen zu 21. verwiesen.	202
16. Putzspritzer	203
17. Baumaterialreste	204
Der Senat folgt den vom Landgericht zugrundegelegten Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen im Erstgutachten, die in der Berufungsinstanz nicht hinreichend angegriffen worden sind.	205
18. Fensterscheiben	206
	207

Der Beklagte macht wegen Mängeln an Fensterscheiben Mängelbeseitigungskosten i. H. v. 208,80 € geltend.

Der Senat folgt den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen im Erstgutachten und im Termin vom 06.11.2007, wonach ein Kratzer am mittleren Fensterflügel als Mangel mit Beseitigungskosten von 100 DM gegeben ist. Eine Abweichung gegenüber dem landgerichtlichen Urteil liegt nicht vor. 208

19. Putzarbeiten 209

Der Beklagte verlangt für unsaubere Putzränder und verunreinigte Binder den Ersatz von Mängelbeseitigungskosten i. H. v. 6005,90 €. 210

Wie das Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass ein Anspruch nicht besteht. Ein optischer Mangel wäre nach den Ausführungen des Sachverständigen im Erstgutachten und bei seiner mündlichen Anhörung vom 06.11.2007 nur anzunehmen, wenn die Parteien die Erstellung einer geschlossenen Decke vereinbart hätten. Das ist jedoch nicht feststellbar. 211

20. Fehlende Dichtungen in Fenstern und Türen 212

Der Beklagte hat für angeblich fehlende Dichtungen geschätzte Mängelbeseitigungskosten von ca. 500 DM geltend gemacht. 213

Ein Anspruch ist mit dem Landgericht nicht feststellbar. Der Sachverständige hat das Fehlen bei der erstinstanzlichen Ortsbesichtigung nicht mehr bestätigen können. Inwieweit ein Mangel gegeben gewesen ist, und inwieweit notwendige Kosten angefallen sind, ist nicht feststellbar. 214

21. 215

Der Beklagte kann Gewährleistungsansprüche wegen mangelhafter Ortbetonstützen nicht geltend machen. 216

Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht nur die von dem Sachverständigen vollständig untersuchten elf Rechteckstützen, sondern auch alle 4 runden Stützen, von denen bisher nur eine untersucht worden ist, eine unzureichende Betonüberdeckung haben. 217

Denn eine Haftung scheitert jedenfalls daran, dass sich die Klägerin zu Recht darauf beruht, dass jegliche Gewährleistungsansprüche verjährt sind. 218

a. 219

Die Parteien haben vertraglich eine Gewährleistungsfrist von 5 Jahren vereinbart, die nach der konkludenten Abnahme im Jahr 1998 im Jahr 2003 abgelaufen ist. Die Geltendmachung des Mangels mit erstmals mit Schriftsatz v. 03.05.2004 ist somit nach dem Eintritt der regulären Verjährung erfolgt. 220

b. 221

Die Mängelrechte unterliegen vorliegend auch nicht der 30-jährigen Verjährungsfrist. 222

aa. 223

224

Dass die Klägerin oder ihr Bauleiter die Mangelhaftigkeit zumindest für möglich gehalten und gleichwohl arglistig verschwiegen hat, ist nicht dargetan und nicht feststellbar.

bb. 225

Auch die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Verjährungsfrist wegen Organisationsverschuldens liegen nicht vor. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, die organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass er sachgerecht beurteilen kann, ob das Bauwerk bei der Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies, so setzt er sich unter Umständen dem Vorwurf aus, er habe durch die Arbeitsteilung von vorneherein verhindert, arglistig zu werden (etwa BGH-Urteil vom 11.10.2007 - VII ZR 99/06 -, juris unter Rz17.). Dabei trägt der Besteller die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Organisationsfehlers (etwa BGH-Urteil vom 27.11.2008 - VII ZR 206/06 -, juris unter Rz.16). 226

(1) 227

Dass ein solcher hier vorgelegen hat, hat der Beklagte nicht mit substantiiertem Tatsachenvortrag darlegen können. Die Klägerin hat sich vielmehr unwidersprochen darauf berufen, dass sie für die fraglichen Arbeiten eine konkrete Subunternehmerfirma ständig eingeschaltet hatte und sie auf der Baustelle den Polier X8 zur Überwachung eingesetzt hatte. Dass und inwieweit dabei organisatorische Fehler aufgetreten sind, hat die Beklagte nicht aufgezeigt. 228

(2) 229

Allerdings können dem Besteller Beweiserleichterungen zugute kommen. Die Art des Mangels kann dabei ein so überzeugendes Indiz für eine fehlende oder fehlerhafte Organisation sein, dass es weiterer Darlegung hierzu nicht mehr bedarf (BGH-Urteil vom 27.11.2008 - VII ZR 206/06 -, juris unter Rz.) mit der Folge, dass sich der Unternehmer nunmehr insoweit zur Vermeidung des Arglistvorwurfs entlasten muss. 230

Vorliegend ist auf der Basis der Sachverständigenfeststellungen im ersten Ergänzungsgutachten und bei deren Erläuterung im Senatstermin davon auszugehen, dass die Stahlkörbe der von der Subunternehmerin gefertigten Stützen statt der vereinbarten Betonüberdeckung von 2,5 cm jedenfalls teilweise nur eine solche von 2 mm bzw. 6 mm aufweisen. Weiterhin lässt sich daraus mit dem Sachverständigen schlussfolgern, dass dieser Mangel bei ordnungsgemäßer Kontrolle der Körbe durch den Polier der Klägerin nach dem Erstellen der Schalung und vor dem Eingießen des Betons hätte bemerkt werden können und müssen. 231

Das reicht jedoch nicht aus, um den Schluss auf eine mit der Arglist vergleichbare Verletzung der Organisationsobliegenheit der Beklagten zuzulassen. Für die Annahme des Anscheins einer mangelhafter Organisation bedarf es mehr als das Vorliegens eines Baumangels, der bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung festgestellt worden wäre. Denn selbst bei fehlerhafter Bauüberwachung gibt es eine Vielzahl von Fehlerquellen, die nicht auf fehlerhafter Organisation dieser Bauüberwachung beruhen, etwa die Fehleinschätzung des Bauleiters über die Notwendigkeit weiterer Kontrollen. Ein einmaliges Versagen wird deshalb in der Regel nicht den Schluss auf eine fehlerhafte Bauüberwachung zulassen (vgl. BGH-Urteil v. 27.11.2008 - VII ZR /06 - , juris unter Rz. 23). So liegt der Fall auch hier. Nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Klägerin ist zwar nicht eine Bewehrungsabnahme durch den Statiker, immerhin aber eine Kontrolle durch Mitarbeiter des Landkreises erfolgt. 232

Überdies hat es sich bei der ausführenden Subunternehmerin um ein ständig beschäftigtes Unternehmen gehandelt, auf dessen Leistung man demnach vertraut hat. Es erscheint deshalb nicht fernliegend, dass im Vertrauen auf diese Umstände im Einzelfall fehlerhaft auf die notwendige Kontrolle verzichtet worden ist, also ein Umstand vorgelegen hat, der nicht Folge fehlerhafter Organisation ist. Zumindest ist ein Einzelfallversagen nicht auszuschließen, so dass der Schluss auf eine fehlerhafte generelle Organisation allein aufgrund der Art des Mangels bei Betrachtung der Gesamtumstände nicht gerechtfertigt erscheint. Der Vorwurf, die Klägerin habe eine Arbeits- oder Überwachungsorganisation gerade gewählt, um der ansonsten drohenden Arglisthaftung zu entgehen, lässt sich damit nicht begründen. Das wäre aber erforderlich, um eine Gleichstellung mit dieser Arglisthaftung zu rechtfertigen.

Der Beklagte hat damit den ihm obliegenden Beweis von Umständen für eine Arglisthaftung nicht erbringen können. 233

III. 234

Durch die Aufrechnung des Beklagten mit einem Anspruch auf Erstattung der Kosten der Bürgschaft ist die Restwerklohnforderung i. H. v. 17.458,44 € erloschen. 235

Der Beklagte hat gegen die Klägerin gem. § 648 a Abs.3 BGB einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Bürgschaft gem. § 648 a Abs.1 BGB, die er für die Jahre 1997 bis 2006 zur Aufrechnung gestellt hat. Die Bürgschaftsurkunde ist i. H. v. 500.000 DM ausgestellt worden; die Bürgschaft ist mit 1 Prozent = 5.000 DM = 2.556,46 € jährlich zu vergüten gewesen. Weil die Kosten für 1997 nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin schon bei der 5. Abschlagsrechnung in Abzug gebracht worden sind, sind in dem erstattungsfähigen Zeitraum von 1998 bis 2005 insgesamt 20.451,68 € angefallen. Wegen der Verringerung der Bürgschaftssumme im August 2006 von 500.000 DM = 255.645,94 € auf 204.516,75 € sind im Jahr 2006 nur 1.704,31 € für die Zeit bis August und 681,72 € für die Zeit ab September angefallen. Die Beträge sind allerdings gem. § 648 a Abs.2 S.3 BGB nicht in vollem Umfang zu erstatten, weil in Höhe der zuzusprechenden Klageforderung die Zahlungsverweigerung unbegründet gewesen ist und insoweit zur Aufrechterhaltung der Bürgschaft geführt hat. Erstattungspflichtig sind deshalb für die Zeit der vollen Bürgschaftsforderung bis August 2006 jeweils 76,62 % und für die Zeit ab September 2006 jeweils 70,78 %. Es folgt daraus eine Erstattungsforderung von insgesamt 17.458,44 €.

IV. 237

Die Klägerin hat gegen den Beklagten darüber hinaus gem. § 286 BGB einen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten i. H. v. 1.886,73 €. 238

Die Klägerin macht die Kosten des anwaltlichen Tätigwerdens im Rahmen des Schreibens v. 15.04.1997 wegen der 4. Abschlagsrechnung und der Sicherheit gem. § 648a BGB geltend. Ein Eintritt des Verzuges mit der 4. Abschlagsrechnung ist allerdings nicht dargelegt ist, so dass nur eine anteilige Berechnung nach dem Wert der Sicherheit gem. § 648 a BGB gerechtfertigt ist. Insoweit handelt es sich entgegen der Auffassung des Beklagten auch nicht ein einfaches Schreiben, so dass eine Geschäftsgebühr gem. § 118 I Nr.1 BRAGO angefallen ist. 239

Bei 500.000 DM Gegenstandswert und einer 7,5/10 Gebühr sind dann 3.168,80 DM nebst 40 DM Kostenpauschale und 15 % MWSt (481,32 DM) = 3.690,12 DM = 1.886,73 € zu erstatten. 240

V. 241

Ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens LG Bielefeld 7 OH 15/97 besteht dagegen nicht. 242

Das selbständige Beweisverfahren ist durch die Fa. N GmbH betrieben worden, weil die Klägerin nach dem Sturmschaden die Zahlung an die Subunternehmerin unter Berufung auf die vor Abnahme bei der Subunternehmerin liegende Vergütungsgefahr verweigert hat. Die Kosten sind deshalb auf diese eigene Leistungsverweigerung zurückzuführen, nicht auf ein Verhalten des Beklagten. 243

VI. 244

Der Zinsanspruch ist wie erkannt gem. § 286 BGB a.F. begründet. 245

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92 Abs.1, 101 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711, 543 ZPO. 246

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch keine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert. 247