
Datum: 08.11.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 161/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1108.21U161.13.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 11 O 294/09

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin und des weitergehenden Berufungsbegehrens der Beklagten das am 23. Oktober 2013 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 11. Zivilkammer des Landgerichts Essen (Az.: 11 O 294/09) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin wird unter Abweisung des weitergehenden Widerklagebegehrens verurteilt, an die Beklagte 109.809,16 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.12.2010 zu zahlen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Klägerin zu 87% und die Beklagte zu 13%. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin. Für die Kosten der Nebenintervention gilt Folgendes: Die erstinstanzlichen Kosten tragen die Klägerin zu 87% und die Streithelferin zu 13%; die zweitinstanzlichen Kosten trägt die Klägerin zu 100%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten bzw. der Streithelferin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte bzw. die Streithelferin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe	1
I.	2
Die Parteien streiten um Ansprüche aus einer von der Klägerin gelieferten und eingebauten Rechenanlage. Die Klägerin macht Werklohnansprüche geltend; die Beklagte begehrt im Wege der Widerklage den Ersatz von Mängelbeseitigungskosten.	3
Die Beklagte betreibt in L Braunkohletageabbau. Das dabei anfallende Grundwasser wird über die F abgeleitet. Führt die F Hochwasser, ist es aus Gründen des Hochwasserschutzes notwendig, das zugeführte Wasser über einen Einstichkanal und ein Pumpensystem in ein Rohrsystem in Richtung Kölner Randkanal weiterzuleiten. Zum Schutz der am Ende des Stichkanals befindlichen Pumpen vor Treibgut sind an dem Abzweig vom Fluss zu dem Stichkanal (bezeichnet als Punkt S7) Ableitschienen installiert. Direkt hiernach und vor den Pumpen befinden sich sodann zwei Rechen, die noch verbleibendes Treibgut aus dem Wasser entfernen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den zur Akte gereichten Lageplan (Anlage B1, Bl. 92 dA) sowie die zur Akte gereichten Lichtbilder (Anlagen B2 und B3, Bl. 94ff. dA) Bezug genommen.	4
Anfang 2008 schrieb die Beklagte die Neuherstellung der Rechenanlage aus. Die Ausschreibungsunterlagen wurden von der mit der Bauplanung, Ausschreibung und Überwachung beauftragten Streithelferin zu 1) erstellt.	5
Die Ausschreibungsunterlagen konkretisierten unter Ziffer 8.1 (Bl. 159 dA) die Anforderungen an die ausgeschriebene Rechenanlage. Neben einer vollautomatischen Leistungserbringung müsse sie folgende Eigenschaften aufweisen: Robuste Bauweise, geringer Wartungsaufwand, gute Zugänglichkeit, Störungsarmut. Dem Schutz der Rechenanlage vor schwerem Treibgut sollten dabei Leiteinrichtungen (Ziffer 8.4) und senkrechte Schienenstücke (Punkt 8.5) dienen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Baubeschreibung (Anlage 7.1 des Vertrages) sowie das Leistungsverzeichnis (Anlage 7.2 des Vertrages) Bezug genommen.	6
Die Klägerin gab unter dem 20.02.2008 ein Angebot zu einem Nettopreis von 259.435,00 EUR ab (Bl. 185ff dA). Vertragsgegenstand sollte eine Rechenanlage vom Typ Q oder eine gleichwertige Anlage sein. In dem Begleitschreiben zum Angebot wies die Klägerin auf die ebenfalls beigefügte technische Beschreibung eines Kettenumlaufrechens vom Typ X ### hin (Anlage B5, Bl. 120ff. dA).	7
Nach mündlichen Vergabeverhandlungen beauftragte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 08.04.2008 auf Basis der Ausschreibung und unter Beifügung der allgemeinen Vertragsgrundlagen mit der Lieferung der Rechenanlage zu einem Preis von pauschal 250.000 EUR netto. Der Vertrag (Bl. 124ff. dA) verwies u.a. auf die Baubeschreibung der Beklagten; das klägerische Angebot war den Vertragsunterlagen beigefügt.	8
Mit Schreiben vom 17.04.2008 nahm die Klägerin den vorgenannten Vertrag vorbehaltlos an (Anlage K3, Bl. 14 dA).	9
Die Klägerin baute in der Folgezeit eine Rechenanlage vom Typ X ### ein. Nach Durchführung der Arbeiten fand am 15.12.2008 zunächst eine Funktionsprüfung unter	10

Niedrigwasserverhältnissen statt.

Unter dem 16.12.2008 stellte die Klägerin der Beklagten eine Akontorechnung, die einen gesonderten Umsatzsteueranteil von 19% auswies. Nachdem die Beklagte ab dem 01.01.2009 steuerrechtlich als bauleistendes Unternehmen im Sinne des § 13b UStG eingeordnet wurde, leistete sie auf die vorgenannte Rechnung unter dem 16.01.2009 eine Zahlung in Höhe von 177.868,53 EUR, die einen Umsatzsteueranteil von 28.402,05 EUR enthielt. 11

Am 21.01.2009 brachte die Beklagte künstliches Rechengut in den Wasserlauf ein, um die Anlage unter Einstaubedingungen zu prüfen. Die Rechenanlage funktionierte nicht und es kam zu Beschädigungen an der Anlage. Die Verantwortlichkeit hierfür ist zwischen den Parteien streitig. Daraufhin setzte die Klägerin die Anlage wieder instand. 12

Am 17.02.2009 wurde die Anlage sodann von der Beklagten während eines Hochwassers in Gebrauch genommen. Die Rechen liefen nur kurz und versagten alsbald den Dienst. Im Rahmen einer Besprechung zwischen den Parteien am 18.02.2009 (Anlage K7, Bl. 19 dA) wurde vereinbart, dass kräftigere Antriebsmotoren eingebaut werden sollten. 13

Nach der Wiederinbetriebnahme der Rechenanlage am 06.03.2009 kam es zu einem erneuten Ausfall eines Rechens und einer Beschädigung der Anlage. 14

Mit Rechnung vom 07.03.2009 (Bl. 26 dA) machte die Klägerin eine Rechnungssumme von 57.787,15 EUR für die Reparatur/Instandsetzung der Rechenanlage geltend. 15

Nachdem die Beklagte eine Abnahme ablehnte, rechnete die Klägerin mit Rechnung vom 10.03.2009 über den Grundauftrag, zwei Nachtragsaufträge über ein Edelstahlgeländer und über Kranarbeiten sowie über ein Ersatzteilkpaket in Höhe von insgesamt 187.564,28 EUR Schluss (vgl. Bl. 35 dA). Die Beklagte erkannte folgende Positionen an: 16

- hinsichtlich der Nachtragsvereinbarung NA 1 vom 13.10.2008 die Positionen 1,2 und 4, 1178
- hinsichtlich der zusätzlichen Leistungen die Position 2 und 19
- die Position 1 der Nachtragsvereinbarung NA 2 vom 25.09.2009 20

Mit Schreiben vom 09.04.2009 (Anlage B7, Bl. 223ff dA) forderte die Beklagte die Klägerin zur Mängelbeseitigung auf. Unter dem 17.04.2009 lehnte die Klägerin dies ab. Mit Schreiben vom 23.04.2009 (Anlage B9, Bl. 230 dA) wies die Beklagte darauf hin, dass sie dieses Schreiben als endgültige Ablehnung der vertraglich geschuldeten Leistungserbringung auffasse und teilte der Klägerin mit, dass sie die Neuherstellung gemäß § 637 BGB im Wege der Selbstvorname in die Wege leiten werde. 21

In der Folgezeit beauftragte die Beklagte das Fachunternehmen Q GmbH, das die im Angebot der Klägerin als Leitbild definierte Anlage herstellte, mit der Sanierung der Rechenanlage. 22

Nach Durchführung der Arbeiten rechnete die Fa. Q einen Betrag von 179.506,95 EUR ab (Anlage B11, Bl. 350 dA). 23

Ferner wurden der Beklagten von weiteren Firmen folgende Rechnungen gestellt: 24

• Rechnungen der Firma I vom 24.03.2009 i.H.v. 4.094,44 EUR netto (Anlage B12, Bl. 352 dA) und 6.164,80 EUR netto (Anlage B12, Bl. 354 dA) für die Anpassung der elektronischen Steuerung	25
• Rechnung der Firma atd GmbH Ingenieurgesellschaft für Abwasserwirtschaft und technische Dienstleistungen mbH vom 16.04.2010 über 4.254,32 EUR netto (Anlage B15, Bl. 364 dA) für die Dokumentation der Mängel sowie	27
• Rechnung der Firma Q2 GmbH vom 27.08.2009 über 3.164,04 EUR netto (Anlage B17, Bl. 369 dA) für die während eines Hochwasserereignisses am 13.08.2009 eingetretenen Schäden am Rechen.	28
Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die vorgenannten Rechnungen Bezug genommen.	29
Die Klägerin hat behauptet, die von ihr erstellte Anlage sei mängelfrei. Insbesondere entspreche sie den vertraglich vereinbarten Vorgaben und sei abnahmereif. Die Ausfälle seien darauf zurückzuführen, dass die bauseits vorhandenen Leiteinrichtungen sowie die im Wasser stehenden Eisenbahnschienen das schwere Treibgut nicht vollständig von der Rechenanlage fernhielten. Die Abstände zwischen den Eisenbahnschienen seien sehr groß. Überdies seien diese bei Hochwasser völlig von Wasser bedeckt, so dass auch sperriges Treibgut bis zur Anlage gelangen könne. Sie hat in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, vertraglich geschuldet sei lediglich eine Rechenanlage des Typs X Kettenumlaufrechen VGR. Dass dieser Typ unstreitig von der Ausschreibung abweiche, sei irrelevant.	30
Weiter hat sie behauptet, dass die Beklagte im Rahmen der am 08.10.2008 stattgefundenen 17. Baubesprechung (Bl. 265 dA) einen Nachtrag für eine Gitterrostbrücke erteilt habe (NA 1). Die zusätzlich in Rechnung gestellten Kranarbeiten seien notwendig gewesen, da das Betonbauwerk einer Drittfirma mangelhaft gewesen sei. Das Ersatzteilangebot vom 27.02.2009 sei von der Beklagten angenommen worden. Die Klägerin habe die Ersatzteile auch ausgeliefert.	31
Im Hinblick auf die von der Fa. Q der Beklagten in Rechnung gestellten Kosten hat sie behauptet, eine Neuerrichtung sei nicht erforderlich gewesen. Die Positionen „Mehrpreise und Verwaltungskostenaufschläge“ in der Rechnung der Firma Q hat sie mit Nichtwissen bestritten.	32
Die Klägerin hat sinngemäß beantragt,	33
die Beklagte zu verurteilen, an sie 245.351,43 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2009 zu zahlen.	34
Die Beklagte hat beantragt,	35
die Klage abzuweisen.	36
Widerklagend hat sie – nach zwischenzeitlicher Erhöhung des Widerklageantrags zu 1) auf 119.656,17 EUR und dessen teilweiser Rücknahme – zuletzt erstinstanzlich beantragt,	37
1. die Klägerin zu verurteilen, an sie 81.993,51 EUR nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen,	38

2.	die Klägerin zu verurteilen, an sie weitere 41.687,83 EUR nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.	39
	Die Klägerin hat beantragt,	40
	die Widerklage abzuweisen.	41
	Die Beklagte hat behauptet, das Werk der Klägerin sei mangelhaft. Denn die Anlage funktioniere unter den örtlichen Bedingungen nicht. Zudem sei die Gesamtkonstruktion nicht robust genug ausgelegt. Sie hat in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, es habe sich um eine teilfunktionale Ausschreibung gehandelt.	42
	Im Hinblick auf die Widerklage hat sie behauptet, die Mangelsanierung habe sich auf den eigentlichen Rechen beschränkt.	43
	Da der Bauablauf durch die mangelhaften Werkleistungen der Klägerin erheblich gestört worden sei, habe die Firma I die Mitarbeiter I2 und T über längere Zeit vorhalten müssen, ohne diese für anderweitige Projekte einsetzen zu können.	44
	Zudem hat sie die Ansicht vertreten, eine Vertragsstrafe sei wegen der unstreitigen Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins vom 27.11.2008 angefallen. Hierzu hat sie behauptet, Ursache für die Terminüberschreitung sei das Versäumnis der Klägerin gewesen, ein Aufmaß über die exakten Dimensionen des Bauwerks aufzunehmen.	45
	Weiter hat sie die Ansicht vertreten, die Umsatzsteuerschuld habe sich gemäß § 13b UStG auf sie verlagert, sodass die Klägerin verpflichtet sei, bereits gezahlte Mehrwertsteuer i.H.v. 28.402,05 EUR zurückzuzahlen.	46
	Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Verwertung des im Beweissicherungsverfahren (11 OH 1/10, LG Essen) eingeholten schriftlichen Gutachtens sowie durch Einholung eines ergänzenden schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen H nebst dessen mündlichen Erläuterungen in der Sitzung vom 08.03.2013.	47
	Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminprotokolle.	48
	Das Landgericht hat sodann mit Urteil vom 23.10.2013, der Klägerin am 05.11.2013 und der Beklagten am 06.11.2013 zugestellt, die Klage abgewiesen und der Widerklage – unter Abweisung des Widerklageantrags zu 2) – iHv 81.993,51 EUR nebst Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.12.2010 stattgegeben.	49
	Zur Begründung der Klageabweisung hat es ausgeführt, dass der Klägerin kein Werklohnanspruch zustehe, da die Forderung mangels Abnahme und Abnahmereife nicht fällig sei. Denn das Werk der Klägerin sei mangelhaft, da die von der Klägerin gelieferte Anlage bei den vorgegebenen örtlichen Gegebenheiten unstreitig nicht dauerhaft funktionstüchtig gewesen sei. Zudem sei die Anlage nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen nicht robust genug ausgeführt und weise weitere Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit auf.	50
	Ein Anspruch auf Erstattung der unter dem 09.03.2009 abgerechneten Zusatzarbeiten bestehe nicht, da es sich insoweit um nicht vergütungspflichtige Nachbesserungsarbeiten handele.	51

Demgegenüber sei der Widerklageantrag zu 1) zulässig und begründet. Die Beklagte könne Erstattung der von der Firma Q in Rechnung gestellten 179.546,95 EUR verlangen. Es bestünden keine Bedenken gegen die Erforderlichkeit der abgerechneten Leistungen, da die nunmehr eingebaute Rechenanlage dem Leitmodell entspreche.	52
Auch die Kosten für die Zustandsfeststellung durch ein privates Sachverständigenbüro seien erstattungsfähige Mängelbeseitigungskosten, da ein weiteres Zuwarten – trotz laufenden Beweissicherungsverfahrens – wegen der drohenden Hochwasserstände nicht zumutbar gewesen wäre.	53
Die Rechnungen der Firma I seien Folge der nicht fristgerechten Inbetriebnahme, sodass die Klägerin diese unter Verzugsgesichtspunkten zu zahlen habe.	54
Hingegen sei der Widerklageantrag zu 2) zulässig, aber unbegründet. Ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe i.H.v. 13.285,78 EUR sei nicht gegeben, denn die unter Ziffer 5.1 des Bauvertrages vereinbarte Klausel halte einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand und sei deshalb unwirksam.	55
Auch ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Umsatzsteuer i.H.v. 28.402,05 EUR bestehe nicht, da eine Rechnungsumschreibung nicht erforderlich sei.	56
Gegen dieses Urteil richten sich die wechselseitigen Berufungen der Parteien.	57
Die Klägerin hat mit am 18.11.2013 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese – nach einmaliger Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 05.02.2013 einschließlich – mit Schriftsatz vom 05.02.2013, eingegangen bei Gericht am selben Tag, begründet.	58
Sie verfolgt mit der Berufung ihr erstinstanzliches Ziel weiter.	59
Im Hinblick auf die vom Landgericht abgewiesene Klage rügt die Klägerin, dass die von ihr gelieferte Anlage nicht mangelhaft sei. Die von ihr gelieferte Anlage sei nämlich geeignet, übliches Rechengut wie Laub, Lebensmittelreste, Faserstoffe u.ä. zu entfernen. Aus der Baubeschreibung unter Ziffern 8.4 und 8.5 ergebe sich, dass der Schutz vor sperrigem Treibgut durch die Leiteinrichtungen übernommen werde. Sie habe daher davon ausgehen dürfen, dass die Anlage nur übliches Treibgut entfernen müsse. Bedenken habe sie deshalb nicht anmelden müssen. Die Parteien hätten sich im Übrigen auch auf die Lieferung einer Rechenanlage des Typs X #### verständigt.	60
Im Übrigen bestreitet die Klägerin, dass sich aus den Lichtbildern habe erkennen lassen, dass schweres Treibgut in den Bereich der Rechenanlage gelangen könne.	61
Auch die ursprünglich gelieferten Motoren hätten mit ca. 2,0 kW der technischen Beschreibung entsprochen. Der Einbau von stärkeren Motoren sei nur notwendig gewesen, um den vertraglich nicht geschuldeten Abtransport von grobem Treibgut zu ermöglichen.	62
Das Ersatzteilangebot vom 27.02.2009 habe die Beklagte bestellt und auch erhalten.	63
Die Rechnung vom 07.03.2009 für die Instandsetzung der Rechenanlage müsse die Beklagte zahlen, da der Schaden durch grobes Treibgut entstanden sei.	64
Die Erneuerung der Tränenbleche an der Gitterrostbrücke sei nicht Gegenstand des ursprünglichen Vertrages gewesen.	65

Im Hinblick auf die Widerklage weist die Klägerin darauf hin, dass aufgrund der fehlenden Mangelhaftigkeit der von ihr gelieferten Rechenanlage bereits dem Grunde nach Ansprüche nicht bestünden.	66
Zudem seien auch bei der neuen Anlage dieselben Probleme aufgetreten, wie sie sich bei der von der Klägerin gelieferten Anlage ergeben hätten.	67
Die von der Beklagten veranlasste Zustandsfeststellung durch einen Privatsachverständigen sei nicht erforderlich gewesen, da sie parallel ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet habe.	68
Weder die Kosten für die Elektroarbeiten noch die Kosten für die Instandsetzung durch die Fa. Q2 GmbH könne die Beklagte erstattet verlangen. So habe die Klägerin angeboten, die Beschädigung durch eine Notreparatur zu beseitigen. Die Beklagte sei allerdings nicht bereit gewesen, der Klägerin einen entsprechenden Auftrag zu erteilen.	69
Im Übrigen sei die Klägerin nicht in Verzug gewesen. Zu der Verzögerung von rund zwei Wochen sei es gekommen, weil die Klägerin ihre Arbeiten wegen Behinderung durch ein Vorgewerk habe unterbrechen müssen.	70
Die Klägerin beantragt,	71
das angefochtene Urteil teilweise zu ändern und	72
1. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin 245.351,43 EUR nebst 8 %-Punkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2009 zu zahlen sowie	73
2. die Widerklage insgesamt abzuweisen.	74
Die Beklagte beantragt,	75
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	76
Sie verteidigt das angefochtene Urteil.	77
Im Hinblick auf die abgewiesene Klage weist die Beklagte darauf hin, dass die Anlage unstreitig nicht funktionstüchtig gewesen sei. Die Klägerin könne sich nicht mit Hinweis auf die vorhandenen Schutz- und Leiteinrichtungen entlasten. Vielmehr sei es Aufgabe der Klägerin gewesen, unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse die von ihr gelieferte Anlage ausreichend stabil auszuführen.	78
Entgegen der Auffassung der Klägerin sei auch kein Anlagentyp „X ####“ beauftragt worden. Denn der Vertragsinhalt sei durch das Leistungsverzeichnis der Beklagten definiert worden.	79
Im Hinblick auf die weiteren Forderungen der Klägerin weist die Beklagte darauf hin, dass es weiterhin an einer nachvollziehbaren substantiierten Darstellung fehle.	80
Zutreffend habe das Landgericht auch dem Widerklageantrag zu 1) stattgegeben.	81
Die Kosten der Firma Q habe die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten. Es sei zudem falsch, dass die neue Anlage unter vergleichbaren Defiziten leide.	82
Im Hinblick auf die Kosten für die Zustandsfeststellung weist die Beklagte darauf hin, dass sie zwar bereits am 13.11.2009 das selbständige Beweisverfahren eingeleitet habe. Aber erst als	83

das Verfahren auf mehrfache Hinweise keinen Fortgang genommen habe, sei von ihr die Zustandsfeststellung durch einen Privatsachverständigen veranlasst worden.	
Die Kosten der Elektroarbeiten habe die Klägerin lediglich pauschal bestritten.	84
Die Instandsetzungskosten habe die Klägerin ebenfalls zu tragen, da sie ausschließlich entgeltlich habe tätig werden wollen, obwohl es sich um Mangelbeseitigungsmaßnahmen gehandelt habe.	85
Die Beklagte ihrerseits hat mit am 04.12.2013 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 20.12.2013, eingegangen bei Gericht am 23.12.2013, begründet.	86
Auch sie verfolgt mit der Berufung ihr erstinstanzliches Ziel weiter.	87
In der Sache rügt sie, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft einen Rückerstattungsanspruch hinsichtlich des gezahlten Umsatzsteueranteils verneint. Im Zeitpunkt der Zahlung am 16.01.2009 sei bereits die Umsatzsteuerschuld auf sie als bauleistendes Unternehmen übergegangen. Daher sei dieser Betrag im September 2009 auch ordnungsgemäß dem Finanzamt gemeldet und gezahlt worden, sodass sie im Ergebnis zweimal mit der Umsatzsteuer belastet worden sei.	88
Auch ein Anspruch auf Vertragsstrafe bestehe. Insoweit habe das Landgericht verkannt, dass es sich bei der Ziffer 5.1 des Vertrages nicht um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handle. Die ursprüngliche Ausschreibung habe sowohl in Bezug auf den Tages- wie auch den Höchstsatz ausdrücklich entsprechende Platzhalter vorgesehen, über die mit der Klägerin verhandelt worden sei. Aber auch bei Annahme einer formularmäßigen Vereinbarung sei die Vertragsstrafe im Hinblick auf die rechtzeitige Funktionsfähigkeit der Anlage und damit für einen ausreichenden Hochwasserschutz nicht zu beanstanden.	89
Die Beklagte beantragt,	90
die Klägerin unter Abänderung des am 23.10.2013 ergangenen Urteils des LG Essen (Az. 11 O 294/09) zu verurteilen, an die Beklagte über die zugesprochenen 81.993,51 EUR nebst Zinsen hinaus weitere 41.687,83 EUR nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 %-Punkten über Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	91
Die Klägerin beantragt,	92
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	93
Sie verteidigt insofern das angefochtene Urteil.	94
Sie bestreitet, dass die Vertragsstrafenregelung im Einzelnen verhandelt worden sei. Die Beklagte sei vielmehr nicht bereit gewesen, diese zur Diskussion zu stellen.	95
Hinsichtlich der Umsatzsteuer habe die Beklagte keinen Nachteil erlangt, weil sie die Umsatzsteuer im Wege des Vorsteuerabzugs geltend machen könne und auch geltend gemacht habe.	96
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen C und durch durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen H. Wegen des Ergebnisses der	97

Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 27.09.2016 sowie den
Berichterstatteervermerk Bezug genommen.

II. 98

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet, die zulässige Berufung der Beklagten
hingegen teilweise begründet. 99

1. Berufung der Klägerin 100

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet, da ihr ein Zahlungsanspruch gegen die
Beklagte nicht zusteht (nachfolgend Punkt 1a) und der Beklagten auf die Widerklage ein
höherer als der vom Landgericht zuerkannte Betrag gebührt (nachfolgend Punkte 1b und 2). 101

a) Klageantrag 102

Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von 245.351,43 EUR
nicht zu. 103

Ihr Zahlungsanspruch in berechtigter Höhe von 116.231,04 EUR ist nämlich durch
Aufrechnung der Beklagten mit einem erstrangigen Teilbetrag der ihr gegen die Klägerin
zustehenden Gegenforderungen erloschen (§ 397 BGB). 104

aa) Zahlungsansprüche der Klägerin 105

Die durch Aufrechnung erloschene, berechnete Werklohnforderung der Klägerin aus § 631
Abs. 1 BGB beläuft sich insgesamt auf 116.231,43 EUR und setzt sich wie folgt zusammen: 106

Schlussrechnung vom 10.03.2009 107

Rechenanlage	250.000,00 EUR	108
--------------	----------------	-----

Nachtragsvereinbarung NA 1 vom 13.10.2008	7.042,52 EUR	109
---	--------------	-----

Zusatzleistungen	126,00 EUR	110
------------------	------------	-----

Nachtragsvereinbarung NA 2 vom 25.02.2009	8.547,00 EUR	111
---	--------------	-----

Ersatzteilangebot	0,00 EUR	112
-------------------	----------	-----

<u>Rechnung vom 07.03.2009</u>	<u>0,00 EUR</u>	113
--------------------------------	-----------------	-----

Zwischensumme	256.715,52 EUR	114
---------------	----------------	-----

<u>./.. Abschlagszahlung</u>	<u>- 149.484,48 EUR</u>	115
------------------------------	-------------------------	-----

Restwerklohnforderung (netto)	116.231,04 EUR	116
-------------------------------	----------------	-----

Weitergehende Ansprüche der Klägerin sind unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu
bejahen. 117

(1) Der Klägerin steht gem. § 631 Abs. 1 BGB für die gelieferte und eingebaute
Rechenanlage ein Werklohnanspruch in Höhe von 250.000,00 EUR netto zu. 118

119

Zwischen den Parteien ist ein Werkvertrag geschlossen worden. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 08.04.2008 (Anlage B5, Bl. 120 dA) ein Angebot zum Abschluss eines solchen übersandt, welches die Klägerin mit Schreiben vom 17.04.2008 (Anlage K3, Bl. 14 dA) angenommen hat.

Der Werklohnanspruch ist trotz fehlender Abnahme fällig. Denn entgegen der gesetzlichen Grundregel des § 641 Abs. 1 BGB tritt vorliegend die Fälligkeit der klägerischen Werklohnforderung auch ohne Abnahme ein, da zwischen den Parteien ein Abrechnungsverhältnis besteht. Die Beklagte macht lediglich Ansprüche wegen Mängeln der von der Klägerin erbrachten Werkleistung geltend. Ihr Begehren ist damit nicht mehr auf die Erfüllung der geschuldeten Leistung gerichtet ist, sodass sie sich auf die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung nicht mehr berufen kann (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.1999 – VII ZR 456/98; OLG Hamm, Urteil vom 15.11.2012 – 21 U 53/12; Pause/Vogel in Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2016, § 641 Rn. 9). 120

Auch steht der Beklagten wegen des fehlenden Statiknachweises nicht die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 Abs. 1 BGB) zu. Denn durch die von ihr vorgenommene Mängelbeseitigung, die mit einem Ausbau der klägerischen Rechenanlage verbunden war, ist dieser Nachweis unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB). 121

(2) Hinsichtlich der Nachtragsvereinbarung NA 1 vom 13.10.2008 steht der Klägerin ein Werklohnanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB in Höhe von 7.042,52 EUR netto zu. 122

Dieser Betrag ergibt sich aus den Rechnungspositionen 1, 2 und 4, die von der Beklagten anerkannt worden sind. Weitergehende Ansprüche bestehen nicht. 123

Hinsichtlich der im Nachtragsangebot NA 1 vom 13.10.2008 enthaltenen Position 3 „Erneuerung der Tränenbleche“ ist eine Beauftragung durch die Beklagte nicht festzustellen. 124

Eine entsprechende Beauftragung ergibt sich nicht bereits aus der Absprache der Parteien anlässlich der 17. Baubesprechung vom 09.10.2008. Zwar wurde die Klägerin ausweislich des Besprechungsprotokolls (Bl. 265 dA) mit der Erneuerung der Gitterrostbrücke beauftragt, doch handelt es sich bei der Erneuerung der Tränenbleche um eine Bedarfsposition, wie dem Nachtragsangebot NA 1 zu entnehmen ist. Die Beklagte bestreitet, dass ein entsprechender Bedarf festgestellt und abgerufen worden sei. Auch bestreitet sie, dass die Klägerin die Leistung überhaupt erbracht habe. 125

Erstinstanzlich ist die Klägerin beweisfällig geblieben. Soweit sie in der Berufungsbegründung nunmehr erstmalig einen Beweis durch Zeugenvernehmung antritt, ist sie hiermit gem. § 531 ZPO ausgeschlossen. Gründe, die für eine ausnahmsweise Zulassung nach § 531 Abs. 2 ZPO sprechen, wurden nicht dargetan. 126

Auch eine Zulassung nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO kommt vorliegend nicht in Betracht, da ein Verfahrensmangel im erstinstanzlichen Rechtszug nicht gegeben ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin musste das Landgericht keinen entsprechenden Hinweis erteilen, da dieser Gesichtspunkt erstinstanzlich weder erkennbar übersehen noch für unerheblich gehalten wurde (§ 139 Abs. 2 S. 1 ZPO). Denn auf das Bestreiten der Beklagten in dem Schriftsatz vom 06.12.2010 ist die Klägerin mit ihrem nachfolgenden Schriftsatz vom 01.07.2011 eingegangen und hat – jedoch ohne Beweisantritt – erneut vorgetragen. 127

Zudem fehlt es an jedwedem substantiierten Vortrag zur Beauftragung und Leistungserbringung, sodass eine Vernehmung des Zeugen T2 als unzulässiger 128

Ausforschungsbeweis anzusehen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 08.11.2012 – VII ZR 199/11; Bacher in Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Vorwerk/Wolf, 22. Edition Stand: 01.09.2016, § 284 ZPO Rn. 40; Foerste in Musielak/Voit, ZPO, 13. Auflage 2016, § 284 ZPO Rn. 17). Hierauf hatte auch die Beklagte spätestens in ihrer Berufungserwiderung hingewiesen, ohne dass entsprechender Vortrag von der Klägerin erfolgt wäre.

(3) Weiter steht der Klägerin hinsichtlich der in der Schlussrechnung mit gesondertem Titel „Zusätzlichen Leistungen“ ausgewiesenen Arbeiten ein Anspruch auf Werklohn in Höhe von 126,00 EUR netto gem. § 631 Abs. 1 BGB zu. Dieser Betrag folgt aus der von der Beklagten anerkannten Position 2 „Hebezeug Dammbalken“. 129

Ein Werklohnanspruch der Klägerin für die unter diesem Rechnungstitel mit Pos. 1 geltend gemachten zusätzlichen Kranarbeiten ist hingegen nicht gegeben. Der zur Einpassung der klägerischen Rechenanlage in das von einem Vorunternehmer erstellte Betonbauwerk zusätzlich notwendig gewordene Kraneinsatz unterfällt dem Herstellungsrisiko der Klägerin. Dass das Vorgewerk etwa 4 cm aus Lot fällt, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Denn die Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, dass sich das Betonbauwerk gleichwohl innerhalb der zulässigen Toleranzen bewegt habe. Die Klägerin kann bei der Erbringung ihrer Werkleistung jedoch nur davon ausgehen, dass sich Vorgewerke innerhalb des zulässigen Rahmens bewegen. Auf eine optimale Ausführung, die gegebenenfalls zu einer eigenen Kostenersparnis führt, hat sie keinen Anspruch. 130

(4) Aus der Nachtragsvereinbarung NA 2 vom 25.02.2009 steht der Klägerin ein Werklohnanspruch in Höhe von 8.547,00 EUR netto aus § 631 Abs. 1 BGB zu. Diese Forderung ist von der Beklagten anerkannt worden. 131

(5) Der Klägerin steht ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung im Hinblick auf das Ersatzteilangebot vom 27.02.2009 gem. § 433 Abs. 1 BGB mangels Abschlusses eines entsprechenden Kaufvertrages nicht zu. 132

Es fehlt weiterhin an substantiiertem Vortrag der Klägerin. Vielmehr trägt sie auf das Bestreiten der Beklagten lediglich pauschal vor, das Angebot sei angenommen und ausgeliefert worden. Auf die fehlende Substantiierung hatte die Beklagte bereits erstinstanzlich hingewiesen (Bl. 441 dA), sodass es eines weiteren Hinweises gem. § 139 Abs. 1, 2 ZPO nicht mehr bedurfte (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2006 - VIII ZR 72/06 = NJW 2007, 759, 761; Fritsche in Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, § 139 ZPO Rn. 14). 133

Zudem ist die Klägerin erstinstanzlich beweisfällig geblieben. Dem erst in der Berufungsbegründung erfolgten Beweisantritt ist mangels Vorliegens eines Verfahrensfehlers nicht nachzugehen (§ 531 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Beweiserhebung wäre überdies vor dem Hintergrund des unzureichenden Vortrages als Ausforschungsbeweis unzulässig. 134

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass ein entsprechender Anspruch auf Kaufpreiszahlung auch bei Annahme eines Vertragsschlusses aus Rechtsgründen nicht bestünde. Die Beklagte könnte nämlich unter Berücksichtigung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1, 3 BGB) den Kaufvertrag rückabwickeln. Denn das Ersatzteilkpaket steht in einem inneren Zusammenhang mit der von der Klägerin eingebauten Rechenanlage, die jedoch wegen Mangelhaftigkeit (dazu ausführlich nachfolgend unter Punkt [6]) für die Beklagte wertlos geworden ist. Es bestünden daher allenfalls Ansprüche auf Rücküberübereignung. Eine Lieferung ist jedoch nicht substantiiert dargelegt. 135

(6) Ein Anspruch auf Werklohn in Höhe von 48.560,63 EUR netto gem. § 631 Abs. 1 BGB steht der Klägerin für die mit der Rechnung vom 07.03.2009 geltend gemachten Leistungen ebenfalls nicht zu.

Die von der vorstehenden Rechnung erfassten Kosten für die Instandsetzung der Rechenanlage und für den Einbau des neuen Motors zur Erhöhung der Motorleistung sind als Arbeiten zur Erfüllung ihrer ursprünglichen werkvertraglichen Leistungspflicht von der Beklagten nicht zu vergüten. 137

Die von der Klägerin gelieferte und eingebaute Rechenanlage vom Typ „X ####“ war mangelhaft gem. § 633 Abs. 2 BGB, da sie der vereinbarten Beschaffenheit nicht entsprach. 138

(a) Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die von der Klägerin eingebaute Anlage unter den vorgegebenen örtlichen Gegebenheiten nicht funktionstüchtig war. So wies die Klägerin bereits im Rahmen ihrer Klageschrift darauf hin, dass die von ihr eingebaute Rechenanlage bei mehreren Hochwasserereignissen ausfiel – so etwa am 17.02.2009 und am 06.03.2009. 139

Soweit die Klägerin darauf verweist, dass diese Ausfälle ihre Grundlage darin gefunden hätten, dass die der Rechenanlage vorgeschalteten Leiteinrichtungen die groben Störstoffe nicht zuverlässig ferngehalten hätten, ist dies rechtlich unerheblich. 140

(aa) Die werkvertragliche Verpflichtung der Klägerin erschöpft sich – entgegen der von ihr vertretenen Auffassung – nicht in der Abarbeitung ihres Angebots vom 20.02.2008, das den Vertragsunterlagen beigelegt worden war (vgl. Anlage B5, Bl. 185 dA). Vielmehr wird die Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien von der Herstellungspflicht der Klägerin überlagert, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk zu erbringen. Auf der Grundlage des funktionalen Herstellungsbegriffs ist der Unternehmer nämlich verpflichtet, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk zu erbringen (allg.M.; grundlegend BGH, Urteil vom 8. 11. 2007 - VII ZR 183/05 = NZBau 2008, 109, 110; Urteil vom 19.01.1995 – VII ZR 131/93; Urteil vom 29.09.2011 – VII ZR 87/11; für die Lit. siehe etwa Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 18; Busche in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 633 BGB Rn. 14; Wieseler in Beck'scher Online-Kommentar VOB/B, Preussner/Kandel/Jansen, 24. Edition Stand: 01.07.2016, § 1 Abs. 1 VOB/B Rn. 22). 141

Dies gilt im vorliegenden Fall insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Beklagte eine teilfunktionale Ausschreibung vorgenommen hat. So wird im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen das vertraglich geschuldete Leistungssoll zunächst funktional beschrieben. 142

Ziffer 1.1 des Vertrages weist den Vertragsgegenstand funktional aus und gibt lediglich einzelne spezifizierte Vorgaben – wie etwa einen zweiteiligen Aufbau – konkret vor. Auch die Baubeschreibung (Anlage B3, Bl. 153ff dA) stellt zunächst unter den Ziffern 2 und 3 die Ausgangssituation dar. Unter Ziffer 8.1 wird nochmals auf die bereits oben dargestellte Aufgabe der Rechenanlage hingewiesen, bevor anschließend allgemeine Anforderungen an die geplante Rechenanlage spezifiziert werden. So sollte sie folgende Eigenschaften aufweisen: robuste Bauweise, geringer Wartungsaufwand, gute Zugänglichkeit und Störungsarmut. Ziffer 8.2.1 enthält sodann nur hinsichtlich einzelner Teilbereiche (z.B. Rechenrost, Kettenlagerung) spezifizierte Vorgaben (vgl. Bl. 160 dA). 143

Dass der Beklagten mit dem klägerischen Angebot auch die technische Beschreibung der Rechenanlage „X ####“ übersandt wurde und im Rahmen der mündlichen 144

Vergabeverhandlungen über diesen Typ gesprochen wurde, ist rechtlich unerheblich. Denn die teilfunktionale Leistungsbeschreibung ist in dem Streitgegenständlichen Bauvertrag, der durch die mit Schreiben der Beklagten vom 08.04.2008 erklärte Beauftragung (Bl. 127ff dA) und deren vorbehaltlose Annahme durch die Klägerin (Bl. 14 dA) geschlossen worden ist, übernommen worden. Dies ergibt sich bereits aus Ziffer 1.2.1 des Vertragstextes, der für Inhalt und Auslegung des Vertrages nicht auf das klägerische Angebot, sondern die Baubeschreibung und das Leistungsverzeichnis der Beklagten verweist. Auch das Anschreiben der Beklagten vom 08.04.2008, mit welchem die Klägerin gemäß des beigefügten Bauvertrages beauftragt wurde, weist die geschuldete werkvertragliche Leistung lediglich allgemein mit „Sanierung der C2-Rechenanlage S7, Los 2“ aus.

Vor diesem Hintergrund ist es rechtlich unerheblich, dass die von der Klägerin gelieferte Anlage nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen mangelfrei Laub, kleine Äste, Joghurtbecher und vergleichbare Störstoffe beseitigen würde. Denn eine Rechenanlage, die in der Lage ist, nur solche Störstoffe zu beseitigen, war nicht Gegenstand der werkvertraglichen Herstellungsverpflichtung der Klägerin. Vielmehr musste sie unter den vorgegebenen örtlichen Bedingungen umfassend funktionstauglich sein. 145

(bb) Die sich aus dem funktionalen Herstellungsbegriff ergebende und im Wesen des Werkvertragsrechts begründete weite Erfolgshaftung des Unternehmers findet nur dann eine Begrenzung, wenn der Auftraggeber seinerseits entsprechende Risiken der Funktionstauglichkeit übernommen hat (BGH, Urteil vom 29.09.2011 ? VII ZR 87/11 = NZBau 2011, 746, 747; Urteil vom 12.05.2005 - VII ZR 45/04 = NZBau 2005, 456, 457; OLG Hamm, Urteil vom 20.10.2009 – 19 U 143/05), wofür den Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast trifft (Kniffka, aaO, 6. Teil Rn. 20). 146

Eine entsprechende Risikoübernahme ist entgegen der Auffassung der Klägerin der Freigabeerklärung zum Einbau der klägerischen Rechenanlage nicht beizumessen, da sich diese Erklärung lediglich auf den Einbau in Bezug auf die Vorgewerke bezog. 147

Auch dem Schreiben der Beklagten vom 27.08.2008 (Anlage K22, Bl. 530 dA) kann ein entsprechender Wille nicht entnommen werden, da hierin vor dem Hintergrund des Vertragstextes jedenfalls keine Risikoübernahme auf die gelieferte Anlage zu sehen ist. 148

Weiter lassen die unter Ziffer 8.4 und 8.5 der Baubeschreibung dargestellten Schutzvorrichtungen ebenfalls eine Risikoübernahme der Beklagten dahingehend, dass sich die Funktionstauglichkeit der Rechenanlage lediglich auf die Beseitigung von Störstoffen wie Laub, kleinen Ästen oder Joghurtbechern beschränkt, nicht erkennen. Vielmehr ist die Beschreibung der Schutzvorrichtungen lediglich als Darstellung der örtlichen Rahmenbedingungen und ihrer abstrakten Funktionsweise zu verstehen. Eine Risikoübernahme der Beklagten kann in diesen Passagen der Baubeschreibung bereits aufgrund ihrer lediglich allgemeinen Formulierung, die lediglich von sperrigen und schweren Gegenständen spricht, nicht gesehen werden. 149

Dies zeigen auch systematische Überlegungen. Denn die funktionale Beschreibung des zu erreichenden Leistungserfolges ist an prominenter Stelle sowohl im Vertragstext als auch in der Baubeschreibung platziert. Auch das in diesem Zusammenhang ausdrücklich verlangte Erfordernis einer robusten Bauweise (Bl. 160 dA), das in dem Leistungsverzeichnis nochmals wiederholt wird („ausgeführt als schwere und solide Konstruktion“, Bl. 573 dA), spricht gegen eine Begrenzung der vom klägerischen Werk zu erbringenden Funktionalität. 150

(cc) Jedoch selbst wenn die Baubeschreibung in dem von der Klägerin vertretenen Sinn zu verstehen wäre, kann eine ihre Mängelhaftung begrenzende Risikoübernahme durch die Beklagte vorliegend nicht festgestellt werden. Die Klägerin kann sich nämlich als beauftragtes Fachunternehmen nicht auf die Formulierung der Baubeschreibung zurückziehen, wenn sie deren Fehlerhaftigkeit erkennen musste. Vielmehr hätte sie die Beklagte über das bestehende Risiko aufklären müssen. Nur soweit sich die Beklagte gleichwohl mit der vorgeschlagenen Bauausführung einverstanden erklärt, kann hierin eine entsprechende Risikoübernahme zu sehen sein (vgl. auch BGH, Urteil vom 12.05.2005 - VII ZR 45/04 = NZBau 2005, 456, 458). Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall.

Die Klägerin selbst hat erstinstanzlich vorgetragen, dass bereits aus den den 152
Ausschreibungsunterlagen beigelegten Lichtbildern (Anlage B2, Bl. 94ff dA) ersichtlich
gewesen sei, dass größeres Material nicht zurückgehalten werden könne und bei
Hochwasser – also dem Einsatzzeitraum der Rechen – die Schienen vollständig bedeckt
wären, sodass Grobmaterial hinüberschwimmen könne (Bl. 240/241 dA).

Soweit die Klägerin diesen Vortrag nunmehr vor dem Hintergrund des erstinstanzlichen 153
Urteils in der Berufungsbegründung korrigiert (Bl. 878 dA), ist dies ausschließlich
prozesstaktisch motiviert und im Hinblick auf die Regelungen des § 138 ZPO und des § 531
Abs. 1, 2 ZPO unbeachtlich.

Soweit der von der Klägerin eingeschaltete Privatgutachter Prof. Dr. X2 in seinem Gutachten 154
vom 26.06.2011 (Bl. 400 dA) die Ansicht vertritt, eine Fachfirma müsse von diesem Umstand
nicht ausgehen (Bl. 403 dA), ist dies im Hinblick auf den eigenen Vortrag der Klägerin bereits
unerheblich und zudem rechtlich unzutreffend.

Auch der gerichtliche Sachverständige hat im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines 155
Gutachtens nochmals gegenüber dem Senat zum Ausdruck gebracht, dass ein Konstrukteur
für Rechenanlagen die mangelnde Schutzfunktion der Leiteinrichtungen und Schienen ohne
Weiteres hätte erkennen können und müssen.

Einen Bedenkenhinweis hat die Klägerin jedoch gleichwohl nicht erteilt, obwohl die Parteien 156
vor dem Vertragsschluss eine Ortsbegehung durchgeführt hatten und der Klägerin
aussagekräftige Bilder zu den Schutzmaßnahmen zur Verfügung gestanden hatten.

Die Bedenkenhinweispflicht ist auch nicht entbehrlich, da keine Anhaltspunkte dafür 157
ersichtlich sind, dass sich die Beklagte des übernommenen Risikos und seiner Tragweite
ohnehin bewusst war (vgl. BGH Urteil vom 29.9.2011 – VII ZR 87/11).

Auch der Umstand, dass die Beklagte fachplanerisch beraten war, führt zu keiner anderen 158
rechtlichen Bewertung. Denn die konkreten Planungsleistungen – insbesondere die Auswahl
der einzubauenden Rechenanlage – oblagen der Klägerin als beauftragtes
Fachunternehmen, da es sich um eine teilfunktionale Ausschreibung gehandelt hatte (vgl.
oben). Im Übrigen ist es auch nicht ausreichend, wenn allein dem von der Auftraggeberin mit
der Planung rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Dritten das Risiko bekannt ist (so für den
Architekten: OLG Düsseldorf Urteil vom 27.3.2009 – 23 U 83/08).

(dd) Soweit die Leistungsbeschreibung der Beklagten im Hinblick auf den Umfang des durch 159
die Schutzmaßnahmen abgehaltenen Schwemmmaterials und der Bezeichnung als
Feinrechenanlage ungenau gewesen sein sollte, ist dies rechtlich ebenfalls unerheblich.
Jedenfalls ist hierin – entgegen der Ansicht des Privatgutachters Prof. Dr. X2, die sich die
Klägerin zu eigen gemacht hat – kein die Mängelhaftung ausschließendes Planungsdefizit

der Beklagten zu erblicken.

Es kommt nicht darauf an, ob eine detaillierte Leistungsbeschreibung vorliegt und inwieweit diese ggfls. vollständig oder richtig ist. Sind Leistungsvorgaben des Auftraggebers unzureichend und kommt es deshalb zu einem Mangel des Werks, stehen dem Auftraggeber gleichwohl grundsätzlich die in § 634 BGB genannten Rechte zu (Kniffka, aaO, 6. Teil Rn. 25). Auch in diesen Fällen verbleibt es grundsätzlich bei der umfassenden Mängelhaftung des Auftragnehmers. Dieser wird lediglich in zwei Fallkonstellationen aus seiner Haftung entlassen (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05; ausführlich: Kniffka, aaO, 6. Teil Rn. 23, 25, 27):

- wenn er nicht erkennen konnte, dass die Leistungsbeschreibung nicht geeignet ist, die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion zu erfüllen, oder 162
- wenn er den Auftraggeber auf die Bedenken wegen der Leistungsbeschreibung hingewiesen hat. 163

Indes ist keiner der vorbeschriebenen Ausnahmefälle im vorliegenden Fall gegeben. Denn für die Klägerin war – wie oben dargestellt – erkennbar, dass die von ihr vorgenommene konstruktive und technische Ausrichtung der Rechenanlage nicht den vor Ort vorgefundenen Gegebenheiten entsprach. Sie konnte sich erkennbar gerade nicht darauf verlassen, dass lediglich kleine Störstoffe zur Rechenanlage durchdringen würden. 164

Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Klägerin selbst die von ihr gelieferte Rechenanlage nicht als Feinrechen, sondern – entsprechend ihrem tatsächlichen Einsatzbereich – als Grobrechenanlage bezeichnet hat (vgl. Terminprotokoll vom 28.10.2011 – Bl. 448 dA). 165

(b) Neben ihrer fehlenden Funktionstauglichkeit weist die von der Klägerin gelieferte Rechenanlage auch weitere Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB) und ihrem dem Vertrag beigefügten Angebot auf, was auch die Klägerin einräumt. Insoweit hat die Klägerin nicht einmal das von ihr vorgelegte Angebot als Leistungsverzeichnis abgearbeitet. 166

aa) Nach den überzeugenden, für den Senat nachvollziehbaren und von den Parteien auch nicht angegriffenen Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen H weist die von der Klägerin eingebaute Rechenanlage folgende Abweichungen auf: 167

So hätte der Kettenantrieb Rollen aus Polyethylen aufweisen und die untere, im Wasser befindliche Umlenkung nicht über ein Zahnrad, sondern über eine Gleitführung aus Polyamid erfolgen sollen. Die Ausführung der unteren Umlenkrollen als Kunststoffrollen sei aus umweltbiologischen Gründen sinnvoll, da sich die beauftragten Rollen selber durch das Wasser schmieren würden. Demgegenüber habe die Klägerin die im Wasser befindliche Umlenkung aus Stahl konzipiert, sodass Öle und Fette ins Wasser gelangen könnten, da die Lager unter Wasser geschmiert werden müssten. Diese Stoffe dürfen – nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten – jedoch nach der erteilten Baugenehmigung nicht ins Wasser eingebracht werden. 168

Zudem ist das von der Beklagten geforderte Gleitsystem gegenüber dem von der Klägerin eingebauten Verzahnungssystem im Hinblick auf einen Fremdpartikeleintrag weniger störanfällig. Dies ist sowohl für die von der Beklagten geforderte Robustheit als auch für die 169

geforderte Störunanfälligkeit von Bedeutung.

Die Schutzvorrichtungen für die Kette sind in der von der Klägerin gewählten Ausführung nicht ausreichend. 170

Auch hätte der Rechen mit Nadelwehreisen ausgeführt werden sollen. Die Klägerin hingegen hat Rechteckeisen aus Flachstahl ohne Strömungsverbesserungsmaßnahmen verbaut. 171

Der Kettenantrieb hätte über einen Drehmomentschutz mit Endschaltern verfügen sollen, wohingegen die Klägerin einen Getriebemotor mit Überlastsicherung (FI-Schutz) eingebaut hat. Die von der Beklagten geforderte mechanische Ausführung ist nach den Ausführungen des Sachverständigen nur durch einen Eingriff in das System zu verstellen, was zu einer höheren Betriebssicherheit führt. 172

Zudem hätten die verbauten Bleche eine Mindeststärke von 8 mm aufweisen müssen, wohingegen die verbauten Bleche lediglich eine Stärke von 6 mm aufweisen. 173

bb) Soweit die Klägerin die Erheblichkeit dieser Abweichungen der Anlage aufgrund einer von ihr – fälschlich – angenommenen Funktionstauglichkeit der Rechenanlage bagatellisiert, ist dem nicht zu folgen. Denn die vertraglichen Vereinbarungen geben das geschuldete Soll bindend vor (vgl. Voit in Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth, 40. Edition Stand: 01.02.2015, § 633 Rn. 5). Von einer lediglich unwesentlichen Abweichung kann insofern nicht ausgegangen werden, wie bereits die umweltbiologisch relevante abweichende Ausführung der unteren Umlenkbahnen zeigt. 174

Auch der Hinweis des von der Klägerin eingeschalteten Privatgutachters Prof. Dr. X2 auf durch Weiterentwicklungen bedingte Abweichungen von der DIN ist für die rechtliche Frage, ob die Ist- von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht, bedeutungslos. 175

(c) Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen stellen sich sowohl der Einbau des stärkeren Motors als auch die vorgenommenen Instandsetzungsarbeiten als nicht vergütungspflichtige Arbeiten der Klägerin zur Erfüllung ihrer ursprünglichen werkvertraglichen Herstellungsverpflichtung dar. 176

(aa) Der von der Klägerin vorgenommene Einbau eines stärkeren Motors findet seine Grundlage in der 26. Baubesprechung vom 18.02.2009 (Anlage K7, Bl. 19 dA). Anlass dieser Baubesprechung war der Umstand, dass die Rechenanlage bei einem Hochwasserereignis am 17.02.2009 wegen einer Störung nicht in Betrieb genommen werden konnte. In dem Protokoll heißt es unter TOP 2 wörtlich: 177

„Es wird vermutet, dass die Antriebsmotoren nicht ausreichend ausgelegt worden sind. Fa. X Wassertechnik wird leistungsfähigere Motoren einbauen, [...]“ 178

Eine kostenpflichtige Beauftragung außerhalb der werkvertraglich von der Klägerin geschuldeten Herstellungsverpflichtung ist hierin nicht zu sehen. 179

Unstreitig zwischen den Parteien ist, dass die ursprünglichen Motoren mit einer Leistung von 1kW nicht ausreichend waren, um die nach unzutreffender Sicht der Klägerin angeblich unüblichen Massen zu entsorgen. 180

(bb) Die mit der Rechnung vom 07.03.2009 geltend gemachten Instandsetzungsarbeiten finden ihre Ursache in Beschädigungen der Rechenanlagen bei Hochwasserereignissen. Die Kosten der Instandsetzung kann die Klägerin nicht ersetzt verlangen, da es sich insoweit um 181

Arbeiten zur Erfüllung ihrer ursprünglichen werkvertraglichen Herstellungsverpflichtung handelt. Die Beschädigungen der Rechenanlage und ihr Ausfall illustrieren die fehlende Funktionstauglichkeit und damit die Mangelhaftigkeit der von der Klägerin gelieferten und eingebauten Rechenanlage.

(7) Die nach den vorstehenden Ausführungen begründete Restwerklohnforderung der Klägerin ist lediglich als Netto- und nicht als Bruttobetrag geschuldet, da die Beklagte als bauleistendes Unternehmen im Sinne des § 13b UStG steuerrechtlich eingeordnet ist. 182

(8) Zinsen, die die oben dargestellte Hauptforderung erhöhen würden, vermag die Klägerin weder nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB noch nach § 291 BGB zu beanspruchen. Denn mangels Abnahme und Abnahmereife ist die Forderung der Klägerin frühestens mit Entstehung des Abrechnungsverhältnisses fällig geworden. Insoweit hatte die Beklagte jedoch zu diesem Zeitpunkt einen übersteigenden Kostenvorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB der klägerischen Forderung entgegengestellt. 183

bb) Zahlungsansprüche der Beklagten 184

Der Beklagten ihrerseits stehen gegen die Klägerin Zahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 197.638,15 EUR zu, die sich wie folgt zusammensetzen: 185

•			186
	Q-Anlage	179.546,95 EUR	
•			188
	Elektro-Anpassung durch Fa. I	3.508,04 EUR	
•			189
	Mehraufwand der Fa. I	6.364,80 EUR	
•			190
	Zustandsfeststellung	4.254,32 EUR	
•			191
	<u>Instandsetzungskosten</u>	<u>3.964,04 EUR</u>	
GESAMT		197.638,15 EUR	192

Von diesem Betrag stellt die Beklagte unter Berücksichtigung der vorstehenden Reihenfolge einen erstrangigen Teilbetrag zur Aufrechnung, sodass die klägerische Forderung erloschen ist (§ 387 ZPO). Aus Verständnisgründen werden die der Beklagten aufgrund der mangelhaften Werkleistung der Klägerin zustehenden Ansprüche bereits im Rahmen der Aufrechnung geschlossen dargestellt. 193

(1) Die Beklagte hat einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Einbau der Rechenanlage vom Typ „Q“ in Höhe von 179.546,95 EUR aus §§ 634 Nr. 2, 633, 637 Abs. 1 BGB. 194

(a) Die Anspruchsvoraussetzungen einer Ersatzvornahme sind gegeben. 195

Die klägerische Werkleistung war mangelhaft (vgl. oben). Eine Fristsetzung war gem. §§ 637 Abs. 2 S. 1, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, da die Klägerin die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hatte. Bereits in ihrem Schreiben vom 17.04.2009 (Bl. 228 dA) und 196

nachfolgend auch im Beweissicherungsverfahren und im erstinstanzlichen Klageverfahren hat sie nämlich jedwede Verantwortung von sich gewiesen und das Vorliegen eines Mangels in Abrede gestellt.

Zudem ist der Klageabweisungsantrag der Klägerin hinsichtlich der ursprünglich auf Kostenvorschuss gerichteten Widerklage als ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung anzusehen (Krause-Allenstein in Kniffka, Bauvertragsrechtsrecht, 2. Auflage 2016, § 637 Rn. 23). 197

Die fehlende Abnahme der klägerischen Werkleistung steht der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten nicht entgegen. Lehnt nämlich der Unternehmer – wie im vorliegenden Fall – eine Mängelbeseitigung endgültig ab, soll der Auftraggeber nicht zur Abnahme einer mangelhaften Werkleistung gezwungen sein, um seine Gewährleistungsrechte ausüben zu können (OLG Hamm, Urteil vom 19.08.2014 – 24 U 41/14 = NZBau 2015, 155, 156; Krause-Allenstein, aaO, § 634 Rn. 11; Sprau in Palandt, 75. Auflage 2016, Vorb v § 633 BGB Rn. 7). 198

(b) Die erstattungsfähigen Kosten der Mängelbeseitigung belaufen sich gem. der Rechnung der Fa. Q (Anlage B11, Bl. 350 dA) auf 179.546,95 EUR. 199

(aa) Dass dieser Betrag nahezu die Kosten der Neuherstellung erreicht, steht dem aus § 637 BGB folgenden Kostenerstattungsanspruch grundsätzlich nicht entgegen (stdg. Rspr. vgl. nur BGH, Urteil vom 27.03.2003 – VII ZR 443/01). Eine betragsmäßige Grenze ist lediglich dann anzunehmen, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigern dürfte (§§ 637 Abs. 1, 635 Abs. 3 BGB). 200

Soweit in der Rüge der Erforderlichkeit ein entsprechender Einwand der Klägerin durch Auslegung zu sehen sein sollte, greift dieser nicht durch. Denn vor dem Hintergrund des den maßgeblichen Bezugspunkt bildenden Leistungsinteresses der Beklagten, einen wirksamen Hochwasserschutz zu gewährleisten, kann im vorliegenden Fall nicht von einem unverhältnismäßigen Aufwand ausgegangen werden. 201

(bb) Soweit die Klägerin die Erforderlichkeit der Kosten bestritten hat, ist dies rechtlich unerheblich. Denn ein lediglich pauschales Vorbringen des Anspruchsgegners, die Kosten der Drittfirma seien übersetzt, genügt nicht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.1995 - 22 U 260/93), da der Unternehmer für die Behauptung, der Auftraggeber habe gegen die ihm obliegende Schadensminderungspflicht dadurch verstoßen, dass er die Drittfirma zu "übersetzten" Preisen beauftragt habe, darlegungs- und beweisbelastet ist (OLG Düsseldorf, aaO). Insoweit spricht bereits der erste Anschein für die Erforderlichkeit der abgerechneten Kosten (OLG Dresden, Urteil vom 29.11.1999 - 17 U 1606/99; Busche in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 637 BGB Rn. 12; Sprau in Palandt, BGB, 75. Auflage 2016, § 637 BGB Rn. 7). 202

Der Auftraggeber verletzt seine Pflicht, den erforderlichen Nachbesserungsaufwand möglichst gering zu halten, nämlich erst dann, wenn er die Grenze zu einem unangemessen hohen Kostenaufwand überschreitet und dies für ihn erkennbar war (allg. M. BGH, Urteil vom 31.01.1991 – VII ZR 63/90; Urteil vom 27.03.2003 – VII ZR 443/01; OLG Brandenburg, Urteil vom 29.08.2013 – 12 U 183/12 = NJOZ 2013, 2011, 2012; Busche in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 637 BGB Rn. 9; Krause-Allenstein, aaO, § 637 BGB Rn. 43). So war die Beklagte nicht gehalten, im Interesse der nachbesserungsunwilligen Klägerin besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den preisgünstigsten Drittanbieter zu finden (vgl. Krause-Allenstein in Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Auflage, § 637 Rn. 51). Vielmehr 203

durfte sie darauf vertrauen, dass der Preis des von ihm beauftragten Drittunternehmers angemessen ist.

Dass diese vorstehend dargestellte Grenze der Erforderlichkeit überschritten worden ist, kann 204 vorliegend auf der Grundlage der Rechnung der Fa. Q nicht festgestellt werden. Denn bei der nunmehr eingebauten Rechenanlage handelte es sich um den als Leitbild von der Klägerin bereits ihrem Angebot zugrunde gelegten Typus (vgl. Bl. 198 dA).

Insbesondere war die Beklagte nicht verpflichtet, die von der Klägerin mangelhaft gelieferte 205 Anlage durch Drittunternehmer den örtlichen Vorgaben anpassen zu lassen. Denn trotz mehrerer Instandsetzungsmaßnahmen vermochte die klägerische Anlage zu keinem Zeitpunkt ihre Funktionstauglichkeit zu erreichen. Mit einer unsicheren Mängelbeseitigung musste sich die Beklagte jedoch nicht begnügen. Sie durfte vielmehr diejenigen Aufwendungen tätigen, die geeignet waren, um den Mangel sicher zu beseitigen (BGH, Urteil vom 31-01-1991 - VII ZR 63/90; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.10.2004 – 17 U 107/04; Sprau in Palandt, BGB, 75. Auflage 2016, § 637 BGB Rn. 7). Dies gilt vorliegend umso mehr, als es sich bei der Anlage um einen Teil des Hochwasserschutzes handelt (vgl. auch Krause-Allenstein in Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2016, § 637 Rn. 45).

Unabhängig von der Frage, ob überhaupt ein entsprechender Unternehmer zu finden 206 gewesen wäre, der an einer funktionsuntauglichen Rechenanlage Verbesserungsversuche unternommen hätte, können einzelne nachträgliche Eingriffe in die Konstruktion zudem nachteilige Auswirkungen für die gesamte Anlage haben, wie der Sachverständige bezüglich einer nachträglichen Verstärkung der Bleche im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens vor dem Landgericht dargelegt hat. Auch der Umfang der Abweichungen der Klägerin von den Vorgaben spricht gegen die Vornahme weiterer Anpassungen.

Auch der Verweis der Klägerin, alternativ hätte die Beklagte die Schutzeinrichtungen 207 anpassen können, ist rechtlich unerheblich. Denn Anknüpfungspunkt für die Frage der Erforderlichkeit von Mängelbeseitigungskosten ist die werkvertraglich geschuldete Leistung – also die einzubauende Rechenanlage. Der Unternehmer muss sich nicht auf die Möglichkeit einer Sanierung verweisen lassen, die den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht herbeiführt (vgl. Krause-Allenstein, aaO, § 637 BGB Rn. 36).

(dd) Soweit die Klägerin behauptet, dass auch an der von der Fa. Q verbauten Anlage 208 Beschädigungen durch den mangelnden Schutz vor Grobverunreinigungen festzustellen seien, ist dies unerheblich. Denn auch bei nutzlosen Aufwendungen bestünde ein entsprechender Ersatzanspruch, soweit sie nur vom Besteller als erforderlich angesehen werden durften (BGH, Urteil vom 29.09.1988 - VII ZR 182/87 = BGH NJW-RR 1989, 86, 88; Busche in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 637 BGB Rn. 8; Sprau in Palandt, 75. Auflage 2016, § 637 BGB Rn. 6; Voit in Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth, 40. Edition Stand: 01.02.2015, § 637 BGB Rn. 9). Dies ist vorliegend der Fall, da die Klägerin dieses Modell selbst als Leitmodell vorgeschlagen hatte.

(ee) Der in diesem Zusammenhang ergangene Hinweis der Klägerin auf behauptete 209 Umbaumaßnahmen zum verbesserten Schutz vor schwerem und sperrigem Treibgut, den sie in der mündlichen Verhandlung vom 27.09.2016 durch die zur Akte gereichten Lichtbilder zu bekräftigen versuchte, ist aus den vorstehenden Gründen ebenfalls rechtlich irrelevant.

Zudem ist der Hinweis auch inhaltlich unzutreffend. Die Beklagte hat zu den von der Klägerin 210 ausgemachten Schutzvorrichtungen ausführlich Stellung genommen und deren Vortrag zur Überzeugung des Senats entkräftet.

(2) Die Kosten der Fa. I für die Elektroanpassung kann die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 1 BGB in Höhe von 3.508,04 EUR ersetzt verlangen.	211
(a) Diese zusätzlichen Kosten fielen an, da die Klägerin ursprünglich einen Motor mit zu geringer Leistung verbaut hatte, den sie aufgrund ihrer werkvertraglichen Herstellungsverpflichtung austauschen musste.	212
(b) Der Schadensersatzanspruch der Beklagten beläuft sich auf 3.508,04 EUR.	213
Soweit die Klägerin die Erforderlichkeit der zunächst von der Beklagten pauschal geltend gemachten Rechnungspositionen Nr. 3, 4 und 7 bestritten hat, ist dies unbeachtlich. Mit Schriftsatz vom 14.10.2013 hat die Beklagte nämlich substantiiert dargelegt, dass die Elektro-Anpassung auf den – von der Klägerin selber – für notwendig erachteten Motorenaustausch zurückzuführen sei. Dem ist die Klägerin nicht mehr entgegengetreten.	214
Die Kosten für den Notausschalter (Rechnungsposition Nr. 6) sind erstmals in der Berufungsbegründung bestritten worden, was gem. § 531 ZPO unbeachtlich ist. Gründe für eine ausnahmsweise Berücksichtigung nach § 531 Abs. 2 ZPO sind nicht dargetan.	215
Demgegenüber ist hinsichtlich der Positionen 1, 2 und 5 ein Zusammenhang mit den klägerischen Arbeiten nicht erkennbar, sodass diese Kosten nicht erstattungsfähig sind.	216
(3) Die mit der Rechnung 09/00329 der Fa. I (Bl. 354 dA) geltend gemachten Kosten der Beklagten in Höhe von 6.346,80 EUR hat die Klägerin unter Verzugsgesichtspunkten gem. §§ 280 Abs. 1, 286 BGB zu ersetzen.	217
(a) Unstreitig war als Fertigstellungstermin der 27.11.2008 vereinbart (Bl. 135 dA), sodass es einer Mahnung für den Eintritt des Verzuges nicht bedurfte (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB).	218
Es liegt eine schuldhafte Leistungsverzögerung der Klägerin vor. Soweit diese zu ihrer Entlastung darauf verweist, sie sei in ihren Arbeiten durch ein anderes Gewerk behindert worden, ist dieser Vortrag unsubstantiiert. Es wird weder vorgetragen, in welchem Umfang, noch an welchen Tagen eine Behinderung vorlag. Auch trägt sie nicht vor, inwieweit sie hierdurch mit der Ausführung welcher Arbeiten behindert wurde. Im Übrigen hat sie auch eine Behinderung nicht angezeigt. Eine Vernehmung des Zeugen T2 war insoweit nicht veranlasst.	219
(b) Nach den substantiierten Ausführungen der Beklagten vermochte die Fa. I wegen der verspäteten Fertigstellung durch die Klägerin die Elektroarbeiten (Montage Kabelbühne, Anbringung von Steuerkästen) nicht durchzuführen. Diesen Ausführungen ist die Klägerin nicht entgegengetreten.	220
(4) Die Kosten der Zustandsfeststellung in Höhe von 4.254,32 EUR hat die Klägerin der Beklagten nach §§ 633, 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB als Mangelfolgeschaden zu ersetzen.	221
Der Erforderlichkeit dieser Kosten steht dabei nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Beauftragung des Privatsachverständigen am 12.03.2010 (Bl. 364 dA) bereits das selbständige Beweisverfahren am 13.11.2009 eingeleitet worden war. Denn der bereits im Rahmen des Beweissicherungsverfahrens tätige Sachverständige H wurde erst im Oktober 2010 – also sieben Monate später – vom Gericht beauftragt. Vor dem Hintergrund mehrerer Sachstandsanfragen, der anstehenden Frühjahrhochwasser und dem damit verbundenen Erfordernis einer zeitnahen Mängelbeseitigung war die Beauftragung des Privatsachverständigen zur Beweissicherung nicht zu beanstanden.	222

(5) Die Beklagte hat weiter einen Anspruch auf Ersatz der Kosten gem. der Rechnung der Fa. Q2 vom 27.08.2009 (Bl. 369 dA) für die Instandsetzung der Rechenanlage in Höhe von 3.964,04 EUR aus §§ 634 Nr. 2, 633, 637 Abs. 1 BGB.	223
Die Instandsetzung war notwendig, da die von der Klägerin eingebaute Rechenanlage im Zuge des Hochwassers vom 13.08.2009 beschädigt worden war und ihre Funktion nicht mehr zu erfüllen vermochte. Im Hinblick auf die Bedeutung der Anlage als Teil des Hochwasserschutzkonzeptes war es der Beklagten – trotz der Mangelhaftigkeit der Anlage – zuzubilligen, die Instandsetzung der Anlage zu betreiben.	224
Da die Klägerin mit Schreiben vom 15.08.2009 entsprechende Instandsetzungsarbeiten ausdrücklich nur unter Übernahme ihrer Kosten durch die Beklagte durchführen wollte (Bl. 409 dA), hat sie die von ihr kostenfrei geschuldete Herstellung (vgl. oben) endgültig und ernsthaft verweigert. Die Beauftragung der Fa. Q2 im Wege der Ersatzvornahme nach § 637 BGB durch die Beklagte war daher zulässig.	225
Soweit die Klägerin erstmalig in der Berufungsbegründung die Erforderlichkeit der Kosten bestreitet, ist dies wegen § 531 ZPO unbeachtlich. Gründe für eine Berücksichtigung gem. § 531 Abs. 2 ZPO sind nicht dargetan.	226
b) Widerklageantrag zu 1)	227
Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen steht der Beklagten der im Wege des Widerklageantrags zu 1) geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 81.407,11 EUR nebst Zinsen zu. Dieser berechnet sich aus der Differenz der ihr insgesamt zustehenden Zahlungsansprüche gegen die Klägerin von 197.638,15 EUR und dem durch Aufrechnung erloschenen erstrangigen Teilbetrag von 116.231,04 EUR.	228
2. Berufung der Beklagten	229
Die zulässige Berufung der Beklagten gegen die erstinstanzliche Abweisung des Widerklageantrags zu 2) ist teilweise begründet.	230
So steht der Beklagten gegen die Klägerin ein Anspruch auf Erstattung der an die Klägerin geleisteten Umsatzsteuer in Höhe von 28.402,05 EUR zu (nachfolgend Punkt a). Soweit sie jedoch einen Anspruch auf Vertragsstrafe geltend macht, ist ein solcher nicht gegeben (nachfolgend Punkt b).	231
a) Der Beklagten steht ein vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung der an die Klägerin geleisteten Umsatzsteuer in Höhe von 28.402,05 EUR zu.	232
aa) Der Anspruch folgt unmittelbar aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag, ohne dass es eines Rückgriffs auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung – vorliegend § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 (Leistungskondiktion), dessen Voraussetzungen im Übrigen gegeben sind – bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 26.09.2013 – VII ZR 2/13).	233
bb) Die Klägerin hat die in ihrer Rechnung vom 16.12.2008 ausgewiesene Umsatzsteuer vereinnahmt, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt nicht Steuerschuldnerin war. Steuerpflichtige war im Zeitpunkt der Zahlung vielmehr die Beklagte, die seit dem 01.01.2009 als bauleistender Unternehmer im Sinne des § 13b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UStG anzusehen war. Denn für die Frage, ob die Beklagte als Empfängerin der umsatzsteuerpflichtigen Werkleistung	234

Steuerschuldnerin war, ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die Steuer entstanden ist (vgl. FG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. 5. 2011 - 9 K 5187/08).

Nach § 13b Abs. 1 S. 3 UStG – sowohl in der Fassung des Jahres 2007, die im Zeitpunkt der Rechnungsstellung galt, als auch in der Fassung des Jahres 2009, die im Zeitpunkt der Leistungserbringung galt – entstand die Umsatzsteuer in dem Zeitpunkt, in dem das Teilentgelt vereinnahmt worden ist (vgl. auch Mitteilung des Finanzamts F2 vom 29.09.2009 – Anlage B19, Bl. 372 dA) und damit nach dem 01.01.2009. 235

cc) Auch aus dem BMF-Schreiben vom 31.03.2004, das die Grundsätze einer Berichtigung bei Änderung der Steuerschuldnerschaft darstellt, ergibt sich nichts Anderes. 236

Unter Ziffer 3.2 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in Fällen der vorliegenden Art bei der Frage der Steuerentstehung nicht auf das Rechnungsdatum, sondern auf den Zeitpunkt der Vereinnahmung des entsprechenden Entgelts abzustellen sei. 237

Die vom Landgericht berücksichtigte Ziffer 3.1 des vorgenannten BMF-Schreibens betrifft hingegen den umgekehrten Fall und ist daher nicht einschlägig. 238

dd) Soweit die Klägerin behauptet, die Beklagte habe durch Zahlung der Umsatzsteuer an sie keine Nachteile erlitten (Bl. 942 dA), ist dies unerheblich. Der vom Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 27.09.2016 vernommene Zeuge C, der seinerzeit an der Änderung der steuerrechtlichen Beurteilung der Beklagten als zuständiger Mitarbeiter maßgebend beteiligt war, hat bekundet, die Beklagte habe die in der Rechnung der Klägerin vom 16.12.2008 ausgewiesene und an diese am 16.01.2009 geleistete Umsatzsteuer zusätzlich auch an das Finanzamt abgeführt. 239

Die Ausführungen des Zeugen waren glaubhaft. Der Zeuge hat den fraglichen Sachverhalt umfassend, widerspruchsfrei und für den Senat nachvollziehbar geschildert. Seine Aussage entspricht zudem der vom Finanzamt F2 im Schreiben vom 29.09.2009 (Anlage B19, Bl. 372 dA) vertretenen Auffassung, in welchem die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der entsprechenden Umsatzsteuer zum Ausdruck kommt. 240

An der Glaubwürdigkeit des Zeugen bestehen auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass er dem Lager der Beklagten zuzuordnen ist, keine Zweifel. Begünstigungstendenzen waren nicht erkennbar, zumal der Zeuge seit dem 01.09.2016 nicht mehr bei der S AG beschäftigt ist. 241

b) Demgegenüber steht der Beklagten gegen die Klägerin kein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 13.285,89 EUR zu, da die entsprechende vertragliche Regelung unter Ziffer 5.1 des Bauvertrages als unangemessene Benachteiligung gem. §§ 310, 307 Abs. 1 BGB nichtig ist. 242

aa) Die Vertragsstrafenregelung ist als allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen. Denn die fragliche Klausel stellt eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung dar, die die Beklagte der Klägerin bei Vertragsabschluss gestellt hat. 243

Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass der ursprüngliche, der Ausschreibung beigefügte Vertragsentwurf sowohl in Bezug auf den Tages- wie auch den Höchstsatz entsprechende Platzhalter vorgesehen hatte. Denn ein die Annahme einer gestellten Klausel ausschließendes Aushandeln der Vertragsbedingung kann vorliegend nicht angenommen 244

werden.

Ein „Aushandeln“ setzt mehr als „Verhandeln“ voraus. Der Verwender muss den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen (BGH, Urteil vom 22.11.2012 – VII ZR 222/12). 245

Vorliegend hat die Beklagte jedoch nicht die Klausel als solche vollständig zur Disposition gestellt. Lediglich über die Höhe der Prozentsätze – und nicht einmal deren zeitliche Komponente – wurde zwischen den Parteien verhandelt. 246

bb) Auch ist eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben zu bejahen. 247

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe verfolgt einen doppelten Zweck. Sie soll als Druckmittel den Schuldner einerseits dazu anhalten, seine Leistung ordnungsgemäß zu erbringen. Zugleich soll sie den Gläubiger aber auch in den Stand setzen, sich bei Verletzung der sanktionierten Vertragspflichten jedenfalls bis zur Höhe der Vertragsstrafe ohne Einzelnachweis schadlos zu halten (BGH, Urteil vom 18.11.1982 - VII ZR 305/81). 248

Die im vorliegenden Fall verwendete Klausel ist jedoch nicht mehr geeignet, die beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Denn der aus einer Vertragsstrafenhöhe von 0,5% je Arbeitstag folgende zeitliche Rahmen ist unangemessen kurz. Bereits nach zehn Arbeitstagen wäre die volle Vertragsstrafe verfallen. In dieser kurzen Zeitspanne lässt sich jedoch bei einem größeren Bauvorhaben wie dem Vorliegenden für den Unternehmer kaum etwas veranlassen, um die Folgen der Verspätung aufzufangen und die verspäteten Leistungen nachzuholen. Damit ist die Situation im Ergebnis nicht sehr viel anders, als wenn der Anspruch auf die Vertragsstrafe ohne zeitliche Abstufung gleich mit dem Tag der Terminüberschreitung entstünde (so für eine inhaltsgleiche Klausel ausdrücklich BGH, Urteil vom 20.01.2000 - VII ZR 46/98). 249

Auch der Hinweis der Beklagten auf die besondere Bedeutung der Rechenanlage als Teil des Hochwasserschutzes vermag eine ausnahmsweise bestehende Angemessenheit der Klausel nicht zu begründen. Denn eine besondere Eilbedürftigkeit, die eine Verwirkung der Strafe innerhalb von 10 Tagen rechtfertigen würde, kann nicht angenommen werden. Die Ausschreibung erfolgte Anfang 2008, die Klägerin gab im Februar 2008 ihr Angebot ab und im April 2008 erfolgte schließlich die Beauftragung. Dass vor diesem Zeitablauf zur Vertragsanbahnung von wenigstens 60 Werktagen und einer Dauer zur Fertigstellung von ca. 140 Werktagen eine Maximalfrist von 10 Tagen angemessen wäre, ist nicht erkennbar. 250

c) Zusammenfassend stellt sich die ausgeurteilte Widerklageforderung wie folgt dar: 251

Nicht durch Aufrechnung erloschene 252

Zahlungsansprüche der Beklagten aufgrund 253

der mangelhaften Werkleistung der Klägerin 81.407,11 EUR 254

Anspruch auf Rückerstattung der USt 28.402,05 EUR 255

Widerklageforderung 109.809,16 EUR 256

257

d) Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 291 BGB, wobei lediglich ein Zinssatz in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz geschuldet ist, da es sich insoweit nicht um eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB handelt.

3. Prozessuale Nebenentscheidungen

258

Die Entscheidung über die erstinstanzlichen Kosten beruht auf §§ 92, 101, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO.

259

Die Kosten des Berufungsverfahrens folgen aus §§ 92 Abs. 2, 97, 101 ZPO. Diese waren der Klägerin trotz ihres teilweisen Obsiegens nach § 92 Abs. 2 ZPO, der auch in der Berufungsinstanz gilt, vollständig aufzuerlegen, da es sich bei der nicht zuerkannten Vertragsstrafe in Höhe von 13.285,89 EUR sowie den nicht zuerkannten Positionen 1, 2 und 5 aus der Rechnung der Fa. I vom 24.03.2009 in Höhe von 586,40 EUR um eine verhältnismäßig geringe Zuvielforderung handelt, die lediglich 3% des Gebührenstreitwertes ausmacht und zu keinen Mehrkosten führt.

260

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 711 ZPO.

261

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst. Ein Zulassungsgrund nach § 543 Abs. 2 ZPO ist nicht gegeben. Die zu entscheidenden Rechtsfragen sind entweder in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt oder solche des Einzelfalls.

262