
Datum: 28.02.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 86/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0228.21U86.12.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 17 O 96/09
Schlagworte: Selbstvornahme, Vorschussanspruch, Mangel, Nacherfüllungsfrist, Entbehrlichkeit, Nacherfüllungsverweigerung, fehlgeschlagene Nacherfüllung, Nacherfüllungsversuche

Normen: BGB § 637 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3; BGB § 323 Abs. 2

Leitsätze:

1. Allein in dem prozessualen Bestreiten eines Mangels durch den Unternehmer ist keine ernsthafte und endgültige Nacherfüllungsverweigerung im Sinne der §§ 637 Abs. 2 Satz 1, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu sehen. Vielmehr müssen die Gesamtumstände des Falles die Annahme rechtfertigen, dass der Unternehmer endgültig seinen Vertragspflichten nicht nachkommen will, sodass es ausgeschlossen erscheint, dass er sich durch eine ihm gesetzte Nacherfüllungsfrist noch umstimmen lassen könnte. Eine ernstliche und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung kann deshalb nicht angenommen werden, solange nicht auszuschließen ist, dass der Unternehmer aufgrund einer Fristsetzung doch noch nacherfüllt hätte, um einen drohenden hohen Schaden abzuwenden.

2. Wann eine Nacherfüllung gemäß § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB fehlgeschlagen ist, hängt stets von den Umständen des Einzelfalls ab. Es ist möglich, dass auch nach mehreren Nacherfüllungsversuchen noch nicht von einem Fehlschlag der Nacherfüllung ausgegangen werden kann. Die im Kaufrecht in § 440 Satz 2 BGB eingeführte widerlegliche Vermutung, nach der die Nacherfüllung nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen gilt, wurde im Werkvertragsrecht nicht übernommen und ist auch nicht analog anwendbar.

3. Stellt sich erst während des Rechtsstreits im Rahmen der Begutachtung durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen heraus, dass Mängel an einer vom Unternehmer eingebauten Haustüre nur durch den Einbau einer neuen Haustüre fachgerecht beseitigt werden können, kann es dem Besteller zumutbar sein, dem Unternehmer die Möglichkeit der von ihm nunmehr angebotenen Nacherfüllung durch Austausch der Haustüre auch dann zu gewähren, wenn zuvor bereits mehrere Versuche, die eingebaute Haustüre instand zu setzen, gescheitert sind.

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 27.04.2012 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Essen (17 O 96/09) wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 29.782,47 € brutto in Anspruch.

Die Klägerin ist ein Fachbetrieb für Umbauten im Altbau und für Malerarbeiten. Die Parteien schlossen einen Vertrag über Arbeiten am Einfamilienhaus des Beklagten, B C ## in F. Der Beklagte hatte dieses Objekt gemeinsam mit seiner Ehefrau im Frühjahr 2008 erworben. Vor dem Einzug der Familie sollte eine umfangreiche Renovierung erfolgen. Die dafür erforderlichen Modernisierungs- und Umbauarbeiten sind Gegenstand des Vertrages der Parteien.

Die Beauftragung der Klägerin durch den Beklagten erfolgte auf der Grundlage eines Angebotes der Klägerin vom 07.04.2008. In diesem Angebot sind die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen nach Menge und Einzelpreis konkret bezeichnet. Geschuldet sind danach unter anderem Malerarbeiten, Innenausbauarbeiten, Zimmermannsarbeiten sowie Fliesenlegerarbeiten. Der von dem Beklagten für diese Arbeiten an die Klägerin zu entrichtende Gesamtwerklohn ist dort mit 107.732,39 € brutto angegeben.

Während der Ausführung der Arbeiten leistete der Beklagte sieben Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 147.813,84 € an die Klägerin. Laut Protokoll vom 30.09.2008 bestätigte der Beklagte die Mangelfreiheit aller erbrachten Leistungen der Klägerin mit Ausnahme der Klempner- und der Fliesenarbeiten. Die Gewerke Fliesen und Sanitär nahm der Beklagte mit schriftlicher Bestätigung vom 17.11.2008 ab.

Unter dem 26.11.2008 erstellte die Klägerin ihre Schlussrechnung. Gemäß dieser Schlussrechnung beläuft sich die Gesamtwerklohnforderung der Klägerin auf 149.240,60 € netto (= 177.596,31 € brutto). Die Schlussrechnung endet mit einem Guthabenbetrag zugunsten des Beklagten in Höhe von 129,41 €. Bei der Berechnung dieses Betrages ist die Klägerin unzutreffend davon ausgegangen, dass von dem Beklagten auch die 8. Abschlagsrechnung vom 24.10.2008 über brutto 29.911,88 € gezahlt worden sei. Unter Abzug dieses unstreitig nicht gezahlten Betrages berechnet die Klägerin ihre mit der Klage geltend gemachte Restforderung mit 29.782,47 € (29.911,88 € - 129,41 €).

Der Beklagte rügte ab März 2009 diverse Mängel am Werk der Klägerin. Am 20.03.2009 stellte der Beklagte bei dem Landgericht Essen einen Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens. Gegenstand dieses Verfahrens (Az. 4 OH 6/09, Landgericht Essen) waren die vom Beklagten zuvor gegenüber der Klägerin gerügten Mängel. Einen Tag vor Stellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens hatte die Klägerin die dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegende Zahlungsklage bei dem Landgericht Essen eingereicht.

8

Mit Schreiben vom 07.04.2009 nahm die Klägerin zu den Mängelrügen des Beklagten Stellung. In diesem Schreiben ist ausgeführt, dass die Klägerin selbstverständlich sämtliche tatsächlichen Mängel beseitigen werde, wenn ihr hierzu Gelegenheit gegeben werde. Sie fordere den Beklagten daher auf, ihr bis spätestens zum 14.04.2009 einen Termin zu benennen, zu welchem sie die angeblichen Mängel eingehend besichtigen könne. Ferner habe der Beklagte ihr bis spätestens zum 21.04.2009 Gelegenheit zu geben, die angeblichen Mängel zu besichtigen. Hierauf erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 08.04.2009, dass die Klägerin auf seine Mängelrügen nicht mehr reagiert habe; ein gemeinsames Gespräch habe nicht mehr stattgefunden. Zur ordnungsgemäßen Dokumentation der Mängel seien die Feststellungen eines gerichtlich bestellten Sachverständigen erforderlich. Die Klägerin habe keinen Anspruch, außerhalb des selbständigen Beweisverfahrens die Mängel zu besichtigen. Dies könne in dem von dem beauftragten Sachverständigen anzuberaumenden Ortstermin erfolgen.

9

Mit Schriftsatz vom 30.04.2009 hat die Klägerin erklärt, dass sie nicht damit einverstanden sei, die Erstellung des im parallel geführten selbständigen Beweisverfahren einzuholenden Sachverständigengutachtens abzuwarten. Sie hat sich darauf berufen, dass sich der Beklagte mit der Annahme der Mängelbeseitigung im Verzug befinde. Der Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit gegeben worden, etwaige Mängel zu besichtigen. Dem Beklagten gehe es offenbar gar nicht um Mängelbeseitigung. Viel mehr wolle er wohl aufgrund fehlender Liquidität eine Zeitverzögerung hinsichtlich der restlichen Werklohnzahlung herbeiführen. Der Beklagte hat hierauf mit Schriftsatz vom 11.05.2009 erwidert, dass keine Rede davon sein könne, dass er die Nachbesserung durch die Klägerin verweigere. Er habe aber einen Anspruch darauf, den Umfang der Mängel objektiv feststellen zu lassen. Der Umfang der erforderlichen Nacherfüllungsarbeiten müsse durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen beurteilt werden.

10

Mit außergerichtlichem Schreiben vom 13.08.2009 hat die Klägerin erklärt, dass sie dem Beklagten unter Bezugnahme auf die zwischenzeitlich im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens gewonnenen Erkenntnisse die Beseitigung verschiedener Mängel anbiete. Der Beklagte werde aufgefordert, der Klägerin bis zum 03.09.2009 Gelegenheit zu geben, die Mängel zu besichtigen und Termine für Mängelbeseitigungsmaßnahmen zu benennen. Die Klägerin nimmt in diesem Schreiben zu den Mängeln konkret Stellung. Wegen der betreffenden Ausführungen der Klägerin wird vollumfänglich Bezug genommen auf den Inhalt

11

des bei der Gerichtsakte befindlichen Schreibens (Bl. 382-385 d.A.). Der Beklagte hat hierauf mit außergerichtlichem Schreiben vom 18.08.2009 erwidert, dass er zu den Darlegungen der Klägerin erst nach Vorlage des Gutachtens zum selbständigen Beweisverfahren Stellung nehmen könne. Das schriftliche Gutachten des im selbständigen Beweisverfahren beauftragten Sachverständigen Dipl.-Ing. H ist erst am 08.01.2010 erstattet worden. Die Ausführungen der Klägerin in ihrem Schreiben vom 13.08.2009 hatten sich auf vorläufige Feststellungen des Sachverständigen in dem Protokoll eines am 01.07.2009 durchgeführten Ortstermins bezogen.

Mit Schreiben vom 04.02.2010 hat die Klägerin dem Beklagten nochmals die Mängelbeseitigung angeboten. Die Klägerin hat dort zu einzelnen vom Sachverständigen H festgestellten Mängeln konkrete Nachbesserungsvorschläge unterbreitet. Bezüglich einzelner Positionen hat sie die Feststellungen in dem Gutachten vom 08.01.2010 als unzutreffend zurückgewiesen. Schließlich enthält das Schreiben die Aufforderung, der Klägerin die angebotene Mängelbeseitigung bis zum 18.02.2010 zu ermöglichen. Wegen des weiteren Inhalts des Schreibens wird auf die bei der Gerichtsakte befindliche Abschrift dieses Schriftstückes (Bl. 114-116 d.A.) verwiesen. Mit Schriftsatz vom 12.04.2010 hat der Beklagte hierauf beanstandet, dass die Klägerin keine umfassende Mängelbeseitigung angeboten habe. Es sei dem Beklagten nicht zumutbar, dass die Klägerin nur hinsichtlich der Mängel, deren Beseitigung sie für einfach halte, tätig werde und die Beseitigung der übrigen Mängel ablehne. Überdies stehe in dem selbständigen Beweisverfahren am 14.06.2010 ein weiterer Ortstermin an. Der Beklagte könne und müsse erst nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens entscheiden, ob und in welchem Umfang er weitere Mängelbeseitigung durch die Klägerin akzeptiere. 12

Unter dem 02.02.2011 hat die Klägerin eine zusätzliche Rechnung über 368,90 € brutto für das Lackieren der alten Fußleisten erstellt. Hilfsweise stützt sie die Klageforderung auch auf diese Rechnung. 13

Die Klägerin hat behauptet, dass sämtliche von ihr abgerechnete Arbeiten beauftragt gewesen seien. Sie habe die Arbeiten fachgerecht ausgeführt und zutreffend abgerechnet. 14

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass dem Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht bezüglich der Restwerklohnzahlung zustehe, da zunächst keine Mängel gerügt worden seien und der Beklagte dann die Nacherfüllungsangebote der Klägerin abgelehnt habe. Die Nachbesserung sei dem Beklagten nach wie vor zumutbar. 15

Die Klägerin hat beantragt, 16

den Beklagten zu verurteilen, an sie 29.782,47 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit sowie nicht anrechenbare RVG-Gebühren in Höhe von 1.005,40 € zu zahlen. 17

Der Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Der Beklagte hat gerügt, dass die Klägerin mit ihrer Schlussrechnung keine ordnungsgemäße Abrechnung unterbreitet habe. Er hat sich insofern darauf berufen, dass die Schlussrechnung in zahlreichen Positionen Abweichungen von dem Angebot der Klägerin enthalte. Wegen des Vortrags des Beklagten zu diesen Abweichungen im Einzelnen wird Bezug genommen auf die Ausführungen in seinem Schriftsatz vom 28.04.2010 (Bl. 121 ff. d.A.). 20

Ferner hat der Beklagte behauptet, dass das Werk der Klägerin zahlreiche Mängel aufweise. Diese Mängelrügen betreffen die Vorsatzschalen der Giebelflächen im Dachgeschoss, die Lackierung der Treppe vom Erdgeschoss zum 1. Obergeschoss, die Fliesen und die Wandecken im WC im Erdgeschoss, die Bodenflächen im Eingangsbereich, das Büro im Erdgeschoss, die Fußleisten, die Abschlussprofile für Bodenbeläge, die Holzdielenböden in einem Büroraum und im Kinderzimmer, die Fenster, die Fensteroliven und die Haustür.	21
Wegen der Mängel hat der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht an dem restlichen Werklohn bis zur Mängelbeseitigung geltend gemacht.	22
Der Beklagte hat ferner die Ansicht vertreten, dass die Klägerin mit dem Schreiben vom 04.02.2010 kein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsangebot abgegeben habe. Er hat gemeint, dies folge daraus, dass sich die Klägerin nur hinsichtlich eines Teils der Mängel zur kostenlosen Abhilfe bereit erklärt habe.	23
Das Landgericht hat die Akte zu dem selbständigen Beweisverfahren der Parteien (Landgericht Essen, Az. 4 OH 6/09) zu Beweis Zwecken beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Ferner hat es Beweis erhoben durch Einholung eines weiteren schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen H. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das bei den Gerichtsakten befindliche Sachverständigengutachten vom 04.04.2011 nebst Ergänzungsgutachten vom 11.12.2011.	24
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	25
Mit dem am 27.04.2012 verkündeten Urteil hat das Landgericht Essen – unter Abweisung der Klage im Übrigen – den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 18.941,51 € zu zahlen, Zug um Zug gegen dauerhafte und handwerksgerechte Beseitigung folgender Mängel in dem Einfamilienhaus des Beklagten B C ## in Essen:	26
1) Dachgeschoss:	27
Die Anschlussfugen der Unterkleidung und Bekleidung aus Gipskarton von Dachschrägen und sonstigen Wandflächen und DREMPeln untereinander und aneinander sind nicht fachgerecht ausgeführt.	28
2) Treppe EG zum 1. OG:	29
Die Anschlussfugen reißen.	30
3) Silikonabdichtung im WC im Erdgeschoss:	31
In der Wandecke zur Außenwand hinter dem WC ist auf einer Höhe von ca. 95 cm die Eckfuge nicht fachgerecht versiegelt und aufgerissen. Die Versiegelungsmasse liegt vor der Außenwand als Dreiecksfuge so, dass diese nicht ordnungsgemäß arbeiten kann.	32
4) Fliesenbelag im Bereich der Haustür:	33
Rechtwinklig zur Haustür ist eine Höhendifferenz von ca. 5 mm vorhanden, in der die Oberflächen der Bodenfliesen von der seitlichen Wandvorlage in Richtung der Haustür Gefälle haben.	34
5) Eingangsbereich:	35

a)	Es befindet sich eine offene Fuge zwischen der inneren Bodenplattierung und der äußeren Eingangsstufe, da die Schlüterschiene fehlt.	36
b)	Die Anschlussfuge des Blendrahmens der Haustür zwischen dem Natursteinmauerwerk der Leibungsbekleidung und der Außenseite des Blendrahmens fehlt.	37
6)	Büro im Erdgeschoss:	38
	Die Schlüterschiene fehlt im Bereich des Übergangs zwischen dem Fliesenboden der Diele vor dem Arbeitszimmer und dem Holzdielenbelag.	39
7)	Dachgeschoss:	40
	Die Schlüterschiene fehlt im Türdurchgang zwischen dem Schlafraum und dem nach Norden angrenzenden Bad am Übergang des Holzdielenbelages zu den Bodenfliesen des Bades.	41
8)	WC-Anlage im Badezimmer:	42
	An den WC-Anlagen, also der Toilette und dem Bidet, sind anstelle von je zwei Design-Eckventilen nur je zwei normale Standardventile vorhanden.	43
9)	Fußleisten in der Eingangsdiele:	44
	Die Fußleisten lösen sich von der Wand und reißen.	45
10)	Fußleisten im Esszimmer an der zum Garten gesehenen linken Trennwand zum Wohnzimmer:	46
	Die Sockelleiste hat sich verdreht und nach außen herausgedrückt.	47
11)	Fenstergriffe im Erdgeschoss und im Dachgeschoss:	48
	Die Drehgriffe sind nicht für Fenster geeignet und wackeln.	49
12)	Haustür:	50
a)	Die Bänder der Tür sitzen verzogen, verdreht und mit ungleichen Abständen zur Kante des Türblattes.	51
b)	An allen drei Verriegelungspunkten der Tür ist das Türblatt soweit ausgefräst, dass in Richtung der Innenseite keine Kraftübertragung von der Verriegelung in das Türblatt möglich ist.	52
c)	Die Tür springt beim Schließen wieder auf. Das Schließblech sitzt nicht exakt passend zur Lage des Türschlosses. Der Abstand des Schließbleches im Falz zum Schloss ist um 2 mm zu groß. Beim Schließen der Tür sind im Bereich des Schließblechs Verformungen mit der Hand feststellbar.	53
d)	Der untere Verriegelungspunkt am Türrahmen passt nicht.	54
e)	Das Türblatt ist im unteren Bereich deutlich verzogen.	55
f)	Die Fuge zwischen Türblatt und Rahmen außen an der Bandseite verläuft ungleichmäßig.	56

- g) Zwischen Türrahmen und der Natursteinbekleidung der Türöffnung sitzt ein Komprimband, das keine ausreichenden Druckkräfte, die beim Schließen der Tür in die Wand übertragen werden müssen, übertragen kann. 57
- h) Die Schrauben am Rahmen zur Befestigung der Schlossseite des Türrahmens im Rohmauerwerk sind zu dünn und zu biegeweich, um die Tür einwandfrei und kraftschlüssig verankern zu können. 58
- i) Das Türblatt im unteren Bereich ist erheblich verzogen, sodass die Falz nicht im Rahmen liegt und eine Fuge zwischen Türblatt und Rahmen von außen links zu sehen ist. 59
- j) Die Anschlussfuge des Rahmens an die Leibung der Öffnung ist innenseitig nur mit einer dünnen elastischen Versiegelung überdeckt, die aufgerissen ist, da die Materialstärke der Versiegelungsmasse die infolge der mangelhaften Befestigung und daraus verursachten Verdrehung entstehenden Bewegungen nicht überdecken kann; 60
- hinsichtlich der Mängel 5, 6 und 7 nur Zug um Zug gegen weitere Zahlung des Beklagten von insgesamt 429,37 € an die Klägerin. 61
- Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Klägerin gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von 18.941,51 € aus § 631 Abs. 1 BGB zustehe. Der dazu erforderliche Werkvertrag sei zwischen den Parteien auf der Grundlage des Angebotes der Klägerin vom 07.04.2008 zustande gekommen. Da der Beklagte die Leistungen der Klägerin vollständig abgenommen habe, sei die Vergütung auch fällig. 62
- Allerdings bestehe die Forderung nur in Höhe von 18.941,51 €. Dies resultiere daraus, dass der Anspruch auf Vergütung ursprünglich nur in Höhe von 166.755,35 € entstanden sei. Wegen der Berechnung dieses Betrages im Einzelnen wird Bezug genommen auf die tabellarische Aufstellung in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils (Bl. 335 d.A.), soweit sie nicht nachfolgend ergänzend erläutert wird. Bei diesem Rechenwerk ist das Landgericht ausgegangen von den unstreitigen Rechnungspositionen. Von diesen Einzelpositionen sind teilweise Abzüge insbesondere wegen Mengenabweichungen vorgenommen worden, wobei das Landgericht die Feststellungen des Sachverständigen H aus dessen Gutachten vom 04.04.2011 zugrunde gelegt hat. Von dem so errechneten Gesamtwerklohn in Höhe von 166.755,35 € hat das Landgericht die unstreitig von dem Beklagten geleisteten Zahlungen in Höhe von 147.813,84 € in Abzug gebracht, woraus sich der der Klägerin zugesprochene Differenzbetrag von 18.941,51 € errechnet. Zur Begründung der Abzüge hat das Landgericht vollinhaltlich Bezug genommen auf die Ausführungen des Sachverständigen im Gutachten vom 04.04.2011. Zu den Positionen 1.11 und 1.15 wurde festgestellt, dass diese nicht entsprechend den Berechnungen des Sachverständigen zu erhöhen gewesen seien, da die Klägerin insoweit nicht vorgetragen habe, dass sie die jeweilige zusätzliche Leistung erbracht hat. Ebenfalls sei die Rechnungsposition 6.07 abzuziehen gewesen, da die Klägerin beweisfällig geblieben sei für ihre Behauptung, sie habe den Untergrund gereinigt. Im Übrigen habe die Klägerin die Positionen 3.06 und 10.06 zu Unrecht in Rechnung gestellt. Denn sie habe weder vorgetragen, dass vereinbart gewesen sei, dass die Abdekarbeiten gesondert vergütet werden sollten, noch dass sie von dem Beklagten mit der Entsorgung beauftragt gewesen sei. Diese beiden Positionen würden im Angebot vom 07.04.2008 fehlen. Dies gelte ebenso für die Zusatzrechnung vom 02.02.2011. Auch insoweit habe die Klägerin nicht vorgetragen, einen entsprechenden Nachtragsauftrag von dem Beklagten erhalten zu haben. 63

Zur Begründung der ausgesprochenen Zug-um-Zug-Verurteilung hat das Landgericht ausgeführt, dass dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 641 Abs. 3, 320 BGB zustehe, da er gemäß §§ 634 Nr. 1, 635 BGB Nacherfüllung verlangen könne. Das Werk der Klägerin sei in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang mangelhaft. Diese Überzeugung habe das Gericht aus den Gutachten des Sachverständigen H erlangt. Zweifel an der Richtigkeit der plausiblen und nachvollziehbaren Feststellungen des Sachverständigen bestünden nicht.

Der Beklagte dürfe auch die gesamte restliche Vergütung zurückbehalten. Denn es läge ein Regelfall vor, in dem das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zurückbehalten werden könne, § 641 Abs. 3 BGB. Dabei komme es auf die Höhe der Kosten für die Beseitigung der Mängel an der Haustür nicht mehr an. Denn für die Beseitigung der ursprünglichen Mängel, die Grundlage des Gutachtens H vom 08.01.2010 gewesen seien, sei bereits von Kosten in Höhe von 13.539,60 € brutto auszugehen. Hierbei habe das Gericht allerdings 120,- € netto bei der Beweisfrage 8 abgezogen. In der Kalkulation des Sachverständigen seien nämlich zwei zusätzliche Eckventile zu je 60,- € netto berücksichtigt worden, welche die Klägerin mit der betreffenden Position 5.14 ihrer Schlussrechnung nicht in Ansatz gebracht habe. Da also die zwei Eckventile nicht geliefert worden seien, bestünde für sie auch keine Nachlieferungspflicht. 65

Hinsichtlich der Mangelpositionen 5, 6 und 7 sei die Mangelbeseitigung allerdings von der Zuzahlung der Beklagten in Höhe von 313,75 € zzgl. anteilige Regiekosten und Umsatzsteuer, also 429,37 €, abhängig zu machen, weil es sich bei der Nachlieferung der fehlenden Schlüterschienen und der fehlenden Silikonfuge um Sowieso-Kosten handle. Dieses Material habe der Beklagte noch nicht bezahlt. Dem stehe nicht entgegen, dass in der Schlussrechnung drei Schlüterschienen (Position 4.10) und eine Silikonfuge (Position 4.12) in Ansatz gebracht worden sind. Denn der Beklagte habe nicht geltend gemacht, dass diese zu Unrecht berechnet worden seien. 66

Der Nacherfüllungsanspruch des Beklagten sei auch weder untergegangen, noch befinde sich der Beklagte im Annahmeverzug. Insbesondere das Schreiben der Klägerin vom 04.02.2010, mit dem sie eine Mängelbeseitigung bis zum 18.02.2010 angeboten habe, stehe der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs nicht entgegen. Denn mit diesem Schreiben habe die Klägerin nur eine teilweise Nacherfüllung angeboten. Aus dem Schreiben ergebe sich nämlich, dass die Klägerin beispielsweise die Mangelbeseitigung an den Fliesen im Eingangsbereich (Ziffer 3.4) und an den Griffen (Ziffer 3.12) abgelehnt habe. Zu Teilleistungen sei die Klägerin aber nicht berechtigt, § 266 BGB. Auch greife keine Einschränkung des § 266 BGB über § 242 BGB. Denn dem Beklagten sei die Annahme der Teilleistung während des laufenden selbständigen Beweisverfahrens nicht zumutbar gewesen. 67

Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Er verfolgt dabei seinen erstinstanzlichen Antrag auf Klageabweisung weiter. 68

Der Beklagte rügt, dass die vom Landgericht ausgesprochene Zug-um-Zug-Verurteilung rechtsfehlerhaft sei, da das Landgericht nicht geprüft habe, inwieweit ihm die Beseitigung von Mängeln durch die Klägerin bzw. deren Subunternehmer noch zuzumuten sei. Diese gelte insbesondere für die zahlreichen Mängel an der Haustüre. Die Klägerin bzw. ihre Subunternehmer hätten viermal erfolglos versucht, diese Mängel zu beseitigen. Der Subunternehmer S habe immer wieder die Ansicht vertreten, die gelieferte Tür sei einwandfrei. Bei dieser Sachlage habe das Landgericht den Beklagten nicht mehr zur Zahlung des tenorierten Betrages Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel an der Tür 69

verurteilen dürfen. Mindestens in Höhe des auf die Eingangstür entfallenden Rechnungsbetrages von 3.927,- € hätte die Klage insgesamt abgewiesen werden müssen. Da dem Beklagten eine Nacherfüllung nicht mehr zuzumuten sei, könne er weiterhin verlangen, dass die Kosten für die Beschaffung einer neuen Haustür, die der Sachverständige H in seiner Kostenkalkulation vom 11.12.2011 auf 5.355,00 € beziffert habe, in Abzug gebracht werden. Mindestens in dieser Höhe habe der Beklagte einen Anspruch auf Vorschusszahlung gegen die Klägerin gemäß § 637 Abs. 3 BGB. Mit diesem Anspruch rechne er nun gegen die Klageforderung auf. Insoweit sei die Klage auf jeden Fall abzuweisen.

Aber auch im Übrigen seien dem Beklagten Nacherfüllungsarbeiten durch die Klägerin nicht zuzumuten. Dies ergebe sich aus dem gesamten Verhalten der Klägerin, die zunächst das Vorhandensein von Mängeln insgesamt abgestritten habe und dann je nach Ergebnis der Begutachtung durch den Sachverständigen sukzessive eingeräumt habe, dass Mängel vorlägen, wobei sie aber auch einzelne Mängel trotz gegenteiliger Feststellungen des Sachverständigen weiter bestritten habe (z. B. bezüglich der Fensteroliven und der Arbeiten im Treppenhaus). Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die Mängel der Arbeiten der Klägerin im Bereich des Dachbodens derart gravierend seien, dass der Beklagte das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Klägerin verloren habe. Daraus folge, dass auch hinsichtlich der übrigen vom Sachverständigen festgestellten Mängel, deren Beseitigungskosten der Sachverständige mit 13.539,60 € veranschlagt habe, dem Beklagten eine Nacherfüllung durch die Klägerin nicht mehr zugemutet werden könne. Auch insoweit beanspruche der Beklagte einen Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB, mit dem er gegen die Klageforderung aufrechne. Bereits durch diese Aufrechnung werde der nach Ansicht des Landgerichts gerechtfertigte Werklohnanspruch der Klägerin bis auf einen Restbetrag von 46,91 € aufgezehrt. Insoweit stehe dem Beklagten jedoch ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung zu. Im Zuge der Mängelbeseitigung sei mit Folgekosten zu rechnen, die z. B. dadurch entstehen würden, dass das Haus des Beklagten während der Durchführung der Arbeiten im Treppenhaus und im Dachgeschoss unbewohnbar sein werde.

Der Beklagte beantragt, 71

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 72

Die Klägerin beantragt, 73

die Berufung zurückzuweisen. 74

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es ihr günstig ist, unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. 75

Sie vertritt die Auffassung, dass dem Beklagten eine umfassende Mängelbeseitigung durch sie nach wie vor zumutbar sei. Die Mängel an der Haustüre werde ihr Subunternehmer S durch die Anfertigung einer komplett neuen Haustüre beseitigen. Dies habe die Klägerin dem Beklagten bereits mit Schreiben vom 25.06.2012 angekündigt. Auch diese Form der Mängelbeseitigung habe der Beklagte jedoch außergerichtlich abgelehnt. Es sei nicht zutreffend, dass der Subunternehmer mehrfach erfolglos versucht habe, die Mängel zu beseitigen. Er habe zwar verschiedentlich Mängelbeseitigungsarbeiten an der Tür durchgeführt. Dies beruhe allerdings darauf, dass der Beklagte immer wieder andere Mängel gerügt habe. Diese Mängel seien dann im Laufe des Verfahrens von dem Schreiner S jedenfalls zum Teil beseitigt worden. Lediglich die zuletzt seitens des Sachverständigen 76

festgestellten und von dem Beklagten neu gerügten Mängel seien nicht beseitigt, da insoweit noch keine Möglichkeit zur Nachbesserung bestanden habe.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass das bloße Bestreiten von Mängeln nicht zur Folge habe, dass die Gewährung einer Nachbesserungsmöglichkeit entbehrlich werde. In diesem Zusammenhang weist sie darauf hin, dass sie schon sehr früh angeboten habe, Mängel zu beseitigen. Hierzu sei ihr jedoch bis heute niemals Gelegenheit gegeben worden. Der Beklagte habe immer nur erklären lassen, er wolle das Verfahren abwarten. 77

Bezüglich der Mängel im Dachboden sei zu berücksichtigen, dass diese schon im Rahmen des ersten Sachverständigentermins eindeutig festgestellt worden seien. Nach diesem Termin sei bereits Mängelbeseitigung angeboten worden, die der Beklagte jedoch abgelehnt habe. 78

II. 79

Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet. 80

Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht und aus zutreffenden Erwägungen zur Zahlung von Werklohn in Höhe von 18.941,51 €, Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung verurteilt. Auch das Vorbringen des Beklagten im Berufungsverfahren rechtfertigt keine abweichende Entscheidung. 81

Dabei hatte der Senat im Berufungsverfahren von einem begrenzten Prüfungsgegenstand auszugehen. Der Beklagte hat seine Berufung ausschließlich darauf gestützt, dass anstelle der erfolgten Zug-um-Zug-Verurteilung die Klage insgesamt hätte abgewiesen werden müssen, da ihm eine Nachbesserung der Mängel durch die Klägerin nicht mehr zumutbar sei. Er hat dazu mit der Berufungsbegründungsschrift ergänzend vorgetragen, dass er einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung nach § 637 Abs. 3 BGB gegen die Klägerin geltend mache. Mit diesem mindestens in Höhe der Klageforderung bestehenden Anspruch rechne er gegen die Klageforderung auf. Weitere Angriffe gegen das angefochtene Urteil hat der Beklagte mit seiner Berufung nicht vorgebracht. Damit hat er in zulässiger Weise den Gegenstand des Berufungsverfahrens auf die Frage beschränkt, ob ihm gegen die Klägerin ein Vorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB zusteht, mit dem er im Wege der Aufrechnung die Klageforderung – deren Bestehen aufgrund der vom Beklagten vorgenommenen Begrenzung des Streitgegenstandes nicht mehr zu überprüfen ist (vgl. dazu: Zöller/Heßler, 27. Auflage 2009, ZPO, § 520 Rn. 29 m.w.N.) – vollständig bzw. teilweise gemäß § 389 BGB zum Erlöschen bringen kann. 82

Ein solcher aufrechenbarer Kostenvorschussanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB steht dem Beklagten jedoch nicht zu, weshalb es auch unter Berücksichtigung des zweitinstanzlichen Vorbringens des Beklagten bei der vom Landgericht ausgesprochenen Zug-um-Zug-Verurteilung zu verbleiben hat. 83

Der geltend gemachte Vorschussanspruch besteht nicht, weil der Beklagte der Klägerin keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Ebenso wie der Selbstvornahmeanspruch aus § 637 Abs. 1 BGB entsteht auch der Vorschussanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB erst nach erfolglosem Ablauf einer solchen Frist (vgl. Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 1. Auflage 2012, § 637 Rn. 62). 84

Soweit sich der Beklagte darauf beruft, dass im vorliegenden Fall eine solche Fristsetzung zur Nacherfüllung ausnahmsweise entbehrlich gewesen sei, dringt er damit nicht durch. Der 85

insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage 2013, Rn. 2184) hat keine Umstände dargelegt, die es rechtfertigen könnten, die Entbehrlichkeit der Fristsetzung im Sinne des § 637 Abs. 1 BGB feststellen zu können.

Gemäß §§ 637 Abs. 2 Satz 1, 323 Abs. 2 BGB bedarf es der Fristsetzung nicht, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Selbstvornahme rechtfertigen. Gemäß § 637 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die Fristsetzung ferner entbehrlich, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist. 86

Keiner dieser Ausnahmetatbestände ist im vorliegenden Fall erfüllt. 87

1. Die Klägerin hat die Nacherfüllung nicht ernsthaft und endgültig verweigert. An die Annahme einer Verweigerung der Nacherfüllung sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, NJW 1986, 661; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1396). Sie liegt nur dann vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen, und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung umstimmen ließe (BGH, NJW 2002, 1571). Es muss deutlich sein, dass der Schuldner ohne Rücksicht auf die möglichen Folgen – gewissermaßen als sein letztes Wort – seine Weigerung zum Ausdruck bringt (BGH, NJW 1986, 661). Eine ernstliche und endgültige Verweigerung kann deshalb nicht angenommen werden, solange nicht auszuschließen ist, dass der Schuldner aufgrund einer Fristsetzung doch noch erfüllt hätte, um einen drohenden hohen Schaden zu vermeiden (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1396 m.w.N.). Diesen strengen Anforderungen, die an die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Nacherfüllungsverweigerung zu stellen sind, genügen die von dem Beklagten angeführten Erklärungen und Verhaltensweisen der für die Klägerin handelnden Personen nicht. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass eine Nacherfüllungsverweigerung auch in einem schlüssigen Verhalten gefunden werden kann, weshalb das gesamte Verhalten des Auftragnehmers zu würdigen ist, wozu auch seine Einlassungen im Prozess zählen (BGH, NJW 2002, 1571). 88

Die Klägerin hat zu keinem Zeitpunkt ausdrücklich erklärt, dass sie eine Mängelbeseitigung ablehne. Viel mehr hat sie immer wieder zum Ausdruck gebracht, dass sie nachbessern wolle. So hat sie gegenüber dem Beklagten zunächst mit Schreiben vom 07.04.2009 erklärt, dass sie über die von ihm veranlasste Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens erstaunt sei, da ihr zuvor niemals Mängel angezeigt worden seien. Sie hat ausdrücklich beanstandet, dass der Beklagte ihr keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben habe. Ergänzend hat sie mitgeteilt, dass sie selbstverständlich sämtliche tatsächlichen Mängel beseitigen werde. Abschließend hat sie den Beklagten unter Fristsetzung aufgefordert, ihr Gelegenheit zur Mängelbeseitigung zu geben. Dass in der Folgezeit Nachbesserungsarbeiten der Klägerin nicht durchgeführt worden sind, ist ausschließlich darauf zurückzuführen, dass der Beklagte darauf bestand, zunächst das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens abzuwarten. Die Klägerin hat dem Beklagten während des laufenden selbständigen Beweisverfahrens mit Schreiben vom 13.08.2009 und vom 04.02.2010 weitere konkrete Angebote zur Mängelbeseitigung unterbreitet, die an die Feststellungen des Sachverständigen H anknüpften. Auch hierauf hat der Beklagte jeweils erwidert, dass er das endgültige Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens abwarten wolle. Mit Schriftsatz vom 12.04.2010 hat er insofern ergänzend ausgeführt, dass er erst nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens entscheiden könne und müsse, ob und in welchem Umfang er weitere Mängelbeseitigung durch die Klägerin akzeptiere. Dass auch der Beklagte selbst nach Vorliegen der ersten drei Gutachten des Sachverständigen H noch davon ausging, dass 89

der Klägerin möglicherweise die Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden könnte, hat er dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er mit Schriftsatz vom 04.08.2011 auf einen Vergleichsvorschlag des Landgerichts erklärt hat, dass bei einem reinen Zahlungsvergleich berücksichtigt werden müsse, dass er mit höheren Mängelbeseitigungskosten zu rechnen haben werde, wenn er sich „bereit erkläre, auf die Nachbesserung durch die Klägerin zu verzichten“ und diese Arbeiten anderweitig ausführen zu lassen. Diese Erklärung des Beklagten zeigt deutlich, dass bis zu diesem Zeitpunkt keinesfalls von einer ernsthaften und endgültigen Nacherfüllungsverweigerung der Klägerin ausgegangen werden konnte. Danach hat die Klägerin keine Erklärungen abgegeben, die auf eine Verweigerung der Mängelbeseitigung hätten schließen lassen können. Viel mehr war es der Beklagte, der nunmehr – erstmals mit Schriftsatz vom 02.01.2012 – klar zum Ausdruck gebracht hat, dass er der Klägerin keine Nachbesserungsmöglichkeit einräumen wolle, was er lediglich damit begründete, dass ihm weitere Mängelbeseitigungsarbeiten durch die Klägerin bzw. deren Nachunternehmer nicht mehr zumutbar seien, da der Nachunternehmer S bereits viermal vergeblich versucht gehabt habe, die Haustüre des Objektes in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen.

Soweit sich der Beklagte in diesem Zusammenhang darauf beruft, dass das gesamte Verhalten der Klägerin darauf schließen lasse, dass sie keine ausreichende Bereitschaft zu einer vollständigen Mängelbeseitigung gehabt habe, führt auch dies nicht zu der Feststellung, dass die Klägerin die Nachbesserung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Der Beklagte macht insofern geltend, dass die Klägerin zunächst das Vorhandensein von Mängeln insgesamt bestritten habe und sie sodann je nach Ergebnis der Begutachtung durch den Sachverständigen sukzessive eingeräumt habe, dass Mängel vorhanden seien, wobei sie aber die Feststellungen des Sachverständigen zu einzelnen Mängeln in Abrede gestellt habe. Überdies stützt sich der Beklagte darauf, dass die Klägerin bis heute kein vollständiges Nacherfüllungsangebot unterbreitet habe. Sie habe mit ihren Angeboten jeweils die Beseitigung einzelner Mängel verweigert, obwohl diese von dem Sachverständigen H festgestellt worden wären. Dieses Verhalten der Klägerin ist nicht ausreichend für die Annahme, dass sie die Nacherfüllung endgültig verweigern wollte. Insofern ist zunächst zu sehen, dass allein in dem lediglich prozessualen Bestreiten eines Mangels durch den Unternehmer keine Nacherfüllungsverweigerung zu erblicken ist (BGH, NJW 2002, 750 m.w.N.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 16). Viel mehr müssen die Gesamtumstände des Falles die Annahme rechtfertigen, dass der Auftragnehmer endgültig seinen Vertragspflichten nicht nachkommen will, so dass es ausgeschlossen erscheint, dass er sich durch eine Fristsetzung umstimmen lassen könnte (BGH, NJW 2002, 750 m.w.N.). Dies kann aus dem Verhalten der Klägerin nicht geschlossen werden. Auch der Umstand, dass sie jeweils nicht bezüglich aller Mängel eine Nachbesserung angeboten hat, lässt nicht mit der erforderlichen Sicherheit darauf schließen, dass ihre Angebote ihr „letztes Wort“ darstellen sollten und nicht mehr verhandelbar waren. Viel mehr waren ihre jeweiligen Angebote offensichtlich darauf gerichtet, mit dem Beklagten Gespräche über die einzelnen Gesichtspunkte zu führen, um so eine umfassende Lösung zu finden. Wenn eine solche Gesprächsbereitschaft erklärt wird, ist dies im Zweifel so zu verstehen, dass die dargelegten Standpunkte nicht endgültig und unumstößlich sein sollen.

90

Zudem ist das Verhalten des Auftragnehmers stets im Lichte der Vorgehensweise des Auftraggebers zu würdigen. Insofern ist hier zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Nachbesserungsangebote der Klägerin zunächst jeweils mit der Begründung zurückgewiesen hat, dass er erst den Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens abwarten wolle und dass er schließlich erklärt hat, dass er der Klägerin keine Nachbesserungsmöglichkeit gewähren wolle, weil ihm eine Mängelbeseitigung durch sie nunmehr unzumutbar sei. Der

91

Umstand, dass bis heute keine Nachbesserung erfolgt ist, ist also maßgeblich auf die Verweigerungshaltung des Beklagten und nicht etwa auf eine solche der Klägerin zurückzuführen. Auch vor diesem Hintergrund wäre es nicht sachgerecht, der Klägerin die Nachbesserungsmöglichkeit mit der Begründung zu verwehren, dass sie die Nacherfüllung verweigert habe.

2. Die Nacherfüllung ist auch nicht fehlgeschlagen. Die wesentlichen Erscheinungsformen des Fehlschlagens sind die objektive und subjektive Unmöglichkeit, die Unzulänglichkeit, die unberechtigte Verweigerung, die ungebührliche Verzögerung und der misslungene Versuch der Nachbesserung (vgl. Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 1. Auflage 2012, § 637 Rn. 27 m.w.N.). In Betracht kam hier insofern lediglich die Fallkonstellation des misslungenen Versuchs der Nachbesserung. Der Beklagte hat insofern geltend gemacht, dass der für die Klägerin als Nachunternehmer tätige Schreiner S viermal erfolglos versucht habe, die Haustüre des Objektes in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen H sei die Türe nicht mehr nachbesserungsfähig. Es müsse eine neue Haustür eingebaut werden, wobei mit einem Kostenaufwand von 5.355,00 € zu rechnen sei. Der Senat hat berücksichtigt, dass dieser vom Beklagten dargelegte Umstand der mehrfachen erfolglosen Nachbesserungsversuche durchaus dazu geeignet sein kann, das Erfordernis der Bestimmung einer Nachbesserungsfrist insgesamt entfallen zu lassen. Jedoch ist der Senat nach sorgfältiger Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien und unter Wertung sämtlicher Umstände dieses Einzelfalles zu der Überzeugung gelangt, dass die Nachbesserungsfrist aufgrund der wiederholten erfolglosen Mängelbeseitigungsversuche des Nachunternehmers S nicht entbehrlich geworden ist. Wann eine Nachbesserung fehlgeschlagen ist, hängt stets von den Umständen des Einzelfalles ab. Je nach den Umständen kann ein Fehlschlag schon nach einem einmaligen Nachbesserungsversuch gegeben sein. Ebenso ist es aber auch möglich, dass auch nach mehreren Versuchen noch nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist (vgl. Kniffka, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 6. Teil Rn. 130 m.w.N.). Die im Kaufrecht in § 440 Satz 2 BGB eingeführte widerlegliche Vermutung, nach der die Nacherfüllung nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen gilt, wurde im Werkvertragsrecht nicht übernommen und ist auch nicht analog anwendbar (vgl. Kniffka, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 6. Teil Rn. 130).

92

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass hier eine Nachbesserung unzweifelhaft dergestalt möglich ist, dass eine neue Haustüre hergestellt und eingebaut wird. Es war also lediglich fraglich, ob der Einbau einer solchen Haustüre bereits zwingend im Rahmen eines früheren Nachbesserungsversuches hätte erfolgen müssen. Insofern ist zu sehen, dass sich erst während des laufenden selbständigen Beweisverfahrens herausgestellt hat, dass die Haustüre derart mangelhaft ist, dass sie dauerhaft nicht mehr ordnungsgemäß schließt. Dieser Mangel war dem Sachverständigen H offensichtlich im Rahmen des ersten Ortstermins nicht ersichtlich geworden, obwohl er dort die Haustür auf andere Fehler untersucht hatte. Der Beklagte hat diesen Mangel erstmals mit Schriftsatz vom 29.01.2010 mitgeteilt und dazu ausgeführt, dass an der Haustüre zwischenzeitlich ein weiterer Mangel aufgetreten sei; sie lasse sich nicht mehr schließen. Erst im Rahmen der weiteren Begutachtung hat sich dann schließlich herausgestellt, dass eine fachgerechte Mängelbeseitigung wohl nur durch Einbau einer neuen Haustüre erreicht werden kann. Vor diesem Hintergrund fällt der Umstand, dass der Nachunternehmer S zunächst anderweitige Nachbesserungsmaßnahmen ergriffen hat, weniger schwer ins Gewicht. Dies gilt umso mehr deshalb, weil die Klägerin nunmehr ausdrücklich angeboten hat, dass eine neue Haustüre angefertigt und eingebaut wird. Nach Einschätzung des Senats ist dem Beklagten zumutbar, diesen Nachbesserungsversuch, der von seinem Umfang her die bisherigen Versuche

93

deutlich übersteigt, zu gewähren. Erst wenn auch der Einbau einer neu hergestellten Haustüre nicht zu einer ordnungsgemäßen Leistung führen wird, wird dies die Feststellung des Fehlschlagens der Nachbesserung rechtfertigen können. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin im Rahmen des Vertragsverhältnisses der Parteien in ganz erheblichem Umfang Werkleistungen verschiedener Art erbracht hat. Das Landgericht hat ihr einen Gesamtwerklohnanspruch in Höhe von 166.755,35 € zugebilligt. Ausgehend von diesem Gesamtvolumen des Projektes fällt der hiervon umfasste Einbau der Haustür, der im Rahmen der Nachbesserung Kosten in Höhe von ca. 5.000,00 € auslösen wird, nicht beträchtlich ins Gewicht. Auch dies rechtfertigt die Einschätzung, insgesamt nicht von einer fehlgeschlagenen Nachbesserung auszugehen.

3. Dem Beklagten ist eine Nacherfüllung der Klägerin auch nicht unzumutbar. Von einer Unzumutbarkeit in diesem Sinne ist auszugehen, wenn der Auftragnehmer durch sein vorheriges Verhalten das Vertrauen in seine Leistungsfähigkeit oder Leistungsbereitschaft derart erschüttert hat, dass es dem Auftraggeber nicht zumutbar ist, diesen Unternehmer noch mit der Nacherfüllung zu befassen. Dies wiederum ist insbesondere dann der Fall, wenn die Mängel so zahlreich und gravierend sind, dass das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu Recht nicht mehr besteht (Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 1. Auflage 2012, § 637 Rn. 29 m.w.N.). Der auch insoweit darlegungs- und beweissbelastete Beklagte hat keine Umstände dargetan, die eine solche Einschätzung im vorliegenden Fall rechtfertigen könnten. Er hat sich insofern zunächst darauf berufen, dass er das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Klägerin schon wegen der „völlig dilettantischen“ Nacherfüllungsversuche ihres Nachunternehmers S bezüglich der Eingangstüre verloren habe. Dieser Einschätzung vermag sich der Senat nicht anzuschließen, da der Beklagte bei objektiver Betrachtungsweise die Leistungsfähigkeit der Klägerin, die in großem Umfang Umbauarbeiten verschiedener Art vorgenommen hat, nicht anhand der Arbeiten eines einzelnen Nachunternehmers, der lediglich mit dem Einbau der Haustüre befasst war, bewerten durfte. Soweit der Beklagte ferner darauf verweist, dass der vom Sachverständigen H festgestellte Mangel im Dachboden derart gravierend sei, dass jedenfalls hieraus die Unzumutbarkeit der Nachbesserung folge, führt auch dies zu keiner abweichenden Einschätzung. Nach den Feststellungen des Landgerichts sind im Dachgeschoss lediglich kleinere Mängel gegeben, die ohne erheblichen Kostenaufwand beseitigt werden können. Zum einen sind die Anschlussfugen der Unterkleidung und Bekleidung aus Gipskarton von Dachschrägen und sonstigen Wandflächen und DREMPeln untereinander und aneinander nicht fachgerecht ausgeführt. Zum anderen fehlt in einem Türdurchgang die Schlüterschiene. Die insoweit anzusetzenden Mängelbeseitigungskosten hat der Sachverständige H mit 4.320,00 € netto angegeben. Diese verhältnismäßig geringfügigen Mängel rechtfertigen keinesfalls die Annahme, dass die Klägerin nicht dazu imstande sein werde, eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung durchzuführen. Gleiches gilt auch unter Berücksichtigung der weiteren vom Landgericht festgestellten Mängel. Es handelt sich durchweg um kleinere Mängel, die jeweils mit verhältnismäßig geringem Aufwand beseitigt werden können. Zwar werden nach den Feststellungen des Landgerichts insgesamt Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 13.539,60 € brutto anfallen. Gemessen an dem Gesamtkostenvolumen des Projektes von 166.755,35 € brutto fällt dieser Mängelbeseitigungsaufwand jedoch nicht so erheblich ins Gewicht, dass er den Verlust des Vertrauens des Beklagten in die Leistungsfähigkeit der Klägerin rechtfertigen könnte.

4. Aus den vorgenannten Gründen liegen auch keine besonderen Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Vorschussanspruchs auch ohne Gewährung einer Nacherfüllungsmöglichkeit rechtfertigen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	97
Die Revision war nicht zuzulassen.	98
Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).	99