
Datum: 22.11.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 138/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1122.21U138.14.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 15 O 122/11

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin wird – unter Zurückweisung des weitergehenden Widerklage-begehrens - auf die Widerklage hin verurteilt, an die Beklagte einen Betrag in Höhe von 159.420,98 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.08.2012 zu zahlen.

Die Kosten der ersten Instanz tragen zu 45% die Klägerin und zu 55 % die Beklagte.

Die Kosten der Berufungsinstanz tragen zu 51% die Klägerin und zu 49% die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung der Klägerin im Hinblick auf deren etwaige Kostenerstattungsansprüche durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 120% des im Hinblick auf etwaige

1

Gründe:

A)

2

Die Klägerin, die für die Beklagte im Rahmen mehrerer Bauvorhaben Dachdeckerarbeiten verrichtet hat, begehrt die Zahlung restlichen Werklohns. Soweit die Beklagte der Werklohnforderung nicht bereits dem Grunde nach entgegnet, macht sie nach zwischenzeitlich erklärter Kündigung des das Bauvorhaben B in C betreffenden Bauvertrages unter dem Gesichtspunkt erheblicher Mängel des Gewerks der Klägerin in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe Kosten für Mängelbeseitigungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Beauftragung von Ersatzvornahmearbeiten geltend. Sie rechnet dieserhalb gegenüber der Werklohnforderung auf und macht den nach der Aufrechnung verbleibenden restlichen Betrag zum Gegenstand der Widerklage. Zwischen den Parteien ist jedenfalls erstinstanzlich streitig gewesen, ob die das Bauvorhaben C betreffenden Vertragsbestimmungen eine Aufrechnung mit Ansprüchen aus diesem Vertrag gegenüber Ansprüchen aus anderen Bauverträgen ausschließen oder nicht.

3

Soweit die Klägerin die Beklagte darüber hinaus erstinstanzlich auf Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde in Anspruch genommen hat, ist der Rechtsstreit nach Herausgabe der Bürgschaft übereinstimmend für erledigt erklärt worden.

4

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der Klägerin für ausgeführte Arbeiten an den beiden Bauvorhaben S in X und Y im Ausgangspunkt noch ein offener Restbetrag in Höhe von insgesamt 83.812,74 € zusteht. Außer Streit steht auch, daß die Beklagte im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben C einen Einbehalt in Höhe eines Betrages von 47.013,06 € der Werklohnforderung vorgenommen hat. Dieser einbehaltene Betrag ist nicht Gegenstand der Klage.

5

Nach zwischenzeitlicher Klageerweiterung und Teilrücknahme der Klage hat die **Klägerin** über den vorstehend näher bezeichneten Betrag von 83.812,74 € hinaus weitere 2.019,20 € unter dem Gesichtspunkt von Aufwendungen im Zusammenhang mit unberechtigten Mängelanzeigen geltend gemacht. Zudem hat sie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten begehrt. Die **Beklagte** ihrerseits hat gegenüber der Klägerin – nach zwischenzeitlicher Teilrücknahme des Widerklagebegehrens – zuletzt Zahlungsansprüche in Höhe eines Betrages von 398.745 € verfolgt.

6

Im Hinblick auf die von der Beklagten verfolgten Gegenforderungen ist zwischen den Parteien mittlerweile unstreitig, daß die Klägerin gegenüber der Beklagten betreffend das Bauvorhaben C im Zusammenhang mit einem bei Mängelbeseitigungsarbeiten aufgetretenen Wasserschaden zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 37.500 € verpflichtet ist. Die Kosten der weiteren Ersatzvornahmemaßnahmen sind zwischen den Parteien streitig.

7

Nach mehrfachen Mängelrügen - die Beklagte hatte insoweit insbesondere mit Schreiben vom 24.09.2010 (Anlage B 15 zum Schriftsatz vom 9.12.2011) insgesamt 22 dort näher

8

bezeichnete Punkte beanstandet - betreffend das Dach des Bauvorhabens C, einer zwischenzeitlichen Verlängerung der gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 19.11.2010 und der Androhung einer Kündigung für den Fall der Nichteinhaltung der Frist *kündigte die Beklagte den Vertrag mit Schreiben vom 24.11.2010* „gemäß § 8 Abs. 3 in Verbindung mit § 4 Abs. 7 VOB/B“ (Anlage B 23).

In der Folgezeit kam es zu *Differenzen um das Vorliegen weiterer Mängel*. Die Beklagte rügte mit Schreiben vom 19.4.2011 (Bl. 61 f.) das Gewerk in insgesamt 19 Punkten unter Aufforderung zur Mängelbehebung bis zum 13.5.2011. 9

Mit Schreiben vom 19.8.2011 (Anlage B 9) kündigte die Beklagte gegenüber der Klägerin den Vertrag „vorsorglich erneut hinsichtlich der angezeigten Mängel auf den Dächern der Hallen 1 und 2“. Für die gleichzeitig angekündigten Ersatzvornahmearbeiten insbesondere bei den Hauptdachhallen 1 und 2 schaltete die Beklagte weitgehend Drittunternehmen ein. Im Einvernehmen mit der Beklagten führte parallel dazu allerdings auch die Klägerin Mängelbeseitigungsarbeiten aus, die die Bereiche Büro, Palettenlager und Sprinklerzentrale betrafen. Die der Beklagten von den Drittunternehmen in Rechnung gestellten Beträge belaufen sich auf insgesamt 488.720,80 €. 10

Die **Beklagte** ist der Auffassung gewesen, sie habe mit ihrem Schreiben vom 24.11.2010 das hinsichtlich des Bauvorhabens C bestehende Vertragsverhältnis mit der Klägerin wirksam außerordentlich gekündigt. Deshalb sei sie zur Ersatzvornahme berechtigt gewesen, und zwar auch insoweit, als sie im April 2011 weitere Mängel gerügt habe. Infolge der Unzuverlässigkeit der Klägerin, die sich auch in ihrer inhaltenden Reaktion auf die neuerlichen Mängelrügen manifestiert habe, sei sie nicht zu einer nochmaligen Fristsetzung und Kündigungsandrohung verpflichtet gewesen. Ohne daß dies geboten gewesen wäre, habe sie der Klägerin gleichwohl für Teilbereiche gestattet, doch noch Mängelbeseitigungsarbeiten vorzunehmen. Es habe aber Einvernehmen bestanden, daß sie im übrigen zur Ersatzvornahme berechtigt gewesen sei. Die ihr in Rechnung gestellten Arbeiten der Drittunternehmen hätten allesamt notwendige und auch nicht überbeuerte Ersatzvornahmemaßnahmen betroffen. Die Vergabe eines Großteils der Arbeiten zu Stundenlöhnen sei darauf zurückzuführen, daß ein unter Druck geratener Besteller für Mängelbeseitigungen nach Vertragskündigung am Markt kaum einen Einheitspreisvertrag durchzusetzen vermöge. 11

Die **Klägerin** hat die fristlose Kündigung vom 24.11.2010 als überzogene Reaktion betrachtet und für unwirksam erachtet. Schon deshalb bestünden keine Ansprüche der Beklagten im Hinblick auf die Ersatzvornahmekosten. Zumindest aber fehlten die Voraussetzungen einer berechtigten Ersatzvornahme, soweit erstmals im Frühjahr 2011 gerügte Mängel betroffen seien. Es ermangele dem Beklagtenvorbringen einer Differenzierung, welcher Teil der geltend gemachten Kosten auf welchen konkreten Mangel zurückgehe. Die geltend gemachten Kosten seien überdies - insbesondere bezüglich der Firmen N und K - deutlich überhöht, zumal auch die Vergabe zu Stundenlohnsätzen unverhältnismäßig gewesen sei. 12

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. Z, welches der Sachverständige in der Verhandlung vom 13. Juni 2014 auch mündlich erläutert und ergänzt hat. 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung sowie auf die erstinstanzlich gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 14

Das **Landgericht** hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Die Widerklage hatte demgegenüber in Höhe eines Betrages von 111.592,55 € nebst nach näherer Maßgabe des landgerichtlichen Urteilstenors zuerkannter Zinsen Erfolg. Zur Begründung hat das Landgericht im wesentlichen ausgeführt:

Die mit der Klageerweiterung unter dem Gesichtspunkt unnötigen Arbeitseinsatzes infolge unberechtigter Mängelanzeigen geltend gemachten Beträge in Höhe von insgesamt 2.019,20 € stünden der Klägerin von vornherein nicht zu. Auch wenn ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftes Vertragsverletzung darstellen könne, fehlten nähere Darlegungen dazu, welches konkrete Mangelsymptom die Beklagte für sie erkennbar zu Unrecht gerügt haben solle. Überdies sei die Rechnung vom 9. März 2012 über 1.120 € auch nicht an die Beklagte, sondern vielmehr an deren „Schwesterfirma“ H gerichtet, ohne daß ersichtlich sei, warum die Beklagte für diese Forderung sollte einstehen müssen. 16

Der im Ausgangspunkt unstreitige Vergütungsanspruch der Klägerin in Höhe von 83.812,74 € sei durch die Aufrechnung der Beklagten erloschen. Es sei der Beklagten nicht versagt, gegenüber der Klageforderung aufzurechnen. Die aufrechnungsbeschränkende Klausel im das Bauvorhaben C betreffenden Vertrag sei dahin auszulegen, daß lediglich die Aufrechnung gegen Forderungen aus dem Bauvorhaben C mit Forderungen aus anderen Bauvorhaben ausgeschlossen sei, nicht aber die Aufrechnung mit Forderungen aus dem Bauvorhaben C gegen Forderungen aus anderen Vertragsverhältnissen. 17

Die Widerklage sei in Höhe eines Betrages von 111.592,55 € begründet. In dieser Höhe überstiegen die Gegenforderungen der Beklagten die der Klägerin zustehenden Beträge. 18

Die Klägerin habe in Höhe eines Betrages von insgesamt 130.825,80 € fällige Ansprüche gegen die Beklagte, nämlich zum einen die unstreitig noch offene Forderung in Höhe von 83.812,74 € aus den Bauvorhaben in X und Y, und zum anderen den unstreitigen Einbehalt einer berechtigten Restwerklohnforderung von 47.013,06 € betreffend das Bauvorhaben C. 19

Demgegenüber könne die Beklagte fällige Beträge in Höhe von insgesamt 242.418,35 € für sich reklamieren. Neben dem unstreitig gestellten Betrag in Höhe von 37.500 € für den Wasserschaden seien Kosten für die im Zusammenhang mit der Erstbegutachtung der Mängel erforderliche Inanspruchnahme des Privatgutachters I in Höhe von 707,29 € erstattungsfähig. Hinzu kämen Ersatzvornahmekosten in Höhe von 204.211,06 €, die der Beklagten gemäß §§ 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B, 280 Abs. 1 BGB zustünden. 20

Die der Klägerin mit Schreiben vom 24.11.2010 ausgesprochene Kündigung sei wirksam gewesen. Die Beklagte habe mit Schreiben vom 24.09.2010 dezidiert Mängel gerügt. Die Mängelrügen, denen die Klägerin im Rahmen des Rechtsstreits nicht im einzelnen entgegengetreten sei, seien durch das Privatgutachten des Sachverständigen I vom 5.10.2010 (Anlage B 17) unterlegt worden. Nachdem die allenfalls teilweise Beseitigung der gerügten Mängel festgestellt worden sei, habe die Beklagte mit Schreiben vom 16.11.2010 den Vorgaben des § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B entsprechend der Klägerin eine Frist zur Mängelbeseitigung unter Kündigungsandrohung gesetzt. Nachdem dann trotz der Zusage der Klägerin, die Mängel ab dem Morgen des 24.11.2010 mit zwei Leuten abarbeiten zu wollen, zum vereinbarten Termin niemand erschienen sei, habe sich die Beklagte am Mittag des 24.11.2010 gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B zur Auftragsentziehung berechtigt sehen dürfen. 21

Infolge der berechtigten Kündigung sei die Beklagte gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B zur Ersatzvornahme auf Kosten der Klägerin berechtigt gewesen. Die Beklagte habe *alle zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung herangezogenen Mängel* auf Kosten der Klägerin entweder selbst beseitigen oder durch Dritte beseitigen lassen können. Anderes gelte aber für *die erst später festgestellten und gerügten Mängel*. Insoweit bleibe es nämlich unbeschadet der inzwischen erfolgten Auftragsentziehung weiterhin im Grundsatz beim Recht der Klägerin, diese Mängel selbst beseitigen zu dürfen. Weil sich die von der Beklagten später gerügten Mängel - vornehmlich im Hinblick auf das Fehlen der Vollsickenfüller - nicht vollständig mit den bereits vor der Kündigung gerügten Mängel deckten, sei insoweit eine Differenzierung zwischen den Kosten zur Behebung der bereits vor der Kündigung gerügten Mängel und denjenigen Kosten geboten, die zur Behebung erst später festgestellter oder gerügter Mängel entstanden seien.

Für die Beseitigung der bereits im Herbst 2010 gerügten Mängel sei der Beklagten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ein ersatzfähiger Aufwand in Höhe von insgesamt 204.211,06 € entstanden. 23

Im Hinblick auf die Rechnungen der Firma N über 178.638,15 € und der Firma K über 249.559,28 € sei zunächst in Übernahme der Schätzung des Sachverständigen Z zur Abgrenzung von den nicht ersatzfähigen Kosten für die Behebung der erst später gerügten Mängel - insbesondere im Hinblick auf die Vollsickenfüller - ein Abzug von rund 30 Prozent vorzunehmen. Sodann sei über § 254 BGB zu berücksichtigen, daß die Ersatzvornahmekosten sich teilweise nicht in angemessenen Grenzen hielten. Auch der Sachverständige habe ausgeführt, daß „mindestens zu Teilbereichen eine Ausschreibung der Mängelbeseitigungsarbeiten nach Grundsätzen eines Einheitspreisvertrages möglich gewesen wäre“ und auf die Erfahrung verwiesen, „daß nach Stundenlohn vergebene Arbeiten typischerweise teurer“ würden. Dies rechtfertige es in Anwendung von § 287 ZPO, einen weiteren Abzug in Höhe von 20 Prozent der ursprünglichen Rechnungsforderung vorzunehmen, so daß insgesamt (lediglich) die Hälfte der angemeldeten Kosten ersatzfähig sei, was im Hinblick auf die Rechnung der Firma N einen Betrag von 89.319,08 € ergebe. 24

Im Hinblick auf die Rechnung der Firma K sei zusätzlich ein weiterer Abzug in Höhe von 10 Prozent der Rechnungsforderung vorzunehmen, weil für einen Teil der abgerechneten Arbeiten keine Stundenlohnzettel beigebracht worden seien. Das ergebe einen ersatzfähigen Betrag von 99.823,71 €. 25

Die Kosten der seitens der Firma O erstellten Rechnungen seien (lediglich) hälftig in Höhe eines Betrages von 10.183,96 € zu erstatten. Dies resultiere daraus, daß eine nach den Mängelrügezeitpunkten differenzierende Aufschlüsselung der eingesetzten Baustoffe nach den Ausführungen des Sachverständigen aufgrund der Vielzahl der Baustoffe und der nicht mehr meßbaren Mengen nicht möglich sei, weshalb nur der Weg der Schätzung verbleibe. 26

Voll erstattungsfähig seien hingegen die mit 4.884,31 € in Rechnung gestellten Blitzschutzarbeiten der Firma M. Denn bereits zur Behebung der im Herbst 2010 gerügten Mängel sei es erforderlich gewesen, bereits verlegte Blitzschutzleitungen an Dachrändern und Dachdurchdringungen abzutrennen und später wieder anzuschließen. 27

Im Rahmen der Kostenentscheidung hat das Landgericht ausgeführt, die Kosten des übereinstimmend für erledigt erklärten Streits um die Herausgabe der Bürgschaft seien von der Beklagten zu tragen, da sie ohne eine freiwillige Herausgabe der Bürgschaft voraussichtlich antragsgemäß verurteilt worden wäre. 28

Gegen dieses Urteil richten sich die jeweils form- und fristgerecht eingelegten **Berufungen beider Parteien**.

Die **Klägerin** begehrt nunmehr noch die Zahlung des unstreitig offenen Restbetrages in Höhe von 83.812,74 € aus den Bauvorhaben in X und Y und erachtet die Widerklage für unbegründet. Zur Berufungsbegründung trägt sie im wesentlichen vor:

Die mit Schreiben vom 24.11.2010 erklärte Kündigung des Vertrages sei unrechtmäßig erfolgt und damit unwirksam. Das Hauptdach und die drei Nebendächer seien zu diesem Zeitpunkt im wesentlichen - von Restmängeln abgesehen - fertiggestellt gewesen. Es sei wegen von der Klägerin auch eingestandener Probleme mit ihrer Subunternehmerin zu Verzögerungen gekommen. Die für den Morgen des 24.11.2010 angekündigten Mitarbeiter der Klägerin seien „wegen eines anderweitigen Wasserschadens“ erst gegen Mittag auf der Baustelle erschienen. Die Kündigung stelle vor dem Hintergrund des Kooperationsgebotes eine überzogene Maßnahme dar, deren Angemessenheit „mangels objektiver Notwendigkeit mehr als fraglich“ sei, zumal die Beklagte der Klägerin - offenbar ohne Zweifel an deren Zuverlässigkeit - auch nach der Kündigung noch eine Reihe von größeren Aufträgen an anderen Objekten erteilt habe und die Beklagte sich nach der Kündigung mit der Beseitigung der Mängel „alle Zeit der Welt“ gelassen habe. Die Begründung des Landgerichts, es habe sich im Kündigungszeitpunkt der Rückschluß auf eine Unzuverlässigkeit der Klägerin aufgedrängt, sei unzutreffend.

Überdies habe das Landgericht verkannt, daß die Beklagte die Klägerin am 19.4.2011 aufgefordert habe, *sämtliche* im Privatgutachten des Sachverständigen I gerügten Mängel zu beseitigen. Da mit Ausnahme der fehlenden Vollsickenfüller sämtliche nach der Kündigung gerügten Mängel dem Grunde nach auch schon vor der Kündigung gerügt worden seien, habe die Beklagte mit ihrer Aufforderung vom 19.4.2011 konkludent die Kündigung vom 24.11.2010 widerrufen und der Klägerin damit jedenfalls ein neuerliches und sämtliche Mängel erfassendes Mängelbeseitigungsrecht eingeräumt, das sie der Klägerin in der Folgezeit nicht mehr wirksam entzogen habe. Ein Recht der Beklagten zur Ersatzvornahme habe dieserhalb nicht mehr bestanden.

Überdies seien die geltend gemachten Kosten für die Restarbeiten auch unverhältnismäßig groß. Der Zeuge L als Vertreter der Klägerin beim Ortstermin vom 23.11.2010 habe den Mängelbeseitigungsaufwand seinerzeit auf lediglich 19.729,73 € geschätzt. Dazu stehe der jetzt geltend gemachte Betrag in einem exorbitanten Mißverhältnis.

Der Sachverständige Z habe in Ermangelung substantiierten Vortrags der Beklagten die Beweisfragen eigentlich nicht beantworten können. Soweit der Sachverständige - und ihm folgend das Landgericht - die von ihm für relevant gehaltenen Arbeitsstunden addiert und dann mit einem prozentualen Abschlag versehen habe, sei das mit den Grundsätzen einer Beweisaufnahme unvereinbar.

Die **Klägerin** beantragt (sinngemäß),

die Beklagte in Abänderung des angefochtenen Urteils unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten sowie unter Abweisung der Widerklage zu verurteilen, an die Klägerin 83.812,74 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.11.2012 zu zahlen.

Die **Beklagte** beantragt (sinngemäß),

38

die Klägerin in Abänderung des angefochtenen Urteils unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 392.494 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.08.2012 zu zahlen.

Die **Beklagte** verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es ihr günstig ist. Über den ihr auf die Widerklage zuerkannten Betrag hinaus begehrt sie die Zahlung weiterer 280.901,45 €. 39

Das Landgericht habe die Kündigung des Vertrages vom 24.11.2010 zutreffend als wirksam erachtet. Die Beklagte sei deshalb zur Mängelbeseitigung im Wege der Ersatzvornahme berechtigt gewesen. Dieses Recht habe sich aber - anders als vom Landgericht erkannt - auch auf die erst nach der Kündigung festgestellten und gerügten Mängel erstreckt. Weil nämlich der Bauvertrag bereits mit Schreiben vom 24.11.2010 wirksam gekündigt worden sei, habe es wegen der neuen Mängel keiner nochmaligen Kündigung bedurft. Aus § 13 Abs. 5 Ziffer 2 VOB/B ergebe sich, daß die Beklagte der Klägerin lediglich unter Fristsetzung die Möglichkeit einer Mängelbeseitigung habe einräumen müssen, um dann nach fruchtlosem Fristablauf zur Ersatzvornahme berechtigt gewesen zu sein. 40

Dem Schreiben vom 19.4.2011 (Anlage B 26) sei entgegen der Auffassung der Klägerin auch kein konkludenter Widerruf der Kündigung zu entnehmen. 41

Da entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht zwischen Kosten für Mängelbeseitigungsmaßnahmen zu differenzieren sei, die einerseits bereits vor der Kündigung gerügte Mängel und andererseits erst danach gerügte Mängel beträfen, seien der Beklagten Ersatzvornahmekosten in Höhe von insgesamt 485.819,80 € zu erstatten. Erstattungsfähig seien auch Sachverständigenkosten in Höhe von insgesamt 32.370,15 €. Die Einschaltung des Sachverständigen I sei erforderlich gewesen, um eine Mängelbeseitigung vornehmen zu lassen. 42

Die Beklagte habe entgegen der Auffassung des Landgerichts auch keine Schadensminderungspflicht verletzt. Die Klägerin sei nur eingeschränkt schutzwürdig und könne sich nicht auf § 254 BGB berufen, da sie sich als doppelt vertragsuntreu erwiesen habe. Sie habe nämlich erst eine mangelhafte Leistung erbracht und dann auch noch keine hinreichende Mängelbeseitigung vorgenommen. Zudem sei es der Beklagten aufgrund des Zeitdrucks und der Umstände nicht möglich gewesen, einen Nachunternehmer zu finden, der die Arbeiten zu Pauschal- oder Einheitspreisen habe erbringen wollen. 43

B) 44

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet, wohingegen die Berufung der Beklagten teilweise begründet ist. 45

Der von der Klägerin verfolgte Vergütungsanspruch ist durch die Aufrechnung der Beklagten erloschen. Die Klage hat deshalb keinen Erfolg. Der Beklagten stehen fällige Gegenansprüche in einer die Ansprüche der Klägerin übersteigenden Höhe zu, so daß die Widerklage in dem aus dem Tenor dieses Urteils ersichtlichen Umfang begründet ist. Im Hinblick auf die vorliegend zu entscheidenden Sach- und Rechtsfragen gilt zur Überzeugung des erkennenden Senats folgendes: 46

- I. 47
Fällige Ansprüche der Klägerin

1)	
Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Klägerin gegenüber der Beklagten ein im Ausgangspunkt unstreitiger Vergütungsanspruch aus den beiden Bauvorhaben S in X und Y in Höhe eines noch offenen Restbetrages von 83.812,74 € zusteht.	50
2)	51
Soweit die Klägerin darüber hinaus erstinstanzlich klageerweiternd unter dem Gesichtspunkt von Aufwendungen im Zusammenhang mit unberechtigten Mängelanzeigen die Zahlung weiterer 2.019,20 € begehrt hat, war die Klage aus den zutreffenden – und mit der Berufung auch nicht angegriffenen - Gründen der angefochtenen Entscheidung unbegründet.	52
3)	53
Unstreitig ist auch, daß die Beklagte im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben C eine berechnete Werklohnforderung der Klägerin in Höhe eines Betrages von 47.013,06 € einbehält. Auch wenn diese Werklohnforderung nicht Gegenstand des Klagebegehrens ist, muß diese Position im Rahmen der Würdigung des wechselseitigen Berufungsvorbringens schon deshalb Berücksichtigung finden, weil die Beklagte zum Gegenstand ihrer – erstinstanzlich insoweit teilweise zurückgenommenen - Widerklageforderung nur die Differenz zwischen ihren fälligen Forderungen gegenüber der Klägerin einerseits und den fälligen Forderungen der Klägerin ihr gegenüber andererseits macht.	54
4)	55
Zusammengefaßt stehen der Klägerin gegenüber der Beklagten somit im Ausgangspunkt – mithin vor Berücksichtigung der seitens der Beklagten erklärten Aufrechnung – fällige Ansprüche in Höhe von insgesamt 130.825,80 € zu.	56
• II.	558
Wirksamkeit der Kündigung vom 24.11.2010	
Die der Klägerin mit Schreiben der Beklagten vom 24.11.2010 ausgesprochene Kündigung war auch zur Überzeugung des Senats aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung wirksam.	59
1)	60
Den dezidiert mit Schreiben vom 24.09.2010 (Anlage B 15) erhobenen und durch das 19 Seiten umfassende Privatgutachten des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen I vom 05.10.2010 (Anlage B 17) näher untermauerten Mängelrügen ist die Klägerin substantiell nicht entgegengetreten. Die Klägerin als Auftragnehmerin ist der Pflicht zur Beseitigung der Mängel – was sie im Kern auch nicht in Abrede stellt – allenfalls teilweise nachgekommen. Die Beklagte konnte ihr deshalb - wie mit ihrem Schreiben vom 16.11.2010 (Anlage B 20) geschehen - nach § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen und erklären, daß sie nach fruchtlosem Fristablauf den Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B kündigen werde. Nachdem dann überdies unter Nichteinhaltung zuvor gegebener Zusagen am Morgen des 24.11.2010 kein Mitarbeiter der Klägerin zur Abarbeitung der Mängelliste erschien, stand der Beklagten gemäß § 8 Abs. 3 Nr.	61

1 S. 1 VOB/B ein Kündigungsrecht zu. Die Auftragsentziehung am Mittag des 24.11.2010 (Anlage B 23) war daher berechtigt.

2)

62

Daß das Hauptdach und die drei Nebendächer nach den Angaben der Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung von Restmängeln abgesehen im wesentlichen fertiggestellt waren, steht der Wirksamkeit der Kündigung unbeschadet des Berufungsvorbringens der Klägerin schon in Ansehung der gravierenden Mängelrügen nicht entgegen. Die - von der Beklagten nicht zu verantwortenden - Probleme der Klägerin mit ihrer Subunternehmerin hindern das Kündigungsrecht und die daraus erwachsenden Rechtsfolgen ebenso wenig wie eine vor oder nach der Kündigung erfolgte Zusammenarbeit der Parteien bezüglich anderweitiger Bauvorhaben. Insbesondere steht es beiden Parteien nach den Grundsätzen der Privatautonomie frei, trotz der rechtlich kontrovers ausgetragenen Auseinandersetzung um die einseitige und vorzeitige Beendigung eines Bauvertrages später wieder anderweitig in Vertragsbeziehungen zu treten.

63

3)

64

Auch die Tatsache, daß die für den Morgen des 24.11.2010 angekündigten Mitarbeiter der Klägerin nach deren Angaben „wegen eines anderweitigen Wasserschadens“ erst gegen Mittag auf der Baustelle erschienen waren, steht einer Berechtigung der Beklagten zur Entziehung des Auftrags und zur Geltendmachung der damit gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B einhergehenden Rechte nicht entgegen.

65

Selbst wenn man nämlich mit der wohl herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum den Anspruch auf Ersatz der Restfertigstellungsmehrkosten und sonstiger Schäden als verschuldensabhängig erachtet (Nicklisch/Weick/Jan-sen/Seibel/Vogel, 4. Auflage 2016, § 8 VOB/B, Rn. 105 mwN), verbleibt es doch in Ansehung von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beim Grundsatz, daß der Schuldner – hier die Klägerin – für sein Nichtvertretenmüssen darlegungs- und beweispflichtig ist und der ihm obliegende Entlastungsbeweis sich auch auf das Verschulden von Erfüllungsgehilfen zu erstrecken hat (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Auflage 2016, § 280, Rn. 34 und 40 mwN). Einen solchen Entlastungsbeweis hat die Klägerin hier nicht ansatzweise geführt. Welcher konkrete Wasserschaden hier wo in einer nicht vorhersehbaren Weise dergestalt entstanden sein soll, daß es der Klägerin schlechterdings nicht möglich war, ihre Zusagen für den Morgen des 24.11.2010 trotz geeigneter organisatorischer Vorkehrungen wenigstens so einzuhalten, daß irgendwelche - notfalls von anderen Baustellen abzuziehenden - Mitarbeiter mit den zugesagten Mängelbeseitigungsarbeiten beginnen konnten, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

66

• III.

668

Kein Kündigungswiderruf im Schreiben vom 19.4.2011

Die Auffassung der Klägerin, die Beklagte habe mit ihrem Schreiben vom 19.4.2011 (Anlage B 26) konkludent die Kündigung vom 24.11.2010 (Anlage B 23) widerrufen, vermag der Senat nicht zu teilen. Die seitens der Klägerin vorgenommene Auslegung wird zur Überzeugung des Senats weder dem Wortlaut des Schreibens noch dem inhaltlichen Kontext seiner Entstehungsgeschichte hinreichend gerecht.

69

70

Die Klägerin war sich im Vorfeld der Kündigung vom 24.11.2010 – wie insbesondere auch ihre schriftlichen Reaktionen auf die seitens der Beklagten erhobenen Mängelrügen in ihren Schreiben vom 4.10.2010 (Anlage B 16) sowie vom 11.10.2010 (Anlage B 19) eindrucksvoll belegen – unmißverständlich der Tatsache bewußt, daß ihr Gewerk infolge unzureichender Nachunternehmerarbeiten nicht unerhebliche Mängel aufwies. Daß die Kündigung auch aus der Sicht der Klägerin vor Beginn dieses Rechtsstreits jedenfalls nicht unvertretbar erschien und ihr bewußt war, die Baustelle C nun nicht mehr zu Ende führen zu können, verdeutlicht auch der Wortlaut ihres Schreibens vom 30.11.2010 (Anlage B 24), in dem es auszugsweise wie folgt lautet:

„ ... wir finden es auch bedauerlich, daß es zu einer Vertragskündigung gekommen ist. Unser Subunternehmer hat uns mehrfach draufgesetzt und deshalb ist es leider so weit gekommen. Andere Baustellen werden jedoch von uns wie gewohnt zur Zufriedenheit der Firma H ausgeführt.“ 71

Der anwaltlich vertretenen Klägerin waren zur Überzeugung des Senats auch die rechtlichen Folgen einer Kündigung und die damit einhergehenden finanziellen Risiken durchaus bewußt. Die Beklagte konnte nämlich nunmehr den noch nicht vollendeten Teil der Leistung – und damit vor der Abnahme auch und gerade die noch nicht erfolgten Mängelbeseitigungsarbeiten als Bestandteil ihres werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs – im Wege der Ersatzvornahme durch Drittfirmen zu Lasten der Klägerin ausführen lassen. Die Klägerin hat daher – wie auch Seite 2 des Schriftsatzes ihres Prozeßbevollmächtigten vom 15.3.2011 (Bl. 56) belegt – in offenbar mehreren Gesprächen ihres Geschäftsführers mit dem Mitarbeiter Schuster der Beklagten erörtert, ob ihr „die Möglichkeit eingeräumt wird, die am 23.11.2010 festgestellten Mängel nicht doch noch durch eine zuverlässigere Kolonne ... abzustellen“. Die Beklagte hat dies nach dem eigenen Vortrag der Klägerin noch im Januar 2011 „ausdrücklich abgelehnt“ und „die Geltendmachung der Kosten der Ersatzvornahme ... angekündigt“ (Bl. 56). Die offenbar mehrfach an die Beklagte herangetragene Bitte der Klägerin, die Mängel doch selbst abstellen zu dürfen, kann unter diesen Voraussetzungen nicht dahingehend verstanden werden, daß die Klägerin eine Rücknahme der Kündigung oder den Abschluß eines neuen Vertrages begehrte oder dies sogar zur Voraussetzung weiteren Tätigwerdens zu machen gedachte. Vielmehr war ihr aus verständlichen finanziellen Interessen daran gelegen, die Ersatzvornahmearbeiten – oder wenigstens einen Teil davon – selbst durchführen zu dürfen. 72

Wenn in diesem Kontext nach längeren Verhandlungen die Klägerin mit Schreiben der Beklagten vom 19.4.2011 (Anlage B 26) dazu aufgefordert wird, die „festgestellten Mängel umgehend, spätestens bis Freitag, den 13.05.2011 zu beseitigen“, so stellt das aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers keinen konkludenten Widerruf der am 24.11.2010 erklärten Kündigung dar, zumal auch der Wortlaut des Schreibens keinen Rückschluß darauf zuläßt, die Kündigung sei nunmehr hinfällig oder gegenstandslos. 73

Dies hat im übrigen zunächst erstinstanzlich auch die Klägerin selbst so gesehen. Im Schriftsatz ihres Prozeßbevollmächtigten vom 19.01.2012 (dort S. 10, Bl. 44) lautet es nämlich auszugsweise: 74

„Ergebnis dieser rechtlichen Achterbahnfahrt war, daß die beiden Hauptdächer der Hallen 1 und 2 weiterhin im Wege der Ersatzvornahme durch die Beklagte mit anderen Unternehmen ausgeführt wurden. Das Bürodach, die Dächer der Sprinklerzentrale sowie des Palettenlagers wurden von der Klägerin nachgearbeitet“. 75

Nach alledem läßt sich ein konkludenter Kündigungswiderruf und ein Verzicht der Beklagten auf die ihr kündigungsbedingt zustehende Ersatzvornahme ihrem Schreiben vom 19.4.2011 nicht entnehmen.

• IV.

Kein Aufrechnungsverbot

778

Daß und warum der Beklagten in Ansehung der Vertragsbestimmungen eine Aufrechnung nicht versagt war, hat bereits das Landgericht – worauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird – überzeugend dargelegt. Die Berufung der Klägerin ist dem nicht mehr entgegengetreten.

79

• V.

Zwischenergebnis zur grundsätzlichen Berechtigung

801

der Forderungen der Beklagten

82

Die Beklagte hat infolge der wirksamen Kündigung des das Bauvorhaben C betreffenden Vertrages gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/B einen Anspruch auf Ersatz der Restfertigstellungsmehrkosten und sonstiger Schäden. Insbesondere ist sie berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers im Wege der Ersatzvornahme durch einen Dritten ausführen zu lassen.

83

1)

84

Im Grundsatz besteht der Anspruch in Höhe der Differenz zwischen (einerseits) der mit dem gekündigten Auftragnehmer vereinbarten Vergütung für die infolge der Kündigung nicht mehr erbrachte Leistung und (andererseits) der für diese Leistung erforderlichen tatsächlichen Kosten der Ersatzvornahme, so daß es jedenfalls im Regelfall einer unter Umständen recht aufwendigen Preisvergleichsberechnung bedarf (Beck'scher VOB-Komm/Althaus, 3. Auflage 2013, § 8 Abs. 3, Rn. 46 mwN).

85

Vorliegend besteht aber die Besonderheit, daß das Gewerk der Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung von den noch zu beseitigenden Mängeln abgesehen eigentlich bereits fertiggestellt war. Das Gewerk war noch nicht abgenommen. Die kündigungsbedingt noch nicht erfolgten Mängelbeseitigungsarbeiten waren somit Bestandteil des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs und hätten im Falle eines nicht erfolgten Kündigungsausspruchs von der Klägerin ohne gesonderte Vergütung erbracht werden müssen. Erstattungsfähig sind somit - ohne daß es einer Preisvergleichsberechnung im vorstehend beschriebenen Sinne bedarf - die in berechtigter Weise von Drittfirmen in Rechnung gestellten Fremdnachbesserungskosten für all diejenigen vertretbaren Mängelbeseitigungsmaßnahmen, welche die Beklagte als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung der Drittfirmen für angemessen halten durfte. Da die Beklagte sich im Vorfeld der Vergabe der die Ersatzvornahme betreffenden Arbeiten vom öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen I sachkundig hat beraten lassen, kann sie nach ständiger Rechtsprechung die Fremdnachbesserungskosten selbst für solche Mängelbeseitigungsmaßnahmen verlangen, die sich im Nachhinein als letztlich nicht erforderlich erweisen. Denn das mit der sachkundig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer etwaigen Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer (BGH, Urteil vom 7.3.2013 -

86

2)	87
Auch soweit Mängelbeseitigungsarbeiten im vorstehend dargelegten Sinne als vertretbar und erstattungsfähig anzusehen sind, ist der Auftraggeber allerdings nach	88
§ 254 Abs. 2 BGB gehalten, bei der Beauftragung von Drittunternehmern keine unnötigen Mehrkosten zu verursachen (Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Vogel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 8, Rn. 109; Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, VOB/B, 5. Auflage 2015, § 8, Rn. 99). Dabei ist der von der Kündigung betroffene Auftragnehmer - hier mithin die Klägerin - hinsichtlich des von ihm erhobenen Einwandes, der Auftraggeber habe einen unnötig teuren Unternehmer für die Ersatzvornahme ausgewählt, darlegungs- und beweispflichtig (Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, aaO, Rn. 93 mwN).	89
Zu berücksichtigen ist insoweit auch, daß eine Ausschreibung der Ersatzvornahmearbeiten im Regelfall - soweit keine marktunüblichen Preise verlangt werden - entbehrlich ist und das Vergütungsniveau des Drittunternehmers aufgrund des geringeren Leistungsumfangs und der Leistungsaufnahme „mittendrin“ erfahrungsgemäß höher ausfallen wird (Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Vogel, aaO, mwN).	90
3)	91
Im Rahmen der Beurteilung der grundsätzlichen Erstattungsfähigkeit der von der Beklagten geltend gemachten Kosten für Mängelbeseitigungsmaßnahmen hat das Landgericht mit zutreffender Begründung eine Differenzierung zwischen (einerseits) den Kosten zur Behebung der bereits vor der Kündigung gerügten Mängel und (andererseits) denjenigen Kosten vorgenommen, die zur Behebung der erst später festgestellten oder gerügten Mängel entstanden sind.	92
Die dagegen gerichteten Berufungsangriffe der Beklagten gehen fehl. Die Beklagte kann sich zur Geltendmachung der letztgenannten Kosten insbesondere nicht auf	93
§ 13 Abs. 5 Ziffer 2 VOB/B als Anspruchsgrundlage stützen. Das Regelwerk der VOB/B trennt streng zwischen den sich erst nach der Abnahme aus § 13 Abs. 5 ergebenden Ansprüchen des Bestellers und solchen vor der Abnahme, die sich nach	94
§ 4 Abs. 7 VOB/B richten. Auch nach der Entziehung eines Auftrags bleiben dem Auftraggeber die Ansprüche aus § 4 Abs. 7 VOB/B erhalten. Die Haftung für Mängel richtet sich in solchen Fällen erst dann nach § 13 VOB/B, wenn die mangelhafte Leistung abgenommen worden ist (BGHZ 50, 160, 165 f., 168 f.; Kapellmann/Messerschmidt/Weyer, VOB/B, 5. Auflage 2015, § 13, Rn. 5 mwN). Auch dann, wenn der Auftraggeber den Vertrag zuvor bereits gekündigt hat, setzt eine Anwendbarkeit von § 13 Abs. 5 VOB/B somit die Abnahme der erbrachten Leistung voraus (BGH, Urteil vom 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450, 1451 f. = BGHZ 153, 244).	95
Die Beklagte durfte insoweit bereits dem Grunde nach lediglich alle zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogenen Mängel auf Kosten der Klägerin durch Dritte beseitigen lassen. Die Kosten für die Beseitigung der erst später gerügten Mängel sind deshalb nicht erstattungsfähig.	96

1)	99
Zunächst steht der Beklagten gegenüber der Klägerin im Zusammenhang mit dem Wasserschaden ein von den Parteien unstreitig gestellter Anspruch auf Zahlung eines Betrages von 37.500 € zu.	100
2)	101
Daß das Landgericht die Kosten der Beklagten für die im Zusammenhang mit der Erstbegutachtung der Mängel erforderliche Inanspruchnahme des Sachverständigen I in Höhe eines Betrages von 707,29 € für erstattungsfähig erachtet hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Es ist anerkannt, daß zu den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 VOB/B zu ersetzenden Beträgen auch die Kosten eines Privatgutachters gehören, der den Leistungs- und Bautenstand bei Kündigung feststellt und für den Auftraggeber die Restfertigstellungsmehrkosten ermittelt (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.12.2014 - 22 U 92/14, NJW-RR 2015, 535, Tz. 250 f. mwN).	102
Soweit die Berufungsbegründung der Beklagten der Auffassung ist, es seien wesentlich höhere Sachverständigenkosten in Höhe eines Betrages von insgesamt 32.370,15 € (netto) erstattungsfähig, weil die Einschaltung des Sachverständigen erforderlich gewesen sei, um die Mängelbeseitigung vornehmen zu lassen, überzeugt dieser Standpunkt nicht. Die von der Beklagten vorgelegte und an sie adressierte Rechnung der E GmbH & Co. KG vom 17.7.2012 über netto 31.662,86 € (Anlage B 42) entspricht (bis auf einen Cent) denjenigen Rechnungsbeträgen, die der Sachverständige I zuvor im Zeitraum vom Oktober 2010 bis zum Oktober 2011 gegenüber einer D GmbH für diverse Gutachtertätigkeiten am Objekt in C liquidiert hatte. Daß und warum die Beklagte der E GmbH & Co. KG zum Ersatz der seitens des Sachverständigen gegenüber der D GmbH liquidierten Beträge verpflichtet wäre, vermag der Senat dem Beklagtenvorbringen nach wie vor nicht zu entnehmen.	103
3)	104
Die Beklagte kann aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung darüber hinaus von der Klägerin im Hinblick auf die Rechnung der Firma M die Erstattung eines Betrages von 4.884,31 € verlangen.	105
4)	106
Nicht zu beanstanden ist es auch, daß das Landgericht zugunsten der Beklagten die Hälfte des Rechnungsbetrages der Firma O - mithin einen Betrag von 10.183,96 € - berücksichtigt hat. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Z lag dieser Forderung die Lieferung von Baustoffen zugrunde, die durch die Firma N sodann zur Mängelbeseitigung eingebaut worden sind. Zu einer Aufschlüsselung danach, welche dieser Baustoffe zur Beseitigung der bereits vor der Kündigung gerügten Mängel verwendet worden ist, sah sich der Sachverständige aufgrund der Vielzahl der Baustoffe und der nicht mehr meßbaren Mengen ihres Einsatzes nicht in der Lage.	107
Da unter den Parteien auch die Höhe der Forderung streitig war und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände im Sinne des § 287 Abs. 2 ZPO mit Schwierigkeiten verbunden war, die zur Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis standen, durfte das Landgericht gemäß § 287 Abs. 1 ZPO den dieserhalb	108

ersatzfähigen Betrag unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung auf 50 Prozent der Forderungshöhe schätzen.

5) 109

Im Zusammenhang mit den **Rechnungen der Firma N** (Anlagenkonvolut B 30) über einen Betrag von insgesamt 178.638,15 € hat die Beklagte gegenüber der Klägerin unter Berücksichtigung des Ergebnisses der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme einen Ersatzanspruch in Höhe eines Betrages von insgesamt 81.994,91 €.

a) 111

Im Ausgangspunkt zutreffend hat der Sachverständige Z bereits seiner schriftlichen Begutachtung zugrundegelegt, daß die Kosten der Beseitigung derjenigen Mängel zu ermitteln sind, welche schon zum Zeitpunkt der Kündigung gerügt worden waren.

Die Klägerin hat in ihrer Berufungsbegründung näher ausgeführt, daß mit Ausnahme der fehlenden Vollsickenfüller sämtliche nach der Kündigung gerügten Mängel dem Grunde nach auch schon vor der Kündigung gerügt worden seien. Die Beklagte ist diesem Vortrag nicht mehr entgegengetreten. Vor diesem Hintergrund sind als nicht ersatzfähig diejenigen Beträge aus den Rechnungen heraus zu kürzen, welche auf Arbeiten im Zusammenhang mit dem nachträglichen Einbau der Vollsickenfüller zurückzuführen sind. Das hat der Sachverständige Z bereits im Rahmen seiner schriftlichen Begutachtung in gut nachvollziehbarer und überzeugender Art und Weise getan und seine Vorgehensweise auch vor dem Senat noch einmal stringent erläutert.

aa) 114

Der Privatgutachter und öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige I hatte während der Mängelbeseitigungsarbeiten durch die Firmen N und K verschiedene Photographien angefertigt. Der gerichtlich bestellte Sachverständige Z hat in Auswertung dieser auf den Seiten 38 bis 42 seines Gutachtens vom 31.5.2013 enthaltenen Bilder (dort numeriert mit den Ziffern 7 bis 16) die nachvollziehbare Schlußfolgerung gezogen, die Photographien zeigten den Zustand der Dachabdichtungen in der Fläche, an den Dachdurchdringungen und den Anschlüssen jeweils vor und nach Durchführung der Ersatzvornahmemaßnahmen. Das ist zur Überzeugung des Senats nicht zu beanstanden, zumal die Klägerin auch keine substantiellen Einwendungen gegen die Echtheit der Photographien und gegen die Richtigkeit des vom Privatgutachter festgestellten Bautenstands erhebt (vgl. insofern OLG Düsseldorf, aaO, Tz. 238).

bb) 116

In Auswertung des ohne Leistungsverzeichnis abgegebenen Angebots der Klägerin vom 31.3.2010 und unter Berücksichtigung der darin enthaltenen Kurzbeschreibung der zu erbringenden und mit einem Pauschalpreis entlohten Leistungen kam der Sachverständige zum nachvollziehbaren Schluß, daß präzise Angaben zu den von den beteiligten Drittunternehmen eingesetzten Bauprodukten und den geleisteten Arbeitszeiten nicht möglich seien, sondern nur gutachtlich geschätzt werden könnten.

cc) 118

Der Sachverständige hat insoweit auf S. 14 seines Gutachtens vom 31.5.2013 überzeugend erläutert, durch den zusätzlichen Einbau von fehlenden Vollsickenfüllern rund um die

Lichtkuppeln habe im Vergleich zu den bereits im Jahr 2010 geforderten Mängelbeseitigungsarbeiten nunmehr eine größere Fläche der Abdichtung geöffnet und anschließend auch wieder geschlossen werden müssen. Außerdem hätten die Arbeiten zum Einbau der Vollsickenfüller zur Folge, daß auch die Wärmedämmung in einer größeren Fläche habe abgetragen und anschließend wieder eingebaut werden müssen, als dies der Fall gewesen wäre, wenn lediglich die bereits 2010 gerügten Mängel hätten beseitigt werden müssen. Überdies sei es auch erforderlich geworden, nunmehr – anders als im Hinblick auf die bereits im Jahr 2010 gerügten Mängel - eine größere Fläche der Dampfsperre zu öffnen und sodann wieder luftdicht zu verschließen. **Im Hinblick auf diese mit dem nachträglichen Einbau der Vollsickenfüller im Zusammenhang stehenden Arbeiten** an den Lichtkuppeln und den anderen Dachdurchdringungen, am Dachrand und am Anschluß der Brandwand hat der Sachverständige aus technischer Sicht sodann einen Abzug von 30 Prozent der **dafür** berechneten Arbeitsstunden vorgenommen, weil der Zeitaufwand für diese Arbeiten nach seiner gutachtlichen Einschätzung zu 30 Prozent darauf zurückzuführen ist, daß auch die erst nach der Kündigung gerügten Mängel beseitigt worden sind. Zur Überzeugung des erkennenden Senats ist eine solche Vorgehensweise nicht nur schlüssig nachvollziehbar und gut vertretbar, sondern auch in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Senat folgt daher bei der weiteren Ermittlung der ersatzfähigen Beträge dem vom Sachverständigen Z überzeugend dargelegten Ansatz.

dd) 120

Das Landgericht hat indes – anders als die vorstehenden Ausführungen unter cc) es nahegelegt hätten – aus dem Gutachten des Sachverständigen den zur Überzeugung des Senats unzutreffenden Schluß gezogen, es seien dieserhalb 30 Prozent der **gesamten** Rechnungsforderung von 178.638,15 € in Abzug zu bringen. 121

Richtigerweise steht einer solchen Berechnungsweise aber entgegen, daß der Sachverständige Z zunächst die insgesamt seitens der Firma N veranschlagten Arbeitsstunden mit 5.253,5 ermittelt hat (vgl. S. 25 GA), um sodann in der rechten Spalte der Aufstellung (S. 26 – 28 GA) diejenigen 3.988,5 Stunden aufzulisten, die sich bereits unter Berücksichtigung des dreißigprozentigen Abschlags für die mit dem nachträglichen Einbau der Vollsickenfüller im Zusammenhang stehenden Arbeiten ergeben. 122

ee) 123

Das bedeutet, daß mit 3.988,5 von 5.253,5 Stunden nur 75,9 Prozent der Stunden zugunsten der Beklagten berücksichtigt werden können. Da sich der Materialanteil der Rechnungen auf lediglich 340,15 € - mithin auf weniger als 0,2 Prozent der Gesamtsumme - belief und im Rahmen der hier gebotenen Schätzung somit rechnerisch vernachlässigt werden kann, ist die Rechnungsgesamtsumme der Firma N zunächst um 24,1 Prozent zu kürzen. 124

b) 125

Ebenfalls zutreffend hat der Sachverständige die vom öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen I als Privatgutachter befürworteten und begleiteten Mängelbeseitigungsmaßnahmen als aus technischer Sicht erforderlich und damit auch ersatzfähig erachtet. Seine technische Einschätzung deckt sich im übrigen mit den rechtlichen Erwägungen ständiger Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 7.3.2013 - VII ZR 119/10, BauR 2013, 1129, Tz. 9). 126

c) 127

Mit der vorstehenden Kürzung der Rechnungsforderung hat es allerdings kein abschließendes Bewenden. Denn der Sachverständige hat aus Sicht des Senats überzeugend dargelegt, daß die Mitarbeiter der Firma N – anders als etwa diejenigen der Firma K - unabhängig von der Witterung und insbesondere von Niederschlägen jeden Tag etwa gleich hohe Stunden veranschlagt haben, obwohl bei widrigen Wetterverhältnissen und insbesondere bei Regenwetter auch und gerade zum Schutz des Bauwerks erfahrungsgemäß entweder gar nicht oder nur spürbar eingeschränkt gearbeitet werden kann und darf. 128

aa) 129

Der Senat ist der tatrichterlichen Überzeugung, daß die Firma N der Beklagten – wie es auch die Ausführungen des Sachverständigen nahelegen – anstelle der tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden die bloßen Anwesenheitsstunden in Rechnung gestellt hat. Insoweit ist zugunsten der Klägerin ein weiterer Abzug von der Rechnungshöhe vorzunehmen. 130

bb) 131

Der Sachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, daß es nach seiner langjährigen Berufserfahrung etwa jeden dritten Tag regnet und man ein Dach auch dann nicht offen lassen könne, wenn schlechtes Wetter lediglich vorhergesagt sei oder drohe. Wenn man überschlägig die tatsächlichen Arbeitszeiten ermitteln wolle, so sei realistischerweise von bloßen Anwesenheitszeiten ein Abzug von etwa 30 Prozent vorzunehmen. 132

cc) 133

Der Senat folgt im Rahmen der rechtlichen Würdigung auch hier den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen. Die Rechnungsforderung der Firma N ist insoweit zugunsten der Klägerin um weitere 30 Prozent der Gesamtsumme zu kürzen. 134

d) 135

Soweit die Klägerin unter Berufung darauf, die Mängelbeseitigungsarbeiten der Firma N seien von der Kostenseite her unwirtschaftlich gewesen, unter dem Gesichtspunkt eines Mitverschuldens der Beklagten wegen der Verursachung unnötiger Mehrkosten bei der Beauftragung von Drittunternehmern (§ 254 Abs. 2 BGB) weitere Kürzungen der Rechnungsforderung verlangt, kann die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Klägerin damit nicht durchdringen. 136

aa) 137

Dem steht die ursprüngliche technische Einschätzung des Sachverständigen (vgl. S. 9 des Ergänzungsgutachtens vom 26.11.2013), die Vergabe der Arbeiten im Stundenlohn sei aus seiner Sicht unwirtschaftlich gewesen und es sei nicht nachvollziehbar, warum die über drei Monate hinweg ausgeführten Arbeiten der Firma N im Stundenlohn und nicht nach günstigeren Einheitspreisen ausgeführt worden seien, zumal es sich um meßbare und sich mehrmals wiederholende gleiche Lei- 138

stungen gehandelt habe (S.13 f. des GA vom 31.5.2013), nicht entgegen. Denn die Beurteilung eines Mitverschuldens ist eine vom Sachverständigen letztlich nicht zu entscheidende Rechtsfrage. 139

bb) 140

Aus rechtlicher Sicht vermag der Senat keine Feststellungen zu treffen, auf die sich in tragfähiger Weise die Annahme eines Mitverschuldens der Beklagten stützen ließe.	141
So hat die seinerzeit bei mehreren Dutzend Dachbegehungen privatgutachtlich von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen begleitete Beklagte nachvollziehbar dargelegt, sie habe kein Unternehmen gefunden, das in Ansehung der Gesamtsituation zum Abschluß eines Einheitspreisvertrages bereit gewesen wäre.	142
Überdies hat der Sachverständige im Senatstermin auf Nachfrage erläutert, es sei zwar unter Umständen möglich gewesen, die Arbeiten auch mit einem geringeren Stundenaufwand zu erledigen. Das könne er aber vorliegend letztlich nicht mehr gesichert feststellen. Auch in Ansehung der nicht geringen Forderungshöhe sei zu berücksichtigen, daß bei der Vielzahl der hier abzuarbeitenden Mängel die Mängelbeseitigung durchaus so viel wie eine Neuherstellung kosten könne. Daß irgendwie „geklüngelt“ oder zu langsam gearbeitet worden sei, vermochte der Sachverständige ebenfalls nicht zu bestätigen. Er hat vielmehr auf erneute Nachfrage überzeugend ausgeführt, eine solche Annahme wäre „aus der Luft gegriffen“.	143
e)	144
Insgesamt ist daher zugunsten der Klägerin die Gesamtforderung der Firma N von 178.638,15 € um 54,1 Prozent auf 81.994,91 € zu kürzen. Diesen Betrag muß die Klägerin der Beklagten ohne weitere Kürzung erstatten.	145
6)	146
Auf die Rechnungen der Firma K über insgesamt 249.559,28 € für Lohn und Material steht der Beklagten gegenüber der Klägerin zur Überzeugung des Senats ein Erstattungsanspruch in Höhe von insgesamt 154.976,31 € zu.	147
a)	148
Anders als bei der Firma N hat der Sachverständige bei der Firma K die Vergabe der nicht auf die Sickenfüller entfallenden Arbeiten im Stundenlohn als aus technischer Sicht berechtigt bezeichnet, weil diese Arbeiten sehr unterschiedlich und von der Menge her nicht meßbar gewesen seien. Gleichwohl hat das Landgericht neben einem Pauschalabzug von 30 Prozent im Hinblick auf die nach der Kündigung gerügten Mängel auch hier einen Abzug von weiteren 20 Prozent der Forderung vorgenommen und zusätzlich weitere 10 Prozent in Abzug gebracht, weil für einen Teil keine Stundenlohnzettel beigebracht worden waren. Die im Grundsatz ansonsten sorgfältig abgewogene angefochtene Entscheidung bedarf hier zur Überzeugung des Senats – wie im folgenden ausgeführt wird – der Korrektur.	149
b)	150
Wie bereits in seinem schriftlichen Gutachten hat der Sachverständige Z in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eindrucksvoll und überzeugend erläutert, daß von den seitens der Firma K insgesamt in Rechnung gestellten 4.106,5 Arbeitsstunden lediglich 3.270 Arbeitsstunden durch Stundenlohnzettel belegt sind. (Lediglich) die von diesen 3.270 Arbeitsstunden mit dem nachträglichen Einbau der Vollsickenfüller im Zusammenhang stehenden Arbeitsstunden sind - wie bereits weiter oben näher dargelegt - um 30 Prozent zu kürzen. Erstattungsfähig sind nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen nach dem auch in der mündlichen Verhandlung noch einmal dargelegten Zahlenwerk des schriftlichen Gutachtens (dort Seite 16 und Seiten 29 - 33) insgesamt 2.551,1 Stunden. Das	151

entspricht einem Anteil von 62,1 Prozent der insgesamt in Rechnung gestellten Stunden, so daß der Stundenlohnanteil der Rechnungsbeträge um insgesamt 37,9 Prozent zu kürzen ist.

c) 152

Eine weitere Kürzung des Stundenlohnanteils - insbesondere unter dem Gesichtspunkt eines etwaigen Mitverschuldens im Zusammenhang mit der Verursachung unnötiger Mehrkosten (§ 254 Abs. 2 BGB) - scheidet hier bereits aus den weiter oben unter Ziffer VI 5 d bb näher dargelegten Gründen aus, zumal der Sachverständige Z überdies die Vergabe der nicht auf die Sickenfüller entfallenden Arbeiten an die Firma K im Stundenlohn - anders als bei der Firma N - für aus technischer Sicht berechtigt erachtet hat. 153

d) 154

Die Rechnungen der Firma K enthalten auch einen nicht unerheblichen Materialanteil. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist nicht mehr feststellbar, wie viel des berechneten Materials für die im Zusammenhang mit dem Einbau der Vollsickenfüller erbrachten Arbeiten verwendet worden ist. Anders als der Sachverständige geht der Senat zugunsten der Klägerin aber davon aus, daß der Rechnungsbetrag der Firma K nicht nur um 37,9 Prozent der Stundenlohnforderung zu kürzen ist, sondern vielmehr um 37,9 Prozent der *gesamten Rechnungsforderung einschließlich des Materialanteils*. Das erscheint nach § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände angemessen, zumal auch der Sachverständige sinngemäß ausgeschlossen hat, daß für die im Zusammenhang mit dem Einbau der Vollsickenfüller stehenden Arbeiten kein Material in Rechnung gestellt worden wäre. 155

Zugunsten der Klägerin ist der an die Beklagte zu erstattende Gesamtrechnungsbetrag somit von 249.559,28 € um 37,9 Prozent auf 154.976,31 € zu kürzen. 156

7) 157

Insgesamt belaufen sich die Forderungen der Beklagten gegenüber der Klägerin somit auf 290.246,78 €, so daß diese Forderungen diejenigen der Klägerin gegenüber der Beklagten in Höhe von 130.825,80 € um 159.420,98 € übersteigen. 158

VII. 159

Die Entscheidung über die der Beklagten auf die Widerklageforderung zuerkannten Zinsen folgt aus § 291 BGB. 160

VIII. 161

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 a, 92, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3, 708 Nr. 10 S. 1, 711 ZPO. 162

IX. 163

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die zu entscheidenden Rechtsfragen sind entweder in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt oder solche des Einzelfalls. 164
