
Datum: 18.01.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 54/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0118.12U54.18.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 8 O 267/17
Schlagworte: Anweisungsrecht, Grenze, Erfüllungsstadium, Herstellungsverpflichtung, Abnahmeverpflichtung
Normen: BGB § 631 Abs. 1; VOB/B 2016 § 1 Abs. 3 und 4

Leitsätze:

1. Das Anweisungsrecht des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B 2016 besteht nicht unbegrenzt, sondern nur im werkvertraglichen Erfüllungsstadium, das regelmäßig mit der Abnahme endet.
2. Ohne Abnahme findet die Herstellungsverpflichtung des Werkunternehmers - jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben - ihr Ende, wenn der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet ist.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 08.03.2018 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der Kosten trägt, die durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts Aachen entstanden sind; diese Kosten werden der Klägerin auferlegt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

A.

Die Klägerin begehrt restlichen Werklohn nebst der Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten und Zinsen. 1 2 3

Die Parteien schlossen unter dem 24.04.#####/#####.05.2016 einen Bauvertrag hinsichtlich sämtlicher Leistungen im Gewerk Elektroanlagen, Stark- und Schwachstromanlagen für ein zu errichtendes Pflegeheim in M zu einem Werklohn von 310.000,00 € netto. Teil der Arbeiten war die Errichtung einer Brandmeldeanlage. Das diesbezügliche Brandschutzkonzept der D GmbH als Sachverständige für vorbeugenden Brandschutz, das behördlich genehmigt worden war, sah unter Ziffer 2.14.1. vor, dass die Planung der Brandmeldeanlage mit allen Bestandteilen durch den Fachplaner mit der „zuständigen Feuerwehr“ abstimmt wird. 4

Nach Ziffer 2.1 des Vertrages waren unter anderem das Verhandlungsprotokoll, der Zeitplan sowie die VOB/B in der zur Zeit des Vertragsabschlusses gültigen Fassung Vertragsbestandteile. Zudem wurde im Bauvertrag eine Vertragsstrafe vereinbart, die im Verhandlungsprotokoll auf pauschal 500,00 € „Pro AT“ festgelegt und auf insgesamt 5 % der Abrechnungssumme beschränkt wurde. Nach einem Terminplan vom 20.03.2016, auf den im Verhandlungsprotokoll vom 07.04.2016 verwiesen wurde, sollten die Elektro-Fertiginstallationen durch die Klägerin zum 21.11.2016 fertiggestellt werden. 5

Von Mai 2016 bis März 2017 wurden insgesamt fünf Nachtragsaufträge von der Beklagten an die Klägerin erteilt, sodass sich ein vereinbarter Gesamtwerklohn von 350.336,60 € ergab. 6

Während der Durchführung des Bauprojekts kam es zu diversen Verzögerungen. Verschiedene Gewerke konnten teilweise erst Monate nach den ursprünglichen, im Terminplan vom 20.03.2016 dargestellten Fristen fertiggestellt werden. Es fanden regelmäßige Änderungen des Terminplans statt. 7

Unter dem 06.04.2017 erstellte der M22 einen Prüfbericht, in dem festgehalten wurde, dass zum Zeitpunkt der Prüfung am selben Tag keine Mängel der elektrischen Anlage in dem bezeichneten Objekt vorgelegen hätten. Weiterhin stellte der Prüfsachverständige fest, dass die geprüfte Anlage mit den dazu gehörigen Brandschutzmaßnahmen betriebssicher und wirksam sowie der Betrieb der Anlage zulässig sei. 8

Ebenfalls am 06.04.2017 fand eine Begehung des Objektes durch die Beklagte statt. Hierbei wurde ein 14-seitiges Mängelprotokoll angefertigt, das 212 Mängel auflistete. Hiervon entfielen 20 Mängel auf das Gewerk der Klägerin. Die Beklagte forderte die Klägerin auf, die genannten Mängel bis zum 28.04.2017 zu beseitigen. Mit Telefaxeschreiben von diesem Tag wies der Bauleiter die Klägerin darauf hin, dass die Mängel noch nicht vollständig abgearbeitet seien, dass die Außenbeleuchtung noch nicht fertiggestellt und die Sachverständigenabnahme nicht mangelfrei gewesen sei, sodass keine Bescheinigung durch 9

den Brandschutzsachverständigen und demnach auch keine Bescheinigung über die abschließenden Fertigstellung durch das Bauordnungsamt erfolgen könne.

Die Klägerin stimmte die Ausführung der Brandmeldeanlage mit der Feuerwehr der Stadt M als zuständige Feuerwehr ab. Unter dem 26.04.2017 wurde ein Protokoll zur Planung und Aufschaltung einer Brandmeldeanlage durch die Feuerwehr der Stadt M erstellt. In diesem Protokoll wurde festgehalten, dass ein Aufschaltversuch der Anlage am 02.04.2017 ohne Erfolg gewesen sei. Am 26.04.2017 wurde der Aufschaltung an die Empfangsanlage der Feuerwehr der Stadt M zugestimmt. 10

Mit E-Mail vom 08.05.2017 teilte der Bauleiter der Klägerin mit, dass die im Mängelprotokoll unter den Nummern 31, 109, 158, 159 und 210 festgehaltenen Mängel weiterhin bestünden. Weiterhin fehlten die Video-Sprechanlage, zwei Poller im Garten sowie die Inbetriebnahme der Türüberwachung. Unter dem 10.05.2017 teilte der von der Beklagten beauftragte Brandschutzingenieur der Klägerin mit, dass die Kreisverwaltung E mitgeteilt habe, die Brandmeldeanlage sei nicht mit der zuständigen Brandschutzdienststelle abgestimmt worden und es sei nicht erkennbar, nach welchen Gesichtspunkten die Klägerin die Handfeuermelder installiert habe. 11

Die Beklagte zahlte an die Klägerin Teilbeträge von insgesamt 374.493,00 €. Unter dem 17.05.2017 erstellte die Klägerin eine Schlussrechnung, die einen noch ausstehenden Bruttobetrag von 42.407,55 € ausweist. Da keine Zahlungen erfolgten, setzte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit Schreiben vom 10.07.2017 eine Zahlungsfrist bis zum 25.07.2017, wobei er zugleich die Erstattung von Anwaltskosten in Höhe von 1.434,40 € geltend machte. 12

Unter dem 30.07.2017 teilte die Kreisverwaltung E der Beklagten beziehungsweise deren Bauleiter per E-Mail mit, dass nach ihrer Ansicht eine Fortschreibung des Brandschutzkonzeptes dahingehend erforderlich sei, dass zur Betriebssicherheit der Brandmeldeanlage ein Parallel-Tableau der Brandmeldeanlage mit Klartextangabe installiert werden müsse. 13

Die Schlussrechnungsforderung sowie die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten – jeweils nebst Zinsen – sind Gegenstand der Klage. Die Beklagte hat erstinstanzlich unter anderem die Aufrechnung mit einer Vertragsstrafe sowie mit Schadensersatzansprüchen erklärt. 14

Die Klägerin hat behauptet, sie habe ihre werkvertraglichen Pflichten bis auf wenige Aspekte vollständig und mangelfrei erfüllt. Am 29.04.2017 seien lediglich noch kleinere Arbeiten durchzuführen gewesen, etwa der Einbau von Abdeckungen und Anschlussdosen. Auch die Brandmeldeanlage sei mangelfrei errichtet worden. Die Anlage sei durch die Zustimmung der Feuerwehr zur Aufschaltung betriebsbereit gewesen. Die von der Aufsichts- und Genehmigungsbehörde des Kreises E verlangte Fortschreibung des Brandschutzkonzeptes gehe über die durch die Klägerin zu erbringenden Leistungen hinaus. Die umgesetzte Implementierung einer stillen Alarmierung mit Hilfe von DECT-Mobiltelefonen sei gängige Praxis in allen Pflegeeinrichtungen und entspreche der gültigen Gesetzeslage. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, in der Vorbegehung nebst dem entsprechenden Protokoll vom 20.04.2017 sei eine Abnahme ihrer Leistung durch die Beklagte zu sehen. Jedenfalls sei infolge der Schlussrechnung vom 17.05.2017 die Abnahmefiktion des § 12 Abs. 5 VOB/B eingetreten. Die Beklagte habe als Auftraggeberin nicht innerhalb von zwölf Werktagen eine Abnahme verlangt. 15

Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe ihre Werkleistung nicht mangelfrei erbracht. Insbesondere die Brandmeldeanlage sei nicht betriebssicher erstellt worden, unter anderem mangle es an einem Parallel-Tableau als zusätzlicher Anzeige der Brandmeldeanlage. Die Klägerin habe den Nachweis einer betriebssicheren und wirksamen Alarmierung nicht erbracht. Daher könne die erforderliche Bescheinigung zur Betriebssicherheit nicht ausgestellt werden. Die Klägerin habe die – entsprechend den zusätzlichen Vertragsbedingungen vereinbarten – Revisionsunterlagen nicht vollständig übergeben. Auch seien „Lastrechnungen“ aufgrund der Belastung Dritter durch Aufräumarbeiten und Mehrarbeiten in anderen Gewerke durch die Klägerin verursacht worden, die der Klageforderung entgegen gehalten würden.

Zudem hat die Beklagte die Ansicht vertreten, die Klägerin habe eine Vertragsstrafe von 5 % der Abrechnungssumme, mithin in Höhe von 17.516,83 € verwirkt. Die Elektrofertigstellung habe bereits zum 21.11.2016 erfolgen müssen. 17

Ferner hat die Beklagte behauptet, sie habe infolge der verspäteten Übergabe bereits an die jeweiligen Erwerber 11.106,59 € gezahlt und an den Betreiber des Objekts wegen erlittenen Pachtausfalles 85.537,74 €. Diese Schadensersatzansprüche seien allein durch die Pflichtverletzungen der Klägerin ausgelöst worden. 18

Dagegen hat die Klägerin die Ansicht vertreten, sie habe eine Vertragsstrafe nicht verwirkt. Entsprechende Termine, deren Versäumnis strafbewehrt sein müsste, seien nicht wirksam vereinbart worden. Sie habe sich nicht im Verzug mit ihrer Leistung befunden. Der ursprüngliche Terminplan vom 20.03.2016 sei bereits bei Unterzeichnung des Bauvertrages hinfällig gewesen. Infolge verschiedener Verzögerungen habe nicht an dem Bauzeitenplan festgehalten werden können. 19

Die Klägerin hat die Klage zunächst beim Landgericht Aachen erhoben. Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht Aachen den Rechtsstreit durch Beschluss vom 02.10.2017 an das Landgericht Bochum verwiesen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Zuständigkeit des Landgerichts Bochum ergebe sich jedenfalls mangels Zuständigkeitsrüge aus § 39 Abs. 1 ZPO. 20

Die Klägerin habe einen fälligen Anspruch auf den geltend gemachten Werklohn gemäß § 631 Abs. 1 BGB. Der Werklohn für die Arbeiten sei in entsprechender Höhe im Bauvertrag nebst Nebenvereinbarungen vereinbart worden, wobei die Klageforderung die bereits getätigten Abschlagszahlungen berücksichtige. 21

Der Werklohnanspruch sei fällig, da das Werk der Klägerin als abgenommen gelte. Es könne dahinstehen, ob bereits in der Vorbegehung am 20.04.2017 und der abschließenden Mitteilung von Mängeln eine Abnahme zu sehen sei. Jedenfalls sei eine Abnahmefiktion gemäß § 12 Abs. 5 VOB/B, der in den Bauvertrag der Parteien Eingang gefunden habe, eingetreten. Unter dem 17.05.2017 habe die Klägerin der Beklagten eine Schlussrechnung erstellt und übersandt, ohne dass innerhalb von zwölf Werktagen Einwände durch die Beklagte erhoben worden seien oder der Abnahme widersprochen worden sei. 22

Der Beklagten stehe kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB zu. Mängel lägen nicht vor bzw. die Beklagte könne sich auf solche nicht berufen. Unstreitig seien zwar noch einzelne Mängel vorhanden. Der genaue Umfang der entsprechenden Mängelbeseitigungskosten sei jedoch von der Beklagten darzulegen und zu beweisen. Hierzu habe sie nicht, jedenfalls nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Auf andere Mängel könne die Beklagte sich nicht berufen. Im Hinblick auf die Abnahmefiktion sei die Beklagte 23

jedenfalls gehindert, sich auf Mängel zu berufen, die sie nicht innerhalb von zwölf Werktagen nach Zugang der Schlussrechnung geltend gemacht habe. Soweit die Beklagte im Rahmen dieser Frist Lastrechnungen geltend gemacht und in Abzug gebracht habe, seien entsprechende Mängel nicht durch die eingereichten Anlagen hinreichend dargelegt, geschweige denn bewiesen worden. Die Beklagte führe entsprechende Einwände auch nicht anderweitig in das Verfahren ein und trage nichts vor, außer dem Verweis auf nicht nachvollziehbare Aufstellungen und Rechnungen.

Soweit sich die Beklagte auf eine Mangelhaftigkeit der Brandmeldeanlage berufe, sei ein Mangel nicht hinreichend dargelegt. Soweit die Beklagte Bezug auf die E-Mail des zuständigen Sachbearbeiters des Kreises E vom 30.08.2017 nehme, sei ein möglicher Mangel der Beklagten zwar erst nach Ablauf der Frist gemäß § 12 Abs. 5 VOB/B bekannt geworden und könne noch geltend gemacht werden. Ein Mangel sei indes nicht hinreichend dargelegt, sodass von einer vertragsgemäßen Einrichtung der Brandmeldeanlage auszugehen sei. Die Klägerin habe sich vertragsgemäß an das Brandschutzkonzept der D GmbH gehalten, dessen Befolgung geschuldet gewesen sei. Unstreitig sei dieses Konzept behördlich genehmigt gewesen, sodass es keinen Anlass gegeben habe, hiervon abzuweichen. Das von der Kreisverwaltung E geforderte Parallel-Tableau sei nicht Teil des Konzepts und demnach nicht geschuldet. Dies ergebe sich bereits aus der Formulierung des Sachbearbeiters, die erkennen lasse, dass eine Fortschreibung des Brandschutzkonzepts erforderlich sei. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass der Sachbearbeiter der Ansicht gewesen sei, dass sich das Erfordernis aus der DIN 14675 ergebe. DIN-Normen seien keine verbindlichen Rechtsnormen. Vereinbarten die Parteien eine abweichende Umsetzung, sei nicht ersichtlich, warum die Klägerin hiervon abweichen sollte. Gleiches gelte für die Abstimmung der Brandmeldeanlage. Das Brandschutzkonzept sehe lediglich die Abstimmung der Planung mit der zuständigen Feuerwehr vor. Dies sei geschehen. Ob die DIN 14675 eine Abstimmung mit einer Brandschutzdienststelle verlange, sei irrelevant. 24

Der Anspruch auf Werklohn sei nicht durch Aufrechnung erloschen. Die Beklagte habe keine Gegenansprüche, insbesondere keine Schadensersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Die Umstände, die solche Schadensersatzforderungen hätten begründen können, seien nicht hinreichend dargelegt beziehungsweise bewiesen. Die Beklagte habe einen Beweis für die streitigen Schadensersatzzahlungen nicht angeboten. Zudem sei angesichts der bei der Vorbegehung festgestellten Mängel nicht offensichtlich, dass lediglich von der Klägerin verursachte Mängel kausal zu dem behaupteten Schaden geführt hätten. Die wenigen noch unstreitigen Mängel könnten eine Inbetriebnahme nicht verhindern. Allein eine nicht betriebsbereite Brandmeldeanlage könne die behaupteten Schäden verursachen. Insoweit läge indes keine Pflichtverletzung vor. 25

Auch ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe bestehe nicht. Aufgrund der ständigen Fristerweiterungen sei nicht erkennbar, dass sich die Klägerin in Verzug befunden habe. Darüber hinaus fehle es an einer wirksamen Vereinbarung der Vertragsstrafe. Vorliegend seien die Terminpläne mehrfach verändert worden. Eine solche Änderung der Bauzeit führe dazu, dass die Vertragsstrafe nur dann als wirksam vereinbart gelte, wenn die Parteien dies unter Bezugnahme auf das Strafversprechen vereinbarten. Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Klägerin sei eine ständige Verschiebung in einem Umfang erfolgt, die eine Neuordnung des Bauablaufs zur Folge gehabt hätte. 26

Der Anspruch auf Verzugszinsen folge aus §§ 286, 288 BGB, ebenso der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. 27

Gegen ihre Verurteilung wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie rügt die Verletzung materiellen Rechts. Das Landgericht gehe rechtsirrig davon aus, dass der mit der Klage geltend gemachte Werklohn fällig sei und diesem keine Gegenforderungen entgegenstünden.	
Das Landgericht gehe rechtsirrig von der Abnahmefiktion des § 12 Abs. 5 VOB/B aus. Offensichtlich meine das Landgericht, dass die förmliche Abnahme obsolet geworden sei. Dieser Auffassung könne nicht gefolgt werden, zumal die Beklagte bereits unter dem 10.05.2017 ausführlich zu den Leistungen der Klägerin Stellung genommen und signalisiert habe, diese nicht entgegennehmen zu wollen. Eine Beseitigung der Mängel habe in der Folgezeit nicht stattgefunden. Die Beklagte habe bereits mit Schreiben vom 10.05.2017 darauf hingewiesen, dass die Klägerin die geforderte „betriebssichere und wirksame“ Alarmierung nicht nachgewiesen habe. Die Brandmeldeanlage sei nicht mangelfrei erstellt, da es insbesondere an der Bescheinigung der Betriebssicherheit fehle. Diese habe nach dem damaligen Stand der Anlage wegen des fehlenden Tableaus nicht erstellt werden können. Darüber hinaus habe die Klägerin die notwendigen Codes für den Betrieb nicht herausgegeben.	29
Die Abnahmefiktion setze eine abnahmereife Leistung voraus. Dies habe das Landgericht nicht dargelegt. Dabei könne nicht darauf zurückgegriffen werden, dass Mängel wie bei der konkludenten Abnahme unerheblich seien, wenn diese in der Gewährleistung verfolgt werden könnten. Die gerügten Mängel beträfen bereits das Erfüllungsstadium. Die Werkleistung sei bereits nicht fertiggestellt.	30
Das Landgericht verkenne, dass der Beklagten Zurückbehaltungsrechte gemäß § 641 Abs. 3 BGB zuständen. Es lägen unstreitig einzelne Mängel vor und die Abnahmefiktion sei nicht eingetreten. Das Gericht habe darüber hinaus wegen des gerügten unsubstantiierten Vortrags wegen der Mängelbeseitigungskosten und der Lastrechnungen keinen Hinweis nach § 139 ZPO erteilt.	31
Das Landgericht sei ebenso rechtsirrig davon ausgegangen, dass die Mangelhaftigkeit der Brandmeldeanlage nicht hinreichend dargelegt worden sei. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, dass sie sich lediglich an das Brandschutzkonzept gehalten habe. In jedem Fall wäre die Klägerin gehalten gewesen, Bedenken anzumelden. Die DIN 14675 sei Gegenstand der allgemein anerkannten Regeln der Technik.	32
Wegen der Vertragsstrafe werde aus dem Setzen weiterer Nachfristen deutlich, dass die Beklagte den Verzug nicht habe dulden wollen.	33
Die Beklagte habe zudem vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die Klägerin bereits in einem Gespräch am 18.12.2017 anerkannt habe, dass ein Betrag von 200.000,00 € wegen Verzugs in Abzug zu bringen sei.	34
Die Beklagte beantragt,	35
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bochum vom 08.03.2018, Az. I-8 O 267/17 die Klage abzuweisen.	36
Die Klägerin beantragt,	37
die Berufung zurückzuweisen.	38
Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Die Beklagte wiederhole in der Berufung lediglich pauschal ihren erstinstanzlichen Vortrag.	39

Das Landgericht sei zutreffend von einer Abnahme ausgegangen. Es genüge, wenn die Parteien einen Termin zur Entgegennahme der Werkleistung vereinbaren und über diese Begehung ein Mängelprotokoll führen. Dass es zu weiteren Begehungen gekommen sei, stelle die Gesamtabnahme nicht in Frage. Die Beklagte habe auch ohne eigene Abnahme keine Abnahme gegenüber dem Betreiber vornehmen können. Dass eine solche stattgefunden habe, sei unstrittig. Eine schriftliche Fertigstellungsanzeige sei erfolgt. Etwaige Rügen in Bezug auf die Brandmeldeanlage spielten für die Abnahmefähigkeit keine Rolle. Auch nach dem Erhalt der Schlussrechnung sei keine Forderung einer (erneuten) Abnahme gestellt worden. 40

Der Vorwurf der Beklagten, die Brandmeldeanlage sei nicht mangelfrei hergestellt und es fehle eine Bescheinigung über die Betriebssicherheit, sei falsch. Das Landgericht habe zutreffend gesehen, dass es sich nicht um eine Leistung gehandelt habe, die die Klägerin ursprünglich geschuldet habe und erbracht werden können, sondern dass es sich um eine Fortschreibung des Brandmeldekonzepthes gehandelt habe. Nachträgliche Auflagen und Abreden zwischen der Beklagten und dem Kreis E führten nicht zu einer Mangelhaftigkeit des Werkes. Die Klägerin habe keine Bedenken anmelden können, da ihr die konkrete Nutzung und die erfolgte Nutzungsänderung nicht bekannt gewesen seien. Der Vortrag zur nicht DIN-gerechten Errichtung sei unsubstantiiert und falsch. Es werde auf den Schriftsatz vom 08.06.2018 im Parallelverfahren verwiesen. 41

Soweit die Beklagte einen fehlenden Hinweis des Landgerichts rüge, erfolge kein Vortrag zu den Mängelbeseitigungskosten. Gleiches gelte für die Schadensersatzansprüche. Das Vorbringen zu den Vergleichsgesprächen sei so abwegig gewesen, dass es durch das Landgericht möglicherweise nicht mehr explizit aufgenommen worden sei. 42

B. 43

Die Berufung der Beklagten ist teilweise bereits unzulässig. 44

Zwar ist die Berufung form- und fristgerecht eingelegt worden. Die fristgerecht erfolgte Berufungsbegründung entspricht indes nicht durchweg den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ZPO. 45

Gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO hat die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Da die Berufungsbegründung erkennen lassen soll, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, hat dieser - zugeschnitten auf den konkreten Streitfall und aus sich heraus verständlich - diejenigen Punkte rechtlicher Art darzulegen, die er als unzutreffend beurteilt ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleitet. (vgl. BGH, NJW 2016 2890 ff.. Rn. 10) 46

Ungenügend sind allgemein gehaltene, pauschale oder formelhafte Angriffe sowie die Wiederholung oder Aufrechterhaltung des erstinstanzlichen Vorbringens. Bei teilbaren und mehreren Streitgegenständen muss die Berufung für jeden von der Anfechtung betroffenen Streitgegenstand oder Streitgegenstandsteil besonders gerechtfertigt werden, es sei denn, der eine Streitgegenstand hängt vom anderen ab oder ein Anfechtungsgrund betrifft einheitlich alle Streitgegenstände. Entsprechendes gilt im Verhältnis von Klage- und Aufrechnungsforderung sowie für teilmittelfähige Teile eines Streitgegenstands. Hat das Erstgericht die Klageabweisung hinreichend deutlich auf mehrere selbstständig tragende 47

Erwägungen (nicht auf bloße „Hinweise“) gestützt, so genügt der Angriff gegen nur eine Erwägung nicht. Anders jedoch, wenn der nur auf einen Abweisungsgrund bezogene Angriff aus Rechtsgründen auch den anderen Abweisungsgrund betrifft, weil das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO von Amts wegen die rechtliche Tragweite eines Angriffs zu prüfen hat. (Rimmelpacher in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage, § 520 Rn. 41 ff.)

Vorliegend hätte es der Beklagte daher obliegen, sich im Hinblick auf die einzelnen Streitgegenstände konkret mit den Ausführungen des Landgerichts auseinanderzusetzen und jeweils darzulegen, warum das Landgericht einen Anspruch der Klägerin hätte verneinen oder die einzelnen Gegenrechte der Beklagten hätte berücksichtigen müssen. Dem wird die Berufungsbegründung nicht durchweg gerecht, sodass insoweit eine zulässige Berufung nicht vorliegt. 48

I. 49

Das Landgericht hat ein Zurückbehaltungsrecht wegen unstreitig vorliegender „einzelner Mängel“ unberücksichtigt gelassen, da die Beklagte den Umfang der Mängelbeseitigungskosten nicht beziehungsweise nicht hinreichend substantiiert vorgetragen habe. Dem tritt die Beklagte nur insoweit entgegen, als sie einen fehlenden Hinweis des Landgerichts nach § 139 ZPO anspricht. Damit legt die Beklagte aber allenfalls eine Rechtsverletzung des Landgerichts dar, nicht aber die Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung. Wenn die Berufungsbegründung die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) oder die Verletzung der Aufklärungs- und Hinweispflicht nach § 139 ZPO rügt, muss sie zur Entscheidungserheblichkeit des Verfahrensfehlers darlegen, was bei Gewährung des rechtlichen Gehörs oder Erteilung der gebotenen Hinweise vorgetragen worden wäre und dass nicht auszuschließen ist, dass dieser Vortrag zu einer anderen Entscheidung geführt hätte. Dieser Darlegung bedarf es nur dann nicht, wenn die Entscheidungserheblichkeit unmittelbar und zweifelsfrei aus dem bisherigen Prozessstoff ersichtlich ist (vgl. BGH, NJW 2016, S. 1636 ff. Rn. 11; NJW-RR 2004, S. 495 ff. Rn. 19; zitiert nach juris.de). Vorliegend ergibt sich weder aus der Berufungsbegründung noch aus dem bisherigen Prozessstoff, was die Beklagte bei einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts vorgetragen hätte. 50

II. 51

Gleiches gilt, soweit das Landgericht die „Lastrechnungen“ wegen unzureichenden Vortrags zu den zugrunde liegenden Mängeln zurückgewiesen hat. Auch insoweit beruft sich die Beklagte ebenfalls allein auf einen unterbliebenen Hinweis des Landgerichts ohne darzulegen, welcher Vortrag bei einem solchen Hinweis erfolgt wäre. 52

III. 53

Die Aufrechnungsforderungen wegen Zahlungen an den Pächter (11.506,59 €) und die Erwerber (85.537,74 €) des Objekts hat das Landgericht zurückgewiesen, weil die Beklagte keinen Beweis für die Zahlungen angeboten habe und es angesichts der insgesamt bei der Vorbegehung festgestellten 212 Mängel nicht offensichtlich sei, dass lediglich die von der Klägerin verursachten Verzögerungen kausal zu dem behaupteten Schaden geführt hätten; die wenigen noch unstreitigen Mängel könnten eine Inbetriebnahme nicht verhindern; hinsichtlich der Brandmeldeanlage liege keine Pflichtverletzung vor. 54

In der Berufungsbegründung setzt sich die Beklagte insoweit allein mit der Mangelhaftigkeit der Brandmeldeanlage auseinander. Dies betrifft allerdings nur teilweise einen der für die 55

Nichtberücksichtigung der Aufrechnungsforderung aufgeführten Entscheidungsgründe. Es ist bereits fraglich, ob dies eine ausreichende Berufungsbegründung zum Kausalitätsgesichtspunkt darstellt. Jedenfalls fehlt jedwede Auseinandersetzung mit dem weiteren Nichtberücksichtigungsgrund, dem fehlenden Beweisangebot.

IV. 56

Die Nichtberücksichtigung der Aufrechnung mit der Vertragsstrafenforderung (17.516,83 €) hat das Landgericht damit begründet, dass 57

- wegen der ständigen Fristerweiterungen nicht erkennbar gewesen sei, dass sich die Klägerin in Verzug befunden habe; 58

- es darüber hinaus an einer wirksamen Vereinbarung der Vertragsstrafe fehle; wegen der Änderung der Bauzeit habe es einer besonderen – hier nicht vorliegenden - Vereinbarung bedurft; 59

- nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin die Verschiebungen eine Neuordnung des Bauablaufs zur Folge gehabt hätten und in einem solchen Fall die Erstreckung der ursprünglich vereinbarten Vertragsstrafe auf eine Versäumung neu gesetzter Termine ausscheide. 60

Auf diese Gründe geht die Beklagte nicht ein. Vielmehr stellt sie lediglich auf Nachfristsetzungen der Beklagten ab. 61

V. 62

Nur soweit sich die Beklagte gegen die Annahme der Fälligkeit der Werklohnforderung, die Nichtberücksichtigung eines Mangels der Brandmeldeanlage sowie die Nichtberücksichtigung eines Anerkenntnisses der Klägerin in einem Gespräch am 18.12.2017 wendet, entspricht die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ZPO. 63

C. 64

Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. Die Klage ist im zuerkannten Umfang begründet. 65

I. 66

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf restlichen Werklohn von 42.407,55 € aus § 631 Abs. 1 BGB zu. 67

1. 68

Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass sie einen Vertrag über das Gewerk Elektroanlagen, Starkstrom- und Schwachstromanlagen für ein Pflegeheim in M geschlossen haben. Dies ergibt sich auch aus dem „VOB-Bauvertrag“ vom 25.04.#####/#####.05.2016. In der Sache liegt ein erfolgsbezogener Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB vor. 69

Gemäß Ziffer 2.1 des Vertrages haben die Parteien in diesen Vertrag unter anderem das Brandschutzkonzept des Büros D & Ingenieure GmbH, die zusätzlichen Vertragsbedingungen und die „VOB/B in der zur Zeit des Vertragsabschlusses gültigen Fassung“ einbezogen. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Einbeziehung dieser Unterlagen bestehen nicht und werden von den Parteien auch nicht geltend gemacht. 70

Allgemeine Geschäftsbedingungen – und als solche sind sowohl die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B, die VOB/B, als auch die zusätzlichen Vertragsbedingungen - anzusehen – werden nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB – abgesehen von weiteren Voraussetzungen - nur dann Vertragsinhalt, wenn der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Ist dem Bauherrn die VOB/B nicht vertraut, so muss sie ihm von dem Vertragspartner konkret zur Kenntnis gebracht werden. Bei einem auf dem Bausektor gewerblich tätigen Unternehmer kann aber angenommen werden, dass er die VOB/B kennt; in diesem Fall genügt die bloße Bezugnahme. (Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 1242, 1247) 71

Vorliegend ist der die VOB/B und die zusätzlichen Vertragsbedingungen einbeziehende Vertrag offensichtlich von der Beklagten gestellt worden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die VOB/B nach Ziffer 2.2 in den Geschäftsräumen des Auftraggebers, also der Beklagten, zur Einsichtnahme ausliegen soll. Zudem ist der verantwortliche Projektleiter der Beklagten in den gedruckten Vertragstext integriert, während die verantwortlichen Bauleiter der Klägerin handschriftlich im Vertrag eingetragen sind. Bei der Klägerin handelt es sich indes um ein im Bausektor gewerblich tätiges Unternehmen, sodass ein Hinweis auf die VOB/B genügt. Zudem verweist der Vertragstext auf die zumutbare Einsichtnahme in den Geschäftsräumen der Klägerin und die Überlassung auf Wunsch. Die zusätzlichen Vertragsbedingungen waren offensichtlich dem Vertrag beigelegt. 72

Anwendbar ist die VOB/B in der am 07.01.2016 im Bundesanzeiger veröffentlichten Fassung (VOB/B 2016). 73

2. 74

Nach dem Vertrag vom 25.04.#####/#####.05.2016 haben sich die Parteien auf einen Pauschalpreis von 310.000,00 € netto = 368.900,00 € brutto geeinigt. Es ist jedoch unstrittig, dass die Beklagte im Zeitraum Mai 2016 bis März 2017 insgesamt fünf Nachtragsaufträge erteilt hat mit der Folge, dass sich insgesamt ein vereinbarter Gesamterwerblohn von 350.336,60 € netto ergeben hat. Insgesamt ergibt sich ein vereinbarter Werklohn von 416.900,55 €. Da zwischen den Parteien unstrittig ist, dass die Klägerin die ihr vertraglich obliegenden Leistungen im Wesentlichen erbracht hat, hat sie grundsätzlich einen Anspruch auf den vereinbarten Werklohn. Dies gilt umso mehr, als im Hinblick auf die Leistungen aus dem ursprünglich geschlossenen Vertrag im Grundsatz von der Unabänderlichkeit des einmal vereinbarten Pauschalpreises auszugehen ist und sich dem Vortrag der Parteien ein deutliches Missverhältnis zwischen der Gesamtbauleistung und dem Pauschalpreis nicht entnehmen lässt. 75

Beim Pauschalpreis gehen beide Vertragsparteien bewusst Risiken bezüglich der Erfassung des Umfangs der Bauleistung ein. Leistungen und Preis werden von den Vertragsparteien bewusst pauschaliert. Allerdings eröffnet § 2 Abs. 7 VOB/B ausdrücklich eine Änderung des Pauschalpreises unter den Voraussetzungen des § 242 BGB, vor allem unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB. Die ausgeführte Leistung muss jedoch von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich abweichen, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist. Wann bei Änderung der Bauleistung im Rahmen eines Pauschalvertrages eine Anpassung des Vertragspreises in Betracht kommt, ist eine Frage des Einzelfalles. Insoweit ist regelmäßig eine bestimmte Toleranzgrenze zu berücksichtigen, da die Vertragsparteien bewusst Risiken in Kauf genommen haben. Dabei ist nicht entscheidend auf Abweichungen bei einzelnen Positionen abzustellen, sondern auf ein deutliches Missverhältnis zwischen der 76

Gesamtbauleistung und dem Pauschalpreis. Zwar gibt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine starre Risikogrenze in Gestalt eines Prozentsatzes. Eine Abänderung kommt aber – ohne weitere Umstände – regelmäßig erst bei einer Abweichung von etwa 20 % in Betracht. (vgl. Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn. 1522, 1542 ff.)

Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Beklagte auf die Werklohnforderungen Abschlagszahlungen von insgesamt 374.493,00 € geleistet hat, sodass der Werklohnanspruch in dieser Höhe gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen ist. Es verbleibt der geltend gemachte Betrag von 42.407,55 €. 77

3. 78

Soweit die Berufungsbegründung darauf Bezug nimmt, bereits erstinstanzlich sei vorgetragen und unter Beweis gestellt worden, dass die Klägerin in einem Gespräch am 18.12.2017 eine Kürzung der Rechnung um 200.000,00 € anerkannt habe, kann dahinstehen bleiben, dass der Vortrag unsubstantiiert und nicht einlassungsfähig ist. 79

Es handelt sich um neues Vorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO, ohne dass die Voraussetzungen für eine Zulassung nach dieser Vorschrift dargelegt oder ersichtlich sind. Entgegen den Angaben in der Berufungsbegründung lässt sich ein solches Vorbringen dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Der einzige Schriftsatz der Beklagten stammt bereits vom 14.12.2017, sodass Vortrag zu einem Gespräch am 18.12.2017 der Beklagten nicht möglich war. Der Vortrag ist auch nicht unstreitig. Zwar hat die Klägerin dieses Vorbringen nicht ausdrücklich bestritten. Das Vorbringen der Beklagten steht indes dem Vortrag der Klägerin entgegen, die gerade nicht von einem Verzug und wesentlichen Mängeln ihres Werkes ausgeht. Daher ist zumindest von einem konkludenten Bestreiten auszugehen. 80

4. 81

Das Landgericht ist im Ergebnis zu Recht von einer Fälligkeit des Werklohnanspruchs ausgegangen. Nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B 2016 wird der Anspruch auf die Schlusszahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang. Auch wenn die Abnahme in § 16 Abs. 3 VOB/B nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist sie für den Bereich des VOB/B-Vertrages – nach der Maßgabe des § 12 VOB/B – grundsätzlich weitere Voraussetzung für die Fälligkeit der Schlusszahlung. § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B stellt eine Ergänzung der gesetzlichen Fälligkeitsregelung des § 641 Abs. 1 BGB dar (Locher in: Ingenstau/Korbion, VOB Teil A und B, § 16 VOB/B Rn. 14). 82

Vorliegend ist die Prüffähigkeit der Rechnung nicht im Streit. Jedenfalls kann sich die Beklagte gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 3 VOB/B nicht mehr auf eine fehlenden Prüffähigkeit berufen. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Beklagte die fehlende Prüffähigkeit innerhalb der Frist des § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 und 2 VOB/B gerügt hätte. 83

Es kann dahinstehen, ob die Parteien eine förmliche Abnahme – wie in Ziffer 10.2 des VOB-Bauvertrages vom 25.04.#####/#####.05.2016 vereinbart – durchgeführt oder hierauf übereinstimmend verzichtet haben. Die Abnahmewirkungen sind bereits deshalb eingetreten, da die Beklagte die Abnahme grundlos endgültig verweigert hat, obwohl sie zur Abnahme der vollständig und im Wesentlichen (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB) mängelfrei erbrachten Werkleistung verpflichtet gewesen wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 84

wird der Werklohn auch dann fällig, wenn der Besteller die Abnahme zu Unrecht endgültig verweigert. Bei endgültiger Abnahmeverweigerung gilt dies auch dann, wenn der Besteller trotz der Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a. F. keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat (vgl. BGH, NZBau 2010, S. 557 ff. Rn. 5; zitiert nach juris.de).

Die Darlegungs- und Beweislast für die Mängelfreiheit liegt dabei beim Unternehmer, hier also der Klägerin. Vor der Abnahme trägt der Unternehmer, wenn der Besteller das Vorhandensein eines Mangels substantiiert vorträgt, die Beweislast dafür, dass das Werk im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (BGH, NJW-RR 1997, S. 339 f. Rn. 10). Gleiches gilt für die Unwesentlichkeit von Mängeln im Sinne des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB (Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 1834). Von einem unwesentlichen Mangel, weil unbedeutendem Mangel ist auszugehen, wenn das Interesse des Auftraggebers an einer Beseitigung vor Abnahme nicht schützenswert ist und sich seine Verweigerung der Abnahme deshalb als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Dabei ist auf den Umfang der Mängelbeseitigungsmaßnahmen, insbesondere die Höhe der Mängelbeseitigungskosten, die Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Gesamterkleistung und das Maß der Beeinträchtigung abzustellen. 85

Im Hinblick auf die Brandmeldeanlage hat die Beklagte das Vorliegen eines Mangels bereits nicht hinreichend dargelegt. Insoweit ist unstreitig, dass die Klägerin die Brandmeldeanlage nach den Vorgaben des dem Vertrag zugrunde liegenden Brandschutzkonzepts der D GmbH erbracht hat und das Ingenieur- und Sachverständigenbüro M2 diese am 06.04.2017 überprüft und als betriebssicher und wirksam bescheinigt hatte (Bl. 32 ff. d. A.) 86

a) 87

Soweit die Beklagte erstinstanzlich auf ein Schreiben vom 28.04.2017 Bezug genommen hat, in dem auf nicht mangelfreie Sachverständigenabnahmen verwiesen wird, lässt sich dem Vorbringen nicht entnehmen, welche Mängel bei welchen Sachverständigenabnahmen festgestellt worden seien. 88

b) 89

Es lässt sich dem Vortrag der Beklagten auch nicht entnehmen, dass die Klägerin gegen die Vorgaben aus dem zur Vertragsgrundlage gewordenen, ursprünglichen Brandschutzkonzept der D GmbH verstoßen hätte. Die Beklagte bezieht sich diesbezüglich auf eine E-Mail der Brandschutzingenieure vom 10.05.2017. Diese liegt indes nicht vor, sondern lediglich die Übersendungsmail vom gleichen Tag sowie eine E-Mail der D GmbH. In letzter Mail wird der Klägerin vorgeworfen, dass die Planung der Brandmeldeanlage – entgegen der Forderung aus dem Brandschutzkonzept, Ziffer 2.14.1 - offensichtlich nicht mit der zuständigen Brandschutzdienststelle abgestimmt worden sei und die Installation der Handfeuermelder nicht nachvollziehbar sei. Das Brandschutzkonzept liegt nur in rudimentären Auszügen vor. In dem vorliegenden Teil werden zunächst die Anforderungen an die Installation der Handfeuermelder dargestellt. Wieso die Klägerin hiergegen verstoßen haben soll, wird nicht deutlich. Aus Ziffer 2.14.1 des Brandschutzkonzeptes ergibt sich eine Abstimmung der Planung der Brandmeldeanlage mit der zuständigen Feuerwehr. Diese Anforderung richtet sich indes an den Fachplaner. Dass der Klägerin auch die Fachplanung oblag, lässt sich dem Vorbringen der Parteien nicht entnehmen. 90

c) 91

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass das ursprüngliche Nichtanbringen von Zentralen Parallelanzeigen als zusätzliche Anzeigen zur Brandmeldeanlage einen Mangel des klägerischen Werks dargestellt hat, der zudem inzwischen unstreitig behoben worden ist. 92

Zwar beschränkt sich die Herstellungspflicht des Auftragsnehmers nicht auf die Einhaltung der vereinbarten Leistung beziehungsweise Ausführungsart, sondern das Werk ist auch dann mangelhaft, wenn die vereinbarte Leistung bzw. Ausführungsart nicht – im Sinne des sogenannten funktionalen Herstellungsbegriffs - zu einer zweckentsprechenden und funktionstauglichen Leistung führt. Auch wenn Ausschreibungen, Planungsleistungen und sonstige Leistungsvorgaben des Auftraggebers oder Vorleistungen Dritter oder des Auftraggebers unzureichend sind und es deshalb zu einem Mangel kommt, ist der Auftragnehmer grundsätzlich haftbar. Er wird nur dann von der Mängelhaftung frei, wenn er seiner Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht nachgekommen ist. Der Auftragnehmer hat die verbindlichen Vorgaben des Auftraggebers (Leistungsbeschreibung, Anordnungen hinsichtlich Stoffen und Bauteilen) und auch die Vorleistungen Dritter beziehungsweise des Auftraggebers daraufhin zu untersuchen, ob sie geeignet sind, ein im obigen Sinne mängelfreies (das heißt zweckentsprechendes und funktionstaugliches) Werk entstehen zu lassen (Prüfungspflicht). Er hat dabei erkennbare Fehler solcher Vorgaben beziehungsweise Vorleistungen aufzudecken und die sich daraus ergebenden Bedenken dem Auftraggeber mitzuteilen. Dies folgt beim VOB/B-Vertrag aus § 4 Abs. 3 VOB/B 2016. Die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht hat im Streitfall der Auftragnehmer zu beweisen. Der Auftraggeber hat allerdings darzulegen und zu beweisen, dass die Voraussetzungen der Prüfungs- und Anzeigepflicht vorgelegen haben. (vgl. im Einzelnen: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage, 6. Teil, Rn. 24, Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 2030, 2037 ff.) 93

Dem Vortrag der Beklagten lässt sich nicht entnehmen, warum die Kreisverwaltung des Kreises E unter Bezugnahme auf die DIN 14675 Zentrale Parallelanzeigen als zusätzliche Anzeige zur Brandmeldeanlage gefordert hat, obwohl der Prüfsachverständige M22 bei seiner Prüfung am 06.04.2017 keine Mängel festgestellt hat und die Anlage im Prüfbericht als betriebssicher, wirksam und zulässig beschrieben hat. Eine anfängliche Unrichtigkeit des Brandschutzkonzeptes behauptet die Beklagte nicht. 94

Zudem hat die Beklagte nicht hinreichend dargelegt, dass die Klägerin bei der gebotenen Prüfung hätte erkennen können, dass die nach dem Brandschutzkonzept zu leistende Brandmeldeanlage ursprünglich nicht genehmigungsfähig war oder die dortigen Vorgaben für die Brandschutzmeldeanlage nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprach. Der Umfang der Prüfungs- und Bedenkenpflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B 2016 hängt entscheidend von den Umständen des Einzelfalls ab. Es kommt nicht nur auf die Sachkenntnis an, die von dem Auftragnehmer selbst erwartet werden kann, sondern auch darauf, ob sich dieser auf eine im Einzelfall sogar besondere Sachkunde des Auftraggebers verlassen und deshalb eigene Überprüfungen unterlassen oder nur beschränkt durchführen kann. Wird die Bauleistung von Fachfirmen mit besonderen Spezialkenntnissen ausgeführt, so verstärkt sich die Prüfungspflicht. Wird der Bauherr von einem Architekten oder einer sonstigen fachkundigen Person vertreten, vermindert sich unter Umständen die Pflicht des Auftragnehmers zur Nachprüfung, entbunden wird er von den Prüfungspflichten jedoch in der Regel nicht. (Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 2040) 95

Dem Vortrag der Beklagten lässt sich bereits nicht entnehmen, dass die Vorgaben aus dem Brandschutzkonzept der D GmbH nicht dem allgemein anerkannten Stand der Technik entsprochen hätten und dies die Klägerin aufgrund der von ihr zu erwartenden Sachkenntnis 96

hätte erkennen können. Es lag das Brandschutzkonzept einer Gesellschaft vor, die sich zumindest in ihrem Briefkopf als Ingenieure und Sachverständige für den vorbeugenden Brandschutz bezeichnet haben. Damit ist ein Verstoß der Klägerin gegen ihre Prüfungs- und Hinweispflicht nicht hinreichend dargelegt. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin im Berufungsverfahren unwidersprochen darauf hingewiesen hat, dass die weitergehende Forderung des Kreises E auf einer abweichenden Nutzung im Verhältnis zur ursprünglichen Planung beruht und zu einer Fortschreibung des Brandschutzkonzeptes geführt habe.

d) 97

Letztlich kann nicht festgestellt werden, dass sich das ursprüngliche Nichtanbringen von Zentralen Parallelanzeigen als zusätzliche Anzeigen zur Brandmeldeanlage deswegen als Mangel darstellt, weil die Beklagte ihr Anweisungsrecht aus § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B 2016 wahrgenommen hätte. 98

Nach § 1 Abs. 3 VOB/B 2016 bleibt es dem Auftraggeber vorbehalten, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen. Nach § 1 Abs. 4 VOB/B 2016 hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers nicht vereinbarte Leistungen auszuführen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden. Etwas anderes gilt insoweit nur, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Es kann dahinstehen, ob diese Einschränkung nach Treu und Glauben auch für § 1 Abs. 3 VOB/B 2016 gilt (so Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 19. Auflage, § 1 Abs. 3 VOB/B Rn. 12), da weder ersichtlich noch vorgetragen ist, dass der Betrieb der Klägerin nicht auf die Anbringung von Zentralen Parallelanzeigen als zusätzliche Anzeige zur Brandmeldeanlage eingerichtet gewesen ist. Vielmehr ist unstreitig, dass die Klägerin inzwischen entsprechende Parallelanzeigen angebracht hat. 99

Bei dem Anordnungsrecht des § 1 Abs. 3 VOB/B handelt es sich um ein vertraglich vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht. Der Auftraggeber kann den Leistungsinhalt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ändern. Der Auftragnehmer erklärt dadurch, dass er mit dem Auftraggeber die Geltung der VOB/B als Vertragsgegenstand vereinbart, sein Einverständnis mit dieser Regelung. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Änderungsanordnung ist deren Zugang beim Auftragnehmer. Unter einer zusätzlichen Leistung im Sinne des § 1 Abs. 4 VOB/B sind nur solche Leistungen zu verstehen, die zwar zum Vertragsinhalt gehören, die im Leistungsverzeichnis jedoch nicht enthalten und damit nicht bepreist sind und auch nach den einschlägigen DIN-Normen nicht schon ohnehin zu erbringen sind. Die Leistungen müssen erforderlich sein, um die bisher ausgeschriebene Leistung vollständig und mängelfrei zu erbringen. (Keldungs in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 19. Auflage, § 1 Abs. 3 VOB/B Rn. 1, § 1 Abs. 4 VOB/B Rn. 3). 100

Der Auftragnehmer ist aber nur dann zur zusätzlichen oder geänderten Leistung verpflichtet, wenn der Auftraggeber die Änderung des Bauentwurfs angeordnet beziehungsweise die zusätzliche Leistung verlangt hat. Ein solches Verlangen ist frühestens im Schreiben der Beklagten vom 29.09.2017 zu sehen. Soweit bereits im Mai 2017 Schriftverkehr zwischen den Parteien stattgefunden hat, betraf dies erkennbar nicht das Fehlen Zentraler Parallelanzeigen als zusätzliche Anzeige zur Brandmeldeanlage. Vielmehr ist in der E-Mail der Kreisverwaltung E vom 10.05.2017 im Zusammenhang mit der Fortschreibung des Brandmeldekonzepes allein von Druckknopfmeldern die Rede. 101

Das Anordnungsrecht aus § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B 2016 besteht indes nicht zeitlich unbegrenzt. Dieses betrifft die Herstellungsverpflichtung des Auftragnehmers und kann daher nur im Erfüllungsstadium bestehen, das regelmäßig mit der Abnahme endet. Nichts anderes 102

kann für die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht gelten. Vorliegend kann zwar keine Abnahme festgestellt werden. Dies führt indes nicht dazu, dass die Erfüllungsphase unbegrenzt weiterläuft. Vielmehr muss die Herstellungsverpflichtung des Werkunternehmers – jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben - sein Ende finden, wenn der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet ist. Vorliegend war die förmliche Abnahme nach dem Vertrag innerhalb von zwölf Werktagen nach Fertigstellungsanzeige vereinbart. Dass zu diesem Zeitpunkt noch wesentliche Mängel vorgelegen hätten, lässt sich dem Vortrag der Parteien nicht entnehmen. Soweit die Beklagte erstinstanzlich in der Klageerwiderung die Rüge weiterer kleinerer Mängel dargestellt hat, lässt sich dem Vorbringen nicht entnehmen, dass diese Mängel bei Schlussrechnungslegung durch Klägerin noch vorhanden gewesen sind. Lediglich im Hinblick auf den Nachweis der Brandabschlüsse für Leitungen und die Höhe der Lichtschalter wird deutlich, dass diese Mängel noch vorliegen sollen. Diese Mängel stellen sich aber nach den obigen Grundsätzen nicht als wesentlich dar.

Damit ist die Herstellungsverpflichtung der Klägerin Anfang Juni 2017 als beendet anzusehen. Dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits eine Nutzungsänderung vorgenommen oder geplant hatte, dies der Klägerin bekannt geworden ist, die Zentralen Parallelanzeigen in das Brandschutzkonzept aufgenommen und dies der Kläger zur Kenntnis gebracht wurde oder die Beklagte die Anbringung der Zentralen Parallelanzeigen angeordnet hatte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. 103

II. 104

Zudem hat die Klägerin einen Anspruch auf Verzinsung des Zahlungsanspruchs in dem vom Landgericht zuerkannten Umfang (fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit dem 26.07.2017) aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 288 Abs. 1 BGB. Mit anwaltlichem Schreiben hat die Klägerin die Beklagte zur Zahlung bis zum 25.07.2017 aufgefordert. Mit Ablauf der gesetzten Frist befand sich die Beklagte mit der Zahlung in Verzug. Der geltend gemachte Zinssatz folgt aus § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 105

III. 106

Der vom Landgericht zuerkannte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten ergibt sich aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 3 BGB. Die Rechnung der Klägerin vom 17.05.2017 ist der Beklagten – ausweislich des Eingangsstempels und des Prüfvermerks der Bauberatung T2 – am 18.05.2017 zugegangen. Gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B 2016 ist die Beklagte nach Ablauf von 30 Tagen nach Zugang, mithin am 20.06.2017 in Verzug gekommen. Dass sie für die verspätete Zahlung nicht verantwortlich ist, lässt sich ihrem Vortrag nicht entnehmen. Die Höhe der geltend gemachten Gebühren ist ausgehend von einem Gegenstandswert von 42.407,55 € und einer 1,3 Geschäftsgebühr zutreffend berechnet. Einwände gegen den Anspruch und seine Höhe macht die Beklagte nicht geltend. 107

IV. 108

Der auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zuerkannte Zinsanspruch (fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit dem 26.07.2017) ergibt sich aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 288 Abs. 1 BGB. Mit anwaltlichem Schreiben hat die Klägerin die Beklagte auch insoweit zur Zahlung bis zum 25.07.2017 aufgefordert. Mit Ablauf der gesetzten Frist befand sich die Beklagte mit der Zahlung in Verzug. Der Zinssatz folgt aus § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 109

D. 110

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 281 Abs. 3 ZPO. 111
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

E. 112

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche 113
Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des
Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZP