
Datum: 11.11.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 34/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:1111.12U34.15.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 1 O 94/14
Schlagworte: Unternehmer, Handelsgeschäft, Photovoltaikanlage
Normen: BGB §§ 14, 305

Leitsätze:

Wer auf seinem eigenen, selbst bewohnten Privathaus eine Photovoltaikanlage betreibt, ist unabhängig von der Größe der Anlage nicht deshalb Unternehmer im Sinne des § 14 BGB.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 27.01.2015 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg in der Form des Berichtigungsbeschlusses des Senats vom 11.11.2015 abgeändert und neu gefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 21.758,23 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.09.2014 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 837,52 € zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche, den Betrag von 25.116,78 € übersteigenden Kosten zu erstatten, die ihm im Zusammenhang mit der Beseitigung der streitgegenständlichen Mängel am Dach seines Hauses entstanden sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und werden die Berufungen zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger 26 % und die Beklagte 74 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 3 % und der Beklagten zu 97 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweiligen Gegenpartei abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

<u>Gründe :</u>	1
A.	2
Der Kläger begehrt von der Beklagten Vorschuss für die Mängelbeseitigung und Feststellung der weiteren Kostenerstattungsverpflichtung im Zusammenhang mit Dacharbeiten.	3
Der Kläger ist Eigentümer des von ihm bewohnten Hausgrundstücks, das aus einem mit einem Steildach gedeckten Altbau und einem mit einem Schleppdach gedeckten Anbau besteht. Auf der Grundlage zweier Kostenvorschläge vom 14.05.2010 führte die Beklagte im Auftrag des Klägers Arbeiten zur Sanierung der asbesthaltigen Steildachfläche nebst Anbringung einer Unterspannbahn und Lattung durch und montierte sodann auf Steil- und Schleppdach eine von ihr gelieferte Photovoltaik-Anlage. Außerdem beauftragte der Kläger die Beklagte mit der Lieferung und Montage einer Dachrinne. Die Beklagte stellte die Arbeiten am 31.07.2010 in Rechnung, von der noch ein Betrag von 3.358,55 € offen ist.	4
Nach der Durchführung der Arbeiten rügte der Kläger gegenüber der Beklagte Mängel der Bauleistungen und forderte diese zur Nachbesserung auf. Die Beklagte lehnt dies unter Berufung auf die Mängelfreiheit ihrer Leistung ab.	5
In dem von dem Kläger eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren erstattete der Sachverständige M ein Gutachten nebst Ergänzungsgutachten. Er stellte Unebenheiten der Steildachfläche, die nicht fachgerechte Verlegung der Kabel der Photovoltaik-Anlage und Anbringung der Dachrinne, sowie die abweichend vom Kostenvoranschlag erfolgte Verarbeitung einer an den Stößen nicht selbstklebenden Unterspannbahn D „E“ fest. Die Mängelbeseitigungskosten ermittelte der Sachverständige mit netto 25.116,78 €.	6
Mit der Klage hat der Kläger zunächst neben der Feststellung weiterer Kostentragungspflicht den Bruttobetrag dieser Mängelbeseitigungskosten nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten geltend gemacht. Den Zahlungsantrag hat er in Bezug auf die Mängelbeseitigungskosten bereits erstinstanzlich auf den Nettobetrag reduziert.	7
Der Kläger hat behauptet, er habe die Beklagte auch mit der Sanierung und Begradigung der Dachfläche beauftragt.	8
Die Beklagte hat unter Bezugnahme auf eine in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Gerichtsstandvereinbarung die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Arnstberg gerügt. Sie hat behauptet, der Kläger habe sie lediglich beauftragt, die technisch unumgänglichen Voraussetzungen für die Aufnahme der Photovoltaik-Anlage zu schaffen.	9

- Zudem bestehe kein Schaden, soweit in den Mängelbeseitigungskosten auch die Kosten für die Begradigung des Daches enthalten seien. Die behaupteten Mängel hätten keine technischen Auswirkungen, die Mängelbeseitigung sei unverhältnismäßig. Zudem habe der Kläger die Mängel entgegen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht innerhalb von 14 Tagen nach Übersendung der Schlussrechnung schriftlich geltend gemacht.
- Das Landgericht hat der Klage nach Beiziehung der Akte des selbständigen Beweisverfahrens und mündlicher Erläuterung der erstellten Gutachten durch den Sachverständigen in Höhe von 12.064,52 € nebst Zinsen sowie im Hinblick auf die Feststellung der Verpflichtung, über 18.444,61 € hinausgehende Kosten zu erstatten, stattgegeben. 10
- Das Landgericht sei zuständig. Es lasse sich nicht feststellen, dass die Parteien eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung getroffen hätten. Die Beklagte habe für ihre Behauptung, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den Kostenvorschlägen übersandt zu haben, keinen Beweis angeboten. Zudem sei der Kläger als Verbraucher anzusehen und die Dachsanierung sei der Montage der Photovoltaik-Anlage nur vorgeschaltet. Der Betrieb einer Photovoltaik-Anlage verhalte sich regelmäßig im Rahmen einer nicht gewerblichen Vermögensverwaltung. 11
- Der Kläger habe gegen den Beklagten einen Vorschussanspruch in zuerkannter Höhe, da sein Gewerk nach dem nachvollziehbaren Gutachten des Sachverständigen mangelbehaftet sei. 12
- Nach den Feststellungen des Sachverständigen seien die auf dem Steildach angebrachten Trapezbleche nicht fachgerecht montiert, da die hier zur Aufnahme vorhandenen Sparren erhebliche Unebenheiten aufwiesen. Dadurch bestehe die Gefahr, dass Eindellungen im Schraubbereich entstünden und hierdurch Wasser in die Dachkonstruktion eindringe. Diesen Ausführungen des Sachverständigen sei die Beklagte nicht weiter entgegengetreten. Auch die angebrachten Kalotten seien nicht geeignet, einen Feuchteintritt mit letzter Sicherheit zu verhindern. Es sei unerheblich, ob die Begradigung zwischen den Parteien vereinbart gewesen sei. Die Beklagte habe die Trapezbleche auf einen ungeeigneten Untergrund aufgebracht. Sie trage selbst nicht vor, Bedenken hiergegen geäußert zu haben. 13
- Ein weiterer Mangel liege in der Verarbeitung einer anderen als der vertraglich vereinbarten Unterspannbahn. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei diese verarbeitete Unterspannbahn minderwertiger, da sie an den Stößen nicht selbstklebend sei. Sie sei für einen Dachbodenausbau nicht geeignet, da sie aufgrund der offenen Stöße nicht gegen das Eindringen von Insekten geschützt sei. 14
- Der Sachverständige habe auch festgestellt, dass die Kabelverlegung zwischen den Modulen der Photovoltaik-Anlage nicht fachgerecht ausgeführt sei, da diese offen und ungeschützt auf dem Blechdach aufliegen. Es greife nicht durch, dass es zum Zeitpunkt der Montage keine verbindlichen Regeln gegeben habe, da es offenkundig sei, dass ungeschützt verletzte Kabel beschädigt werden könnten. 15
- Schließlich sei die Dachrinne nach den nicht angegriffenen Ausführungen des Sachverständigen zu hoch angeschlagen. 16
- Die gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung sei fruchtlos verstrichen und die Beklagte habe eine Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt. 17
- 18

Dem Anspruch des Klägers stehe nicht entgegen, dass er die geltend gemachten Mängel nicht innerhalb von 12 Tagen schriftlich angezeigt habe. Es könne dahinstehen, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam einbezogen worden seien, da die dortige Formulierung nicht erkennen lasse, welche Folgen mit einer unterlassenen Anzeige verbunden seien. Ein Hinweis auf einen Gewährleistungsausschluss enthalte die Klausel nicht; sie verstoße damit gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die Beklagte könnte die Mängelbeseitigung wegen der Trapezbleche und der Unterspannbahn nicht wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern. Der Aufwand der Beklagten zur Mängelbeseitigung stehe nicht in keinem Verhältnis zum Vorteil des Klägers. Aufgrund der nicht fachgerechten Montage der Trapezbleche bestehe die Gefahr von Feuchtigkeitseintritten. Der Kläger habe auch ein Interesse an der Verlegung der vertraglich vereinbarten Unterspannbahn, da nur diese den Ausbau des Dachbodens erlaube. Es liege nicht nur ein optischer Mangel vor, sodass ein erhebliches Interesse des Klägers an der Mängelbeseitigung gegeben sei. 19

Der Kläger könne die Kosten für die Beseitigung der mangelhaften Montage der Trapezbleche sowie für die fachgerechte Verkabelung der Photovoltaik-Anlage und die fachgerechte Anbringung der Dachrinne verlangen. Im Hinblick auf die Unterspannbahn sei im Bereich des Steildachs ein Austausch erforderlich und die Kosten zu erstatten. Dagegen habe der Sachverständige bei der Erläuterung seines Gutachtens eine nachträgliche Verklebung der Unterspannbahn im Bereich des Schleppdachs für möglich gehalten. Insgesamt seien 15.444,61 € erforderlich. Für die Verklebung der Unterspannbahn im Bereich des Schleppdachs kämen nach der Schätzung des Sachverständigen weitere 3.000,00 € hinzu. Der verbleibende Minderwert werde vom Vorschussanspruch nicht erfasst. 20

Von den sich ergebenden 18.444,61 € seien die Kosten von 3.021,54 € abzuziehen, die zum Ausgleich der Unebenheiten der Dachsparren anfielen. Insoweit lasse sich dem Kostenvoranschlag nicht entnehmen, dass diese vertraglich vereinbart worden seien. Zudem sei der unstreitig einbehaltene Werklohn von 3.358,55 € auf die Kosten der Mängelbeseitigung anzurechnen. 21

Der Kläger habe einen Anspruch auf die begehrte Feststellung sowie auf Ersatz seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach einem Streitwert von 13.000,00 €. 22

Dagegen wenden sich beide Parteien mit ihrer Berufung. 23

Der Kläger begehrt die Zahlung weiterer 10.409,36 € nebst Zinsen. 24

Es sei bereits erstinstanzlich vorgetragen worden, dass das gesamte Dachgeschoss – auch im Bereich des Schleppdachs - ausgebaut werden solle. Vor diesem Hintergrund bestehe kein rechtlicher Grund dafür, dass der Kläger das vom Sachverständigen als ausreichend angesehene Verkleben der Unterspannbahnen hinnehmen müsse. Bei diesem bestehe auch nach der Aussage des Sachverständigen das Restrisiko, dass die Verklebung nicht halte. Für eine derartige Risikoverteilung zu Lasten des Klägers gebe es keine Grundlage. 25

Es sei auch zu berücksichtigen, dass die Verklebung nicht unmittelbar nach der Montage vorgenommen worden sei, sodass fraglich sei, ob die Einschätzung des Sachverständigen noch zutreffend sei. Es werde bestritten, dass ein Verkleben noch technisch einwandfrei möglich sei. 26

Es bestehe auch kein Rechtsgrund dafür, die zum Ausgleich der Unebenheiten anfallenden Kosten in Abzug zu bringen. Es sei bereits erstinstanzlich unter Beweisantritt vorgetragen worden, dass die Sanierung die Beseitigung von Unebenheiten beinhalten habe sollen. Die Beklagte habe insoweit von der Erbringung von Eigenleistungen abgeraten, da dies bei unfachgemäßer Arbeit für den Kläger teurer würde. Daraufhin habe sich der Kläger mit der Sanierung einverstanden erklärt, als also auch mit dem Ausgleich der Unebenheiten.	
Allerdings stände dem Beklagten aus den Rechnungen Nr. 2010040 und 2010041 noch einer Forderungen von insgesamt 3.145,05 € zu. Der Nettobetrag dieser Forderung von 2.642,90 € sei von der Klageforderung in Abzug zu bringen.	28
Der Kläger hat mit der Berufungsschrift zunächst angekündigt zu beantragen,	29
unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Arnsberg, Az.: I-1 O 94/14, vom 13.01.2015 die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 22.847,87 € zu bezahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung.	30
Nunmehr beantragt er,	31
unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Arnsberg, Az.: I-1 O 94/14, vom 13.01.2015 die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 10.409,36 € zu bezahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung.	32
Die Beklagte beantragt,	33
das am 27.01.2015 verkündete Urteil zum Az. I-1 O 94/14 dahin abzuändern, dass die Klage in vollem Umfang abgewiesen wird und die Kosten dem Kläger aufzuerlegen, auch soweit die Klage erstinstanzlich zurückgenommen wurde;	34
hilfsweise, das am 27.01.2015 verkündete Urteil zum Az. I-1 O 94/14 aufzuheben und das Verfahren an das Landgericht zurückzuverweisen;	35
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	36
Der Kläger beantragt,	37
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	38
Die Beklagte rügt die Verletzung rechtlichen Gehörs. Das Landgericht habe sich allein auf die Ausführungen des Sachverständigen M gestützt. Dieser habe erstmals bei der Erläuterung des Gutachtens im Termin vom 13.01.2015 ausgeführt, dass sich ein Mangel aus der Nichtberücksichtigung der DIN 68800 Teil 2 ergebe. Diese Norm sei zu keinem Zeitpunkt Gegenstand des Gutachtens oder des vorbereitenden Schriftverkehrs gewesen. Wegen der Komplexität der DIN sei eine ausführliche Stellungnahme im Termin nicht möglich gewesen. Dennoch habe das Landgericht den Antrag auf Gewährung einer Stellungnahmefrist nicht beachtet, was zudem erst im Urteil begründet worden sei.	39
Die DIN 68800 Teil 2, auf die sich der Sachverständige bezogen habe, sei in dem relevanten Teil erst im Jahr 2012 veröffentlicht und daher verbindlich geworden. Vorher habe es sich lediglich als Gelbdruck um eine Diskussionsgrundlage gehandelt. Dieser Gelbdruck sei umstritten gewesen und habe nicht den Stand der Technik wiedergegeben. Die vorherige Fassung der DIN habe die vom Sachverständigen genannten Anforderungen nicht enthalten. Eine Heranziehung der 2012 veröffentlichten DIN auf die Arbeiten aus dem Jahr 2010 sei	40

nicht möglich.

Aber auch nach der DIN 68800 aus dem Jahr 2012 sei eine Mangelhaftigkeit nicht gegeben. Wegen der vollständigen Trocknung des Holzes sei eine Schädigung durch Pilze, Insekten und andere Schädlinge ausgeschlossen und mithin eine vollständige Verklebung der Unterspannung nicht notwendig gewesen. Zudem sei die Dachkonstruktion derzeit offen einsehbar, sodass eine vollständige Verklebung auch bei Annahme einer höheren Gefährdungsklasse nicht notwendig sei. Die Ausführungsrichtlinien des Dachdeckerhandwerks für den maßgeblichen Zeitraum ergäben nichts anderes. 41

Es stehe im Widerspruch zu den Untersuchungsergebnissen im amtlichen Zulassungsverfahren, dass der Sachverständige die Eignung des verwendeten Materials in Abrede gestellt habe. 42

Eine Beweiswürdigung des Landgerichts sei nicht erfolgt, da sich dieses allein auf die Ausführungen des Sachverständigen beschränkt habe. Der Sachverständige habe auch gegen die durch die Beweisfragen gesetzten Grenzen verstoßen und das Gutachten eigenmächtig ausgedehnt. 43

Hinsichtlich der Verkabelung der Photovoltaik-Anlage habe das Landgericht verkannt, dass es sich um für solche Beanspruchungen entwickeltes Material handele. 44

Das Landgericht habe es auch fehlerhaft unterlassen, den Zeugen C zum Umfang der vereinbarten Arbeiten zu befragen. Die Arbeiten seien auf ein Minimum beschränkt gewesen, da dem Kläger die notwendigen Mittel gefehlt hätten. Deshalb hätten sich die Arbeiten auf den Abbau der Asbestfaserplatten, das Aufbringen großflächiger Metaldachplatten und die Einbringung einer Unterspannung beschränkt, wie sie üblich und nach den technischen Regeln ausreichend sei. Es sei ohne Belang, dass versehentlich eine Markenbezeichnung in den Unterlagen verblieben sei, da es dem Kläger auf Kostenersparnis angekommen sei. Weitere Arbeiten z. B. an der Ausgleichslattung seien ausdrücklich nicht gewünscht gewesen. Es seien letztendlich die durchgeführten Arbeiten ohne weiteren Ausgleich der Unebenheiten am Dachstuhl vereinbart worden. 45

Der vom Kläger zum Ausbau vorgesehene Dachbodenraum sei zudem nicht zum Ausbau geeignet, da nach der Bauordnung erforderliche Dachflächenfenster nicht eingebaut werden könnten. Ein ausbaufähiger Zustand des Dachbodens sei zu keinem Zeitpunkt Vertragsgegenstand gewesen. 46

Es beruhe auf einer unterlassenen Beweiswürdigung und –erhebung, dass das Landgericht im Hinblick auf die Unebenheiten des Daches einen Mangel angenommen habe. Die Metallplatten seien im Rahmen des technisch Möglichen befestigt und durch Kalotten gesichert worden. Praktische Beeinträchtigungen seien damit auch nach den Feststellungen des Sachverständigen ausgeschlossen. Ein theoretisch verbleibendes Restrisiko sei ohne Belang. Es sei auch seitdem nicht zu Schäden gekommen. Dass der Sachverständige die besondere Verschraubung und Sicherung nicht erwähnt habe, spreche für seine Unparteilichkeit. 47

Das Landgericht habe zu Unrecht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht berücksichtigt. Es habe die Voraussetzungen der §§ 13, 14 BGB und die Beweislast verkannt. 48

49

Es sei auch fehlerhaft, dass es erstmals im Urteil auf ein fehlendes Beweisangebot zur Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweise. Das Landgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger die Firma C über seinen Vater, als Gesellschafter einer OHG L, beauftragt habe, Angebote einzuholen. Auch die Auftragsbestätigung sei über die Firma des Vaters versandt worden. Es fehlten Ausführungen, warum sich der Kläger nicht aufgrund Rechtscheins als Kaufmann behandeln lassen oder sich das Wissen der Fa. C zurechnen lassen müsse. Bei der Frage, ob der Betrieb einer Photovoltaik-Anlage gewerblich sei, seien die Auslegung und die Größe der Anlage zu berücksichtigen. Diese Umstände sprächen für ein unternehmerisches Handeln des Klägers. Es sei willkürlich, die Dacharbeiten dem privaten Bereich zuzuordnen.

Bei der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit sei zwischen Aufwand und technischem Nutzen abzuwägen. Technische Auswirkungen der Unebenheiten seien praktisch ausgeschlossen und der Ausbau des Dachbodens nicht eingeschränkt. Es lägen ausschließlich optische Mängel vor, zu denen die ermittelten Kosten außerhalb jeden Verhältnisses lägen. 50

Zudem habe das Landgericht die teilweise Klagerücknahme bei der Kostenentscheidung unberücksichtigt gelassen. 51

B.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, soweit er unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 9.693,71 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagestellung beantragt. 52

Im Übrigen ist die Berufung des Klägers unzulässig, da es an einer den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO entsprechenden Berufungsbegründung fehlt. Der Kläger begehrt im Berufungsverfahren die Zahlung weiterer 10.409,36 €. Ein Teilbetrag von 715,65 € beruht darauf, dass das Landgericht in dem angefochtenen Urteil anspruchsmindernd Gegenforderungen der Beklagten in einer Gesamthöhe von 3.358,55 € brutto berücksichtigt hat und der Kläger insoweit nur den Nettogesamtbetrag von 2.642,90 € ansetzt. Die Berufungsbegründung lässt nicht erkennen, aus welchen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen der Kläger davon ausgeht, dass lediglich die Nettobeträge anzusetzen sein sollten. Von einer Berufungsbegründung ist indes zu verlangen, dass sie auf den zur Entscheidung stehenden Streitfall zugeschnitten ist und erkennen lässt, aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das angefochtene Urteil unrichtig sei (Heßler in: Zöller, ZPO, 30. Auflage, § 520 Rn. 35). 53

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung der Beklagten bestehen nicht. 54

C.

Die Berufung des Klägers ist überwiegend begründet; die Berufung der Beklagten ist unbegründet. 55

I. 56

57

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Vorschusszahlung wegen Werkmängeln in Höhe von 25.116,78 € aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1 und 3, § 631 BGB zu.

1. 58

Zwischen den Parteien sind auf der Grundlage der Kostenvoranschläge Nr. 2010004 und 2010005 vom 14.05.2010 unstreitig Werkverträge im Sinne des § 631 BGB zustande gekommen. 59

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) ist jedenfalls nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Zwar sollte laut dem Text der Kostenvoranschläge jeweils die VOB in ihrer neusten Fassung in den Vertrag einbezogen sein. Der Hinweis auf dem Kostenvoranschlag genügt aber für eine wirksame Einbeziehung nicht. 60

a) 61

Allgemeine Geschäftsbedingungen – und als solche sind die VOB anzusehen – werden nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich auf sie hinweist (Nr. 1) und ihr die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen (Nr. 2). Bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden - wie vorliegend - kann § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB regelmäßig nur durch Übersendung der AGB genügt werden (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Auflage, § 305 Rn. 33). Ist dem Bauherrn die VOB nicht vertraut, so muss sie ihm von dem Vertragspartner konkret zur Kenntnis gebracht werden. Ein bloßer Hinweis reicht in diesen Fällen in der Regel nicht aus. (Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14 Auflage, Rn. 1242, 1245) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH genügt ein Hinweis auf die VOB/B im Vertrag für eine wirksame Einbeziehung allerdings dann, wenn für die Vertragspartei des Verwenders ein mit den Bedingungen Vertrauter – etwa ein Architekt - auftritt; dann darf der Verwender davon ausgehen, dass sich dieser selbst ohne weiteres die nötigen Kenntnisse verschaffen kann. 62

Anhaltspunkte dafür, dass im Zusammenhang mit den hier streitgegenständlichen Verträgen für den Kläger mit den Bedingungen vertraute Personen aufgetreten sind, lassen sich dem Sachverhalt aber nicht entnehmen. Der Kostenvoranschlag richtete sich jeweils an den Kläger persönlich und wurde auch von diesem selbst unterschrieben. Dass er - wie in anderem Zusammenhang erörtert - die Auftragsbestätigung über das Telefaxgerät in der Firma seines Vaters an die Beklagte zurückgesandt hat, führt nicht dazu, dass eine mit der VOB vertraute Person für ihn aufgetreten ist. 63

b) 64

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB § 305 Abs. 2 BGB auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht anwendbar ist, die gegenüber einem Unternehmer verwendet worden sind. Denn der Kläger hat bei dem streitgegenständlichen Vertragsschluss nicht als Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift gehandelt. 65

(1) 66

Unternehmer ist gemäß § 14 Abs. 1 BGB unter anderem eine natürliche Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. 67

Dabei liegt Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln bereits dann vor, wenn das Geschäft, das Gegenstand der Streitigkeit ist, im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen 68

oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit (sog. Existenzgründung) geschlossen wird. Nach dem Wortlaut der Verbraucherdefinition des § 13 BGB ist die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung des Verhaltens entscheidend. Das Gesetz stellt nicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein geschäftlicher Erfahrung, etwa auf Grund einer bereits ausgeübten gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit, ab. Es kommt vielmehr darauf an, ob das Verhalten der Sache nach dem privaten - dann Verbraucherhandeln - oder dem gewerblich-beruflichen Bereich - dann Unternehmerhandeln - zuzuordnen ist. Rechtsgeschäfte im Zuge einer Existenzgründung, zum Beispiel die Miete von Geschäftsräumen, der Abschluss eines Franchisevertrags oder der Kauf eines Anteils an einer freiberuflichen Gemeinschaftspraxis sind nach den objektiven Umständen klar auf unternehmerisches Handeln ausgerichtet. Es besteht kein Anlass, demjenigen Verbraucherschutz zu gewähren, der sich für eine bestimmte gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit entschieden hat und diese vorbereitende oder unmittelbar eröffnende Geschäfte abschließt. Denn er begibt sich damit in den unternehmerischen Geschäftsverkehr. Ein Existenzgründer agiert nicht mehr „von seiner Rolle als Verbraucher her“. Er gibt dem Rechtsverkehr zu erkennen, dass er sich nunmehr dem Recht für Unternehmer unterwerfen und dieses seinerseits auch in Anspruch nehmen will. (vgl. BGH, NJW 2005, S. 1273, 1274; OLG Hamm, Urteil vom 24.02.2012, 19 U 151/11, Rn. 24; jeweils zitiert nach juris.de)

Auch nebenberufliche Tätigkeiten können unternehmerisch ausgeübt werden. Keine unternehmerische Tätigkeit ist indes in der Regel die Verwaltung und Anlage eigenen Vermögens. In diesen Fällen liegt Unternehmerhandeln erst dann vor, wenn mit der Verwaltung und Anlage des Vermögens ein organisatorischer und zeitlicher Aufwand verbunden ist, der nach den Umständen des Einzelfalls das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes vermittelt (vgl. BGH, NJW 2002, S. 268 Rn. 23 f., zitiert nach juris.de).

69

(2)

70

Vorliegend diene die Sanierung des Daches dazu, die Voraussetzungen für die Aufnahme der Photovoltaik-Anlage zu schaffen. Dies zeigt sich bereits daran, dass lediglich die Dachseite saniert worden ist, die später Photovoltaik-Paneele aufgenommen hat. Ob ein Vertragsschluss als Unternehmer oder Verbraucher anzunehmen ist, richtet sich daher danach, ob sich der Betrieb der Photovoltaik-Anlage als unternehmerisches Handeln darstellt oder dem privaten Bereich zuzuordnen ist. Eine Differenzierung zwischen den Dacharbeiten (Verbraucher) und dem Anbringen der Paneele (ggf. Unternehmer), wie sie das Landgericht angedacht hat, erscheint nicht geboten.

71

Durch den Betrieb der Photovoltaik-Anlage wird der Kläger indes nicht zum Unternehmer im Sinne des § 14 BGB. Hierdurch wird das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes nicht vermittelt. Wer auf seinem eigenen, selbst bewohnten Privathaus eine Photovoltaik-Anlage betreibt, hat unabhängig von der Größe der Anlage stets die gleichen, nur einen geringen Aufwand erfordernden Tätigkeiten auszuführen, die nichts mit dem Betrieb eines Handelsgeschäfts zu tun haben.

72

Ob der Kläger oder sein Vater die Firma C mit dem Hereinholen von Angeboten beauftragt hat und/oder die Angebotsannahme über ein Telefaxgerät eines Ls versandt worden ist, spielt für die Unternehmereigenschaft des Klägers keine Rolle. Der Vertrag ist unmittelbar zwischen den Parteien des Rechtsstreits geschlossen worden, sodass die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen sich nach denjenigen Regeln richtet, die auf das Verhältnis der Vertragsparteien Anwendung findet.

73

2.

74

Nach den Feststellungen des Landgerichts hat die Beklagte ihre Werkleistung mangelhaft erbracht.	75
Gemäß §§ 631, § 633 ff. BGB hat der Auftragnehmer das Werk frei von Sachmängeln zu verschaffen, das heißt das Werk muss die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen und sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte bzw. gewöhnliche Verwendung eignen sowie eine bei Werken der gleichen Art übliche und vom Besteller nach Art des Werks zu erwartende Beschaffenheit aufweisen. Ob und gegebenenfalls welche Beschaffenheit vereinbart ist, ergibt sich aus dem Werkvertrag und der darin enthaltenen Leistungsbeschreibung.	76
Die Herstellungspflicht des Auftragnehmers beschränkt sich dabei nicht auf die Einhaltung der vereinbarten Leistung bzw. Ausführungsart, sondern das Werk ist auch dann mangelhaft, wenn die vereinbarte Leistung bzw. Ausführungsart nicht zu einer zweckentsprechenden und funktionstauglichen Leistung führt. Auch wenn Ausschreibungen, Planungsleistungen und sonstige Leistungsvorgaben des Auftraggebers oder Vorleistungen Dritter oder des Auftraggebers unzureichend sind und es deshalb zu einem Mangel kommt, ist der Auftragnehmer grundsätzlich haftbar. Er wird nur dann von der Mängelhaftung frei, wenn er seiner Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht nachgekommen ist. Der Auftragnehmer hat die verbindlichen Vorgaben des Auftraggebers und auch die Vorleistungen Dritter bzw. des Auftraggebers daraufhin zu untersuchen, ob sie geeignet sind, ein im oben genannten Sinne mängelfreies, also zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk entstehen zu lassen (Prüfungspflicht). Er hat dabei erkennbare Fehler solcher Vorgaben bzw. -leistungen aufzudecken und die sich daraus ergebenden Bedenken dem Auftraggeber mitzuteilen (Bedenkenhinweispflicht; vgl. im Einzelnen: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage, 6. Teil, Rn. 21 – 24, m. w. N.; Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1960, 2030, 2037 ff. m. w. N.; Kniffka u.a., Bauvertragsrecht 2012, § 634, Rn 47 ff., m. w. N.)	77
a)	78
Das Landgericht hat auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens festgestellt, dass die auf dem Steildach angebrachten Trapezbleche nicht fachgerecht montiert seien, da die zur Aufnahme der Trapezbleche vorhandenen Sparren erhebliche Unebenheiten aufwiesen.	79
(1)	80
An diese Feststellungen ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Da der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt, reicht es hierfür nicht aus darzulegen, dass die Beweiswürdigung auch anders hätte vorgenommen werden können. Erforderlich ist vielmehr, konkrete Fehler wie Verstöße gegen Denkgesetze, gegen anerkannte Erfahrungssätze, gegen Verwertungsverbote aufzuzeigen oder Widersprüche oder Lücken in der Beweiswürdigung darzulegen (BGH NJW 2004, S. 2152 Rn. 11 ff.; KG, BauR 2011, S. 2006 Rn. 4; Heßler in: Zöller, ZPO, 30. Auflage, § 529 Rn. 3 ff. mit weiteren Nachweisen). Im Hinblick auf ein gerichtliches Sachverständigengutachten bedeutet dies, dass allein die Äußerung von Zweifeln an der Richtigkeit des Gutachtens nicht ausreicht. Vielmehr müssen Gesichtspunkte aufgezeigt werden, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Gutachtens begründen (Heßler in: Zöller, 30. Auflage, § 513 Rn. 3, § 529 Rn. 9).	81
Derartige Zweifel zeigt die Beklagte im Hinblick auf die grundsätzliche Mangelhaftigkeit des Dachaufbaus nicht auf. Der Sachverständige M hat nachvollziehbar festgestellt, dass	82

Auflagerkonstruktionen aus Holz durchgehend eben ausgebildet sein müssen. Er hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht dargelegt, dass und warum die Gefahr bestehe, dass es auf Dauer zu Undichtigkeiten kommen könne. Zwar sei es unwahrscheinlich, dass es wegen der verbauten Kalotten zu Schäden am Dach kommen könne. Die Verlegung sei aber nicht korrekt und daher aus technischer Sicht ein Rückbau erforderlich.

Soweit die Beklagte die Unparteilichkeit des Sachverständigen bemängelt, sind hierfür Anhaltspunkte nicht gegeben. Zwar ist die Frage der Unterspannbahnen nach dem Vortrag der Beklagten durch den Sachverständigen aufgebracht worden. Er hat dies aber nicht von sich aus in seinem Gutachten verwertet und daher auch seinen Gutachterauftrag nicht eigenmächtig überschritten. Erstmals im zweiten Ergänzungsgutachten hat er sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die verwandte Unterspannbahn andere Eigenschaften aufweise, als die vereinbarte. 83

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Sachverständige M die Anbringung der Trapezbleche falsch dargestellt hat. Bereits im Ausgangsgutachten hat er festgestellt, dass die Trapezbleche unter Verwendung von Kalotten verschraubt worden sind. 84

(2) 85

Entgegen der Auffassung des Landgerichts gehörte es zum Auftrag der Beklagten, die Sparren des Steildaches zu begradigen. Zwar ist dem Landgericht zuzugeben, dass dem Kostenvoranschlag eine Position im Hinblick auf den Ausgleich von Unebenheiten nicht zu entnehmen ist. Allerdings sind die einzelnen durchzuführenden Arbeiten am Dach mit Ausnahme der Unterspannbahn und der Lattungen insgesamt nicht näher beschrieben, sondern schlicht mit „Sanierung der asbesthaltigen Dachfläche durch Fremdfirma lt. Telefonat vom 02.04.2010“ angegeben. Mit dem Kostenvoranschlag hat die Beklagte damit eine Sanierung des Daches angeboten. Hierunter war – ohne abweichende Abreden – aus der Sicht eines objektiven Dritten an der Stelle des Klägers eine fachgerechte Sanierung zu verstehen, also eine Beseitigung der asbesthaltigen Dachfläche und ein fachgerechter Neuaufbau des Daches. 86

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Beklagten. Soweit diese bereits erstinstanzlich vorgetragen und unter Beweis gestellt hat, dass der Leistungsumfang wegen der finanziellen Situation des Klägers auf die technisch unumgänglichen Voraussetzungen für die Montage der Photovoltaik-Module begrenzt worden ist, ergeben sich hieraus zwar möglicherweise Einschränkungen im Hinblick auf den Leistungsumfang, nicht aber im Hinblick auf die Qualität und eine fachgerechte Durchführung der Arbeiten. 87

Eine solche Einschränkung folgt auch nicht aus einem Vergleich der Kostenvoranschläge vom 14.05.2010 über 26.050,57 € an den Zeugen C und über 7.913,50 € an den Kläger. Die Reduzierung des Gesamtsumme folgt im Wesentlichen daraus, dass in dem Kostenvoranschlag über 26.050,57 € die Lieferung und Montage von 334,32 m² Solarplan-Elementen mit einem Gesamtbetrag von 16.738,65 € (7.940,10 € + 4.061,99 € + 2.064,00 € zzgl. MwSt.) sowie verschiedene Trauf-, Bord- und Firstbleche enthalten waren, die offensichtlich später entfallen sind. Bei einer Addition allein der im Kostenvoranschlag über 7.913,50 € enthaltenen Positionen aus dem Kostenvoranschlag Nr. 2010003 ergibt sich dagegen ein Betrag von 6.666,53 €, der deutlich unter dem später vereinbarten Betrag liegt. 88

Eine ausdrückliche Beschränkung des Auftrags dahingehend, dass keine Arbeiten an der vorhandenen Lattung durchzuführen sein sollten, behauptet die Beklagte erstmals im 89

Berufungsverfahren. Es liegt neues Verteidigungsvorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO vor, ohne dass Gründe für eine Zulassung vorgetragen oder ersichtlich sind. Gleiches gilt für die erstmals im Berufungsverfahren aufgestellte Behauptung, dass es bei den Vertragsgesprächen auch um die Unebenheiten des Daches gegangen sei.

(3) 90

Jedenfalls hat die Beklagte – wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat – gegen ihre Bedenkenhinweispflicht verstoßen. Dass die Beklagte auf die Unebenheiten und die Folge einer nicht vorgenommenen Ausgleiche hingewiesen hätte, behauptet sie selbst nicht. 91

b) 92

Im Hinblick auf die verlegte Unterspannbahn liegt bereits nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien ein Abweichen des Werks von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit vor. Ausweislich des vom Kläger angenommenen Kostenvoranschlags der Beklagten hat sich die Beklagte verpflichtet, eine Unterspannbahn F plus zu liefern und zu verlegen. Dies hat sie unstreitig nicht getan, sondern stattdessen eine andere Unterspannbahn, nach ihren Angaben der Marke D „E“ geliefert und verlegt. 93

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Bezeichnung der Unterspannbahn im Kostenvoranschlag nicht ohne Belang, da zwischen den Parteien ein Vertrag bezogen auf Verlegung dieser Bahn zustande gekommen ist. Soweit die Beklagte nunmehr in der Berufungsinstanz vorträgt, die Markenbezeichnung sei aufgrund eines Übertragungsfehlers versehentlich im Kostenvoranschlag verblieben, stellt sich dies als neuen Vortrag im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO dar, ohne dass die Voraussetzungen für eine Zulassung dargelegt oder ersichtlich sind. 94

c) 95

Das Landgericht hat auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens M zudem einen Mangel der Verkabelung festgestellt, da diese ungeschützt unmittelbar auf dem Dach verlegt worden sei. An diese Feststellung ist der Senat ebenfalls nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da Anhaltspunkte für Zweifel nicht dargelegt oder ersichtlich sind. Soweit die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren vorträgt, dass das verwendete Material für diese Beanspruchungen, also gerade für eine ungeschützte Verwendung direkt auf dem Dach entwickelt worden sei, handelt es sich wiederum um neues Vorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO, ohne dass die Zulassungsvoraussetzungen dargelegt oder ersichtlich wären. 96

d) 97

Soweit das Landgericht einen Mangel des Werks darin gesehen hat, dass die Dachrinne zu hoch angeschlagen worden ist, greift die Beklagte dies mit der Berufung nicht an. Auch ansonsten gebieten keine Anhaltspunkte Zweifel an den Feststellungen des Landgerichts. 98

3. 99

Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts ist eine Fristsetzung des Klägers zur Mangelbeseitigung fruchtlos verlaufen und hat die Beklagte die Mängelbeseitigung (ernsthaft) und endgültig verweigert; § 281 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB. 100

4. 101

102

Gewährleistungsansprüche des Klägers sind nicht ausgeschlossen, weil er die festgestellten Mängel nicht - entsprechend Ziffer IV. 1. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten - innerhalb von 12 Tagen nach Erhalt der Schlussrechnung angezeigt hat. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten sind nicht wirksam in den Vertrag mit einbezogen worden.

a) 103

Das Landgericht hat eine Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten in die Werkverträge mit bindender Wirkung für den Senat verneint, da die Beklagte die bestrittene Übersendung der Bedingungen an den Kläger nicht unter Beweis gestellt habe. Ein entsprechender Beweisantritt ist auch mit der Berufungsbegründung nicht erfolgt. 104

Damit hat die für die Geltung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht bewiesen, dass sie dem Kläger gemäß § 305 Abs. 2 BGB die Möglichkeit verschafft hat, vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Dies war nicht nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB entbehrlich, da der Kläger bei dem streitgegenständlichen Vertragsschluss nicht als Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift gehandelt hat. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zur Einbeziehung der VOB Bezug genommen. 105

5. 106

Die Höhe des für die Ersatzvornahme zu beanspruchenden Vorschusses bemisst sich nach den voraussichtlich erforderlichen Aufwendungen, die sich durch Gutachten oder Einholung von Angeboten ermitteln lassen, abzüglich jener Kosten, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer geworden wäre. Der Anspruch auf Vorschussleistung geht auf den Geldbetrag, der die erforderlichen Selbstvorkaufkosten aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und sachkundig beratenen Bestellers voraussichtlich abdeckt. 107

Im Ausgangspunkt ist von den Netto-Kosten der Mängelbeseitigung in Höhe von 25.116,78 € auszugehen, die der Sachverständige M in seinem 1. Ergänzungsgutachten vom 08.01.2014 als erforderlich angesehen hat und die von den Parteien an sich auch nicht beanstandet worden sind. Entgegen der Annahme des Landgerichts sind hiervon indes keine Abzüge vorzunehmen. 108

a) 109

Insbesondere waren nicht abweichend von den Feststellungen des Sachverständigen M im 1. Ergänzungsgutachten vom 08.01.2014 lediglich diejenigen Kosten anzusetzen, die bei einer nachträglichen Verklebung der bereits eingebrachten Unterspannbahnen anfallen würden. Durch die Verklebung der eingebrachten Unterspannbahnen des Typs D „E“ würde die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit des Werks (Unterspannbahnen des Typs F plus) nicht erreicht. 110

b) 111

Der Berücksichtigung der Mängelbeseitigungskosten steht der seitens der Beklagten erhobene Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 635 Abs. 3 BGB bzw. des Beseitigungsaufwands gemäß § 275 Abs. 2 BGB nicht entgegen. 112

Die Frage der Verhältnismäßigkeit kann in diesem Zusammenhang weder allein aufgrund der Höhe der Mängelbeseitigungskosten noch aufgrund einer Relation dieser Kosten zu den 113

Herstellungskosten der mangelhaften Bausache entschieden werden. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist. Maßgebend ist deshalb auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen. Besteht daher nur ein objektiv geringes Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung und steht diesem ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Kostenaufwand gegenüber, kann von einer „Unverhältnismäßigkeit“ gesprochen werden. Ein objektiv berechtigtes Interesse an einer vertragsgemäßen Erfüllung wird demgegenüber einem Einwand der Verhältnismäßigkeit auch dann entgegenstehen, wenn die Nacherfüllung hohe Kosten verursacht. (Pastor in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 2102)

(1) 114

Im Hinblick auf die Unebenheiten des Dachaufbaus hat das Landgericht eine Unverhältnismäßigkeit des Mangelbeseitigungsaufwands verneint, da nach den Feststellungen des Sachverständigen die Gefahr eines Feuchtigkeitseintritts in die Dachkonstruktion bestehe. An diese Feststellung ist der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden. Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar erläutert, dass und warum die Gefahr eines Feuchtigkeitseintritts bestehe. Zwar hat er die Gefahr für Schäden am Dach wegen der eingesetzten Kalotten für unwahrscheinlich gehalten. Ausgeschlossen hat er diese Schäden aber gerade nicht. Es ist nicht gerechtfertigt, das Risiko etwaiger Schäden aufgrund einer mangelhaften Werkleistung dem Kläger aufzubürden. 115

(2) 116

Im Übrigen erhebt die Beklagte den Einwand der Unverhältnismäßigkeit nur gegenüber den Mängelbeseitigungskosten in Bezug auf die Unterspannbahnen. Diesbezüglich verbleiben nach der durchgeführten Beweisaufnahme Zweifel, ob sich der Austausch der Unterspannbahnen als unverhältnismäßig darstellt. Diese gehen zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten. 117

Der Sachverständige M hat bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens vor dem Senat letztlich nicht bestätigt, dass sich die eingebrachte Unterspannbahn D „E“ bei nachträglicher Verklebung als qualitativ gleichwertig mit einer von vornherein eingebrachten Unterspannbahn F plus darstellen würde. Zwar ist er davon ausgegangen, dass die Unterspannbahn D „E“ bei funktionierender Verklebung als gleichwertig gegenüber der Unterspannbahn F plus anzusehen sei. Der Sachverständige wollte aber im Hinblick auf eigene Erfahrungen mit einer nachträglichen Verklebung keine Garantie dafür übernehmen, dass eine solche halten wird. Verbleiben indes Zweifel an der qualitativen Gleichwertigkeit der eingebrachten Unterspannbahn zu dem vertraglich vereinbarten Material kann ein objektiv berechtigtes Interesse des Klägers am Austausch nicht verneint werden. 118

Dem steht auch nicht entgegen, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen M eine Verklebung bei einem nicht ausgebauten Dachbereich nicht erforderlich ist. Die Parteien haben vertraglich die Einbringung einer Unterspannbahn vereinbart, die dem Kläger den Dachausbau ermöglicht. Unabhängig davon, ob ein solcher Ausbau derzeit geplant ist, braucht der Kläger auf diese Möglichkeit nicht zu verzichten. 119

c) 120

121

Eine Kürzung der Mängelbeseitigungskosten rechtfertigt sich letztlich nicht unter dem Gesichtspunkt eines Vorteilsausgleichs. Dass das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung der Werkleistung durch die Beklagte von vornherein teurer geworden wäre (sogenannte Sowieso-Kosten), ist unter Zugrundlegung des Vertragsinhalts weder vorgetragen noch ersichtlich. Wie bereits festgestellt, gehörte es zum Auftrag der Beklagten, die Sparren des Steildachs zu begradigen, sodass der Kläger diese Arbeiten bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung durch die Beklagte nicht gesondert zu vergüten gehabt hätte.

5. 122

Von den festgestellten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 25.116,78 € ist indes der noch offene Brutto-Restwerklohn der Beklagten von 3.358,55 € abzuziehen. 123

II. 124

Der sich ergebende Zahlungsanspruch von 21.758,23 € ist gemäß dem insoweit nicht angegriffenen Urteil des Landgerichts seit dem 16.09.2014 zu verzinsen. 125

III. 126

Auch hinsichtlich des zuerkannten Anspruchs auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten fehlt es an einem Berufungsangriff der Beklagten, sodass es grundsätzlich hierbei zu verbleiben hat. 127

Der Höhe nach ergibt sich rechnerisch – ausgehend von einem Gegenstandswert von bis zu 22.000,00 € - eine Gebührenforderung der klägerischen Prozessbevollmächtigten gemäß dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in der bis zum 31.07.2013 geltenden Fassung wie folgt: 128

1,3 Geschäftsgebühr: 839,90 € 129

Pauschale für Post und Telekommunikation: 20,00 € 130

859,90 € 131

Eine Abänderung des angefochtenen Urteils zu Gunsten des Klägers kam indes wegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht in Betracht, da dieser eine Abänderung des Urteils im Hinblick auf die Rechtsanwaltskosten nicht beantragt hat. 132

IV. 133

Letztlich steht dem Kläger ein Anspruch auf die begehrte Feststellung zu. 134

Zwar enthält das Urteil, mit dem der Auftraggeber einen Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zugesprochen erhält, nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig zugleich (stillschweigend) die Feststellung, dass der Auftragnehmer zur Tragung der gesamten Mängelbeseitigungskosten verpflichtet ist. Der Auftragnehmer muss daher von vornherein auch etwaige - den bereits gezahlten Vorschuss übersteigende - höhere Selbstvornahmekosten tragen. Die Vorschussklage umfasst daher immer den Vorschussanspruch „in der Höhe, in der zur Beseitigung des Mangels erforderlich ist“, das heißt er umfasst ohne Weiteres (insbesondere ohne zusätzlichen Feststellungstenor) von vornherein die sich bei späterer Abrechnung tatsächlich notwendigen Kosten für die Selbstvornahme der Beseitigung der im Urteil bezeichneten Mängel. Eines zusätzlichen Feststellungsantrages bzw. -tenors bedarf es nach dieser Rechtsprechung des 135

Bundesgerichtshofs dementsprechend nicht. Dennoch ist der Besteller nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht gehindert, neben der Vorschussklage wegen des übersteigenden Betrags Feststellungsklage zu erheben, dies zum Zwecke der Klarstellung (vgl. BGH NJW 2009, S. 60, Rn. 8; NJW-RR 1989, S. 208, Rn. 16; zitiert jeweils nach juris.de).

Hinsichtlich der Begründetheit des Anspruchs wird auf die Ausführungen zum Zahlungsantrag 136 verwiesen.

D. 137

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 709 Satz 2, § 711 Satz 1 und 2 ZPO. 138

E. 139

Die Revision war nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO. 140