
Datum: 28.09.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 79/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0928.7U79.99.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 4 O 417/94

Tenor:

Auf die Berufung der Streithelferin wird das Schlußurteil des Landgerichts Aachen vom 14.04.1999 – 4 O 417/94 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Das beklagte Land wird verurteilt, an die Klägerin 39.388,95 DM nebst 1 % Zinsen über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank ab dem 01.04.1994 zu zahlen; im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 58 % und das beklagte Land zu 42 %.

Die Kosten der Streithelferin trägt das beklagte Land zu 36 %; im übrigen trägt die Streithelferin ihre Kosten selbst.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Streithelferin zu 64 % und das beklagte Land zu 36 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das beklagte Land kann die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung von 65.000,00 DM und die der Streithelferin gegen Sicherheitsleistung von 7.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin und die Streithelferin Sicherheit in gleicher Höhe

leisten.

Die Klägerin kann die Vollstreckung des beklagten Landes gegen Sicherheitsleistung von 6.000,00 DM abwenden, wenn nicht das beklagte Land vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Streithelferin kann die Vollstreckung des beklagten Landes gegen Sicherheitsleistung von 3.500,00 DM abwenden, wenn nicht das beklagte Land vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Den Parteien und der Streithelferin wird gestattet, die Sicherheitsleistung durch eine unwiderrufliche, unbedingte, unbefristete und selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- oder Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen.

Tatbestand

Das beklagte Land ließ im Jahre 1993 einen Neubau für das „J“ (J) der S errichten. Das Gebäude besteht aus einem in Massivbauweise erstellten Mitteltrakt mit zwei – südlich und nördlich – sich anschließenden Hallen. Die Hallenfassaden werden durch eine verglaste Stahlkonstruktion gebildet. Unter den Hallendächern befindet sich eine Stahlgitterkonstruktion. 1

Die Klägerin wurde aufgrund des von ihr im Rahmen einer Ausschreibung abgegebenen Angebots vom 24.09.1992 (Bl. 15 ff. d. GA) mit Schreiben des Staatshochbauamtes B vom 06.10.1992 (Bl. 6 f. d. GA) mit der Ausführung der Stahlbauarbeiten beauftragt. Das Auftragsvolumen verhielt sich (einschließlich Mehrwertsteuer) über 932.397,13 DM. Dem Angebot lag die VOB, Ausgabe 1990, zugrunde. Gegenstand des Auftrags war auch der Anstrich der Stahlbauteile, den die Klägerin durch die Streithelferin als Subunternehmerin ausführen ließ. Zu den Anstricharbeiten heißt es in dem Leistungsverzeichnis unter anderem wie folgt: 2

„Alle Stahlteile (sind) mit einem allseitigen Korrosionsschutz, Zwischenanstrich und Deckanstrich zu versehen. 3

Walzzunder ist von allen Stahlprofilen vorher zu entfernen. Die bei der Montage beschädigten Stellen sind beizuarbeiten. Nicht haftende Anstriche werden zu Lasten der Auftragnehmer (s) entfernt und erneuert.“ 4

Nach Fertigstellung der Arbeiten erstellte die Klägerin unter dem 30.09.1993 ihre Schlußrechnung über 903.449,59 DM (Bl. 9 ff. d. GA). Hierauf zahlte das beklagte Land vorprozessual 754.731,11 DM; ein weiterer Betrag von 29.718,48 DM wurde der Klägerin durch (rechtskräftiges) Teilurteil des Landgerichts Aachen vom 03.05.1995 (Bl. 191 ff. d. GA) zugesprochen. Zur Zahlung offen – und Gegenstand des vorstehenden Rechtsstreits – ist jetzt noch ein Restwerklohn von 119.000,00 DM. 5

Eine erste Abnahme der Werklohnarbeiten fand am 26.01.1994 (Bl. 25 d. GA), eine weitere am 09.09.1994 (Bl. 26 d. GA) statt. Beide Male wurde die Ausführung des Anstrichs beanstandet. Später wurde das Institutsgebäude seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch übergeben. Nach Anhängigkeit des vorstehenden Streitverfahrens wies das Staatliche Hochbauamt B, in dessen Händen die Abwicklung des Bauvorhabens lag, die Klägerin mit Schreiben vom 20.10.1994 (Bl. 84 d. GA) unter anderem darauf hin, daß nach seinen Feststellungen „die alte Farbschicht anscheinend nicht ausreichend oder überhaupt nicht vorbehandelt“ worden sei. Zugleich kündigte es an, daß zur Abklärung des Befundes ein Sachverständiger eingeschaltet werde.

Das Prüfinstitut Lacke/Farben (PILF) bestätigte in seinem Gutachten vom 01.12.1994 (Bl. 85 ff. d. GA) nach örtlich vorgenommenen und im Labor fortgeführten Untersuchungen im wesentlichen die vom Staatlichen Hochbauamt (vorläufig) getroffenen Feststellungen. Der Sachverständige L führte unter anderem aus, daß „die Haftungsuntersuchungen erkennen (lassen), daß ein Anschleifen des Untergrundes zwecks Haftungsverbesserung und Beseitigung der Schmutzablagerungen nicht erfolgte, mit der Folge, daß die Beschichtung eine vollkommen ungenügende Haftung zum Untergrund aufweist.“ 7

Gegenstand des Rechtsstreits bildet (allein noch) die Frage, ob dem beklagten Land gegenüber der nicht bestrittenen Restwerklohnforderung ein Schadenersatzanspruch wegen mangelhafter Anstricharbeiten in einer die Klageforderung überschreitenden Höhe zusteht. 8

Die Klägerin hat in Abrede gestellt, daß wesentliche, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigende Mängel vorliegen. Die ausführende Firma (Streithelferin) habe vielmehr mit zuverlässigen und ständig kontrollierten Mitarbeitern alle vorbereitenden Arbeiten und die Anstriche selbst sorgfältig und sachgemäß ausgeführt. Das Gutachten L mache nur für bestimmte Stellen in der Kfz-Halle konkrete Angaben zu mangelhaften Vorarbeiten, während die weiteren Ausführungen von nicht näher bestimmten größeren Flächen und größeren Neuanstrichleistungen ausgingen. Es werde weder dargelegt noch konkretisiert, geschweige denn nach Art und Ort dokumentiert, daß ein Mangel vorliege. Überdies scheitere ein Schadenersatzanspruch an der erforderlichen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Sie sei zur Nachbesserung bereit, wenn von Fachleuten eine einwandfreie Klärung, ob ein Mangel gegeben ist oder nicht, vorgenommen werde, eine exakte Bezeichnung der Mängel erfolge und sie zu deren Beseitigung unter Beachtung der vertraglichen Regelungen aufgefordert werde. 9

Die Streitgehilfin hat im wesentlichen geltend gemacht, daß konkrete Angaben dazu fehlten, welche Teile der Stahlkonstruktion einen fehlerhaften Anstrich aufwiesen. Ein nicht ausreichendes Schleifen könne und müsse überdies nicht zu einer Kompletterneuerung führen. Im übrigen könnten Mängel im Anstrich allenfalls im unteren Bereich der Stahlstützen bis zu einer Höhe von 3 m vorliegen. Auch könne die Farbe unter den Stahlteilen nicht abplatzen, so daß eine Erneuerung schon deshalb nicht erforderlich sei. 10

Die Klägerin hat zunächst beantragt, 11

das beklagte Land zu verurteilen, an sie 148.718,48 DM nebst 1 % Zinsen über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank ab dem 01.04.1994 zu zahlen. 12

Nach Zusprechung der Klage durch Teilurteil der Kammer vom 03.05.1995 in Höhe eines Betrages von 29.718,48 DM nebst anteiliger Zinsen hat die Klägerin alsdann noch beantragt, 13

14

das beklagte Land zu verurteilen, an sie 119.000,00 DM nebst 1 % Zinsen über dem Lombardsatz der Deutschen Bundesbank ab dem 01.04.1994 zu zahlen.

Die Streitgehilfin hat sich diesem Antrag angeschlossen. 15

Das beklagte Land hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Ferner hat es widerklagend beantragt, 18

die Klägerin zu verurteilen, an sie 5.460,59 DM nebst 5,7 % Zinsen ab Rechtshängigkeit zu zahlen. 19

Die Klägerin hat beantragt, 20

die Widerklage abzuweisen. 21

Das beklagte Land hat im Anschluß an das Gutachten L im wesentlichen geltend gemacht, 22
daß wegen der mangelhaften Vorarbeiten die Stahlbauteile insgesamt neu zu streichen
seien. Der dafür erforderliche Aufwand belaufe sich auf 62.090,80 DM für den Neuanstrich
und 62.369,79 DM für die erforderlichen Vorarbeiten (Demontage und Montage der
Elektroinstallation), zusammen 124.460,59 DM. Die Klägerin sei unter Fristsetzung zur
Mängelbeseitigung aufgefordert worden. Im übrigen habe es einer Fristsetzung mit
Ablehnungsandrohung nicht bedurft, weil die Klägerin sich ernsthaft und entschieden
geweigert habe, die Mängel zu beseitigen.

Das Landgericht ist nach Beweisaufnahme – Einholung von Gutachten der Sachverständigen 23
X und T - davon ausgegangen, daß wegen mangelhaft ausgeführter Anstricharbeiten ein
Schadenersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe besteht, und es hat deshalb durch
Schlußurteil vom 14.04.1999 (Bl. 377 ff. d. GA) die Klage in dem noch zur Entscheidung
gestellten Umfang abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Die Streithelferin hat gegen dieses ihr am 22.04.1999, der Klägerin erst am 29.04.1999 24
zugestellte Urteil mit bei Gericht am 25.05.1999 (Pfingstdienstag) eingegangenen Schriftsatz
Berufung eingelegt, die sie innerhalb der ihr bis zum 16.08.1999 gewährten
Fristverlängerungen begründet hat.

Im wesentlichen führt sie zu ihrer Berufung aus: 25

Für einen Schadenersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 VOB Teil B fehle es schon an einem 26
schriftlichen Mängelbeseitigungsverlangen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe
die Klägerin die Nachbesserung nicht ernsthaft und endgültig abgelehnt. Vielmehr ergebe
sich aus ihren noch im Prozeß abgegebenen Erklärungen, daß sie bei Vorliegen der
Voraussetzungen zur Nachbesserung bereit sei. Zu beanstanden seien auch die
Feststellungen des Landgerichts zur Höhe des Anspruchs. Schließlich verstoße das beklagte
Land auch gegen die Schadensminderungspflicht. Seit der Abnahme vor fünf Jahren hafte
der Anstrich immer noch. Dann gebe es jedenfalls zur Zeit keine Veranlassung,
Nachbesserungsarbeiten auszuführen. Es reiche völlig aus, die entsprechenden Arbeiten zu
erledigen, wenn ohnehin der Renovierungsanstrich fällig werde. Die Kosten für die
Demontage der Elektroarbeiten und das Aufbringen des Endanstrichs seien Sowieso-Kosten,
die der Klägerin nicht angelastet werden könnten. Lediglich die Sanierung des Untergrundes
stelle einen zusätzlichen Aufwand dar. Allein hierauf könne ein Schadenersatzanspruch

gestützt werden.

Hinsichtlich des mit der Widerklage verfolgten Schadenersatzanspruchs hat die Streithelferin 27
überdies die Einrede der Verjährung erhoben.

Sie beantragt, 28

das beklagte Land unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und unter Abweisung der 29
Widerklage zu verurteilen, an die Klägerin 119.000,00 DM nebst 1 % Zinsen über dem
Lombardsatz der Deutschen Bundesbank ab dem 01.04.1994 zu zahlen.

Das beklagte Land beantragt, 30

die Berufung zurückzuweisen. 31

Es wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Zusätzlich verweist es darauf, 32
daß selbst dann, wenn die förmlichen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs nach
§ 13 Nr. 7 VOB Teil B nicht gegeben sein sollten, die Zahlung des Restwerklohns solange
verweigert werden könne, wie die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Nachbesserung der Mängel
nicht nachgekommen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen 33
Inhalt der beiderseits gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen S2 und O. Wegen des 34
Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 6. Juli 2000 (Bl. 487
ff. d. GA) verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. 35

Die Berufung begegnet in formeller Hinsicht keinen Bedenken. Entgegen der Ansicht des 36
beklagten Landes hat die Streithelferin die Berufung für die Klägerin eingelegt. Nach
zutreffender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur bedarf es keiner ausdrücklichen
Erklärung, das Rechtsmittel für die unterstützte Hauptpartei einlegen zu wollen (Zöller-
Vollkommer, ZPO, 21. Aufl., § 67, Rz. 5 m.w.N.). Vielmehr reicht es aus, wenn sich dies, was
vorliegend der Fall ist, aus dem Sinnzusammenhang ergibt. Soweit sich das beklagte Land
an der Formulierung stößt, die Berufung werde namens und im Auftrag der Streithelferin
eingelegt, wird damit erkennbar auf die die Streithelferin im Berufungsverfahren vertretenden
Rechtsanwälte abgestellt. Der Wille der Streithelferin, nicht für die Klägerin als unterstützte
Hauptpartei zu handeln, kann daraus nicht entnommen werden.

Die danach zulässige Berufung hat in der Sache selbst auch teilweise Erfolg. Die Klägerin 37
kann von dem beklagten Land Zahlung von 39.388,95 DM beanspruchen.

II. 38

1. 39

40

Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist außer Streit, daß aus der Schlußrechnung der Klägerin vom 30.09.1993 (rechnerisch) noch eine Werklohnforderung von 119.000,00 DM zur Zahlung offensteht. In Höhe eines Teilbetrages von 79.611,05 DM ist diese Forderung durch Aufrechnung des beklagten Landes mit einem Schadenersatzanspruch wegen mangelhaft ausgeführter Werklohnarbeiten erloschen (§§ 631, 387, 388, 389 BGB, § 13 Nr. 7 Abs. 1 i.V.m. Nr. 5 Abs. 2 VOB/B), so daß die Klägerin danach nur noch Zahlung von 39.388,95 DM beanspruchen kann.

2. 41

Das Landgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß dem beklagten Land gegenüber der Klägerin ein Schadenersatzanspruch gemäß § 13 Nr. 7 Abs. 1 i.V.m. Nr. 5 Abs. 2 VOB Teil B zusteht, weil die ausgeführten Anstricharbeiten insgesamt einen wesentlichen, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigenden Mangel aufweisen, der darauf zurückzuführen ist, daß bei Ausführung der Arbeiten die anerkannten Regeln der Technik in vorwerfbarer Weise nicht beachtet worden sind. 42

Wie der gerichtlich bestellte Sachverständige X aufgrund der von ihm vor Ort vorgenommenen Überprüfung festgestellt hat, weist der Schlußanstrich wegen unzulänglicher Vorarbeiten keine ausreichende Haftung zum Untergrund auf. Dies stellt einen wesentlichen, die Gebrauchstauglichkeit erheblich beeinträchtigenden Mangel dar, weil der jetzt vorhandene Schlußanstrich nicht als Anstrichträger für weitere Renovierungs- oder Instandsetzungsanstriche benutzt werden kann und deshalb der letzte Lackanstrich vor Ausführung eines Neuanstrichs bis auf den tragfähigen und festen Untergrund abgeschliffen werden muß. Diese Feststellungen decken sich mit denen des Sachverständigen L, den das beklagte Land als Privatgutachter eingeschaltet hat. Der Sachverständige X stellt dies am Ende seines Gutachtens ausdrücklich fest. 43

Die Mangelhaftigkeit der Arbeiten als solche wird von der Streithelferin (ebenso wie von der Klägerin) auch nicht (mehr) in Abrede gestellt. Vielmehr wendet sie ein, daß einzelne Teilflächen von diesem Mangel überhaupt nicht betroffen und daß andere Teilflächen, in denen Anstrichmängel vorhanden seien, nicht von ihr gestrichen worden seien. Mit diesem Vorbringen kann sie jedoch nicht durchdringen. 44

Soweit sie geltend macht, daß ab einer Höhe von 3 m einwandfrei gearbeitet worden sei, fehlt es schon an einer schlüssigen Begründung, warum die Anstreicher im oberen Bereich mehr Sorgfalt aufgewendet haben sollen. Daß die Streithelferin, wie sie mit Schriftsatz vom 08.04.1999 (Bl. 375 GA) vorgebracht hat, nach Aufnahme der Arbeiten im oberen Bereich unter Zeitdruck gekommen sein will und deshalb (nur) im unteren Bereich nachlässig gearbeitet hat, wird nicht näher erläutert. Seite 4 der Berufungsbegründung (Bl. 426 GA) hat die Streithelferin eine ganz andere Begründung gegeben, warum ab 3 m Höhe die Arbeiten angeblich einwandfrei und nur im unteren Bereich mangelhaft gewesen seien: 45

Auf der Baustelle tätige Dritte hätten ihren Anstrich im unteren Bereich beschädigt. Entsprechend der Aufforderung durch die Klägerin habe sie deshalb die Stützen bis zu einer Höhe von 3 m erneut gestrichen. 46

Das ist indes unvereinbar mit der glaubhaften Bekundung des Zeugen O, Seite 4 des Protokolls vom 06.07.2000 (Bl. 490 GA), es habe sicher kleinere Beschädigungen im Fußbodenbereich gegeben, die dann ausgebessert worden seien. Es habe sich aber jeweils nur um ganz kleine Stellen, schätzungsweise pfennig- bzw. markstückgroß, gehandelt. 47

Gegen die Darstellung der Streithelferin, ab 3 m Höhe sei einwandfrei gearbeitet worden, spricht darüber hinaus und vor allem, daß auch die vom Sachverständigen X auf der Empore, d.h. in Höhe von mehr als 3 m über Fußboden, genommenen Proben eine mäßige bis sehr schlechte Haftfestigkeit ergeben haben (vgl. hierzu S. 6 ff. des Gutachtens vom 29.07.1996, Bl. 243 ff. GA, und Bekundung des Zeugen O aaO).

Der Senat ist nach alledem davon überzeugt, daß auch die oberen Bereiche von dem Mangel betroffen sind. 49

Die Streithelferin vermag ebensowenig damit durchzudringen, nicht sie selbst, sondern Dritte hätten die mangelhafte Werkleistung zu verantworten. Soweit sie die Klägerin für verantwortlich hält, ist dies für die Haftung im (Außen-) Verhältnis gegenüber dem beklagten Land ohnehin nicht von Belang. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist allerdings davon auszugehen, daß die Stahlträger im Nachhinein zu einem geringen Teil von einer Drittfirma bearbeitet worden sind. Der Zeuge O hat insofern bekundet, daß auf sein Geheiß die Firma W (jeweils) auf der einen Seite der beiden Hallen die Innenseite der Stahlträger in einer Breite von 30 cm als erforderliche vorbereitende Maßnahme zur Anbringung von Instrumenten bearbeitet hat. Dies entlastet jedoch die Klägerin nicht. Denn zum einen ist, wie oben bereits näher ausgeführt, davon auszugehen, daß auch in dem hier in Rede stehenden Bereich der „Grundmangel“, die unzureichende Vorbehandlung des Deckanstrichs, ebenso vorlag und deshalb die Klägerin ohnehin zur Sanierung dieser kleineren Teilflächen verpflichtet war. Zum anderen beruht der von der Firma W vorgenommene Anstrich ersichtlich darauf, daß die Streithelferin auf die Rüge in der Abnahmebescheinigung vom 26.01.1994 den Anstrich nur unzureichend erneuert hat, indem sie über die vorhandenen Verschmutzungen, wie der Zeuge O angibt, hinweggestrichen hat, und daß sich deshalb nach der neuerlichen Rüge der Arbeiten in der Teil-Abnahmebescheinigung vom 09.09.1994 nach Ablauf der dort genannten Frist die Notwendigkeit ergab, eine Drittfirma mit den Arbeiten zu betrauen (siehe hierzu Bekundung des Zeugen O S. 5 des Protokolls vom 06.07.2000, Bl. 491 GA). Schließlich spricht auch nichts dafür, daß der Brand im Mitteltrakt des Institutsgebäudes dazu führte, daß nachträglich Malerarbeiten vorzunehmen waren. Im Brandbericht vom 01.09.1994 werden lediglich Vermutungen geäußert, daß die beiden Hallen von dem Brand mitbetroffen sein könnten. Der Zeuge O hat indessen bekundet, daß die Malerarbeiten der Klägerin durch den Brand nicht in Mitleidenschaft gezogen worden sind. Der Senat hat keinen Anlaß, diese Angaben in Zweifel zu ziehen. 50

3. 51

Entgegen der Auffassung der Streithelferin scheitert der Schadenersatzanspruch nicht daran, daß das beklagte Land die Klägerin nicht zur Beseitigung der hier in Rede stehenden Mängel, von denen es erst im Laufe des vorstehenden Rechtsstreits nach Vorlage des von ihm eingeholten Gutachtens des Sachverständigen L zuverlässige Kenntnis erhalten hat, aufgefordert und ihr hierzu eine angemessene Frist gesetzt hat (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). 52

Richtig ist allerdings, daß ein darauf gerichteter Schadenersatzanspruch regelmäßig nur unter den genannten Voraussetzungen gegeben ist. Die Aufforderung des Gläubigers, die Leistung innerhalb einer angemessenen Frist vertragsgemäß zu bewirken, soll dem Schuldner eine letzte Chance zur Erfüllung seiner Vertragspflichten eröffnen und ihn noch einmal nachdrücklich auf die Folgen eines weiteren vertragswidrigen Verhaltens hinweisen. Sie ist deshalb ausnahmsweise nur dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Mängelbeseitigung ernstlich und bestimmt verweigert und sich damit vom Vertrag lossagt (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa: BGH NJW 1986, 661; BGHZ 104, 6 (13) = NJW 1988, 1778 und BGH NJW-RR 1993, 883 jew. m.w.N.). An die Voraussetzung einer endgültigen 53

Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH a.a.O.). Eine endgültige Erfüllungsverweigerung liegt nicht ohne weiteres in dem Bestreiten von Mängeln (BGHZ 104, 6 (13)). Vielmehr müssen zu dem Bestreiten weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewußt und endgültig seinen Vertragspflichten nicht nachkommen will und es damit ausgeschlossen erscheint, daß er sich von einer Aufforderung, die Mängel innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, umstimmen läßt. Für die Beurteilung dieser Frage ist das gesamte Verhalten des Schuldners heranzuziehen, auch sein späterer Sachvortrag und die Anträge im Prozeß (BGH BauR 1982, 496 (497); 1984, 181 (182); 185, 198 (199); Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., § 13 VOB/B, Rz. 522 m.w.N.).

Solche Umstände sind in dem hier zu beurteilenden Fall gegeben. Die Klägerin hat zwar noch nach Beginn des Verfahrens wiederholt erklärt, daß sie zur Nachbesserung bereit sei, wenn von Fachleuten geklärt sei, ob ein Mangel gegeben sei, und wenn sie in angemessener Frist zur Mängelbeseitigung aufgefordert werde. Die geforderte Aufklärung von fachkundiger Seite liegt inzwischen auch vor. Danach ist ein grundlegender Mangel gegeben, der darauf beruht, daß der Untergrund nicht hinreichend gestrichen und gereinigt worden ist. Es sind mithin für den Schlußanstrich zwingend gebotene Maßnahmen bewußt nicht ausgeführt worden. Den Mangel als solchen bestreiten die Klägerin und die Streithelferin inzwischen auch nicht mehr. Vielmehr haben sie sich unter anderem darauf verlegt, die Verantwortung für die Mängel jedenfalls teilweise auf andere abzuwälzen. Schon dies weckt Zweifel, ob die Bereitschaft zur Nachbesserung überhaupt besteht. Daß dies tatsächlich nicht der Fall ist, wird jedenfalls daran deutlich, daß die Streithelferin das beklagte Land (nunmehr) darauf verweist, daß es zur Zeit keine Veranlassung gebe, Nachbesserungsarbeiten auszuführen, es vielmehr ausreiche, die entsprechenden Arbeiten zu erledigen, wenn der Renovierungsanstrich fällig werde. Hiermit gibt aber die Streithelferin zu erkennen, daß vorerst keinerlei Bereitschaft besteht, die Mängel zu beseitigen. Für das beklagte Land ist dies schon deshalb nicht hinnehmbar, weil es Gefahr läuft, seine Gewährleistungsrechte später nicht mehr durchsetzen zu können. Die vorgetragenen Einwände stellen sachlich eine endgültige Erfüllungsverweigerung dar.

4. 55

Die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs nach § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB Teil B sind danach dem Grunde nach gegeben. Der Höhe nach besteht der Anspruch jedoch nur in eingeschränktem Umfang. 56

Als Schadenersatz kann das beklagte Land die erforderlichen Kosten für die Werklohnarbeiten verlangen, die für die Sanierung des mangelhaften Anstrichs erforderlich sind. Das sind die im Leistungsverzeichnis des Staatlichen Bauamtes vom 16.12.1994 aufgeführten Einzelleistungen. Diese erfassen (inzwischen) unstreitig nur die Sanierungsarbeiten in den beiden Hallen. Für die Ausführung dieser Arbeiten ist, soweit es um die Malerarbeiten geht, ein Kostenaufwand von 57.046,79 DM und nicht von 62.090,80 DM erforderlich. Das Landgericht hat bei seiner Schadenberechnung irrtümlich den Angebotspreis der Firma N Elektro-Installations GmbH für die Elektroarbeiten (vgl. Anlage 6 zum Schriftsatz des beklagten Landes vom 20.02.1995) zugrunde gelegt. Maßgeblich ist jedoch das Angebot der Firma I GmbH, das einen Angebotspreis von 57.046,79 DM aufweist. Von diesem Angebot ist auch das beklagte Land (zunächst) ausgegangen. Es hat auf der Grundlage des vom Staatlichen Bauamt erarbeiteten Leistungsverzeichnisses Angebote von neun Firmen eingeholt, von denen die Firma I GmbH die niedrigste Anbieterin war. Der Senat hält es für unbedenklich, wenn deren Angebotspreis der Schadenberechnung zugrunde 57

gelegt wird (§ 287 ZPO). Es treten hinzu die von dem Sachverständigen T in seinem Gutachten von April 1997 (Bl. 283 ff. d. GA) mit 62.369,79 DM bezifferten Kosten für die Demontage und die anschließend wieder vorzunehmende Montage der Elektroinstallation. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat und worauf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, ist der gesamte Aufwand für die vorzunehmenden Arbeiten erforderlich.

Der zu ersetzende Schaden beträgt danach (57.046,79 DM + 62.369,79 DM =) 119.416,58 DM. Dies ist der Betrag, der nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu einer sachgemäßen Mängelbeseitigung aufgewandt werden müßte. Bei Zubilligung des vollen Betrages bliebe jedoch unberücksichtigt, daß seit der Abnahme im Jahre 1994 die vorhandenen Mängel bisher weder in technischer noch in optischer Hinsicht hervorgetreten sind. Nach den Bekundungen des Zeugen O ist es zu Abblätterungen des Anstrichs bis heute nicht gekommen. Diese Feststellung hatte auch bereits zuvor der Sachverständige X getroffen (vgl. die ergänzende Stellungnahme vom 26.08.1998; Bl. 359 d. GA). Die gegenteilige Angabe im Schreiben des Staatlichen Bauamtes vom 20.10.1994 trifft danach nicht zu. 58

Bei dieser Sachlage ist es aber nach Auffassung des Senats gerechtfertigt, den Schadenersatzanspruch nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu kürzen. Allerdings kommt eine Kürzung des Schadenersatzanspruchs nach zutreffender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen mußte. Der Auftragnehmer darf dadurch, daß der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. Ein solches Ergebnis widerspräche dem Gesetzeszweck der Gewährleistung im Werkvertragsrecht (vgl. zum Ganzen: BGHZ 91, 206 (215) = NJW 1984, 2457 = LM § 633 BGB Nr. 51; Ingenstau/Korbion, a.a.O., Rz. 831, jew. m.w.N.). An diesem Grundsatz ist auch festzuhalten. Ausnahmsweise ist jedoch eine Kürzung des Ersatzanspruchs vorzunehmen, wenn sich die Mängel erst verhältnismäßig spät oder bisher noch gar nicht ausgewirkt haben und der Auftraggeber keine Gebrauchsnachteile hinnehmen mußte; dann ist es nach Treu und Glauben geboten, die mit der Nachbesserung erzielte längere Lebensdauer sowie den ersparten Instandhaltungsaufwand anspruchsmindernd zu berücksichtigen (so mit Recht: Ingenstau/Korbion, a.a.O.; vgl. ferner, wenn auch ohne abschließende Entscheidung der Frage, BGHZ 91, 206, 217). So liegt der Fall hier. Wie oben bereits ausgeführt, ist der Mangel nach Ablauf von nunmehr rund sechs Jahren bisher nicht in Erscheinung getreten. Er wird sich erst auswirken, wenn Abblätterungen des Anstrichs auftreten und die Sanierung in Angriff genommen wird. Angesichts der Dauer der bisher ungestörten Nutzung und des dadurch verlängerten Renovierungszyklus hält der Senat in Anwendung des § 287 ZPO eine Kürzung des Schadenersatzanspruchs um 1/3 für gerechtfertigt. Danach steht dem beklagten Land ein aufrechenbarer Schadenersatzanspruch lediglich in Höhe von 79.611,05 DM zu. Der von der Klägerin noch zu beanspruchende Restwerklohn beträgt mithin (119.000,00 DM ./ 79.611,05 DM =) 39.388,95 DM. 59

Der Zinsanspruch ist unter dem Gesichtspunkt des Verzuges gerechtfertigt (§§ 284, 286, 288 Abs. 1 S. 2 BGB; § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B). 60

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, daß die Widerklage keinen Erfolg hat. 61

III. 62

63

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 101 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die geringere Kostenquote der Streithelferin erklärt sich daraus, dass diese zu einem geringeren Streitwert an dem Rechtsstreit beteiligt ist, als es die Klägerin ursprünglich (bis zum Teilurteil vom 03.05.1995) war.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 124.460,59 DM. Die Beschwer der Streitgehilfin liegt über 60.000,00 DM, die des beklagten Landes unter 60.000,00 DM.

64