Oberlandesgericht Hamm, 24 U 14/18

Datum:	30.04.2019
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	24. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	24 U 14/18
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2019:0430.24U14.18.00

Vorinstanz:	Landgericht Münster, 22 O 132/13

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 08.12.2017 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

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

Die Revision wird zugelassen.

Gründe: 1

I. 2

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung von Restwerklohn. 3

Die Klägerin betreibt ein Bauunternehmen. Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit am 09.07.2010 abgeschlossenen VOB/B-Bauvertrag (Anl. K1) mit der Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhauses um eine Wohneinheit. 4

5

Der Bauvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 2 Vertragsgrundlagen

Vertragsbestandteile sind ausschließlich die nachfolgend aufgeführten Unterlagen in der dort bezeichneten Reihen- und damit Rangfolge:

1. Die Bestimmungen dieser Vertragsurkunde

2. die Funktionalbeschreibung – erweiterter Rohbau vom 09. Juli 2010

3. die besonderen Vertragsbedingungen (BVB) gemäß Anl. 1 zu diesem Vertrag

4. das Angebot von Firma B vom 23. Juni 2010

…

7. die Vorschriften der VOB/B in der bei Unterzeichnung dieses Vertrages gel-

tenden Fassung

…

§ 5 Vergütung

1. Als Vergütung für die unter § 1 beschriebenen Leistungen wird als Pauschalfestpreis vereinbart:

315.126,05 € (netto ohne Mehrwertsteuer)

…

§ 9 Abnahme, Mängelhaftung

1. Die Abnahme des Werkes richtet sich nach § 12 VOB/B. Die Parteien vereinbaren eine förmliche Abnahme, über die ein von beiden Seiten zu unterzeichnendes Protokoll zu fertigen ist.

2. …

3. Die Parteien vereinbaren eine Verjährungsfrist von 4 Jahren.

4. Der AG hat bei jeglicher Geltendmachung von Mängelansprüchen zunächst die seiner Auffassung nach bestehenden Mängel zu rügen. Hierbei ist es ausreichend, wenn er die Mangelerscheinungen, die für ihn wahrnehmbar sind, sowie die Örtlichkeiten, an den diese auftreten, dem AN mitteilt.

…“

Die Kläger führte in der Folgezeit Arbeiten aus. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 21.01.2012 (Anl. B1) eine von der Klägerin verlangte Abnahme der Bauarbeiten unter Bezugnahme auf behauptete erhebliche Restarbeiten und zahlreiche Mängel ab.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.05.2012 forderte die Beklagte die Klägerin unter Bezugnahme auf ein unter dem 05.05.2012 erstelltes Mängelprotokoll, auf dessen Inhalt zur

Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, des von ihr beauftragten Privatgutachters Dipl.-Ing. L (Anl. K2) zur Mängelbeseitigung auf. Am 21.06.2012 fand ein Ortstermin unter Beteiligung der Prozessbevollmächtigten der Parteien statt, bei dem die im Mängelprotokoll vom 05.05.2012 aufgelisteten Mängel teilweise mit farblichen Anmerkungen in Bezug auf die weitere Vorgehensweise markiert wurden. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten fügte die Anmerkungen in das Mängelprotokoll des Privatgutachters L vom 05.05.2012 ein; ein um diese Anmerkungen ergänztes Mängelprotokoll wurde, auf dessen Inhalt zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, am 26.06.2012 erstellt.

Im Anschluss an den Ortstermin beseitigte die Klägerin bzw. deren Nachunternehmer einige Mängel. Die Klägerin teilte den Prozessbevollmächtigten der Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 10.10.2012 (Anl. K3) im Einzelnen mit, welche Mängel inzwischen beseitigt worden seien und kündigte unter Hinweis darauf, dass nach ihrer Einschätzung fast alle Mängel beseitigt worden seien, die Erstellung der Schlussrechnung an. Auf den weiteren Inhalt des Schreibens vom 10.10.2012 wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. 28

Die Klägerin erstellte unter dem 30.04.2013 ihre Schlussrechnung (Anl. K4) und errechnete nach Abzug geleisteter Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 285.850,00 € einen Restwerklohn von 117.248,53 € brutto. Die Schlussrechnung vom 30.04.2013 übersandte die Klägerin der Beklagten am 23.05.2013. 29

Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.05.2013 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass der Privatgutachter L ein neues Gutachten erstellt habe. Mit anwaltlichem Schreiben vom 26.06.2013 (Anl. K8) erinnerte die Klägerin die Beklagte an die Übersendung des neuen Gutachtens des Privatgutachters L. 30

Am 07.08.2013 überprüfte die von der Beklagten beauftragte Architektin C die Schlussrechnung und kürzte die Schlussrechnungssumme auf 379.904,98 € brutto. Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 (Anl. B2) übersandte die Beklagte der Klägerin die Schlussrechnungsprüfung und das Mängelprotokoll des Privatgutachters L vom 28.04.2013, auf dessen Inhalt zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Die Beklagte machte unter Verweis auf eine anliegende Forderungsaufstellung Schadensersatzansprüche für von ihr durchgeführte Ersatzvornahmen in Höhe von 26.623,69 € und weitere 57.916,26 €, insbesondere aus verspäteter Fertigstellung, gesamt 84.539,95 €, geltend und errechnete unter Ansatz eines Skontoabzugs von 3 % und unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen in Höhe von 277.274,52 € und nach Saldierung der wechselseitigen Forderungen einen ihr noch zustehenden Rückzahlungsanspruch in Höhe von 169.806,64 €. Hierbei stellte sie klar, dass ein Kostenvorschuss geltend gemacht werde und meinte, dass die Klägerin mangels Abnahme für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung darlegungs- und beweisbelastet sei. 31

Die Klägerin erhob hinsichtlich der Ansprüche der Beklagten die Einrede der Verjährung. Die Beklagte machte hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe eines zweifachen Druckzuschlages von 444.500,00 € geltend und erklärte hilfsweise für den Fall der Annahme der Fälligkeit der Restwerklohnleistung die Aufrechnung mit Vorschussforderungen und Schadensersatzforderungen in Höhe von insgesamt 69.769,84 € in der in der Anl. B4, auf deren Inhalt (Bl. 166 d.A.) zur Vermeidung von Wiederholungen verzichtet wird, vorgegebenen Reihenfolge. 32

Die Klägerin strukturierte und firmierte am 26.10.2014 in die B Grundbesitz und Beteiligungen GmbH um; ihren operativen Geschäftsbetrieb übertrug sie im Rahmen der Umstrukturierung auf die B Bau GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin B 33

Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer V und K B. Sie übertrug hierbei alle Forderungen aus Lieferungen und Leistungen und die Prozessrechtsverhältnisse. Die X B GmbH Bauunternehmung übertrug ihren operativen Geschäftsbetrieb auf die Klägerin aufgrund einer Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG; die Klägerin führt den Geschäftsbetrieb im gleichen Umfange fort.

Die Klägerin hat gemeint, die Beklagte habe ihre Werkleistung konkludent abgenommen. 34
Zwar hätten sie, die Parteien, eine förmliche Abnahme vereinbart; diese Vereinbarung hätten sie jedoch konkludent aufgehoben und auf eine förmliche Abnahme verzichtet. Aus dem Verhalten der Beklagten könne auf einen Verzicht auf die förmliche Abnahme geschlossen werden, da sie, die Klägerin, nach dem gemeinsamen Ortstermin am 21.06.2012 im August 2013 und September 2013 die Mängel entweder beseitigt habe und mit anwaltlichem Schreiben vom 10.10.2012 die Mängelfreiheit gemeldet habe. In dem Ortstermin vom 21.06.2012 sei vereinbart worden, die Punkte, die seitens der Beklagten bereits im Wege der Selbstvornahme beseitigt worden seien oder nicht mehr hätten nachgearbeitet werden sollen, einer späteren Einigung über die Vergütung vorzubehalten, so dass dementsprechend lediglich die Punkte, die hätte nachgearbeitet werden sollen, erörtert worden seien. Nach Abarbeitung dieser Mängel habe also nur noch über die Vergütung verhandelt und eine Einigung erzielt werden sollen. Wenn es mithin einer förmlichen Abnahme bedurft hätte, hätte diese vor einer Einigung über die Vergütung erfolgen müssen. In den folgenden Monaten habe sich die Beklagte nicht geäußert und es sei auch sonst nichts geschehen. Insbesondere habe die Beklagte keine Mängel gerügt und auch keine förmliche Abnahme verlangt. Sie, die Klägerin, habe erst unter dem 30.04.2013, also 6 Monate nach der Mängelfreimeldung die Schlussrechnung gestellt, ohne eine förmliche Abnahme zu fordern und auch die Beklagte habe keine förmliche Abnahme verlangt. Erst am 10.05.2013, also 7 Monate nach der Mängelfreimeldung, habe sich der Prozessbevollmächtigte der Beklagten gemeldet und mitgeteilt, dass der Privatgutachter L ein weiteres Protokoll erstellt habe, worauf ihr Prozessbevollmächtigter gebeten habe, dieses Protokoll zur Verfügung zu stellen, was nicht geschehen sei. Daraufhin sei die Schlussrechnung am 23.05.2013 übersandt worden. Die am 07.08.2013 erfolgte Prüfung der Schlussrechnung durch die von der Beklagten beauftragte Architektin und die rund 2 Wochen später folgende Übersendung der Schlussrechnungsprüfung habe sie, die Klägerin, dahingehend verstehen dürfen, dass auf eine förmliche Abnahme verzichtet werde und die Werkleistung nach Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten durch Ingebrauchnahme abgenommen worden sei. Die erste schriftliche Reaktion auf die Mängelfreimeldung vom 10.10.2012 sei nämlich erst am 20.08.2013, mithin erst 10 Monate später, eingegangen. Mithin habe sie, die Klägerin, in ihrer Mängelfreimeldung vom 10.10.2012 den Verzicht auf die förmliche Abnahme angeboten und in der Zusendung der Schlussrechnung sei ein weiteres Angebot auf Aufhebung der Vereinbarung einer förmlichen Abnahme zu sehen. Dieses Angebot habe die Beklagte konkludent angenommen; zwar habe sie in ihrem Schreiben vom 19.08.2013 Mängelrügen erhoben, indes nicht eine förmliche Abnahme verlangt und überdies Zahlung eines angeblich überzahlten Betrages von etwa 170.000,00 € bis zum 13.09.2013 gefordert, ohne sich auf einen Druckzuschlag zu berufen. Erst in der Klageerwiderung habe sich die Beklagte gegen einen Verzicht auf die förmliche Abnahme ausgesprochen. Unter Berücksichtigung der Frist des § 12 VOB/B hätte die Beklagte indes innerhalb dieser Frist die förmliche Abnahme verlangen müssen.

Da konkludent auf die förmliche Abnahme verzichtet worden sei, sei die Abnahme durch 35
Ingebrauchnahme erfolgt. Nach der Mängelfreimeldung vom 10.10.2012 habe die Beklagte das Werk in Gebrauch genommen, ohne Mängel zu rügen. Dass – weiterhin bestrittene – Mängel vorgelegen haben könnten, stehe der Annahme einer konkludenten Abnahme nicht

entgegen.

Ungeachtet dessen habe die Beklagte auch keine (Nach-)Erfüllungsansprüche und könne damit auch kein Zurückbehaltungsrecht mehr ausüben. Die Beklagte habe unter Bezugnahme auf das Mängelprotokoll im anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 gegenseitige Forderungen saldiert und einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 169.806,64 € geltend gemacht und damit hinsichtlich der jeweiligen Mängel eine Wahl hinsichtlich des Mangelrechtes getroffen; diese Wahl sei bindend. Eine einmal erklärte Minderung sei unwiderruflich. 36

Ungeachtet dessen sei ihre Werkleistung abnahmereif. Die seitens der Beklagten auf der Grundlage des Mängelprotokolls des Privatgutachters L vom 26.06.2012 behaupteten Mängel bestünden nicht. Gegenforderungen stünden der Beklagten ebenfalls nicht zu. 37

Etwaige Erfüllungsansprüche der Beklagten seien zudem verjährt. 38

Die Klägerin hat ursprünglich beantragt, 39

die Beklagte zu verurteilen, an sie 117.248,53 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.05.2013 zu zahlen. 40

Nach Klagezustellung hat die Klägerin wegen der Übertragung des operativen Geschäftsbetriebs und aller Forderungen aus Lieferungen und Leistungen im Wege der Ausgliederung nach Maßgabe des § 123 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die B GmbH & Co. KG beantragt, 41

die Beklagte zu verurteilen, an die B GmbH & Co. KG, vertreten durch die B Verwaltungsgesellschaft, diese wiederum vertreten durch die Geschäftsführer V und K B, 117.248,53 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.05.2013 zu zahlen. 42

Die Beklagte hat beantragt, 43

die Klage abzuweisen. 44

Die Beklagte hat gemeint, der Werklohnanspruch der Klägerin sei mangels Abnahme der Werkleistung nicht fällig. Es sei eine förmliche Abnahme vereinbart worden, die es – unstreitig – nicht gegeben habe; die Klägerin habe wiederholt an dem Förmlichkeitskriterium festgehalten und eine förmliche Abnahme verlangt. Auch nach Zugang ihres anwaltlichen Schreibens vom 10.10.2012 habe für die Klägerin kein Grund für die Annahme bestanden, dass sie, die Beklagte, auf eine förmliche Abnahme habe verzichten wollen, zumal im gemeinsamen Ortstermin vom 21.06.2012 eine Vielzahl von Mängeln streitig geblieben und nicht Gegenstand von Nachbesserungsarbeiten gewesen sei. Damit habe auch nach dem Ortstermin festgestanden, dass über zahlreiche Punkte, welche die Klägerin nicht als Mangel akzeptiert habe, weiter zu streiten sein werde, was im Übrigen auch aus den Markierungen im Mängelprotokoll deutlich werde; sämtliche markierten Mängel seien weiterhin streitig geblieben. Soweit im Nachgang Mängel beseitigt und deren Beseitigung mit Schreiben vom 10.10.2012 angezeigt worden seien, habe sich dies lediglich auf die Mängel beziehen können, bei denen ausweislich des Mängelprotokolls Einvernehmen erzielt worden sei. Mithin sei der Klägerin im Zeitpunkt ihres Schreibens vom 10.10.2012 bewusst gewesen, dass noch zahlreiche andere – im Mängelprotokoll dokumentierte – Mängel offen gewesen seien. Überdies habe sie, die Beklagte, nach Eingang des anwaltlichen Schreibens vom 10.10.2012 45

durch den Privatgutachter L prüfen lassen, ob und in welchem Umfang Mängel tatsächlich fachgerecht beseitigt worden seien. Ein Schweigen auf das Schreiben vom 10.10.2012 könne damit nicht als konkludenter Verzicht auf die förmliche Abnahme gewertet werden. Überdies habe es nicht einmal eine Abnahmebegehung gegeben; es habe lediglich Ortstermine mit dem Privatgutachter L gegeben, um das Ausmaß der vorhandenen Mängel zu erfassen und über Mängelbeseitigungsmaßnahmen zu diskutieren.

Nach der am 23.05.2013 erfolgten Übersendung der Schlussrechnung habe sie, die Beklagte, zudem mit anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 ausdrücklich auf die fehlende Abnahme hingewiesen und einer Abnahmereife widersprochen. Eine fiktive Abnahme sei nicht anzunehmen, da das Werk der Klägerin angesichts der im Privatgutachten des Privatgutachters L vom 16.02.2014 aufgelisteten Mängel nicht abnahmereif sei, soweit eine Mangelbeseitigung noch nicht erfolgt sei. 46

Das Landgericht hat nach uneidlicher Vernehmung von Zeugen und Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen C2 vom 21.11.2016 und dessen Einvernahme im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 08.12.2017 mit am 08.12.2017 verkündeten Urteil die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der geltend gemachte Werklohnanspruch nicht fällig sei. Die Parteien hätten eine förmliche Abnahme vereinbart; diese habe unstreitig nicht stattgefunden. Die Parteien hätten nicht konkludent auf die Durchführung einer förmlichen Abnahme verzichtet. Zwar möge die Klägerin durch Übersendung ihres anwaltlichen Schriftsatzes vom 10.10.2012 und die nachfolgende Übersendung der Schlussrechnung vom 30.04.2013 schlüssig ihre Bereitschaft bekundet haben, auf eine förmliche Abnahme zu verzichten. Die Beklagte habe indes von vornherein Mängel gerügt und sei von ihrem Standpunkt, dass die Werkleistung mit wesentlichen Mängeln behaftet sei, auch nachfolgend nicht abgerückt, so dass sie nicht auf die förmliche Abnahme verzichtet habe. Soweit die Beklagte auf das anwaltliche Schreiben vom 10.10.2012 nicht reagiert habe, sei beachtlich, dass eine Vielzahl der im Protokoll des Privatgutachters L vom 05.05.2012 gerügten Mängel gar nicht erst Gegenstand der im Anschluss an den Ortstermin vom 21.06.2012 von der Klägerin begonnenen Mangelbeseitigung gewesen sei, weil man sich im Ortstermin nicht über die Mangeleigenschaft habe einigen können. Vor diesem Hintergrund beinhalte das Schreiben der Klägerin vom 10.10.2012 allein die Mitteilung, dass die von ihr anerkannten Mängel fast vollständig beseitigt seien. Die Beklagte habe indes zu keinem Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht, dass sie die nicht anerkannten Mängelrügen fallen lasse. Demgemäß habe für die Klägerin kein Grund zu der Annahme bestanden, die Beklagte wolle nunmehr auf eine förmliche Abnahme verzichten. Aufgrund der Mitteilung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 10.05.2013 sei der Klägerin damit bereits vor der am 23.05.2013 erfolgten Übersendung der Schlussrechnung bekannt gewesen, dass der Privatgutachter L mit der Erstellung eines neuen Gutachtens beauftragt worden sei, so dass auch für die Klägerin auf der Hand habe liegen müssen, dass die Beklagte den Inhalt des Gutachtens abwarte, bevor sie eine Entscheidung in Bezug auf eine etwaige Abnahme treffe, zumal zu erwarten gewesen sei, dass sich das Privatgutachten auch über die durchgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten verhalten werde. Dass sich die Klägerin der Bedeutung dieses Privatgutachtens bewusst gewesen sei, werde dadurch belegt, dass ihre Prozessbevollmächtigten unter dem 26.06.2013 an die Übersendung des Privatgutachtens erinnert hätten. Die nachfolgend mit anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 erfolgte Übersendung des Privatgutachtens vom 28.04.2013 stelle vor diesem Hintergrund lediglich die Bestärkung des von vornherein vertretenen Standpunktes der Beklagten dar, dass keine Abnahmereife vorhanden sei. 47

48

Eine Fälligkeit des Werklohnanspruchs sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Abrechnungsverhältnisses anzunehmen. Die Beklagte mache ein Zurückbehaltungsrecht geltend, welches jedoch auf Nacherfüllungsansprüche gestützt sei, so dass für die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses kein Raum sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die Beklagte im anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 nach Saldierung der wechselseitigen Forderungen unter Einschluss ihrer Ansprüche auf Kostenvorschuss einen ihr zustehenden Rückzahlungsanspruch in Höhe von 169.806,460 € geltend gemacht habe. Denn anders als in den Fällen, in denen ein Gestaltungsrecht ausgeübt worden und damit der Nacherfüllungsanspruch untergegangen sei, könne der Auftraggeber von dem Zahlungsverlangen abgehen und wieder Nacherfüllung fordern.

Eine Abnahme sei auch nicht entbehrlich, wobei dahinstehen könne, ob auf die Fristsetzung wegen endgültiger Abnahmeverweigerung verzichtet werden könne. Denn vorauszusetzen sei jedenfalls die Abnahmereife des Werkes. Eine solche sei nicht gegeben, da wesentliche Mängel vorlägen. 49

Die Gipskartondecken in den Schlafräumen des Obergeschosses seien unzureichend befestigt worden, so dass sie sich beim Luftzug, der z.B. beim Türöffnen entstehe, hebten und senkten, wodurch es zu Abrissen und Rissen kommen könne. Nach den Feststellungen des Sachverständigen beliefen sich die Mängelbeseitigungskosten auf 15.900,00 € netto; insofern habe der Sachverständige auch ausgeführt, dass ein Schutz des Teppichbodens mit einer luftdichten Versiegelung nicht billiger wäre als die von ihm mit 3.240,00 € kalkulierte Neuverlegung eines Teppichbodens. Ein Abzug Neu für Alt sei nicht vorzunehmen, da die erlangten Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhten und sich die Beklagte jahrelang mit einem fehlerhaften Werk habe begnügen müssen. Überdies lägen keine zureichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte infolge der Mängelbeseitigungsarbeiten tatsächlich Renovierungsaufwendungen erspart hätte. 50

Ausweislich der Feststellungen des Sachverständigen seien die Gipskartondecken im Wohnzimmer und Flur in den Randbereichen zur Fensterfront mit zu großem Abstand auf den Tragprofilen befestigt worden, so dass sie bei geringem Luftzug oder Luftdruck mit der Gefahr von Absetzrissen in Bewegung gerieten. Zur Mangelbeseitigung sei nach den Feststellungen des Sachverständigen die Demontage der Deckenverkleidung an den betreffenden Wandseiten, die Montage eines weiteren Tragprofils und anschließend die Wiederherstellung der Decke in Ton und Struktur der vorhandenen Farbbeschichtung in Q3-Qualität erforderlich, so dass Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 3.400,00 € netto anzunehmen seien. Eine Berücksichtigung etwaiger Sowiesokosten komme schon deswegen nicht in Betracht, weil die zusätzliche Anbringung eines weiteren Tragprofils seinerzeit ohne größeren Aufwand möglich gewesen wäre, weil die Gipskartondecke nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Geschäftsführers der Beklagten noch nicht aufgeschraubt gewesen sei. 51

Der Sachverständige habe eine lokal begrenzte Unebenheit in der Gipskartondecke des Gästezimmers festgestellt. Zwar bewege sich die festgestellte Unebenheit mit rund 5 mm innerhalb der Abweichung nach der DIN 18202; gleichwohl sei ein Sachmangel anzunehmen, weil die Toleranzen der DIN 18202 – speziell für Gipskartondecken – nicht mehr dem technischen Fortschritt entsprächen und mit Hilfe heute üblicher Messinstrumente eine sehr viel höhere Genauigkeit erreichbar sei. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei von einem Mangelbeseitigungsaufwand von 2.050,00 € auszugehen. 52

Ein weiterer Mangel liege darin, dass der Betonsockel des Küchenblocks aus dem Fertigfußboden herausrage, jedoch sichtbar bleibe und nach Aufstellung des Küchenblocks eine Fuge entstanden sei. Nach der Ausführungsplanung habe der Sockel für den 53

Küchenblock unterhalb der Oberkante des Fertigfußbodens liegen sollen. Die Klägerin habe jedoch dieses „Herauswachsen“ des Küchenblocks aus dem Fertigfußboden nicht realisiert, da zwischen Küchenblock und Sockel eine Fuge entstanden sei. Der Sachverständige habe die entsprechenden Mängelbeseitigungskosten auf rund 8.000,00 € netto festgelegt. Da der Küchenblock besonderen ästhetischen Anforderungen habe genügen sollen, handele es sich hierbei nicht um einen unverhältnismäßigen Mangelbeseitigungsaufwand.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen liege ein weiterer Mangel darin, dass das Türständerprofil der Trockenbauwand aus einem Aluminiumprofil bestehe, obgleich Aluminiumprofile wegen ihres niedrigen Schmelzpunktes bei FH-Wänden unzulässig seien. Der seitens des Sachverständigen ermittelte Mängelbeseitigungsaufwand belaufe sich auf 580,00 €. 54

Nach den Feststellungen des Sachverständigen liege aufgrund der angrenzenden Stahlkörper im Bereich zwischen den beiden Schlafräumen im Obergeschoss eine derart massive Schallbrücke vor, dass von einer Fehlkonstruktion auszugehen sei. Ein etwaiges Planungsverschulden der Architektin müsse sich die Beklagte nicht zurechnen lassen, weil sich aus dem Protokoll des Privatgutachters L vom 26.06.2012 ergebe, dass es für diesen Anschluss eine Detailplanung der Architekten überhaupt nicht gegeben habe. Wenn aber die Klägerin den Anschluss ohne entsprechende Detailplanung - ohne auf das Fehlen einer Detailplanung hinzuweisen - ausführe, habe sie diesen Mangel zu vertreten. Die Mangelbeseitigungskosten beliefen sich nach den Feststellungen des Sachverständigen auf 480,00 €. 55

Der Sachverständige habe für die unstreitige Verunreinigung der Fachwerkwand einen Mängelbeseitigungsaufwand in Höhe von 100,00 € netto in Ansatz gebracht. Für die Überarbeitung der Macken und Unebenheiten in der Putzoberfläche im Treppenaufgang, die nicht der geschuldeten Q3-Qualität entspreche, sei vom Sachverständigen ein unstreitiger Aufwand in Höhe von 790,00 € netto in Ansatz gebracht worden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen hätte die senkrechte Fuge im Obergeschoss zwischen Neubau und Altbestand mit einer Leiste überdeckt werden müssen, da beim Aufeinandertreffen von starrem Putz und der aufgrund Witterungseinflüsse veränderlichen Brettverkleidung des Giebels stets eine Abbruchkante entstehe; nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen beliefen sich die Mängelbeseitigungskosten auf 200,00 €. 56

Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei ein weiterer Sachmangel darin zu sehen, dass die senkrechte Bauwerksabdichtung auf dem Fundamentsockel ende und entgegen der DIN 18195 nicht mindestens 15 cm um den Fundamentvorsprung herabgeführt worden sei. Indes habe der Sachverständige klargestellt, dass er bei der Ermittlung des Mängelbeseitigungsaufwands in Höhe von 1.210,00 € netto (55 lfdm x 22,00 €/lfdm) unberücksichtigt gelassen habe, dass der Sanierungsbedarf allein für die Metallfassaden und nicht für die insgesamt 55 laufende Meter umfassende Fassade bestehe. 57

Unstreitig lasse sich die Tür nach außen nur ca. 80° weit öffnen. Der Sachverständige habe insofern Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 2.500,00 € ermittelt und klargestellt, dass der Privatgutachter L in seinem Kurzgutachten vom 16.12.2014 zwar 1.600,00 € ermittelt habe; der Privatgutachter L habe indes lediglich die Kosten für ein neues Türblatt, nicht aber die Aus- und Einbaukosten und die Kosten für eine ebenfalls erforderliche neue Türzarge kalkuliert. Der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe bindend von ihrem Minderungsrecht Gebrauch gemacht, weil sie sich in ihrem anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 unter Verweis auf das Mängelprotokoll des Privatgutachters L vom 28.04.2013 eines Rückzahlungsanspruches in Höhe von 169.806,460 € berühmt habe, greife nicht durch. Zwar 58

habe der Privatgutachter L eine Minderung in Höhe von 150,00 € vorgeschlagen und die Beklagte habe die entsprechende Kostenzusammenstellung bei der Ermittlung des ihr nach Saldierung wechselseitiger Forderungen zustehenden Rückzahlungsanspruches zugrunde gelegt. Gleichwohl habe die Klägerin nicht annehmen dürfen, dass sich die Beklagte für dieses vom Privatgutachter vorgeschlagene Minderungsrecht habe entscheiden wollen, da im anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 insgesamt hinsichtlich der vom Privatgutachter festgestellten Mängel ein Kostenvorschuss geltend gemacht worden sei, ohne bestimmte Mängel auszunehmen. Insofern habe die Klägerin in Ansehung dieses Mangels auf einen Kostenvorschuss für die Nachbesserung auch nicht verzichten wollen.

Der Sachverständige habe weiter festgestellt, dass sich an 3 verschiedenen Stellen des Fassadensockels Öffnungen befänden, die nicht mit einem Deckprofil geschützt seien; insofern fielen nach den Feststellungen des Sachverständigen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 100,00 € netto an. Der Sachverständige habe zudem unangegriffen festgestellt, dass die Wasserzapfstelle an der südwestlichen Gebäudeecke so dicht neben dem Regelfallrohr angebracht worden sei, dass sie nur noch erschwert zu bedienen sei; die vom Sachverständigen ermittelten Mängelbeseitigungskosten beliefen sich auf 400,00 netto. 59

Der Sachverständige habe weiterhin hinsichtlich der großen Dachterrasse mehrere Ausführungsfehler festgestellt. Die Konsolen zur Befestigung des umlaufenden Brüstungsgitters seien unzureichend eingerichtet. Die Dachbahnen lägen mit Längsstößen gegen die Fließrichtung. Es seien unzulässige Flickstellen auf der entsprechenden Bitumenbahn vorhanden und die Eindichtung der durch die Dachhaut geführten Entlüfterhauben sei nicht fachgerecht ausgeführt worden. Die Verlegung einer zusätzlichen Dachabdichtungsbahn sei erforderlich, weil die Dachterrasse in ihren Höhenvorgaben nicht gemäß den entsprechenden Anforderungen der Flachdachrichtlinie so geplant worden sei, dass das erforderliche Gefälle von 2 % ausgebildet werden könne. Die von der Architektin erstellte Planzeichnung nebst Systemschnitt stelle zwar einen mangelhaften Versuch dar, die Planungsdefizite zu beheben. Die Klägerin habe die Planung der Architektin aber überhaupt nicht umgesetzt und stattdessen die von ihr gewählte Art der Ausführung mangelhaft umgesetzt. Der Sachverständige habe festgestellt, dass die von der Klägerin anstelle der geplanten Entwässerungsrinne ausgeführte Entwässerungswanne ebenfalls kein Gefälle aufweise, da anstelle von zwei erforderlichen Abläufen nur ein Ablauf hergestellt und dieser Ablauf überdies falsch eingebaut worden sei, weil der Kragen des Wasserablaufes ca. 1 cm aus der Oberkante des Fußbodens herausrage, so dass es zum Anstauen von Wasser kommen könne. Der Sachverständige habe für das Aufschweißen der weiteren Dachdichtungsbahn Kosten von rund 12.500,00 € netto ermittelt. Die Klägerin entlaste nicht, dass die Planung mangelhaft gewesen sei, da sie sich überhaupt nicht an die Planung der Architekten gehalten habe. 60

Auf den Gipskartonwänden des Abstellraumes sei lediglich eine Grundverspachtelung aufgetragen worden und für die Herstellung der geschuldeten Q3-Qualität fielen nach den Feststellungen der Sachverständigen Kosten von 250,00 € netto an. 61

In Gesamtschau seien die genannten Mängel nicht als unwesentlich einzustufen, da mit Mängelbeseitigungskosten zu rechnen sei, die mehr als 10 % der Schlussrechnungssumme ausmachten. Ob sich die Beklagte wegen der optischen Beeinträchtigung durch die in den Stoßtritten der Sichtbetontreppe sichtbaren Transporthülsen wegen unverhältnismäßiger Kosten der Mängelbeseitigung auf ein Minderungsrecht verweisen lassen müsse und ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Mängelbeseitigungsansprüche wegen der vom Sachverständigen festgestellten Rutschgefahr auf der Freitreppe zur Dachterrasse und 62

wegen der von ihm trotz Einhaltung der Grenzwerte des Blower-Door-Tests festgestellten Undichtigkeiten des Neubaugebäudes bestünden, bedürfe insofern keiner Entscheidung.

Auf die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung komme es nicht an, da die Fälligkeit der Klageforderung zu verneinen sei. Ungeachtet dessen seien Nacherfüllungsansprüche, auf die die Beklagte vorsorglich ein Zurückbehaltungsrecht stütze, nicht verjährt, da die Verjährung von Nacherfüllungsansprüchen mit der Abnahme zu laufen beginne, an der es vorliegend fehle. 63

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie rügt, das Landgericht habe verkannt, dass ihr Erfüllungsansprüche der Beklagten wegen Verjährung nicht mehr entgegengehalten werden könnten; Erfüllungsansprüche seien verjährt. Für Erfüllungsansprüche stelle nicht die Abnahme, sondern der Vertragsschluss den Zeitpunkt dar, zu dem die Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB in Lauf gesetzt werde. Aber selbst wenn nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen wäre, habe die Verjährung spätestens im Jahre 2013 begonnen. Obgleich die Beklagte auf der Grundlage der Privatgutachten des Privatgutachters L hierzu in der Lage gewesen wäre, habe sie keine verjährungsunterbrechenden Maßnahmen ergriffen. Erfüllungsansprüche seien mithin spätestens im Jahre 2016 verjährt gewesen. Entsprechende Mängel seien mithin nicht mehr berücksichtigungsfähig und könnten damit die Abnahmereife nicht ausschließen. Insofern hätten die behaupteten Mängel allein im Rahmen einer Aufrechnung berücksichtigt werden können; hierbei dürfe aber nicht auf den Mangelbeseitigungsaufwand abgestellt werden, da die Beklagte die entsprechenden Mängel nicht beseitigen wolle. Da die Abnahmereife als Fälligkeitsvoraussetzung erst mit Verjährung der Mängelansprüche eingetreten sei, überschnitten sich Abnahmereife und unverjährte Mängelansprüche nicht, so dass Mängelansprüche auch nicht nach § 215 BGB erhalten geblieben seien. 64

Aber selbst wenn eine Verjährung zu verneinen wäre, hinderten die Mängel die Annahme der Abnahmereife nicht. Die Mängel beeinträchtigten die Gebrauchsfähigkeit des Werks in keiner Weise; seit 6 Jahren werde das Gebäude genutzt und seit 5 Jahren habe die Beklagte keinerlei Maßnahmen ergriffen, obgleich ihr solche durch den Privatgutachter L angesonnen worden seien. Überdies wolle die Beklagte die Mängel nicht beseitigen lassen. Die vom Landgericht angenommenen Mängelbeseitigungskosten hinsichtlich der Ständerprofile der Trockenbauwand aus Aluminium im Bereich der FH-Zugangstür, des Füllpanels zwischen Fensterfront und Innenwand zwischen Kinderzimmer I und Kinderzimmer II, der Verunreinigung der Fachwerkwand, der Macken und Unebenheiten in der Putzoberfläche im Treppenaufgang, der fehlenden Deckleiste an der Ostfassade im Obergeschoss zwischen Neubau und Altbestand, der fehlenden Abdichtung des Fassadensockels der Metallfassaden, der Zugangstür zum Technikraum, der Löcher in der Schiebetürfront zum Wohnzimmer, der Zapfstelle am Fallrohr und der Gipskartonwände des Abstellraums beliefen sich auf 4.245,00 € und unterschritten damit ein Prozent des Vertragswertes. Im Hinblick auf die verbliebenen Mängel habe der Sachverständige fehlerhaft zu hohe Mängelbeseitigungskosten angenommen, so dass ein Obergutachten einzuholen sei. Da die Beklagte Mängel nicht beseitigen lassen wolle, sondern das Objekt zum Verkauf angeboten habe und auch ausweislich eines Verkaufsinserats in der Immobilienplattform Immomarkt auch weiterhin anbiete, könne sie die Abnahme nicht verweigern. Nach der Rechtsprechung des BGH könne ohnehin nicht auf Mängelbeseitigungskosten abgestellt werden. Denn die Berücksichtigung von fiktiven Mängelbeseitigungskosten zur Feststellung der Wesentlichkeit eines Mangels führte zu einer unsachgemäßen Privilegierung des Auftraggebers und einer Überkompensation, die sich mit der neueren Rechtsprechung des BGH nicht vertrage. Insofern könne allein eine Wertminderung maßgeblich sein, die vorliegend einen Betrag von 65

10.000,00 € nicht überschreite. Sofern keine ausreichende Schätzgrundlage anzunehmen sei, seien die entsprechenden Minderwerte sachverständig zu bestimmen. Soweit der Berufungsantrag zu 2) betroffen sei, sei dieser nach § 777 Abs. 2 ZPO gerechtfertigt.

Die Klägerin beantragt, 66

1. unter teilweiser Abänderung des am 08.12.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster, Az. 022 O 132/13, die Beklagte zu verurteilen, an sie 92.207,96 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen und 67

2. die Beklagte zu verurteilen, den nach Kostenfestsetzungsbeschluss I. Instanz empfangenen Betrag von 4.096,12 € an sie nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit dem 13.02.2018 (zurück) zu zahlen. 68

Die Beklagte beantragt, 69

die Berufung zurückzuweisen. 70

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie meint ergänzend, ihre Erfüllungsansprüche seien nicht verjährt. Unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Klägerin verjährte ein Erfüllungsanspruch bei langer Bauzeit, bevor das Bauvorhaben überhaupt abnahmereif fertiggestellt werde. Insofern könne die Verjährung des Erfüllungsanspruchs nicht beginnen, solange dieser nicht fällig sei und es sei auch nicht sachgerecht, den Besteller zur Durchsetzung seiner Mängelrechte wegen einer eventuell drohenden Verjährung zu zwingen. Ungeachtet dessen könne der Besteller wegen eines Mangels der Werkleistung sein Verweigerungsrecht gegenüber dem Unternehmer auch nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche nach § 215 BGB geltend machen, wenn dieser Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten sei und daher ein hierauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit hätte geltend gemacht werden können. Insofern sei der Besteller gerade nicht gezwungen, ein ihm zustehendes Leistungsverweigerungsrecht vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend zu machen, um sich dieses Recht zu erhalten. Mithin könnten zur Bestimmung der Wesentlichkeit die fiktiven Mängelbeseitigungskosten herangezogen werden, da sie, die Beklagte, nach wie vor die Mängel beseitigen wolle. Zwar sei richtig, dass sie das streitgegenständliche Objekt mehrfach inseriert und zum Verkauf angeboten habe; aufgrund der bestehenden erheblichen Mängel habe sich jedoch kein Kaufinteressent gefunden und sie sei zu einem entsprechenden Hinweis auf die Mängel verpflichtet. Überdies beeinträchtigten die Mängel die Gebrauchsfähigkeit. Aus § 641 Abs. 3 BGB folge, dass hinsichtlich der Bestimmung der Wesentlichkeit eines Mangels auch die fiktiven Mangelbeseitigungskosten heranzuziehen seien, da auch hinsichtlich des Leistungsverweigerungsrecht auf die fiktiven Mangelbeseitigungskosten abgestellt werde. 71

Der Senat hat den Geschäftsführer der Klägerin und den Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten persönlich in der mündlichen Verhandlung am 28.03.2019 angehört und ergänzend Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen C2 vom 21.09.2018, auf dessen Inhalt zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, und Einvernahme des Sachverständigen C2 in der mündlichen Verhandlung am 28.03.2019. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme in Form der Einvernahme des Sachverständigen und der persönlichen Anhörung wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.03.2019 sowie den das 72

wesentliche Ergebnis der Einvernahme des Sachverständigen und das wesentliche Ergebnis der persönlichen Anhörung zusammenfassenden schriftlichen Berichterstattervermerk vom 28.03.2019 Bezug genommen.

II. 73

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. 74

Der Klägerin steht kein fälliger Anspruch auf Restwerklohnzahlung nach § 631 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung in Verbindung mit Art. 229 § 39 EGBGB zu. Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass der Restwerklohnanspruch derzeit nicht fällig ist. Deswegen stehen der Klägerin auch die weiteren geltend gemachten Ansprüche nicht zu. 75

1. 76

Dass die Parteien mit dem Bauvertrag einen Werkvertrag geschlossen haben, ist nicht zweifelhaft und die entsprechende Feststellung des Landgerichts wird auch von den Parteien nicht angegriffen. 77

2. 78

Der Restvergütungsanspruch der Klägerin ist indes nicht fällig. Die Fälligkeit des Restvergütungsanspruchs der Klägerin setzt nach § 641 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Abnahme des Werkes voraus, an der es vorliegend fehlt. 79

a) 80

Nach § 9 Nr. 1 Satz 2 des Bauvertrages wurde eine förmliche Abnahme vereinbart. Eine förmliche Abnahme hat unstreitig nicht stattgefunden. 81

b) 82

Eine fiktive Abnahme kommt ebenso wenig wie eine konkludente Abnahme, die niemals erklärt worden ist, in Betracht. 83

aa) 84

Wegen des Erfordernisses der förmlichen Abnahme ist eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B nicht möglich. In § 2 Nr. 7 des Bauvertrages wurde die „VOB/B in der bei Unterzeichnung dieses Vertrages geltenden Fassung“ vereinbart. Da der Bauvertrag am 09.07.2010 unterzeichnet worden ist, ist die VOB/B 2009 vereinbart worden, da die VOB/B 2012 erst am 30.07.2012 eingeführt worden ist. 85

Zwar wird teilweise vertreten, dass dann, wenn innerhalb der Frist des § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 2009 kein Abnahmetermin anberaumt und die Abnahme auch nicht ausdrücklich verweigert wird, davon auszugehen sei, dass auf die vertraglich vereinbarte förmliche Abnahme verzichtet werde, so dass nach Ablauf von zwölf Werktagen nach Erhalt der Fertigstellungsmitteilung gem. § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B oder durch Inbenutzungnahme gem. § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B die Abnahme als erfolgt gelte (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 07. Januar 2014 – 7 U 103/13 – zitiert nach juris; KG Berlin, Beschluss vom 08. November 2013 – 7 U 103/13 – zitiert nach juris; KG Berlin, Urteil vom 04. April 2006 – 7 U 247/05 – NZBau 2006, 436). 86

Indes folgt der Senat der Ansicht, wonach die vertragliche Vereinbarung einer förmlichen Abnahme eine Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1983 – VII ZR 373/82 – NJW 1984, 725; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 25. Januar 2012 – 4 U 7/10 – NJW-RR 2012, 655; OLG Hamm, Urteil vom 12. Dezember 2006 – 26 U 49/04 – zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. April 2009 – I-5 U 142/08 – zitiert nach juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Februar 2012 – 1 U 20/11 – zitiert nach juris; Bröker, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 5 [Fiktive Abnahme] Rn. 5; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 31) und eine konkludente Abnahme ausschließt (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 25. Januar 2012 – 4 U 7/10 – NJW-RR 2012, 655; Abu Saris, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016). Da die förmliche Abnahme bereits im Werkvertrag vereinbart worden ist (vgl. Bröker, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 5 [Fiktive Abnahme] Rn. 5), muss diese nicht mehr eigens „verlangt“ werden (vgl. KG Berlin, Urteil vom 04. April 2006 – 7 U 247/05 – NZBau 2006, 436; Abu Saris, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 12 VOB/B Rn. 126). Damit aber fehlt es schon („Wird keine Abnahme verlangt“) an den Voraussetzungen der fiktiven Abnahme, so dass eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 2009 ausscheidet (vgl. Bröker, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 5 [Fiktive Abnahme] Rn. 5). Eine spätere konkludente Abnahme durch Nutzung ist damit deshalb nicht anzunehmen, weil die Parteien die Billigung des Werkes ausdrücklich an die förmliche Abnahme geknüpft haben (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12. Dezember 2006 – 26 U 49/04 – zitiert nach juris). 87

bb) 88

Die Parteien haben auf das Erfordernis der förmlichen Abnahme weder ausdrücklich noch konkludent verzichtet. 89

(1) 90

Obgleich die bereits im Bauvertrag vereinbarte förmliche Abnahme Vorrang vor den anderen Abnahmeformen hat, ist möglich, dass die Parteien durch ausdrückliche Erklärung oder durch schlüssiges Verhalten auf die förmliche Abnahme verzichten (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 – VII ZR 310/99 – NJW 2001, 818; BGH, Urteil vom 03. November 1992 – X ZR 83/90 – NJW 1993, 1063; BGH, Urteil vom 21. April 1977 – VII ZR 108/76 – MDR 1977, 832; Bröker, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 5 [Fiktive Abnahme] Rn. 5; Abu Saris, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 12 VOB/B Rn. 120). Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann nämlich ihrerseits konkludent wieder aufgehoben werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 – VII ZR 310/99 – NJW 2001, 818; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2013 – I-23 U 15/13 – zitiert nach juris), da ein vereinbarter Formzwang jederzeit formlos durch die Vertragsparteien aufgehoben werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 03. November 1992 – X ZR 83/90 – NJW 1993, 1063). An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 – VII ZR 310/99 – NJW 2001, 818; OLG Stuttgart, Urteil vom 21. April 2009 – 10 U 9/09 – zitiert nach juris). 91

(2) 92

Vorliegend ist aber weder ausdrücklich ein Verzicht auf die förmliche Abnahme erklärt worden noch ist ein konkludenter Verzicht auf die förmliche Abnahme erfolgt. 93

(a) 94

Ein konkludenter Verzicht der Beklagten auf die förmliche Abnahme kann nicht deswegen angenommen werden, weil die Beklagte – wie von der Klägerin angenommen – nach dem gemeinsamen Ortstermin am 21.06.2012 zunächst keine weiteren Mängel gerügt hätte. 95

Zwar sind - auch nach dem Vortrag der Klägerin - in dem entsprechenden Mängelprotokoll (Anl. K2, Bl. 31-51 d.A.) auch Mängel markiert worden, die durch die Beklagte im Wege der Selbstvornahme nachgearbeitet wurden und die nicht mehr hätten nachgearbeitet und lediglich im Rahmen einer Vergütungsminderung hätten berücksichtigt werden sollen. Allerdings ist unstreitig, dass die Parteien sich darauf verständigt haben, dass jedenfalls bestimmte Mängel tatsächlich von der Klägerin hätten beseitigt werden sollen, die zumindest teilweise nach Vortrag der Klägerin im August/September „2013“ (gemeint wohl 2012) behoben wurden. Dann aber bestanden nach dem gemeinsamen Ortstermin am 21.06.2012 auch nach dem Vortrag der Klägerin jedenfalls noch solche Mängel, auf deren Bestehen und Beseitigung sich die Parteien geeinigt hätten und die erst noch hätten beseitigt werden müssen. Damit aber konnte auch aus Sicht der Klägerin nicht angenommen werden, die Beklagte hätte vor Abarbeitung dieser Mängel auf eine förmliche Abnahme verzichten wollen. 96

(b) 97

Ein konkludent erklärter Verzicht der Beklagten auf eine förmliche Abnahme kann auch nicht in einer etwaigen Untätigkeit der Beklagten nach jedenfalls teilweiser Beseitigung von Mängeln durch die Klägerin und Zugang des anwaltlichem Schreibens vom 10.10.2012 gesehen werden. 98

(aa) 99

Aus dem Vergleich zwischen den im Mängelprotokoll noch als Mangel ausgewiesenen Punkten und den im Schreiben vom 10.10.2012 als erledigt erklärten Mängeln folgt, dass ein Großteil der seitens der Beklagten gerügten Mängel, die gerade nicht bereits im Wege der Selbstvornahme erledigt worden sind, überhaupt nicht im Schreiben vom 10.10.2012 als beseitigt ausgewiesen sind. 100

Die Klägerin hat nach wie vor das Bestehen entsprechender Mängel in Abrede gestellt und demgemäß auch keine Mangelbeseitigung durchgeführt. Betroffen sind die seitens der Beklagten gerügten Mängel Pos. 1.1.3 (Stahlstütze an der Gebäudeinnenecke zweier Glasfronten nach Südwesten noch unverkleidet; mittlere von 3 Stützen in anderer Tiefe ausgeführt als die auf der Westseite), Pos 1.5.5 (aus Betonpflaster bestehender Fußboden nicht plan verlegt, da Estrich stark geschüsselt), Pos. 1.5.6 (Zugang nicht mit einem Mercedes Benz Vito – Breite 190 cm zuzüglich Spiegel – befahrbar), Pos. 1.6.1 (4 Rohrhülsen zur Durchführung von Rohrleitungen fehlten; optischer Mangel, weil stirnseitig eine offene Fuge von 3 x 60 cm; im Sockelbereich des WDVS Fassade nicht den Herstellervorschriften entsprechend unter 45° auf die Fundamente zurückgeführt; Zugangstür zum Technikraum nach außen nur 80° weit öffnen), Pos. 1.3.1 (Abdichtung der Freitreppe zur Dachterrasse mit Triflex), Pos. 1.3.2 (Tür zum Abstellraum), Pos. 1.3.3 (Dachüberstanddeckenplatte); Pos. 1.3.4 (Außenzapfstelle falsch positioniert), Pos. 1.4.5 (grün besplittete Dachbahn oberhalb des Flachdaches des Büros im 1. Obergeschoss), Pos. 2.3.1 (Gegengefälle Dachfläche). 101

Hinsichtlich der seitens der Beklagten im Mängelprotokoll ausgewiesenen weiteren Positionen 2.3.2 bis 2.3.6 und 2.3.9 bis 2.3.11 fehlt es im Schreiben vom 10.10.2012 an einer 102

Erklärung. Zudem hat die Klägerin zwar im Schreiben vom 10.10.2012 teilweise Mängel angenommen. Gleichwohl hat sie ausdrücklich klargestellt, keine Mangelbeseitigung durchgeführt zu haben, so hinsichtlich der Pos. 2.1.2 (Sichtverbindung zwischen Kinderzimmer I und Kinderzimmer II; nicht dichter Abschluss des Füllpaneels zwischen Fensterfront und Innenwand) und Pos. 1.0.3 („Knallgeräusche“ im WDVS wegen thermischer Längenausdehnung). Teilweise hat sie eine – aus Sicht der Beklagten – unzulängliche Mangelbeseitigung angeboten, so bezüglich der Pos. 1.8 (3 Bohrlöcher in Sichtbetontreppe), bei der die Klägerin alleine die Schließung der Bohrlöcher angeboten hat. Überdies hat sie nach eigenem Vortrag eine Mangelbeseitigung ausgeführt, von der schon beim Ortstermin klar war, dass zunächst noch abgewartet werden muss, ob diese erfolgreich war, so hinsichtlich der Pos. 2.1.3 und Pos. 2.8 (jeweils Heben und Senken der abgehangenen Decke bei Öffnen und Schließen der Innentür).

(bb) 103

Angesichts der Vielzahl der auch aus Sicht der Klägerin unerledigt gebliebenen Mängelrügen der Beklagten konnte aus objektiver Empfängersicht nicht angenommen werden, dass eine unterlassene Reaktion der Beklagten auf den Zugang des Schreibens vom 10.10.2012 als Verzicht der Beklagten auf ihre Mängeleinwände auszulegen war. Dann aber konnte die Klägerin das Verhalten der Beklagten in Form eines Schweigens nach §§ 133, 157 BGB nicht dahin verstehen, es werde auf eine förmliche Abnahme verzichtet (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1977 – VII ZR 108/76 – MDR 1977, 832; OLG Stuttgart, Urteil vom 21. April 2009 – 10 U 9/09 – zitiert nach juris). Denn die Beklagte hat erhebliche Mängel gerügt (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 37) und es konnte nicht angenommen werden, dass sie diese Mängelrügen fallen gelassen hätte. 104

(c) 105

Von der förmlichen Abnahme können die Vertragsparteien zwar auch dadurch stillschweigend Abstand nehmen, dass etwa die Schlussrechnung (weitgehend) bezahlt wird (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2013 – I-23 U 15/13 – zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. Dezember 2018 – 10 U 113/18 – zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 21. April 2009 – 10 U 9/09 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 37). Gerade dies ist vorliegend jedoch – unstreitig – nicht erfolgt. 106

(aa) 107

Übersendet der Auftragnehmer die Schlussrechnung an den Auftraggeber, ohne die förmliche Abnahme zu fordern, und tritt der Auftraggeber erst mehrere Monate nach Erhalt der Schlussrechnung in die Rechnungsprüfung ein, ohne auf die unterbliebene förmliche Abnahme einzugehen, kann eventuell auch hierin die konkludente Erklärung der Parteien zu sehen sein, von der vereinbarten förmlichen Abnahme abzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1977 – VII ZR 108/76 – zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 23. September 2003 – 17 U 234/02 – zitiert nach juris). Denn der Unternehmer bringt erkennbar zum Ausdruck, dass er auf eine förmliche Abnahme keinen Wert mehr legt. Als die Klägerin der Beklagten die Schlussrechnung vom 30.04.2013 am 23.05.2013 übersandte, ohne den Antrag auf förmliche Abnahme zu stellen, gab sie damit zu erkennen, dass sie auf eine förmliche Abnahme keinen Wert legte, sondern davon absehen wollte (vgl. KG Berlin, Urteil vom 04. April 2006 – 7 U 247/05 – zitiert nach juris). Wenn der Auftraggeber dann mehrere Monate nach Erhalt der Schlussrechnung seinerseits keine förmliche Abnahme verlangt, kann das von beiden Parteien gezeigte Verhalten dahin zu werten sein, dass sie übereinstimmend 108

konkludent von der vereinbarten förmlichen Abnahme abgesehen haben und es bei einer formlosen Abnahme verbleiben soll (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1977 – VII ZR 108/76 – zitiert nach juris). Unerheblich ist dabei, ob die Parteien sich der Tatsache bewusst waren, dass eine förmliche Abnahme vorgesehen war oder ob sie das nur vergessen haben (vgl. BGH, Urteil vom 03. November 1992 – X ZR 83/90 – NJW 1993, 1063; BGH, Urteil vom 21. April 1977 – VII ZR 108/76 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 37).

(bb) 109

Vorliegend erfolgte die Schlussrechnungsprüfung durch die Architektin der Beklagten zwar erst am 07.08.2013, damit also knapp drei Monate nach Zugang der Rechnung, ohne dass die Beklagte eine förmliche Abnahme verlangt hätte. 110

Gleichwohl konnte die Klägerin nicht aufgrund der am 19.08.2013 erfolgten Übersendung der Schlussrechnungsprüfung und des vorherigen Zuwartens davon ausgehen, dass die Beklagte auf eine förmliche Abnahme verzichtet hätte und die Werkleistung nach Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten durch Ingebrauchnahme abgenommen worden wäre. Denn das angekündigte Privatgutachten des Privatgutachters L wurde ebenfalls übermittelt und im anwaltlichen Schreiben vom 19.08.2013 (Anl. B2) ausdrücklich auf die Mängel hingewiesen. Bereits vor der Übersendung der Schlussrechnung am 23.05.2013 teilte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 10.05.2013 der Klägerin mit, dass der Privatgutachter L ein neues Privatgutachten erstellt habe. Zutreffend weist das Landgericht darauf hin, dass vor diesem Hintergrund die Klägerin nicht davon ausgehen durfte, dass die Beklagte keine Mängel mehr geltend machen und damit auf die förmliche Abnahme verzichten werde. Denn zum einen waren – wie bereits ausgeführt – eine Vielzahl der seitens der Beklagten auf der Grundlage des Mängelprotokolls gerügten Mängel auch nach dem Schreiben der Klägerin vom 10.10.2012 überhaupt nicht beseitigt worden, da diese nach wie vor von der Klägerin bestritten wurden bzw. hierzu überhaupt keine Erklärung abgegeben wurde, dass diese Mängel beseitigt würden. Zum anderen lag auch für die Klägerin nahe, dass der Privatgutachter L sich auch zu den bisherigen Mängelbeseitigungen verhalten würde. Dass also das neue Privatgutachten beachtliche Feststellungen enthalten konnte, war auch der Klägerin bewusst, da sie anderenfalls dieses Privatgutachten nicht im anwaltlichen Schreiben vom 26.06.2013 angefordert hätte. Dann aber konnte jedenfalls bis zum Eingang des neuen Privatgutachtens nicht auf einen Verzicht geschlossen werden. Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 (Anl. B2) übersandte die Beklagte der Klägerin aber nicht nur die Schlussrechnungsprüfung (Anl. 1), sondern auch das Mängelprotokoll des Privatgutachters L vom 28.04.2013. 111

Ungeachtet dessen kommt dem Prüfungsvermerk der Architektin ohnehin grundsätzlich nur interne Bedeutung im Verhältnis zum Besteller zu (vgl. OLG Köln, Urteil vom 05. November 1976 – 19 U 73/76 – MDR 1977, 404), indem diesem mitgeteilt wird, dass er die Rechnung - soweit unbeanstandet geblieben - unbedenklich begleichen könne (vgl. Peters/Jacoby, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 641 Rn. 88). Der geprüften Schlussrechnung kann also höchstens entnommen werden, dass die Architektin die Leistung als vertragsgerecht erbracht und die Vergütung als fehlerfrei errechnet ansieht, so dass er dem Bauherrn die endgültige Annahme empfiehlt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12. März 1996 – 21 U 147/95 – zitiert nach juris; OLG Köln, Urteil vom 05. November 1976 – 19 U 73/76 – MDR 1977, 404). Es handelt sich also um eine subjektive Meinungsäußerung des Architekten, nicht um den objektiven Leistungsnachweis des Bauunternehmers (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12. März 1996 – 21 U 147/95 – zitiert nach juris; OLG Köln, Urteil vom 05. November 1976 – 19 U 112

73/76 – MDR 1977, 404). Dann aber konnte aus Sicht der Klägerin allein die Prüfung nicht dahin zu deuten sein, dass damit auf die förmliche Abnahme verzichtet werden sollte.

(d) 113

Auch der sonstige Inhalt des anwaltlichen Schreibens vom 19.08.2013 (Anl. B2) kann nicht als Verzicht der Beklagten auf die förmliche Abnahme nach den §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. In dem vorgenannten Schreiben verlangt die Beklagte zwar ausdrücklich keine förmliche Abnahme und fordert die Zahlung eines – angeblich – unter Einbeziehung einer Vorschussforderung überzahlten Betrages von 169.806,64 € bis zum 13.09.2013, ohne sich auf einen Druckzuschlag zu berufen (Bl. 194 d.A.). Indes hat die Beklagte ausdrücklich auf die fehlende Abnahme hingewiesen, da sie erklärt hat, dass „Ihre Auftraggeberin mangels Abnahme für die ordnungsgemäße Leistungserbringung darlegungs- und beweisbelastet wäre.“ Dann aber kann nicht eine konkludente Verzichtserklärung unterstellt werden, wenn die Beklagte ausdrücklich das Gegenteil erklärt. 114

cc) 115

Ungeachtet des Umstandes, dass die bereits im Bauvertrag vereinbarte förmliche Abnahme Vorrang vor den anderen Abnahmeformen hat und damit eine konkludente Abnahme grundsätzlich nicht in Betracht kam, ist auch eine konkludente Abnahme nicht anzunehmen, 116

Eine konkludente Abnahme liegt vor, wenn dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 220/12 – NJW 2013, 3513; BGH, Urteil vom 25. Februar 2010 – VII ZR 64/09 – NZBau 2010, 318; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08. April 2016 – I-22 U 165/15 – BauR 2017, 1540; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 32). Dies kann zwar nur in Betracht kommen, wenn das Werk im Wesentlichen mangelfrei fertig gestellt ist (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 32). Es kommt aber nicht darauf an, ob tatsächlich Mängel bestehen, sondern darauf, ob der Auftragnehmer annehmen darf, dass aus der Sicht des Auftraggebers das Werk im Wesentlichen mängelfrei hergestellt ist, etwa weil sich Mängel noch nicht gezeigt haben, und er durch sein Verhalten die Billigung des Werkes zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 32). Macht der Auftraggeber – nach einer ihm einzuräumenden Prüffrist – keine Mängel geltend, nachdem er das Werk vollständig erhalten hat, der Werkunternehmer also seine Leistungen abgeschlossen hat und läuft die Prüffrist ab, ohne dass er Ansprüche geltend macht, kann hieraus auf die Abnahme geschlossen werden. Nach Ablauf eines halben Jahres ist regelmäßig nicht mehr damit zu rechnen, dass der Besteller das Werk zurückweist (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 220/12 – NJW 2013, 3513). Indes ist die Bestimmung der Prüfungsfrist Sache des Einzelfalls. Wie bereits ausgeführt, war eine Vielzahl von Mängeln zwischen den Parteien auch nach Zugang des Schreibens der Klägerin vom 10.10.2012 nach wie vor im Streit und auch aus Sicht der Klägerin konnte nicht angenommen werden, dass die Beklagte die Mängeleinreden schlicht fallengelassen hätte. 117

dd) 118

Eine Abnahme ist auch nicht deswegen entbehrlich, weil sich das Schuldverhältnis der Parteien in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt hätte. 119

(1) 120

Ein Abrechnungsverhältnis entsteht, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er vom Auftraggeber endgültig keine weiteren Leistungen mehr erwartet und eine vollständige Abrechnung des Vertragsverhältnisses wünscht, was etwa dann der Fall ist, wenn sich nur noch Restwerklohnanspruch und Minderungs- oder Schadensersatzansprüche gegenüberstehen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 - NJW 2017, 1607; BGH, Urteil vom 13. September 2001 – VII ZR 113/00 – NJW-RR 2002, 160; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. Mai 2012 – 8 U 173/10 – zitiert nach juris). 121

(2) 122

Hieran fehlt es vorliegend. Denn die Beklagte hat nie endgültig auf eine mangelfreie Fertigstellung des Werkes verzichtet. 123

(aa) 124

Zwar hat sie im Schreiben vom 19.08.2013 die wechselseitigen Forderungen saldiert und zu ihren Gunsten eine Rückzahlungsforderung von 169.806,64 € ermittelt. Darin hat sie aber Vorschussforderungen in Höhe von 176.500,00 € eingestellt. Ein Vorschussbegehren führt aber grundsätzlich nicht zu einem Abrechnungsverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 - NJW 2017, 1607). Nur ausnahmsweise kann allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme dann zur Annahme eines Abrechnungsverhältnisses führen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also ernsthaft und endgültig eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 - NJW 2017, 1607). 125

(bb) 126

Dass die Beklagte auch für den Fall des Scheiterns der von ihr beabsichtigen Selbstvornahme auf Fertigstellungsansprüche verzichtet hat, ist indes weder dargetan noch anderweit erkennbar. Aus den zwischenzeitlichen Verkaufsbemühungen der Beklagten folgt nicht, dass sie endgültig auf Mängelbeseitigungsansprüche verzichten wollte. Überdies hat die Klägerin mit der Berufung selbst nicht mehr näher dazu vorgetragen, weswegen ein Abrechnungsverhältnis entstanden sein soll. 127

ee) 128

Der Restwerklohnanspruch der Klägerin ist auch nicht wegen Abnahmereife fällig. Das Werk der Klägerin ist nicht abnahmereif. 129

(1) 130

Ist die Werkleistung abnahmereif, wird der Anspruch mit der unberechtigten Abnahmeverweigerung fällig. Der Werkunternehmer muss also nicht auf Abnahme klagen, sondern kann sofort seinen Restvergütungsanspruch gerichtlich geltend machen (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 211). Das kann ungeachtet der – nicht durch § 12 VOB/B verdrängten (vgl. Havers, in: 131

Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 6) – Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB auch dann gelten, wenn dem Auftraggeber keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt worden ist. Wenn der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, ist die Fristsetzung entbehrlich (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 211).

(2) 132

Dies setzt aber vorliegend voraus, dass die Leistung der Klägerin vollständig und - von unwesentlichen Mängeln abgesehen - mangelfrei ist (vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 BGB Rn. 31), also das Werk abnahmefähig und abnahmereif ist (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 640 Rn. 33), da dann die Abnahme zu Unrecht verweigert würde. 133

Dies hat im Streitfall der Werkunternehmer zu beweisen (vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 BGB Rn. 31). Ein Abnahmeverweigerungsrecht steht dem Auftraggeber nach § 12 Abs. 3 VOB/B nur bei wesentlichen Mängeln zu. Von solchen kann nur gesprochen werden, wenn sie die Funktionstauglichkeit der Leistung beeinträchtigen oder wenn sie unabhängig davon die Wertschätzung der Leistung merklich beeinflussen (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 640 BGB Rn. 63). 134

(a) 135

Der Einwand der Klägerin, die Beklagte könne sich wegen der Verjährung ihrer Fertigstellungsansprüche nicht auf wesentliche Mängel berufen, verfängt im Ergebnis nicht. 136

(aa) 137

Zutreffend weist die Klägerin zwar im Ausgangspunkt darauf hin, dass der Beklagten vor Abnahme der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB zusteht, welcher selbstständig einklagbar und, falls erforderlich, auch vollstreckbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 235/15 – NJW 2017, 1607). Der Erfüllungsanspruch verjährt in der Regelfrist, also kenntnisabhängig grundsätzlich nach drei Jahren zum Jahresende; §§ 195, 199 BGB (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. April 2018 – 8 U 19/14 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6.Teil Rn. 24, 105; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 634a BGB Rn. 12; Inhuber, in: Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 3. Auflage 2018, § 7 Rn. 51, 52; Raab-Gaudin, in: beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.11.2018, § 634a BGB Rn. 329.3; Werner, NZBau 2014, 80 (83)), während die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 634a Abs. 2 BGB erst mit der Abnahme beginnt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 – VII ZR 188/13 – NZBau 2016, 629; BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 – VII ZR 171/15 – NZBau 2016, 551; BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15 – NJW 2016, 1572). 138

Soweit für Werkverträge, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 geschlossen wurden, angenommen wurde, dass für Mängelansprüche, die vor Abnahme entstehen, die Verjährung erst mit Abnahme zu laufen beginnt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 – VII ZR 271/14 – NZBau 2016, 304; BGH, Urteil vom 08. Juli 2010 – VII ZR 171/08 – BGH, Urteil vom 08. Juli 2010 – VII ZR 171/08 – NZBau 2010, 768), führt dies zu keiner anderen Bewertung, da hinsichtlich nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts geschlossener Verträge Mängelrechte 139

grundsätzlich erst nach Abnahme des Werkes geltend gemacht werden können (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 235/15 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 193/15 – zitiert nach juris; vgl. auch Senat, Urteil vom 19. August 2014 – I-24 U 41/14 – NJW 2015, 960).

(bb) 140

Weiterhin zutreffend weist die Klägerin darauf hin, dass die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Da die zweite Voraussetzung regelmäßig bereits ab Vertragsschluss vorliegt, kommt es darauf an, wann der Erfüllungsanspruch entstanden ist. Das ist er dann, sobald er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. Vertragliche Erfüllungsansprüche verjähren nach der Fälligkeitsregel des § 271 BGB zwar grundsätzlich ab Vertragsschluss. Dies gilt aber nur, soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt ist. Aus den Umständen ergibt sich beim Bauvertrag, dass der Unternehmer alsbald mit den Arbeiten zu beginnen hat und sie in angemessener Zeit zu Ende zu führen hat (vgl. BGH, Urteil vom 08. März 2001 – VII ZR 470/99 – NZBau 2001, 389). Damit tritt Fälligkeit im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch mit dem vereinbarten Fertigstellungstermin ein (vgl. Stern, in: Thode/Wirth/Kuffer, Praxishandbuch Architektenrecht, 2. Auflage 2016, § 23 Rn. 41), jedenfalls aber nach Ablauf einer angemessenen Fertigstellungsfrist ein (vgl. BGH, Urteil vom 08. März 2001 – VII ZR 470/99 – NZBau 2001, 389; Molt, in: beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.11.2018 § 631 BGB Rn. 1751; Böck, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Auflage 2017, § 106 Rn. 52). Da die Verjährungsfrist jedenfalls solange gehemmt ist, wie der Werkunternehmer Nacharbeiten vornimmt (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6.Teil Rn. 105) und die Klägerin indes nach September 2012 keine Nacharbeiten ausgeführt und durch die Übersendung der Schlussrechnung am 23.05.2013 deutlich gemacht hat, dass sie zu weiteren Leistungen nicht mehr bereit sei, hätte damit die dreijährige Frist spätestens 2014 begonnen und wäre mit Ende 2016 abgelaufen. 141

(cc) 142

Der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch verjährt indes nicht früher als der nach Abnahme bestehende Nacherfüllungsanspruch. Denn mit der Abnahme wandelt sich dieser Erfüllungsanspruch in den Nacherfüllungsanspruch des § 635 BGB (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. März 2009 – 9 U 152/08 – zitiert nach juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 15. Juli 2009 – 13 U 120/07 – zitiert nach juris; Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 635 BGB Rn. 2; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2019, § 634 BGB Rn. 3; Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 634 BGB Rn. 27; Motzke, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 9 Abs. VOB/A Rn. 348; Raab-Gaudin, in: beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2019, § 634a BGB Rn. 156; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. April 2018 – 8 U 19/14 – zitiert nach juris) mit der Besonderheit um, dass die Verjährung für diesen, infolge der Abnahme modifizierten Erfüllungsanspruch nach § 634a Abs. 2 BGB mit der Abnahme zu laufen beginnt. Die Annahme, der auf die Herstellung eines mangelfreien Werks gerichtete Erfüllungsanspruch könnte bei mangelhafter Werkherstellung infolge der Geltung der Regelverjährungsvorschriften vor Abnahme und 143

damit vor Beginn der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs verjähren, führte dazu, dass derselbe Anspruch zunächst wegen der erhobenen Einrede der Verjährung zunächst nicht, dann aber mit Abnahme des mangelhaften Werks wegen der Regelung des § 634a Abs. 2 BGB wieder durchsetzbar wäre, weil die Verjährung mit der Abnahme begönne. Dann aber wäre eine zunächst eingetretene Verjährung mit der Abnahme beseitigt worden; eine Rechtsfolge, die dem geltenden Recht fremd wäre.

Die Verjährung von Erfüllungsansprüchen, die der Sache nach die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes betreffen, sind also an den Lauf der entsprechenden Gewährleistungsfristen des Nacherfüllungsanspruchs geknüpft (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. März 2009 – 9 U 152/08 – zitiert nach juris), weil sich der Erfüllungsanspruch mit Abnahme in einen Nacherfüllungsanspruch umwandelt und alle Ansprüche, die sich auf die vertragswidrige Beschaffenheit des Werks, in welcher Phase auch immer, stützen, in gleicher Frist verjähren (vgl. Raab-Gaudin, in: beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2019, § 634a BGB Rn. 156). Eine Verjährung der Erfüllungsansprüche für Mängel des Werkes tritt folglich nicht ein, solange das Werk nicht abgenommen ist, weil das Gesetz (und die VOB/B) die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst mit der Abnahme beginnen lässt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. März 2009 – 9 U 152/08 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 105; vgl. auch Merl, in: Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch Baurecht, 5. Auflage 2014, § 15 Rn. 1097: Hemmung der Verjährung der Mängelansprüche gem. § 634a Abs. 2 BGB, nachdem der Auftraggeber einerseits Anspruch auf ein im Zeitpunkt des Verschaffens mangelfreies Werk habe und andererseits dies frühestens nach Abnahme zuverlässig beurteilen könne). 144

Insofern ist daher zwischen der Nichterfüllung und der Schlechterfüllung zu differenzieren. Bei der Nichterfüllung verbleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist. Denn der auf die Erstellung des Werkes gerichtete Erfüllungsanspruch kann sich schon deswegen nicht in einen Nacherfüllungsanspruch umwandeln, weil das Werk überhaupt nicht erstellt worden ist und es deswegen bereits an einem Anknüpfungspunkt für die Annahme eines Mangels und damit für Gewährleistungsansprüche fehlt. Der auf die eigentliche Herstellung des Werks gerichtete Erfüllungsanspruch kann sich dementsprechend auch nicht in einen Nacherfüllungsanspruch umwandeln. 145

Wird das Werk hingegen hergestellt, teilt sich der Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB - ähnlich wie die Ansprüche bei der freien Kündigung im Hinblick auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilgewerk (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 648 BGB Rn. 14) – auf (vgl. Müller, NZBau 2015, 337 (340)). Der Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB bleibt wegen des noch nicht erstellten Teils bestehen und kann sich – da ein Mangel nicht besteht – nicht in einen Nacherfüllungsanspruch umwandeln. Er verjährt in der Regelverjährung und bleibt bei Erhebung der Verjährungseinrede dauerhaft nicht durchsetzbar. Bezüglich des mangelhaft hergestellten Teils erlischt der Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB indes nicht durch die Abnahme, sondern wandelt sich dann – wie bereits ausgeführt – in den Nacherfüllungsanspruch nach § 635 BGB um. 146

Nur der Vollständigkeit halber und insofern nicht entscheidungserheblich weist der Senat darauf hin, dass die Annahme des Verjährungsbeginns für den mangelbehebenden Erfüllungsanspruch nicht vor der Abnahme auch zu sachgerechten Ergebnissen führt. Zwar bliebe es dem Besteller dann, wenn der Erfüllungsanspruch vor Abnahme verjährte, unbenommen, die Abnahme zu erklären (vgl. Kögl, in: beck-online.Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.03.2019, § 640 BGB Rn. 390). Allerdings wäre er 147

dann gezwungen, die Abnahme eines mangelhaften Werkes zu erklären, um den entsprechenden Nacherfüllungsanspruch zu realisieren, dessen Verjährung erst mit der Abnahme beginnt (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 105) oder aber er müsste verjährungsunterbrechende oder -hemmende Maßnahmen ergreifen, um eine Verjährung des Erfüllungsanspruches zu hemmen, obgleich wesentliche Mängel vorliegen. Hingegen ist im Falle der Nichtleistung für ihn klar erkennbar, dass der Unternehmer überhaupt nicht mit der Ausführung beginnt oder diese fortsetzt, so dass ihm dann eine Klage auf Erfüllung zur Verjährungshemmung in der kurzen Regelverjährungsfrist zumutbar ist (vgl. Müller, NZBau 2015, 337 (340)).

(dd) 148

Dementsprechend kann auch dahinstehen, ob die Verjährung des Erfüllungsanspruchs nach § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB durch die seitens der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1990 – VIII ZR 219/89 – NJW 1990, 2680 zur Frage der Verjährungsunterbrechung durch Hilfsaufrechnung) gehemmt sein könnte. 149

Die Beklagte verfolgt ihren eigentlichen Erfüllungsanspruch im vorliegenden Rechtsstreit zwar nicht. Sie hat aber mit Schriftsatz vom 24.02.2014 in jedenfalls unverjährter Zeit hilfsweise die Aufrechnung mit Vorschussansprüchen erklärt. Ein Vorschussbegehren beruht aber auf der Herstellungspflicht des Werkunternehmers; der Auftraggeber will vorläufig selbst im Wege der Ersatzvornahme tätig werden, ohne dass er seinen Fertigstellungsanspruch gegen den Werkunternehmer verliert, so dass er auch nach einem Kostenvorschussverlangen den (Nach-)Erfüllungsanspruch geltend machen kann (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 193/15 – zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 03. Juli 2012 – 10 U 33/12 – zitiert nach juris). 150

Ein Vorschussverlangen nach den §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB setzt zwar eine Abnahme voraus (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 193/15 – zitiert nach juris); allerdings kann ein Kostenvorschussanspruch dem Grunde nach auch als Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags, nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht kommen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 – NZBau 2018, 201; BGH, Urteil vom 08. November 2018 – VII ZR 100/16 – NZBau 2019, 100). Da vor Abnahme dem Auftraggeber außer seinem Anspruch auf mangelfreie Herstellung aus § 631 Abs. 1 BGB in der Regel nur die Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zustehen, steht ihm auch der Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB oder statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB zu (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 – NZBau 2017, 216; BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 193/15 – zitiert nach juris). Vor diesem Hintergrund kommt also in Betracht, dass die Beklagte sich mit ihrer Hilfsaufrechnung auf den bereits vor Abnahme bestehenden Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB, gerichtet auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags, berufen und damit nach § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB die Verjährung der Erfüllungsanspruch gehemmt hat. Ob aber eine Hemmung in diesem Sinne vorliegt, bedarf keiner Entscheidung, da der Erfüllungsanspruch vorliegend nicht verjährt ist. 151

(b) 152

Auch der weitere Einwand der Klägerin, dass die Beklagte sich auf fehlende Abnahmereife schon deswegen nach § 242 BGB nicht berufen könne, weil sie ihren Fertigstellungsanspruch allein aus taktischen Gründen geltend mache und eine Beseitigung der Mängel tatsächlich 153

nicht erstrebe, um ihr, der Klägerin, die Durchsetzung ihres Restwerklohnanspruchs zu verwehren, dringt nicht durch. Dafür gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte. Dass die Beklagte versucht hat, das Objekt zu verkaufen, genügt hierfür nicht.

(c) 154

Damit aber kommt es auf die Abnahmefähigkeit des Werkes an; diese ist aber deswegen zu verneinen, weil wesentliche Mängel vorliegen. 155

(aa) 156

Unter welchen Voraussetzungen von einem unwesentlichen Mangel im Sinne des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung (Art. 229 § 39 EGBGB) auszugehen ist, hängt vom Einzelfall und einer Abwägung der Interessen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung von Art und Umfang des Mangels ab (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 640 Rn. 12). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Besteller zur Billigung einer Leistung verpflichtet wird, die nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht, denn der Besteller hat mit dem Unternehmer die Erstellung eines einwandfreien und nicht eines nur überwiegend einwandfreien Werks vereinbart (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26. Februar 2015 – I-24 U 111/14 – zitiert nach juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 Rn. 22). Der Begriff der Unwesentlichkeit ist deshalb eng auszulegen (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26. Februar 2015 – I-24 U 111/14 – zitiert nach juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 Rn. 22). Unwesentlich ist ein Mangel, wenn er an Bedeutung so weit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Mai 1997 – 22 U 232/96 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 4) und ihm deswegen zugemutet werden kann, letztlich auf Gewährleistungsansprüche verwiesen zu sein (vgl. Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 85). Bei der gebotenen engen Auslegung ist ein Mangel demgegenüber nicht als unwesentlich anzusehen, wenn dieser auf die Gebrauchsfähigkeit oder die Sicherheit des Werks Einfluss haben kann (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26. Februar 2015 – I-24 U 111/14 – zitiert nach juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 Rn. 22). Auch eine optische Beeinträchtigung kann insbesondere bei der Errichtung von Objekten für private Zwecke wesentlich sein. Beachtlich ist bei der Abwägung, dass dem Auftraggeber ein etwaig vorhandenes Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB erhalten bleibt, mit der Folge, dass er seine eigene Leistungspflicht bis zur Beseitigung des Mangels ohnehin insoweit zurückstellen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Mai 1997 – 22 U 232/96 – NJW-RR 1997, 1178). Liegen mehrere Mängel vor, die jeweils für sich betrachtet nicht schwerwiegend sind, kann sich aus der Summe der Mängel gleichwohl ergeben, dass der Auftraggeber nicht mehr verpflichtet ist, die Leistung abzunehmen (vgl. KG Berlin, Urteil vom 22. Februar 1984 – 24 U 5685/83 – zitiert nach juris). Letztlich verbleibt es aber auch hier bei einer Einzelfallbetrachtung (vgl. Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 85; Bröker, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 3 VOB/B Rn. 5). 157

Anhaltspunkte für die Abwägung können Art und Umfang des Mangels, Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung, die Unverhältnismäßigkeit des Mangelbeseitigungsaufwandes, der Grad eines etwaigen Verschuldens des Auftragnehmers (vgl. Havers, in: 158

Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 85) und schließlich auch die Höhe der Mangelbeseitigungskosten sein (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1992 – VII ZR 185/90 – zitiert nach juris; Bröker, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 3 VOB/B Rn. 8). Der Einwand der Klägerin, angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Schadensbemessung nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 – NZBau 2018, 201; BGH, Urteil vom 08. November 2018 – VII ZR 100/16 – NZBau 2019, 100; BGH, Urteil vom 07. Februar 2019 – VII ZR 63/18 – zitiert nach juris) könne die Wesentlichkeit eines Mangels nicht mehr nach der Höhe der Beseitigungskosten abgeleitet werden, so dass vorliegend eine Wesentlichkeit schon deswegen zu verneinen sei, weil die maßgebliche Wertminderung allenfalls 10.000,00 € betrage, verfängt nicht. Nach neuerer Rechtsprechung soll eine Überkompensation für den Fall vermieden werden, dass der die fiktiven Mängelbeseitigungskosten fordernde Auftraggeber eine Beseitigung der Mängel eventuell nicht beabsichtigt. Vorliegend will die Beklagte aber mit der Verweigerung der Abnahme, hilfsweise mit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts und äußerst hilfsweise mit einem Vorschussanspruch eine Beseitigung der Mängel erreichen.

(bb) 159

Das Landgericht hat auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen das Vorliegen von Mängeln bejaht. Die Klägerin hat in der insoweit nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO maßgeblichen Berufungsbegründung keine konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, dargetan. Sie hat sich allein mit dem Hinweis begnügt, dass sie insoweit an ihrem erstinstanzlichen Vortrag zu den einzelnen Mängelphänomenen festhalte und das Vorliegen und die Kostenhöhe bestreite. Mit den landgerichtlichen Feststellungen setzt sich die Berufung nicht auseinander. Die Klägerin trägt lediglich vor, die Mängel ee) bis mm) und oo) ließen sich zu geringen Kosten von allenfalls 4.225,00 € beheben und hinsichtlich der Mängel aa) bis dd) und nn) sei ein Obergutachten einzuholen. 160

Indes ist nicht erkennbar, dass die gut nachvollziehbaren Feststellungen des Landgerichts fehlerhaft sein könnten. 161

?) 162

Das Landgericht hat unter Punkt (aa) einen Mangel in der unzureichenden Befestigung der Gipskartondecken in Schlafräumen des Obergeschosses gesehen. Dies ist nicht zu beanstanden. 163

Der Sachverständige hat in seinem Gutachten festgestellt, dass für das festgestellte Heben und Senken der Gipskartondecke, was einen Mangel darstelle, weil es zu Abrissen und Rissen innerhalb der Decke kommen könne, entweder nicht ordnungsgemäß an der Rohdecke befestigte Trägerprofile oder aber eine zu große Wahl des Rasters der Trägerkonstruktion in Frage käme. Hierin liege ein Ausführungsfehler. Die Klägerin hat zwar gerügt, dass die genaue Ursache offen geblieben sei. Indes ist beachtlich, dass beide Ursachen in den Verantwortungsbereich der Klägerin fallen, so dass die Bestimmung der genauen Ursache dahinstehen kann. Wie bereits ausgeführt ist – auch – ein Anhaltspunkt für die Bewertung der Wesentlichkeit eines Mangels die Höhe der Mangelbeseitigungskosten (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1992 – VII ZR 185/90 – zitiert nach juris; Bröker, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 12 Abs. 3 VOB/B Rn. 8). Das Landgericht hat als 164

Mängelbeseitigungskosten auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen 15.900,00 € netto bestimmt. Soweit der Sachverständige für die Erneuerung des Teppichbodens einen Betrag von 3.240,00 € netto angesetzt hat, hat die Klägerin zwar gerügt, dass ein Schutz des Teppichbodens möglich und ein Austausch damit nicht erforderlich sei. Allerdings hat der Sachverständige in seiner Einvernahme vor dem Landgericht festgestellt, dass ein Schutz des Hochflor-Teppichbodens mit einer luftdichten Versiegelung – zuerst Verlegung auf einer Hartfaserplatte und Verlegung einer Folie hierauf, die 100% dicht verklebt werden müsse - nicht billiger wäre als die von ihm mit 3.240,00 € kalkulierte Neuverlegung eines Teppichbodens. Der von der Klägerin angenommene Abzug Neu für Alt hinsichtlich der Positionen Wiederherstellung der Wand- und Deckenbeschichtung (3.840,00 € netto) und Material (1.500,00 € netto) ist nicht vorzunehmen. Denn die Klägerin hat durch die von ihr durchgeführte mangelhafte Leistung und das Ablehnen weiterer Nachbesserung selbst dazu beigetragen, dass sich die Schadensbeseitigung so lange herausgezögert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. September 2002 – 21 U 29/02 – zitiert nach juris) und sich die Beklagte jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 08. Januar 2009 – 5 U 1597/07 – zitiert nach juris). Die Klägerin darf dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später erreicht wird, keine Besserstellung erfahren, da ein solches Ergebnis dem Gesetzeszweck widerspräche (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 08. Januar 2009 – 5 U 1597/07 – zitiert nach juris; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 19. Juli 2007 – 1 U 669/05 – zitiert nach juris). Denn die Klägerin soll nicht daraus einen Vorteil ziehen können, dass sie den Anspruch der Beklagten zögerlich erfüllt (vgl. Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 19. Juli 2007 – 1 U 669/05 – zitiert nach juris).

?) 165

Das Landgericht hat unter Punkt (bb) in der nicht fachgerechten Befestigung der abgehangenen Gipskartondecken im Wohnzimmer und Flur einen weiteren Mangel erblickt. Auch insoweit folgt der Senat den Ausführungen des Landgerichts. 166

Ausweislich der Feststellungen des Sachverständigen sind die Gipskartondecken im Wohnzimmer und Flur in den Randbereichen zur Fensterfront mit zu großem Abstand auf den Tragprofilen befestigt worden, so dass sie bei geringem Luftzug oder Luftdruck mit der Gefahr von Absetzrissen in Bewegung geraten. Zur Mangelbeseitigung sind nach den Feststellungen des Sachverständigen die Demontage der Deckenverkleidung an den betreffenden Wandseiten, die Montage eines weiteren Tragprofils und anschließend die Wiederherstellung der Decke in Ton und Struktur der vorhandenen Farbbeschichtung in Q3-Qualität erforderlich, so dass Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 3.400,00 € netto anfallen. 167

Der Einwand der Klägerin, die durch die Anbringung eines zusätzlichen Profils entstehenden Mehrkosten seien Sowiesokosten, verfängt im Ergebnis nicht. Sowiesokosten sind Kosten, die der Beklagten auch bei pflichtgemäßen Verhalten der Klägerin ohnehin (mehr) entstanden wären (vgl. BGH, Urteil vom 08. Juli 1993 – VII ZR 176/91 – NJW-RR 1994, 148; vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1990 – VII ZR 171/88 – NJW-RR 1990, 728). Soweit das Landgericht meint, dass eine Berücksichtigung etwaiger Sowiesokosten schon deswegen nicht in Betracht komme, weil die zusätzliche Anbringung eines weiteren Tragprofils seinerzeit ohne größeren Aufwand möglich gewesen wäre, weil die Gipskartondecke nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Geschäftsführers der Beklagten noch nicht aufgeschraubt gewesen sei, ist zwar beachtlich, dass jedenfalls die Kosten für zusätzliche Profile angefallen wären, wenn die Klägerin die entsprechenden Trägerprofile im seitens des Sachverständigen geforderten Abstand montiert hätte. Beachtlich ist aber, dass die Parteien in § 5 des 168

Bauvertrages einen Pauschalfestpreis von 315.126,05 € (netto ohne Mehrwertsteuer) vereinbart haben. Da aber in der Funktionalbeschreibung unter den Trockenbauarbeiten - abgehängte Decken im Erd- und Obergeschoss - die Anzahl der Trägerprofile und deren Abstand zueinander nicht beschrieben, jedoch für die beabsichtigte Funktion technisch notwendig sind, kann grundsätzlich keine weitere Vergütung hierfür verlangt werden (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 88). Überdies hat die Klägerin überhaupt nicht dargetan, wie sie den Pauschalfestpreis kalkuliert hat. Insofern kann die Klägerin nicht einfach entsprechende Mehrkosten ersetzt verlangen, sondern muss darlegen, wie sich entsprechende Mehrkosten verhältnismäßig auf den Pauschalfestpreis ausgewirkt hätten. Vor dem Hintergrund, dass auch die Kalkulation des Pauschalpreises im Übrigen nicht dargetan ist, kann zudem nicht sicher angenommen werden, dass diese geringfügige Mehrleistung eine Anpassung des Pauschalpreises gerechtfertigt hätte (vgl. OLG Celle, Urteil vom 08. Dezember 2016 – 6 U 50/16 – zitiert nach juris: dort 0,8 %). Denn ausgehend von dem vereinbarten Pauschalfestpreis kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Anbringung zusätzlicher Trägerprofile eine wesentliche Mehrleistung dargestellt hätte.

Ein Abzug Neu für Alt ist aus bereits dargestellten Gründen ebenfalls nicht vorzunehmen. 169

?) 170

Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht unter Punkt (cc) eine lokal begrenzte Unebenheit in der Gipskartondecke des Gästezimmers festgestellt. 171

Der Sachverständige hat eine lokal begrenzte Unebenheit – Beule – in der Gips-kartondecke des Gästezimmers festgestellt. Zwar bewegt sich die festgestellte Unebenheit mit rund 5 mm innerhalb der Abweichung nach der DIN 18202; gleichwohl ist ein Sachmangel anzunehmen, weil die Toleranzen der DIN 18202 – speziell für Gipskartondecken – nicht mehr dem technischen Fortschritt entsprechen und mit Hilfe heute üblicher Messinstrumente eine sehr viel höhere Genauigkeit erreichbar ist. Der Einwand der Klägerin, der Sachverständige habe die Bedeutung der DIN-Norm 18202 verkannt, dringt nicht durch. DIN-Normen tragen zwar die Vermutung in sich, dass sie den Stand der allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 – V ZR 182/12 – NJW 2013, 2271). Dies ist indes anders zu bewerten, wenn die DIN 18202 im hier relevanten Teil überaltert ist und deswegen nicht die anerkannten Regeln der Technik ausweist (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 32). DIN-Normen sind keine Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter, die hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleiben können (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 – V ZR 182/12 – NJW 2013, 2271; BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 – VII ZR 184/97 – MDR 1998, 1026; BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – VII ZR 45/06 – NJW 2007, 2983), weil die technische Entwicklung und wissenschaftliche Erkenntnis in einem ständigen Wandel begriffen sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 – V ZR 182/12 – NJW 2013, 2271). Von daher liegt es in der Natur der Sache, dass in DIN-Normen empfohlene Maßnahmen nicht mehr die anerkannten Regeln der Technik beschreiben, wenn aufgrund neuer Erkenntnisse andere - geeigneter erscheinende - Methoden an deren Stelle treten. Ob es sich so verhält, kann zwar zuverlässig nur durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2013 – V ZR 182/12 – NJW 2013, 2271; BGH, Beschluss vom 13. März 2008 - VII ZR 219/06 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 34). Insoweit hat aber der Sachverständige ausgeführt, dass die genannte DIN-Norm nicht mehr dem technischen Fortschritt entspricht, da mit optischen Messinstrumenten eine 172

wesentlich höhere Genauigkeit erreichbar ist.

Nach den Feststellungen des Sachverständigen ist von einem Mangelbeseitigungsaufwand von 2.050,00 € netto auszugehen. Auch hier verfängt der Hinweis der Klägerin hinsichtlich des Abzugs Neu für Alt aus bereits dargestellten Gründen nicht. 173

?) 174

Das Landgericht hat unter Punkt (dd) wegen der Sichtbarkeit des Betonsockels des Küchenblocks in ebenfalls nicht zu beanstandender Weise einen weiteren Mangel festgestellt. 175

Der Sachverständige hat festgestellt, dass das Fundament des Küchenblocks falsch betoniert wurde; zwischen der Oberkante des fertigen Bodens und der Unterkante des Küchenblocks ist eine ca. 1 cm hohe Fuge entstanden. Aus der Ausführungsplanung (Anlage K 10) ist im unteren Schnitt erkennbar, dass der Sockel des Küchenblocks unterhalb der Oberkante des Fertigfußbodens liegen sollte. Insoweit geht der Sachverständige zutreffend davon aus, dass das Fundament für den Küchenblock zu hoch gebaut wurde. Denn zwischen dem Küchenblock und dem Sockel ist die bereits zuvor erwähnte Fuge entstanden. Soweit die Klägerin einwendet, dass die Lieferung und Montage des Küchenblocks ursprünglich nicht zum Leistungsumfang gehört habe, ergibt sich schon aus der E-Mail vom 02.02.2011, dass die Ausführung mit der Klägerin vereinbart worden ist. Soweit im Nachgang Änderungen erfolgt sein sollten, kann dies letztlich dahinstehen. Denn ausweislich der maßgeblichen Ausführungsplanung (Anlage K 10) sollte gerade keine Fuge vorhanden sein. Auch der weitere Einwand der Klägerin, ein Kostenvorschuss bestehe schon dem Grunde nach nicht, verfängt nicht. Zutreffend hat das Landgericht darauf verwiesen, dass Anhaltspunkte dafür fehlen, dass dieser Mangel nicht beseitigt werden sollte. Dass ein Teilbereich der Sockelplatte verkleidet worden ist, steht dem nicht entgegen, weil es sich hierbei um ein Provisorium handelt. 176

Der Sachverständige hat die entsprechenden Mängelbeseitigungskosten auf rund 8.000,00 € netto festgelegt. Das Landgericht hat zutreffend darauf verwiesen, dass der Küchenblock besonderen ästhetischen Anforderungen habe genügen sollen, so dass es sich hierbei nicht um einen unverhältnismäßigen Mangelbeseitigungsaufwand handele. Die für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit maßgeblichen Kriterien entsprechen denen, die bei der gemäß § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 – VII ZR 179/11 – NZBau 2013, 99; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 27. März 2015 – 1 U 87/10 –zitiert nach juris; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 19. Februar 2015 – 4 U 111/13 – zitiert nach juris). Unverhältnismäßig im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB sind die Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels dann, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht zur (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 – VII ZR 179/11 – NZBau 2013, 9; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 27. März 2015 – 1 U 87/10 –zitiert nach juris: Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 97). Unverhältnismäßigkeit wird in aller Regel anzunehmen sein, wenn einem objektiv geringen Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenüber steht, so dass die Forderung auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2008 – VII ZR 214/06 – NZBau 2008, 575; OLG München, Beschluss vom 20. März 2014 – 177

13 U 4423/13 Bau – zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 11. November 2016 – 4 U 3/11 – zitiert nach juris). Unverhältnismäßigkeit kommt danach vor allem bei Mängeln in Betracht, die den Wert oder die Gebrauchsfähigkeit nicht oder nicht erheblich beeinträchtigen (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 97). Das sind insbesondere optische Mängel (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1987 – VII ZR 330/86 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 97). Gleichwohl ist auch bei lediglich optischen Mängeln nur in Ausnahmefällen die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten zu bejahen, selbst wenn die tatsächlich erbrachte Leistung zwar nicht den vertraglichen Vorgaben, aber doch den Regeln der Technik entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 – zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 10. April 2008 – VII ZR 214/06 – NZBau 2008, 575). Vor dem Hintergrund, dass es sich vorliegend um ein Luxusobjekt handelt, sind strenge Maßstäbe an die Annahme der Unverhältnismäßigkeit anzulegen. Dementsprechend ist keine Unverhältnismäßigkeit anzunehmen. Die Konstruktion des Küchenblocks hatte zur Grundlage, dass dieser quasi aus dem Boden heraus wachsen und damit ein besonderes Gestaltungselement im Gebäudeinneren darstellen sollte. Diese Lösung ist indes gerade nicht hergestellt worden.

?) 178

Zutreffend hat das Landgericht auch unter dem Punkt (ee) wegen der aus Aluminium hergestellten Ständerprofile der Trockenbauwand im Bereich der FH-Zugangstür einen Mangel angenommen. 179

Nach den Feststellungen des Sachverständigen besteht das Türständerprofil der Trockenbauwand aus einem Aluminiumprofil, obgleich Aluminiumprofile wegen ihres niedrigen Schmelzpunktes bei FH-Wänden unzulässig sind. Der seitens der Klägerin erhobene Einwand, der Nachunternehmer hätte der Beklagten einen Bedenkenhinweis erteilen müssen, ist unbeachtlich, weil sich die Beklagte etwaige Versäumnisse eines Nachunternehmers im Verhältnis zur Klägerin nicht zurechnen lassen muss. Der seitens des Sachverständigen ermittelte Mängelbeseitigungsaufwand beläuft sich auf 580,00 €. 180

?) 181

Das Landgericht hat unter Punkt (ff) einen weiteren Mangel deswegen angenommen, weil das Füllpanel zwischen Fensterfront und Innenwand zwischen Kinderzimmer I und Kinderzimmer II nicht dicht abschließt. Auch insoweit folgt der Senat den Feststellungen des Landgerichts. 182

Nach den Feststellungen des Sachverständigen liegt aufgrund der angrenzenden Stahlkörper im Bereich zwischen den beiden Schlafräumen eine derart massive Schallbrücke vor, dass von einer Fehlkonstruktion auszugehen sei. Eine Innenwand stößt auf die Fensterfront und das breitere Mauerwerk der Innenwand an eine schmalere Stahlstütze, die wiederum an den noch schmaleren Pfosten der so genannten Pfosten-Riegelfassade angrenzt. Zwischen der Stahlstütze und dem Pfosten der Fassade ist ein Kompriband eingebaut. Der Schallschutz, den die Innenwand bietet, ist deutlich höher als der Schallschutz der Stahlstütze und des Pfostens der Fassade. Mithin führt die Konstruktion zu einer massiven Schallbrücke zwischen beiden Schlafräumen. Zwar stellt die DIN 4109 keine Anforderungen an den Schallschutz in der eigenen Wohnung, worauf die Klägerin im Ansatz zutreffend verweist. Die Beeinträchtigung ist aber so massiv, dass eine fehlerhafte Konstruktion und ein Planungsdefizit vorliegen. Beide Stahlhohlkörper sind Resonanzböden, die Luftschallwellen von einem Raum in den nächsten noch verstärken, statt die Schallausbreitung zu hemmen. 183

Der Beklagten ist ein Planungsverschulden der Architektin unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nicht zuzurechnen. Nach § 254 Abs. 1 BGB hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Schadensersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 61). Als Rechtsfolge muss sich der Auftraggeber an den Mängelbeseitigungskosten oder an dem entstandenen Schaden im Umfang seiner Haftungsquote beteiligen (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 61). Insofern ist anerkannt, dass der Auftraggeber sich ein Planungsverschulden seines Architekten nach § 278 BGB zurechnen lassen muss, und dass der wegen eines auch auf einer fehlerhaften Planung des Architekten beruhenden Mangels zur Gewährleistung herangezogene Unternehmer berechtigt ist, gegenüber dem Auftraggeber ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB einzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 07. März 2002 – VII ZR 1/00 – NJW 2002, 3543; OLG Köln, Urteil vom 02. Juni 2004 – 17 U 121/99 – zitiert nach juris). 184

Aus dem Protokoll des Privatgutachters L vom 26.06.2012 (Anl. K2) ergibt sich aber, dass es für diesen Anschluss gar keine Detailplanung der Architekten gegeben hat. Insofern kann aber dahinstehen, ob die Klägerin, die auch ohne einen entsprechenden Detailplan die allgemein üblichen und in ihren Fachkreisen bekannten Regeln der Technik beachten muss, auch ohne entsprechende Detailplanung die Entstehung einer Schallbrücke hätte vermeiden müssen (vgl. OLG Köln, Urteil vom 02. Juni 2004 – 17 U 121/99 – zitiert nach juris). Übernimmt die Klägerin die Ausführung in Kenntnis, dass die Beklagte keine erforderliche Detailplanung zur Verfügung stellt, kann sie sich ohne einen entsprechenden Bedenkenhinweis nicht auf ein Mitverschulden der Klägerin berufen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 21. Oktober 2004 – 14 U 26/04 – MDR 2005, 502; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn. 70). Ein solcher Bedenkenhinweis ist unstreitig nicht erteilt worden. 185

Die Mangelbeseitigungskosten belaufen sich nach den Feststellungen des Sachverständigen auf 480,00 €. 186

?) 187

Zutreffend hat das Landgericht unter dem Punkt (gg) eine Verunreinigung der Fachwerkwand mit einem Mängelbeseitigungsaufwand in Höhe von 100,00 € festgestellt. Hiergegen hat auch die Klägerin erstinstanzlich nichts eingewandt. 188

Gleiches gilt sinngemäß für die unter dem Punkt (hh) festgestellten Macken und Unebenheiten in der Putzoberfläche im Treppenaufgang mit dem festgestellten und auch seitens der Klägerin nicht angegriffenen Mängelbeseitigungsaufwand in Höhe von 790,00 € netto und für die unter dem Punkt (ii) festgestellte fehlende Deckleiste an der Ostfassade im Obergeschoss zwischen Neubau und Altbestand mit dem nicht angegriffenen Mängelbeseitigungskosten von 200,00 €. 189

?) 190

Soweit das Landgericht unter dem Punkt (jj) eine fehlende Abdichtung des Fassadensockels der Metallfassaden als Mangel festgestellt hat, ist auch dies nicht zu beanstanden. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen endet die senkrechte Bauwerksabdichtung auf dem Fundamentsockel und ist entgegen der DIN 18195 nicht mindestens 15 cm um den 191

Fundamentvorsprung herabgeführt worden. Diese Feststellung hat die Klägerin auch nicht angegriffen.

Soweit der Sachverständige in seinem Gutachten einen Mängelbeseitigungsaufwand in Höhe von 1.210,00 € netto (55 lfdm x 22,00 €/lfdm) ermittelt hat, hat er auf entsprechenden Einwand der Klägerin, dass nicht 55 laufende Meter, sondern lediglich 5,5 laufende Meter betroffen seien, in seiner mündlichen Einvernahme ausgeführt, dass er nicht ausschließen könne, dass seine Kostenberechnung insofern unrichtig sei und er unberücksichtigt gelassen habe, dass der Sanierungsbedarf allein für die Metallfassaden und nicht für die insgesamt 55 laufende Meter umfassende Fassade bestehe. Soweit also das Landgericht einen etwaigen Mangelbeseitigungsaufwand – zu Gunsten der Klägerin – unbeachtet gelassen hat, ist die Klägerin aber hierdurch nicht beschwert. 192

?) 193

Zutreffend hat das Landgericht unter Punkt (kk) einen weiteren Mangel deswegen angenommen, weil sich die Zugangstür zum Technikraum nach außen hin – unstreitig – nur ca. 80° weit öffnen lässt, und auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 2.500,00 € festgestellt. Soweit die Klägerin gerügt hat, dass diese Kosten überhöht seien, weil selbst der Privatgutachter L von lediglich 1.600,00 € ausgegangen sei, hat der Sachverständige in seiner Einvernahme durch das Landgericht klargestellt, dass der Privatgutachter L lediglich die Kosten für ein neues Türblatt, nicht aber die Aus- und Einbaukosten und die Kosten für eine ebenfalls erforderliche neue Türzarge kalkuliert habe. 194

Der erstinstanzlich erhobene Einwand der Klägerin, die Beklagte habe bindend von ihrem Minderungsrecht Gebrauch gemacht, weil sie sich in ihrem anwaltlichem Schreiben vom 19.08.2013 unter Verweis auf das Mängelprotokoll des Privatgutachters L vom 28.04.2013 eines Rückzahlungsanspruches in Höhe von 169.806,460 € berühmt habe und der Privatgutachter L eine Minderung in Höhe von 150,00 € vorgeschlagen habe, verfängt nicht. Ob der Besteller an eine einmal ausgeübte Wahl gebunden ist, ist differenziert zu beurteilen. Erklärt der Besteller die Minderung der Vergütung, so führt dies zur Anpassung des Vertrages; angesichts dieser Anpassung des Vertrages fehlt es für andere Gewährleistungsansprüche an einer Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit, so dass eine Änderung der Wahl ausscheidet (vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2019, § 634 BGB Rn. 26). Diese Folgen treten jedoch nur dann ein, wenn die Minderung vom Besteller erklärt wurde (vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2019, § 634 BGB Rn. 26). Dies ist hier nicht der Fall. Denn die Beklagte hat in dem Schreiben vom 19.08.2013 ausdrücklich klargestellt, dass ein Kostenvorschuss geltend gemacht werde und meinte, dass keine Abnahme vorliege. Dass sie also im Hinblick auf diesen Mangel an der Tür gerade keinen Kostenvorschuss hätte haben wollen, sondern allein eine Minderung erreichen wollte, lässt sich dem Schreiben nicht entnehmen. 195

?) 196

Soweit das Landgericht unter Punkt (ll) zutreffend einen weiteren Mangel wegen Vorliegens der 3 x 3 Löcher in der Schiebetürfront zum Wohnzimmer innerhalb des Aluminiumprofils im Sockel festgestellt und Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 100,00 € netto angenommen hat, hat auch die Klägerin hiergegen nichts eingewandt. Gleiches gilt sinngemäß für den unter Punkt (mm) angenommenen weiteren Mangel der zu nah am Regenfallrohr erfolgten Montage der Zapfstelle und der insofern erforderlichen Mängelbeseitigungskosten in Höhe 197

400,00 netto.

?) 198

Zutreffend hat das Landgericht auch unter Punkt (nn) Mängel an der großen Dachterrasse festgestellt. 199

Der Sachverständige hat hinsichtlich der großen Dachterrasse mehrere Ausführungsfehler festgestellt. So sind die Konsolen zur Befestigung des umlaufenden Brüstungsgitters unzureichend eingedichtet; die Dachbahnen liegen mit Längsstößen gegen die Fließrichtung, es sind unzulässige Flickstellen auf der entsprechenden Bitumenbahn vorhanden und die Eindichtung der durch die Dachhaut geführten Entlüfterhauben ist nicht fachgerecht ausgeführt worden. 200

Der Sachverständige hat zwar festgestellt, dass die ursprüngliche Planung der Dachentwässerung ebenfalls fehlerhaft war. Allerdings hat der Sachverständige auch festgestellt, dass die ursprüngliche fehlerhafte Planung verworfen worden ist und nicht rekonstruiert werden kann, welche Planung der tatsächlichen Ausführung zugrunde lag. Indes ist auch die tatsächliche Ausführung mangelhaft. Die Dachabdichtung muss mit einem Gefälle von 2 % zu den Dachabläufen hergestellt werden und die Anschlusshöhen der Dachabdichtung an Türen und bodentiefen Fensteranlagen müssen 15 cm über der Oberfläche des Belages oder der Kiesschütte betragen, so dass verhindert wird, dass Wasser (Schlagregen, Winddruck, Schneematsch usw.) über die Türschwelle eindringt. Es fehlen auch zwei Dachabläufe, die nachträglich mit vertretbarem Aufwand nicht mehr angelegt werden können. Die von der Klägerin anstelle einer Entwässerungsrinne ausgeführte Entwässerungswanne weist kein Gefälle auf und verfügt über einen Dacheinlauf, der zu hoch eingebaut worden ist. Anstelle von zwei erforderlichen Abläufen ist nur ein Ablauf hergestellt und dieser Ablauf überdies falsch eingebaut worden, weil der Kragen des Wasserablaufes ca. 1 cm aus der Oberkante des Fußbodens herausragt, so dass es zum Anstauen von Wasser kommen kann. 201

Insofern entlastet die Klägerin die fehlerhafte Planung der Architektin (Anlage K 14) nicht, da sie diese überhaupt nicht umgesetzt hat. Dass die Klägerin wegen der Erteilung eines – nach § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich zu erteilenden - Bedenkenhinweises von ihrer Gewährleistungspflicht befreit worden wäre, ist nicht erkennbar und es fehlt am Vortrag der Klägerin, dass ein Bedenkenhinweis erteilt worden ist. 202

Die Verlegung einer zusätzlichen Dachabdichtungsbahn ist nach den Feststellungen des Sachverständigen erforderlich. Der Sachverständige hat für das Aufschweißen der weiteren Dachdichtungsbahn Kosten von 12.499,30 €, gerundet 12.500,00 €, netto ermittelt. 203

?) 204

Letztlich hat das Landgericht unter Punkt (oo) in zutreffender Weise einen weiteren Mangel hinsichtlich der Gipskartonwände des Abstellraums angenommen. 205

Der Sachverständige hat festgestellt, dass auf den Gipskartonwänden des Abstellraumes lediglich eine Grundverspachtelung aufgetragen wurde; für die Herstellung der geschuldeten Q3-Qualität fallen nach den Feststellungen des Sachverständigen Kosten von 250,00 € netto an. Hiergegen hat auch die Klägerin nichts eingewandt. 206

(cc) 207

Das Landgericht hat damit zutreffend Mängel und in nicht zu beanstandender Weise einen Gesamtmängelbeseitigungsaufwand in Höhe von seinerzeit 47.215,00 € festgestellt. Der Sachverständige hat in seiner Einvernahme durch den Senat nachvollziehbar festgestellt, dass aufgrund der erheblichen Preissteigerungen seit dem Jahr 2016 eine Baukostensteigerung von 8 % anzunehmen ist. Damit aber ergeben sich nach heutigem Stand Gesamtmängelbeseitigungskosten i.H.v. 50.992,20 €. 208

Darüber hinaus liegen auch weitere Mängel vor. 209

?) 210

Ein weiterer Mangel liegt an der Betontreppe wegen vorhandener drei Schraublöcher vor. 211

??) 212

Ausweislich der Lichtbilder im Gutachten des Sachverständigen (S. 24 des Gutachtens) und nach den Feststellungen des Sachverständigen sind diese drei Löcher sofort zu erkennen und nicht zu übersehen, wenn man vor der Treppe steht. Diese Löcher werden vom durchschnittlichen Betrachter als störend empfunden, da der Außendurchmesser jeweils 100 mm beträgt und zudem die beiden in einem Stoßtritt vorhandenen Löcher in unterschiedlicher Höhe angebracht sind. Insofern hat der Sachverständige zutreffend eine sehr starke optische Beeinträchtigung festgestellt. 213

Der Einwand der Klägerin, dass trotz dieser Löcher die Sichtbetontreppe die vereinbarte SB 2-Qualität (Betonflächen mit normalen gestalterischen Anforderungen) habe, verfängt nicht. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass zwar Löcher in einer Sichtbetonwand unter Umständen zulässig seien und damit einen Mangel nicht begründen könnten. Denn nach dem Merkblatt „Sichtbeton“ des Deutschen Beton- und Bautechniker-Verein E.V. ist bei der vereinbarten SB 2-Qualität die Schalhautklasse SHK2 einzuhalten. Hiernach sind Bohrlöcher als Reparaturstellen und Nagel- und Schraublöcher ohne Absplitterungen zulässig. Insofern hat der Sachverständige überzeugend festgestellt, dass sich die entsprechende Norm nur auf Löcher mit einem Durchmesser von bis zu 1 cm bezieht, so dass die vorliegend streitgegenständlichen Löcher mit einem Innendurchmesser von jeweils 30 mm und einem Außendurchmesser von jeweils 100 mm nicht zulässig sind. Wegen des Vorliegens dieser Löcher entspricht damit die Treppe nicht der geschuldeten SB 2-Qualität. 214

Vorliegend kann dahinstehen, ob sich eine andere Bewertung ergeben könnte, wenn die Schraublöcher und die hierein eingebrachten Schraubhülsen als Anschlagmittel für den Transport der Treppe alternativlos und damit zwingend erforderlich gewesen wären. Denn der Sachverständige hat überzeugend festgestellt, dass die Treppe auch in Umfassungsschlingen hätte gefasst und mit einem Kran hätte angehoben werden können, so dass auf die Schraublöcher ohne weiteres hätte verzichtet werden können. Soweit für die Verbringung der Sichtbetontreppe jeweils unten und oben zwei Öffnungen in die Wände hätten eingebracht werden müssen, hätten diese in der Rohbauphase ohne weiteres hergestellt und sodann ohne sichtbare Farbunterschiede verfüllt werden können. Zu etwaigen späteren Farbabweichungen hätte dies nicht führen können, da die Wände und die Wangen nicht aus Sichtbeton hergestellt, sondern lediglich gemauert und gestrichen sind. 215

??) 216

Für eine entsprechende Mängelbeseitigung sind nach den Feststellungen des Sachverständigen Kosten i.H.v. 50.000,00 € bis 70.000,00 € anzusetzen. Insofern muss 217

zunächst das Dach geöffnet werden, um die Treppe herauszunehmen. Sodann muss die Sichtbetontreppe wiederhergestellt werden. Während der entsprechenden Arbeiten ist das Haus unbewohnbar und der wesentliche Teil der Möblierung ist auszulagern und für den Rest sind Schutzmaßnahmen erforderlich. Aufgrund des Umstandes, dass zahlreiche Gewerke und ein Bauleiter zur Bauüberwachung zu beteiligen sind, sowie ein Baustatiker, der die Standsicherheit der Bauzwischenstände nachzuweisen hat, da tragende Bauteile vorübergehend beseitigt werden müssen, geht auch der Senat davon aus, dass jedenfalls ein Mindestbetrag i.H.v. 50.000,00 € für die Mängelbeseitigungskosten anzusetzen sind, zumal es bei der Herausnahme der Betontreppe nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen zu Schäden an den Wangen und Nachbarwänden kommen wird, da die tonnenschwere Treppe mittels eines Krans herausgehoben werden muss.

??) 218

Eine kostengünstigere Art der Mängelbeseitigung besteht nicht. 219

Der Sachverständige hat insofern in seiner mündlichen Einvernahme durch den Senat überzeugend festgestellt, dass es sicherlich möglich sei, die Löcher in der Treppe zu verfüllen. Es verblieben jedoch deutliche Farbunterschiede und an den entsprechenden Stellen verblieben jeweils Farbflecke. Soweit die Klägerin darauf hingewiesen hat, dass es Spezialunternehmen gebe, welche eine entsprechende Verfüllung vornehmen könnten, ohne dass Farbunterschiede verblieben, hat der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt, dass es eine derartige Möglichkeit nicht gibt. Er hat dies plausibel damit begründet, dass es dann gleichwohl zu Unterschieden in der Textur kommen wird und er bei dieser Art der Mangelbeseitigung keinen Erfolg sieht. 220

Soweit noch in Betracht kommt, die ganze Treppe farbzubeschichten, um Farbabweichungen und Abweichungen in der Textur zu vermeiden, hat der Sachverständige ebenfalls überzeugend klargestellt, dass dann insgesamt der Charakter der Sichtbetontreppe verloren ginge. Angesichts des Umstandes, dass die Sichtbetontreppe ein zentrales Gestaltungselement im Inneren des Objekts ist, muss sich die Beklagte jedoch nicht darauf verweisen lassen, sich in Abweichung von dem Vertragssoll mit einer beschichteten Treppe zufriedenzugeben. 221

??) 222

Die vom Sachverständigen als einzig in Betracht kommende Art der Mängelbeseitigung einer Herausnahme der vorhandenen Sichtbetontreppe und der Erstellung einer neuen Sichtbetontreppe stellt sich auch vor dem Hintergrund der erheblichen Mängelbeseitigungskosten von mindestens 50.000,00 € nicht als unverhältnismäßig dar. 223

Wie bereits ausgeführt, kann eine Unverhältnismäßigkeit dann anzunehmen sein, wenn einem objektiv geringen Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenüber steht, so dass die Forderung auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2008 – VII ZR 214/06 – NZBau 2008, 575; OLG München, Beschluss vom 20. März 2014 – 13 U 4423/13 Bau – zitiert nach juris; OLG Frank-furt, Urteil vom 11. November 2016 – 4 U 3/11 – zitiert nach juris). 224

Vorliegend ist jedoch beachtlich, dass es sich bei der Sichtbetontreppe um ein zentrales Gestaltungselement im Gebäudeinneren handelt. Zwar eröffnet sich der Blick auf die 225

Sichtbetontreppe nicht schon beim Eintritt in das Gebäude als solches. Allerdings gerät bei einem weiteren Betreten des Erdgeschosses und einem Abbiegen die Sichtbetontreppe in das Blickfeld. Die Löcher sind dann sofort ohne weiteres erkennbar. Das Gesamtbild der Sichtbetontreppe wird damit in erheblichem Maße gestört. Das gesamte Objekt ist als Luxusobjekt angelegt und der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten hat in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat mehrfach darauf verwiesen, dass ein solches Objekt nur für ein bestimmtes Klientel mit deutlich gehobenen Ansprüchen in Betracht kommt. Vor diesem Hintergrund entwerten die vorhandenen Löcher in der Sichtbetontreppe den insgesamt bestehenden luxuriösen Gesamteindruck, so dass ein gesteigertes Interesse der Beklagten an der Mangelbeseitigung besteht.

Für die Annahme der Klägerin, die Beklagte wolle diesen Mangel an der Sichtbetontreppe überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht in der vom Sachverständigen beschriebenen Art und Weise beseitigen lassen, fehlt es an einer tragfähigen Grundlage. Soweit etwaige Verkaufsbemühungen in der Vergangenheit betroffen sind, hat der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten in seiner persönlichen Anhörung durch den Senat nachvollziehbar ausgeführt, dass die Beklagte den Mangel beseitigt wissen wolle, weil sich bei entsprechenden Vertragsverhandlungen und Besichtigungen der Immobilie mit potenziellen Erwerbern der Mangel derart ausgewirkt habe, dass stets von einem Kauf Abstand genommen worden sei. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Objekt um eine Luxusimmobilie handelt, ist es der Beklagten auch nicht zumutbar, bei einem etwaigen späteren Verkauf eben wegen des Bestehen dieses Mangels einen unverhältnismäßig hohen Preisnachlass zu gewähren. Damit aber ist es der Beklagten nicht zumutbar, von einer fachgerechten Beseitigung der 3 Löcher in der Sichtbetontreppe Abstand zu nehmen und sich mit dem vom Sachverständigen ermittelten Minderwert i.H.v. 16.500,00 € zufriedenzugeben. 226

Soweit der Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen ist, dass aufgrund dieser erheblichen Mängelbeseitigungsmaßnahmen und Mängelbeseitigungskosten sich die Beseitigung dieses Mangels als unverhältnismäßig darstellt, hat der Sachverständige ausdrücklich klargestellt, dass dies vorbehaltlich einer rechtlichen Überprüfung der Fall sei und er die Unverhältnismäßigkeit aus technischer Sicht angenommen habe. 227

?) 228

Ein weiterer Mangel ist darin zusehen, dass auf der Freitreppe zur Dachterrasse Sichtbetonwinkelstufen fehlen. Der Sachverständige hat sowohl in seinem Gutachten als auch in seiner Einvernahme durch den Senat festgestellt, dass die Freitreppe mit einem Flüssigkunststoff belegt ist, der bei Nässe rutschig wird und dann nicht mehr sicher begehbar ist. Dementsprechend muss ein entsprechender Belag in Form von Betonwinkelstufen ausgeführt werden. Der Sachverständige hat insofern in seinem Gutachten einem Mangelbeseitigungsaufwand in Höhe von 4.140,00 € netto angenommen. Aufgrund der bereits dargestellten Baukostensteigerung ist auch insofern ein Zuschlag von 8 % vorzunehmen, so dass sich ein Gesamtbetrag in Höhe von 4.471,20 € ergibt. 229

?) 230

Ein weiterer Mangel besteht wegen der vom Sachverständigen festgestellten Gebäudeundichtigkeit. 231

Der Sachverständige hat einen Blower-Door-Test durchgeführt und in diesem Rahmen festgestellt, dass Nebel aus der Fassade, den Ortgängen und den Dachziegeln des 232

Bestandsgebäudes zügig austritt. Die Giebelwand selber kann nicht absolut dicht ausgeführt werden, weil diese aus Balken und Mauerwerk besteht und damit eine Dichtigkeit nicht hergestellt werden kann. Zudem hat der Sachverständige auch am Badezimmerfenster im Anschlussbereich Fensterrahmen/Wand/Deckenanschluss, im Gästezimmer im Bereich Fensterflügel/Fensterrahmen, im Elternbad im Bereich Fensterflügel/Fensterrahmen, im Elternschlafzimmer im Anschlussbereich Fensterrahmen/Wand/Deckenanschluss und über der außen abgehängten Decke des Dachüberstandes im Bereich des Elternzimmers entsprechende Undichtigkeiten festgestellt.

Damit aber steht fest, dass das Gebäude nicht hinreichend dicht ist. Zwar sind nach den Feststellungen der Sachverständigen die gesetzlichen Vorgaben eingehalten; der Sachverständige hat insofern aber ausgeführt, dass dies lediglich darauf beruht, dass sich diese starken lokalen Undichtigkeiten in einer Gesamtschau angesichts der Gebäudegröße insgesamt gesehen nicht so stark auswirken. Das Blower-Door-Test-Verfahren lässt aber allein eine grundlegende Aussage über die Einhaltung der Richtlinien zu; es ist jedoch nicht in der Lage, entsprechende Leckagen in den Wänden feststellbar zu machen. Werden – wie hier mittels produzierten Nebels – Leckagen trotz positiven Blower-Door-Tests gefunden, liegt ein Mangel vor. Insofern hätte der Wert unter n50 = 1 liegen müssen; der vorliegend festgestellte Wert von n50 = 2,1-1 ist unzureichend, weil er bei einer technisch mangelfreien Abdichtung unterschritten würde. 233

Nach den Feststellungen des Sachverständigen ist von einem Mangelbeseitigungsaufwand in Höhe von insgesamt 7.000,00 € auszugehen. 234

Soweit die Undichtigkeiten an der Giebelwand betroffen sind, ist der Sachverständige zunächst von einem Mängelbeseitigungsaufwand i.H.v. 8.000,00 € ausgegangen. Beachtlich ist, dass eine entsprechende fachgerechte Abdichtung nur dadurch herbeigeführt werden kann, dass vor die Giebelwand eine entsprechende Wand gesetzt wird. Die Beklagte hat sich damit unter dem Gesichtspunkt der notwendigen Einhaltung entsprechender Energieeinsparvorgaben grundsätzlich einverstanden erklärt, wenn auch ausgeführt, dass angesichts der hochwertigen Ausführung des Gesamtobjekts möglicherweise eine Glaswand in Betracht zu ziehen ist. Ist aber davon auszugehen, dass eine zusätzliche Wand – in welcher Ausführung auch immer – erforderlich ist, so wären entsprechende Kosten für die Herstellung der zusätzlichen Wand auch bei einem pflichtgemäßen Verhalten der Klägerin ohnehin mehr entstanden; insofern handelt es sich um Sowiesokosten (vgl. BGH, Urteil vom 08. Juli 1993 – VII ZR 176/91 – NJW-RR 1994, 148; vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1990 – VII ZR 171/88 – NJW-RR 1990, 728). 235

Vor diesem Hintergrund hat der Sachverständige klargestellt, dass bei einer fachgerechten Ausführung von Anfang an, Kosten i.H.v. 3.000,00 € entstanden wären; bei der nachträglich auszuführenden Mängelbeseitigung sind mithin 5.000,00 € mehr anzusetzen. Denn die Räume müssen freigeräumt, der Oberbelag erneuert und ein neuer Anstrich hergestellt werden. 236

Soweit die anderen Stellen, an denen Undichtigkeiten festgestellt wurden, betroffen sind, hat der Sachverständige einen Mangelbeseitigungsaufwand i.H.v. 2.000,00 € angenommen. Er hat hierbei ausgeführt, dass ohnehin im Schlafbereich die Deckenkonstruktion, die sich bewegt, nachgebessert werden muss, so dass in diesem Zusammenhang auch entsprechende Abklebungsarbeiten erfolgen können. 237

(dd) 238

239

Bei der vorzunehmenden Gesamtschau ist damit festzuhalten, dass insgesamt wesentliche, der Annahme der Abnahmereife entgegenstehende Mängel vorliegen. Für die vom Landgericht festgestellten Mängel sind nach heutigem Stand Mängelbeseitigungskosten i.H.v. 50.992,20 €, für die Beseitigung der Mängel an der Sichtbetontreppe ist - ohne Berücksichtigung einer etwaigen Baupreiskostensteigerung – ein weiterer Mangelbeseitigungssaufwand in Höhe von mindestens 50.000,00 € und für die Beseitigung der Mängel an der Außentreppe und der Gebäudeundichtigkeiten ein weiterer Aufwand in Höhe von 11.472,20 € (4.471,20 € + 7.000,00 €), mithin gesamt 112.463,40 € anzusetzen. Ausgehend von einer Gesamtbruttovergütung von 391.289,86 € (vertraglich vereinbarte Vergütung von 315.126,05 € abzüglich 12.898,37 € (Entfall Mauer), zuzüglich unstreitiger Nachträge (Metallarbeiten: 6.171,60 €, sonstige Arbeiten: 2.738,98 €; Sonstiges: 14.960,87 €), zuzüglich streitiger 2.715,88 € = 328.815,01 € netto) ergibt sich ein Anteil der Mängelbeseitigungskosten im Verhältnis zum Gesamtwerklohn von 29%. Bereits dies steht jedoch der Annahme lediglich unwesentlicher Mängel entgegen.

ff) 240

Die Restwerklohnforderung der Klägerin ist auch nicht als Abschlagsforderung fällig. 241

Es ist bereits zweifelhaft, ob die Klägerin, die ihre Arbeiten schon schlussabgerechnet hat, auf eine Abschlagsforderung umstellen kann (vgl. Messerschmidt, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 16 VOB/B Rn. 97). Indes kann diese Frage dahinstehen. Denn nach Inkrafttreten des § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. kann auch beim VOB/B-Vertrag nicht mehr davon ausgegangen werden, dass eine Abschlagszahlung bei wesentlichen Mängeln, die hier – wie bereits ausgeführt – vorliegen, begehrt werden kann (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 270). Zwar enthält § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B keine dem § 632a Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB vergleichbare Regelung, so dass vertreten wird, dass Abschlagszahlungen nach der VOB/B auch verlangt werden können, wenn die Leistung wesentliche Mängel hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1978 – VII ZR 269/77 – NJW 1979, 650; OLG Hamm, Urteil vom 29. Oktober 1998 – 17 U 38/98 – NJW-RR 1999, 528; Kandel, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 16 Abs. 1 VOB/B Rn. 22; Messerschmidt, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 16 VOB/B Rn. 108; Voit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 16 VOB/B Rn. 4) und der Auftraggeber wegen Mängeln auf sein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt ist, weil andernfalls der Auftragnehmer eine Abschlagszahlung immer nur nach gänzlich mangelfreier Teilleistung fordern könnte (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1978 – VII ZR 269/77 – NJW 1979, 650; Messerschmidt, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 16 VOB/B Rn. 108). 242

Mit § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. hat der Gesetzgeber aber ausdrücklich geregelt, wie das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 Abs. 1 BGB bei Abschlagszahlungen wirkt. Es führt dazu, dass der Anspruch auf Abschlagszahlungen nicht fällig wird, wenn wesentliche Mängel vorliegen (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 26. November 2008 – 4 U 58/08 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 270; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 632a BGB Rn. 6; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2019, § 632a BGB Rn. 7; Diep, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 632a BGB Rn. 9). Dies muss daher auf für den VOB/B-Vertrag gelten (vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 5. Teil Rn. 270; 243

Voit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 16 VOB/B Rn. 4; Hummel, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 16 Rn. 16; Gothe, NZBau 2014, 270 (275)). Denn für eine mangelhafte Leistung kann der Auftragnehmer vom Grundsatz her keine Vergütung beanspruchen (vgl. Messerschmidt, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 16 VOB/B Rn. 108). Überdies steht der Verweis des Auftraggebers auf ein Zurückbehaltungsrecht auch bei wesentlichen Mängeln im Widerspruch zur Wertung des § 12 Abs. 3 VOB/B, da der Auftraggeber dann Anzahlungen auf die Gesamtvergütung leisten müsste, die infolge berechtigter Verweigerung der Abnahme gar nicht fällig wird (vgl. Voit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 16 VOB/B Rn. 4; Hummel, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 16 Rn. 16). Auch § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B geht von einer „vertragsgemäßen Leistung“ aus. Was in diesem Sinne (noch) als vertragsgemäß gilt, ist auch mit Rücksicht auf die anderen vertraglichen Regelungen zu ermitteln. Wenn also in § 12 Abs. 2 VOB/B geregelt ist, dass die Abnahme wegen wesentlicher Mängel verweigert werden kann, und die Abnahme nach allgemeiner Definition gerade die Billigung des Werks als im Wesentlichen vertragsgemäß darstellt, so legt dies eine Auslegung dahingehend nahe, dass auch im Rahmen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B hinsichtlich Mängel und Vergütungsfolgen „vertragsgemäß“ nur sein soll, was frei von wesentlichen Mängeln ist (vgl. Gothe, NZBau 2014, 270 (275)).

Soweit nach der ab dem 01.01.2018 geltenden Neufassung des § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB Mängel dem Anspruch auf Abschlagszahlung nicht entgegenstehen und der Auftraggeber diesem nur ein Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten kann, mag dahinstehen, ob dies dazu führt, dass jedenfalls ab dem 01.01.2018 beim VOB/B-Vertrag Abschlagszahlungen auch verlangt werden können, wenn die Leistung wesentliche Mängel hat (vgl. so Voit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 16 VOB/B Rn. 4). Denn für den vorliegenden Fall ist die Regelung des § 632a BGB a.F. maßgebend. 244

Aber selbst wenn vorliegend davon auszugehen wäre, dass das Vorliegen von Mängeln den Anspruch auf eine Abschlagszahlung gemäß § 16 Abs. 1 VOB/B nicht ausschließt, fehlt es an einer prüfbaren Aufstellung im Sinne des §16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Bei der Ermittlung der Höhe der Abschlagszahlung wäre dem Umstand des Vorliegens der Mängel, somit des qualitativen Zurückbleibens der erstellten Leistung gegenüber dem vertraglich Geschuldeten, dahingehend Rechnung zu tragen, als nur die Vergütung als Abschlagszahlung zu leisten ist, die dem Wert der lediglich mangelhaft erbrachten Leistung abzüglich des weiteren Druckzuschlages entspricht (vgl. Kandel, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Auflage 2013, § 16 Abs. 1 VOB/B Rn. 22). Denn Abschlagszahlungen können lediglich in Höhe des Wertes der jeweils durch prüfbare Aufstellung nachgewiesenen „vertragsgemäßen Leistungen“ gefordert werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1978 – VII ZR 269/77 – NJW 1979, 650). Hieran fehlt es indes. Die Schlussrechnung vom 30.04.2013 (Anl. K4) berücksichtigt entsprechende Mängel nicht. Eine weitere prüffähige Rechnung ist nicht erstellt worden. 245

3. 246

Da der Restwerklohnanspruch der Klägerin aus vorgenannten Gründen nicht fällig ist, steht der Klägerin auch nicht der geltend gemachte, die Fälligkeit der Hauptforderung voraussetzende Zinsanspruch nach den §§ 291, 288 Abs. 2 BGB zu. 247

4. 248

Ein Anspruch auf Rückzahlung von 4.096,12 € steht der Klägerin ebenfalls nicht zu. 249

250

Nach § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO kann der Anspruch auf Schadensersatz wegen Abänderung oder Aufhebung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils in dem anhängigen Rechtsstreit geltend gemacht werden. Dieser Anspruch entsteht mit der Aufhebung oder Abänderung der vorläufig vollstreckbaren Entscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2015 – VII ZR 220/14 – zitiert nach juris; Ulrici, in: BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, Stand: 01.12.2018, § 717 ZPO Rn. 7). Der Schadensersatzanspruch der Klägerin besteht aber nur, soweit das Urteil zum Nachteil der Beklagten abgeändert wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2015 – VII ZR 220/14 – zitiert nach juris; BGH, Versäumnisurteil vom 08. März 2007 – VII ZR 101/05 – zitiert nach juris). Dies ist aber ausweislich des Urteilstenors gerade nicht der Fall.

5. 251

Da der Anspruch der Klägerin nach § 717 Abs. 2 ZPO aus vorgenannten Gründen nicht besteht, steht der Klägerin auch nicht der geltend gemachte Zinsanspruch nach den §§ 291 BGB, 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO, 288 Abs. 1 BGB zu. 252

III. 253

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 254

Die Revision war zuzulassen, da die Frage, ob ein Erfüllungsanspruch vor dem Nacherfüllungsanspruch verjähren kann, höchstrichterlich noch nicht geklärt ist, dies von grundsätzlicher Bedeutung ist (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO) und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). 255

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE