
Datum: 19.01.2005
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 4/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2005:0119.11U4.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 168/98

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 3.12.1999 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (18 O 168/98) abgeändert.

Die Beklagten werden unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an den Kläger insgesamt 125.092,96 € zu zahlen. Von dem Gesamtbetrag haben die Beklagten zu 1) und 2) jeweils 21.891,27 €, der Beklagte zu 3) 31.273,24 € und die Beklagten zu 4) und 5) jeweils 25.018,59 € zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 15 % und die Beklagten insgesamt zu 85 %, nämlich die Beklagten zu 1) und 2) jeweils 17,5 %, der Beklagte zu 3) 25 % und die Beklagten zu 4) und 5) jeweils 20 % der auf die Beklagten entfallenden Kosten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

I.

2

- Der Kläger verlangt aus abgetretenem Recht (Abtretungsvertrag vom 31.7.1996; Bl 1 Anlagenheft) der QT GmbH aus E. die Zahlung von Restwerklohn und die Erstattung von eingezogenen Beträgen aus zwei Gewährleistungsbürgschaften. 3
- Die Beklagten hatten mit der QT GmbH am 4.8.1994 einen Generalübernehmervertrag (Anlage B 6 zur Klageerwidern) über den Umbau und die Sanierung der Wohnanlage "C. G." in P. geschlossen. Ziel war die schlüsselfertige Errichtung von 29 Wohnungen und einem Garagengeschoss. Hinsichtlich der Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarung wird auf die Vertragsurkunde Bezug genommen. Die Beklagten wurden vertreten durch die mittlerweile als U. AG firmierende U. GmbH, die Baubetreuung übernahm im Auftrag der Beklagten die B. X. GmbH. 4
- Bereits zuvor, nämlich am 22.11.1993, hatte die QT Bau GmbH hinsichtlich des gleichen Objekts mit der U. GmbH einen Generalübernehmervertrag (Anlage B 5 zur Klageerwidern) geschlossen, den die Vertragsparteien jedoch einverständlich aufhoben, als es der U. GmbH nicht wie beabsichtigt gelang, für die Wohnungen noch vor Beginn der Baumaßnahmen genügend Käufer zu finden. 5
- Die von der inzwischen nicht mehr existenten, sondern nach Ablehnung eines Antrags auf Eröffnung eines Konkursverfahrens gelöschten QT Bau GmbH durchgeführten Arbeiten nahmen die Beklagten am 31.10.1995 ab, rügten jedoch die im Abnahmeprotokoll (Anlage B 7 zur Klageerwidern) näher bezeichneten Mängel. In der Folgezeit führte die QT Bau GmbH Mängelbeseitigungsarbeiten durch; die B. X. GmbH reagierte darauf mit dem Schreiben vom 29.3.1996 (Bl 103 f Anlagenheft), nach dem noch Restmängel in einer Größenordnung von 18.680 DM vorhanden seien. Zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich am 10.9.1996, erstellte die B. X. GmbH eine weitere Mängelliste (Anlage B 9 zur Klageerwidern), nach der sich insgesamt Mängelbeseitigungskosten von 152.700 DM sowie Minderungsbeträge von 7.830 DM ergaben. Mit der Durchführung der von ihnen für notwendig erachteten Mängelbeseitigungsmaßnahmen beauftragten die Beklagten die T. GmbH, die dafür gemäß ihren Rechnungen vom 26.9.1997 (Anlage B 10 zur Klageerwidern) und vom 23.6.1998 (Anlage B 12 zur Klageerwidern) einen Gesamtbetrag von 233.786,52 DM beanspruchte. Davon erachteten die Beklagten Beträge von 204.576,02 DM und von 5.115,52 DM für gerechtfertigt; die gegenüber den ursprünglichen Mängelrügen höheren Beträge seien darauf zurückzuführen, dass sich eine Vielzahl von Mängeln erst im Laufe der Arbeiten habe feststellen lassen. 6
- Mit Rücksicht auf die Mängel behielten die Beklagten einen Teil des Werklohns der QT Bau GmbH in Höhe von 100.146,98 DM ein, außerdem nahmen sie zwei Gewährleistungsbürgschaften von je 146.430 DM in Anspruch. Die sich aus der Addition dieser Beträge ergebende Summe von 393.006,98 DM macht der Kläger abzüglich eines für Gewährleistungsansprüche der Beklagten zugestandenen Betrages von 91.091,73 DM - also in Höhe von 301.969,33 DM mit der Klage geltend. 7
- Er hat behauptet, die QT Bau GmbH habe die im Zuge der Abnahme behaupteten Mängel weitestgehend beseitigt; hinsichtlich weiterer Mängel sei ihr keine Gelegenheit zur Nachbesserung eingeräumt worden; schon deshalb bestünden weitere Ansprüche der Beklagten nicht. Im Übrigen rechtfertigten der Umfang und die Art der Restmängel weder zusätzliche Aufwendungen für die Vermietung noch die Geltendmachung von Mietausfällen. Seine Aktivlegitimation ergebe sich aus dem Abtretungsvertrag vom 31.7.1996; dass der schriftliche Vertragstext sich seinem Wortlaut nach auf den zuvor bereits aufgehobenen Generalübernehmervertrag vom 22.11.1993 und nicht auf den Vertrag vom 4.8.1994 beziehe, sei ein Versehen und weder von ihm noch von den Vertretern der QT Bau GmbH gewollt. 8

Die Beklagten haben sich der Klageforderung gegenüber mit der Rüge der Aktivlegitimation des Klägers verteidigt und daneben - mit der Behauptung, die QT Bau GmbH habe wie aus dem Mängelprotokoll vom 10.9.1996 ersichtlich fehlerhaft gearbeitet – mit Gegenansprüchen in Höhe von insgesamt 822.672,56 DM (auf deren Darstellung in der Klageerwidern wegen der Einzelheiten verwiesen wird; GA 70 ff) hilfsweise aufgerechnet. 9

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Kläger sei nicht aktivlegitimiert, weil er jedenfalls Ansprüche aus dem Vertrag vom 4.8.1994 nicht erworben habe. Der Wortlaut der Abtretungsvereinbarung, die sich allein auf den nicht zur Durchführung gelangten Vertrag vom 22.11.1993 beziehe, lasse keine andere Auslegung zu, deshalb komme es auch nicht auf die Richtigkeit der weiteren Behauptung der Beklagten an, die Abtretung sei rückdatiert und die Vertreter der QT Bau GmbH seien zum Zeitpunkt der Unterzeichnung schon nicht mehr vertretungsbefugt gewesen. Hinsichtlich der im ersten Rechtszug verlesenen Anträge sowie der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der angegriffenen Entscheidung verwiesen. 10

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner frist- und formgerecht eingelegten Berufung, mit der er – unter Aufrechterhaltung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Sachvortrags - die Auffassung des Landgerichts angreift, er habe die Ansprüche der QT Bau GmbH durch den Abtretungsvertrag vom 31.7.1996 nicht erworben. Bei der Datierung des Generalübernehmervertrages im Vertragstext handele es sich um eine versehentliche und unschädliche Falschbezeichnung, die an seiner Berechtigung nichts ändere. Gewollt sei die Abtretung von Ansprüchen aus dem – allein durchgeführten – Vertrag vom 4.8.1994. 11

Mängelbeseitigungskosten seien in keinem größeren Umfang als 100.000 DM entstanden und darüber hinaus dann allenfalls noch die Kosten für die behördliche Schlussabnahme, die Erstellung von Revisionsplänen und ein gerichtliches Eilverfahren zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen. 12

Der Kläger beantragt demgemäß, 13

die Beklagten als Gesamtschuldner (hilfsweise nach Bruchteilen entsprechend den in der Berufungsbegründung genannten Quoten) zur Zahlung von 79.526 € (155.539,33 DM) nebst 4 % Zinsen ab dem 15.7.1998 sowie weiterer 74.868,47 € (146.430 DM) zu verurteilen.

Die Beklagten beantragen, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Sie wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen gleichfalls; zusätzlich berufen sie sich hinsichtlich der ihrer Auffassung nach fehlenden Aktivlegitimation des Klägers auf das in § 8.8 des Generalübernehmervertrages vereinbarte Abtretungsverbot. Der Kläger könne den geltend gemachten Betrag auch deshalb nicht verlangen, weil er – in Abweichung von seinem erstinstanzlichen Sachvortrag – den Klageanspruch nicht von der QT Bau GmbH ableite, sondern auf eine Abtretung der in Anspruch genommenen Bürgin, der Kreissparkasse E., stütze, die jedoch bestritten werde. 17

Der Senat hat aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 11.7.2001 (GA 284 f), vom 19.6.2002 (GA 364) und vom 25.6.2003 (GA 521) Beweis erhoben. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 17.4.2002 (GA 346 ff) und auf das Gutachten des Sachverständigen P. vom 18.1.2003 (GA 386 ff), seine ergänzende Stellungnahme vom 2.9.2003 (GA 529 ff) sowie seine mündliche Anhörung (Protokoll vom 18

II.	19
Die zulässige Berufung führt zur Abänderung des angegriffenen Urteils des Landgerichts und – unter Abweisung der weitergehenden Klage – zur Verurteilung der Beklagten zur Zahlung restlichen Werklohns und Auszahlung in Anspruch genommener Bürgschaftsbeträge im Umfang des Tenors.	20
1.	21
Das Landgericht hat die Klage zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, der Kläger sei nicht aktivlegitimiert; ihm stünden Ansprüche gegen die Beklagten aus dem Abtretungsvertrag vom 31.7.1996 jedenfalls gegen die Beklagten nicht zu, weil sich die Abtretung nur auf den nicht mehr wirksamen Vertrag vom 22.11.1993 beziehe. Die Berufung rügt mit Recht, dass diese Auslegung des Vertrages sinnwidrig ist: es kann nicht angenommen werden, dass sowohl der Kläger wie die Vertreter der inzwischen gelöschten QT Bau GmbH mit der Vereinbarung die Absicht verfolgten, Ansprüche aus einem nicht mehr bestehenden Vertrag zu übertragen. Das wird aus dem Gesamtzusammenhang ohne weiteres deutlich, findet jedoch – entgegen der Auffassung des Landgerichts – auch im Text der Abtretungsvereinbarung selbst einen ausreichenden Anhaltspunkt. Dort heißt es nämlich, dass die QT Bau GmbH aus dem Vertrag noch Werklohnansprüche besitze, deren Höhe noch streitig sei. Werklohnansprüche aus dem aufgehobenen Vertrag existierten aber zu keinem Zeitpunkt – auch nicht nach Auffassung der Beklagten. Die danach zwingende Konsequenz hat das Landgericht nicht gezogen, obgleich der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat, dass auch die Beklagten (wie zuvor der Kläger) in dem beim Amtsgericht E. geführten Eilerfahren übereinstimmend die falsche Vertragsbezeichnung gewählt hatten. Zumindest wäre aufgrund des Inhalts des nach der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatzes des Klägers (GA 147 ff) die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung geboten gewesen, denn der Kläger hatte dort – ersichtlich in Anlehnung an rechtliche Erörterungen im Termin - substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt, wie es abweichend vom übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zu der Falschbezeichnung gekommen sei.	22
Die vom Senat zu dieser Frage durchgeführte Beweisaufnahme hat das sich schon nach der Urkunden- und Interessenlage ergebende Ergebnis bestätigt: aus der Aussage des Zeugen T., eines der ehemaligen Geschäftsführer der QT Bau GmbH, ergibt sich die Richtigkeit der vom Kläger in diesem Zusammenhang aufgestellten Behauptungen. Dieser Zeuge hat auch glaubhaft ausgesagt, dass die Abtretung <u>vor</u> dem Konkursantrag vereinbart worden sei, so dass rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit seiner vertraglichen Erklärungen gleichfalls nicht bestehen. Einer auch von den Beklagten (GA 351) beantragten Vernehmung der Zeugin U. bedurfte es nicht mehr, nachdem diese eine ladungsfähige Anschrift der Zeugin weder im erstinstanzlichen noch im Berufungsverfahren mitgeteilt haben.	23
Der Anspruch des Klägers auf Auszahlung restlichen Werklohns (dessen Höhe ist als solche mit 100.146,98 DM unstreitig) ergibt sich aus dem Werkvertrag in Verbindung mit der Abtretungsvereinbarung; der Anspruch auf Auszahlung der von den Beklagten in Anspruch genommenen Bürgschaftsbeträge folgt aus dem vom Kläger mit der Kreissparkasse E. geschlossenen Vertrag vom 11.10.2000 (GA 240), der die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen entgegen der Auffassung der Beklagten hinreichend belegt.	24

Dass die Abtretung dem Bestimmtheitsgebot entspricht, hat der Senat den Parteien bereits im Hinweisbeschluss vom 11.8.2000 mitgeteilt. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass im Falle der Abtretung einer Forderungsmehrheit das Bestimmtheitserfordernis dann gewahrt ist, wenn davon alle Forderungen aus einem bestimmten Zeitraum (BGH WM 1966, 13) oder aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, § 398 BGB, Rdn. 15) erfasst sind. Dasselbe muss auch für die Abtretung aller Werklohnansprüche aus einem Bauvorhaben gelten.

Auf den in § 8.8 des Generalübernehmervertrages vereinbarten Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der Abtretung können sich die Beklagten nicht berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BauR 2000, 569; dazu auch Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage 2002, Rdn. 1034) darf ein Bauherr die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorbehaltene Zustimmung nicht verweigern, wenn er ein anerkennenswertes Interesse an der Verweigerung der Zustimmung nicht (mehr) hat oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der Erteilung der Zustimmung überwiegen. So liegt der Fall hier, denn ein rechtlich anzuerkennendes Interesse der Beklagten an der Verweigerung ist weder vorgetragen noch ersichtlich. 26

Bei der Bestimmung in § 8.8 des Generalübernehmervertrages handelt es sich um (von der B. X. GmbH) vorformulierte und von den Beklagten (auf deren Seite die B. X. GmbH tätig geworden ist) verwendete schriftlich aufgezeichnete Bedingungen, deren Qualifizierung als Allgemeine Geschäftsbedingungen schon nach dem äußeren Erscheinungsbild des Textes und nach ihrem Inhalt nahe liegt und daher vermutet wird. Dass sie – zumindest soweit es wie in § 8.8 und im Rahmen der Vertragsstrafe um Regelungen allgemeinen Inhalts geht – grundsätzlich für eine Vielzahl von Verträgen und nicht für die Durchführung eines bestimmten Bauvorhabens konzipiert worden sind, wird von den Beklagten auch nicht bestritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH NJW 1991, 843; dazu auch Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, § 305 BGB, Rdn. 9) ergibt sich zudem, wenn eine Vertragspartei die von einem anderen vorformulierten Bedingungen für eigene Zwecke übernimmt, deren abstrakt-genereller Charakter bereits aus der Zweckbestimmung des Aufstellers; es ist nicht erforderlich, dass die Parteien selbst eine Mehrfachverwendung beabsichtigen. 27

Die Beklagten haben im Zusammenhang mit der rechtlichen Einordnung der Vertragsbedingungen denn auch lediglich behauptet, sie seien im Einzelnen ausgehandelt worden und stellten deshalb keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar. Dass die Regelungen allgemeinen Inhalts von der B. X. GmbH auch für andere Verträge und Bauvorhaben verwendet wurden, stellen sie dagegen nicht in Abrede. Die Frage des Aushandelns wiederum betrifft jedenfalls nicht die Regelung des Abtretungsverbotes. Insoweit wird ein Aushandeln nicht vorgetragen; der Umstand, dass der Vertrag in anderen Bereichen abgeändert worden sein soll, ist ohne Bedeutung (BGHZ 153, 311, 321 ff). 28

2. 29

Dem der Höhe nach unstreitigen Zahlungsanspruch des Klägers in Höhe von 154.394,46 € (393.006,98 DM), der sich aus dem einbehaltenen Restwerklohn und den beiden Bürgschaftsbeträgen zusammensetzt, können die Beklagten Gegenansprüche (von ihnen geltend gemacht in der Klageerwidderung vom 27.8.1998 unter Ziffern 1 bis 15; GA 70 ff) nur in Höhe von 74.084,62 € (144.896,93 DM) entgegeng gehalten. 30

a. 31

Ansprüche auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten und Minderungsansprüche (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 1, 2, 13, 14 und 15) einschließlich der Kosten für die technische Baubetreuung bei der Mängelbeseitigung (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 3) bestehen in Höhe von 128.672,73 DM und setzen sich wie folgt zusammen:.	32
Von den in den Rechnungen der T. GmbH vom 26.9.1997 und vom 23.6.1998 abgerechneten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von insgesamt 209.688,54 DM (204.576,02 DM und 5.115,52 DM) steht den Beklagten nach den Ergebnissen der vom Senat durch Einholung eines Sachverständigengutachtens durchgeführten Beweisaufnahme ein Betrag von 103.224,07 DM zu, der der vom Prozessbevollmächtigten des Klägers (der erstinstanzlich zunächst nur einen Betrag von 64.560 DM in Ansatz gebracht hatte; GA 117) im Berufungsverfahren nach seiner Erklärung im Termin vom 4.2.2004 (GA 593) zugestandenen Größenordnung von 100.000 DM entspricht.	33
Der Sachverständige P. hat bei der Überprüfung der beiden Rechnungen des Ersatzunternehmers eine Unterscheidung zwischen Gewährleistungsmängeln und Nutzungsschäden getroffen, die aber nach einer weiteren Erklärung des Prozessbevollmächtigten des Klägers im Termin vom 4.2.2004 obsolet geworden ist. Der Klägervertreter hat dazu mitgeteilt, dass eine Beweisaufnahme nicht zu erfolgen brauche; er sehe sich nicht als beschwert an, wenn für die vom Sachverständigen als Nutzungsschäden gewerteten Mängel von einer Einstandsverpflichtung der QT Bau GmbH ausgegangen werde.	34
Es steht danach fest, dass sämtliche in den Anlagen 1.1, 1.2 und 1.3 des Gutachtens vom 18.1.2003 aufgelisteten Mängel der QT Bau GmbH zur Last fallen und damit dem Grunde nach von der Klageforderung abzuziehen sind (119.738,04 DM; S. 44 der Anlagen zum Gutachten P.).	35
Die berechtigten Bedenken gegen Teile des Gutachtens P. wirken sich auf den vorliegenden Fall daher letztlich nicht zu Lasten der Beklagten aus. Dass die Unterscheidung in Gewährleistungsmängel und Nutzungsschäden nicht haltbar ist, ist richtig, aber nicht mehr relevant, nachdem der Kläger erklärt hat, sich nicht gegen die Anrechnung der "Nutzungsschäden" zu seinen Lasten zu wenden.	36
Dazu zu addieren ist ein Betrag von 106.680,19 DM für die "nicht zuzuordnenden Mängel", die der Sachverständige P. in seinem Gutachten mit einem Betrag von 87.477,76 DM beziffert hat (S. 45 des Gutachtens; GA 446). Der Berechnung des Sachverständigen lag eine Kürzung der von den Beklagten in diesem Zusammenhang geltend gemachten Kosten auf 82 % zugrunde, die sich aus dem vom Sachverständigen gebildeten Verhältnis von Gewährleistungsmängeln und Nutzungsschäden ergab (S. 8 des Gutachtens; GA 393). Nachdem der Kläger die Nutzungsschäden als Gewährleistungsmängel anerkannt hat, war für diese Reduzierung kein Raum mehr, so dass sich der genannte Betrag von 106.680,19 DM und zusammen mit dem Betrag von 119.738,04 DM die Zwischensumme von 226.418,23 DM ergibt.	37
Die Bedenken des Klägers gegen die Berücksichtigung dieser "nicht zuzuordnenden", das Gemeinschaftseigentum betreffenden Mängel sind unbegründet. Es ist zwar richtig, dass die Behauptungen der Beklagten zu diesem Komplex, der die Seiten 33 bis 38 der Mängelliste vom 10.9.1996 (Anlage B 9 zur Klageerwiderung) betrifft, in weiten Teilen sowohl hinsichtlich der Mängelbeschreibung wie bezüglich der Kostenaufstellung nicht sehr detailliert sind; der Kläger hat jedoch, wie sich aus seinem erstinstanzlichen Sachvortrag ergibt, das Bestehen zumindest eines Teils der Mängel (vor allem des Kontergefälles der Dachrinne eingeräumt.	38

Bei dieser Sachlage haben die Beklagten der ihnen obliegenden Darlegungslast entsprochen.

Für die endgültige Bezifferung der Gegenforderung der Beklagten ist allerdings der vom Sachverständigen P. angenommene "Niveaufaktor" von 45,59 % zu berücksichtigen, der zu einer Reduzierung der Gegenforderung auf **103.224,07 DM** führt. Der Sachverständige hat die von der T. GmbH in ihren Rechnungen angesetzten Preise und Massen einer detaillierten Überprüfung auf ihre Richtigkeit und Angemessenheit unterworfen (in Anlage 1.5 seines Gutachtens; GA 447 ff) und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass sie auf diesen Faktor zu korrigieren sind. Dagegen ist trotz der von den Beklagten erhobenen Bedenken nichts einzuwenden, die Korrektur erweist sich vielmehr in Anbetracht der durch die Abrechnungspraxis des Ersatzunternehmers und damit im Rechtsverhältnis zum Kläger von den Beklagten zu verantwortenden Unsicherheiten als sachgerecht.

Hinzu kommen Ansprüche in Höhe von 13.568,63 DM für die "weiteren Mängelbeseitigungskosten" (vergl Ziffer 2 des Beweisbeschlusses vom 19.6.2002). Das betrifft die Gegenforderungen der Klageerwidern zu Ziffern 13 bis 15 in einer Gesamthöhe von 24.210,17 DM (2.991,51 plus 156,40 plus 8.152,06 plus 12.910,20 DM). Der Sachverständige P. hat diese Forderungen auf einen Betrag von 7.020,19 DM gekürzt. Die dagegen von den Beklagten gerichteten Einwendungen sind teilweise berechtigt; sie führen zu einer Erhöhung der in diesem Zusammenhang anzusetzenden Kosten auf 13.568,63 DM. Die Beklagten weisen zu Recht darauf hin, dass der Sachverständige in diesem Bereich die notwendige Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen nicht durchführt, richtig ist auch, dass er auf die Position "Hausnummern" (156,40 DM, die allerdings nicht zum Auftragsumfang der QT Bau GmbH gehörte) nicht eingeht. Zu den einzelnen Einwendungen der Beklagten (GA 496 ff) ist anzuführen:

Die Lampenfassungen gehören nach Auffassung des Senats nicht zum Auftragsumfang der Mängelbeseitigung, das Gegenteil ist von den Beklagten nicht ausreichend dargelegt. Auch hinsichtlich des Defektes der Badlüfter (Anlage B 34) fehlt es an ausreichendem Sachvortrag der Beklagten, ebenso wie zum Durchlauferhitzer (Anlage B 36) und für die Rechnungen gemäß Anlagen B 42, B 46 und für den Defekt des Rollltores. Dass es sich bei den nicht gangbaren Türen um einen Gewährleistungsmangel handelt, haben die Beklagten gleichfalls nicht genügend dargelegt. Die übrigen Positionen der Aufstellung des Sachverständigen in Anlage 2.0 sind dagegen – mit einem weiteren Betrag von 6.548,44 DM - zu ersetzen; in einer Reihe von Positionen ergibt sich das daraus, dass es sich um Erstlieferungen handelt, zu denen die QT Bau GmbH verpflichtet war. Auch der Schaden an der Pumpe (Anlage B 41) ist zu ersetzen, da es sich um einen der "Haustechnik" zuzuordnenden Schaden mit einer 5jährigen Gewährleistungsfrist handelt. Das führt zu dem bereits genannten Ersatzbetrag von **13.568,63 DM**.

Schließlich haben die Beklagten einen Anspruch auf Ersatz der für die technische Baubetreuung im Rahmen der Gewährleistungsarbeiten geltend gemachten und angefallenen Kosten in Höhe von **15.329,51 DM**. Für die vom Sachverständigen entsprechend dem Verhältnis von berechtigten und unberechtigten Gegenansprüchen der Beklagten auf 11.880,03 DM vorgenommene Kürzung besteht kein Grund mehr, nachdem die der Kürzung zugrunde liegende Unterscheidung zwischen Gewährleistungsschäden und Nutzungsschäden zugunsten der Beklagten entfallen ist.

Damit ergibt sich für Mängelbeseitigungskosten insgesamt ein ersatzfähiger Betrag von **132.122,21 DM**.

b.

Hinzu kommen die unstreitigen Beträge von 7.921,20 DM (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 4; das betrifft die Verfahrenskosten des beim Amtsgericht E. durchgeführten Eilverfahrens), von 4.600 DM (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 5 für die Erstellung von Revisionsplänen) und von 3.703 DM (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 6 für die behördliche Schlussabnahme), die zusammen mit den unter Ziffer a) genannten Summen einen Betrag von 148.346,41 DM (75.848,32 €) ergeben, der von der Summe von 393.006,98 DM abzuziehen ist. Es verbleiben die im Tenor genannten 125.092,96 € (244.660,57 DM), welche die Beklagten der vertraglichen Aufteilung entsprechend anteilig zu tragen haben (die Beklagten zu 1) und 2) zu je 17,5 %, der Beklagte zu 3) zu 25 % und die Beklagten zu 4) und 5) zu jeweils 20 %).	45
Für diesen Betrag haften die Beklagten nicht als Gesamtschuldner, sondern, wie sich für den Werklohn aus § 1.2 des Generalübernehmervertrages ergibt, nach den in der Klageschrift genannten, dem Vertrag entsprechenden Anteilen (die Beklagten zu 1) und 2) mithin zu je 17,5,%, der Beklagte zu 3) zu 25% und die Beklagten zu 4) und 5) zu je 20%). Es besteht kein Grund, den Rückforderungsanspruch hinsichtlich der Bürgschaften insoweit anders zu behandeln als den Werklohnanspruch.	46
3.	47
Die darüber hinausgehenden Gegenforderungen sind unbegründet.	48
a.	49
Das gilt zunächst für die <u>Vertragsstrafe</u> (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 8), deren Regelung grundsätzlich, wie ausgeführt, als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren ist. Die Beklagten wenden dagegen auch nur ein, dass diese Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien im einzelnen <u>ausgehandelt</u> worden sei, weil sie während der Verhandlungen – wenn auch vergeblich - eine Erhöhung des Betrages auf 1.860 DM pro Tag gefordert hätten. Darin liegt jedoch – entgegen der Auffassung der Beklagten – kein "Aushandeln" im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Nach dieser Rechtsprechung genügt für die Feststellung, der Vertrag (oder einzelne Klauseln des Vertrages) seien ausgehandelt worden, gerade nicht, dass sie mit dem Vertragspartner ausführlich <u>erörtert</u> worden ist. Ein Aushandeln im Sinne von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB n.F.) liegt nur dann vor, wenn der Verwender den Inhalt der Regelung ernsthaft zur Disposition stellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt; der Kunde muss also die Möglichkeit haben, den Inhalt der Bedingung wirklich zu beeinflussen (BGHZ 104, 236; 153, 311, 321 ff.; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, § 305 BGB, Rdn. 21). Eine solche Bereitschaft schlägt sich in aller Regel auch in einer Änderung des vorformulierten Textes nieder, während ein Vertrag allenfalls unter besonderen Umständen auch dann als Ergebnis eines wirklichen Aushandelns gewertet werden kann, wenn es bei dem gestellten Entwurfstext verbleibt. Solche besonderen Umstände sind im vorliegenden Fall, in dem die Fassung der Vertragsstrafenklausel nicht nur gegenüber der der QT Bau GmbH vorgelegten Fassung, sondern auch gegenüber der Fassung aus dem früheren Vertrag vom 22.11.1993 vollständig unverändert geblieben ist, weder vorgetragen noch ersichtlich. Entscheidend ist aber, dass auch nach dem Vortrag der Beklagten nicht die Vertragsstrafenklausel als solche, sondern nur die von den Beklagten angestrebte <u>Erhöhung</u> der kalendertäglich zu vereinbarenden Summe verhandelt worden ist, während die ursprünglich vorgegebene Höhe zu keinem Zeitpunkt zur Disposition gestanden hat. Soweit die Beklagten darauf verweisen, dass die Fertigstellungsfrist in diesem Zusammenhang um einen Monat verlängert worden sei, spricht alles dafür, dass das – wie der Kläger behauptet – ausschließlich bautechnische Gründe	50

hatte. Es ist nicht davon auszugehen, dass die einmonatige, also unwesentliche Verlängerung die Gegenleistung für das Akzeptieren der Vertragsstrafenregelung darstellt.

Aus der rechtlichen Qualifizierung der Vertragsstrafenvereinbarung als AGB ergibt sich ihre Unwirksamkeit: Die im Zusammenhang mit der Regelung der Vertragsstrafe in Ziffer 4.5 des Vertrages getroffene Regelung, dass die Vertragsstrafe bei der Abnahme nicht vorbehalten werden muss, ist in AGB ebenso wenig möglich (BGH BauR 1984, 643; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage 2002, Rdn. 2284), wie eine verschuldensunabhängige Verwirkung (OLG Frankfurt, BauR 1999, 51; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage 2002, Rdn. 2049), genauso wenig wie eine Vereinbarung des Inhalts, dass die verwirkte Vertragsstrafe von der Schlussrechnung in Abzug zu bringen ist (BGH BauR 1984, 643).

51

b.

52

Kosten für eine "wirtschaftliche Baubetreuung" bezüglich der Gewährleistung (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 7) können die Beklagten schon nach den von ihnen selbst vorgelegten Unterlagen nicht geltend machen. Die dazu vorgelegte Rechnung der U. AG (Anlage B 19, blauer Ordner) betrifft nämlich Tätigkeiten "im Zusammenhang mit der Gewährleistungs- und Fertigstellung- Mängelbeseitigung", also gerade nicht den Bereich wirtschaftlicher, sondern technischer Baubetreuung. Der auf den Hinweis des Senats erfolgte weitere Vortrag der Beklagten ist widersprüchlich und unklar: die Treukontor soll im Zusammenhang mit einer Betriebsprüfung tätig geworden sein (GA 638). Aus dem dazu vorgelegten Bericht (Anlage BE 4) ergibt sich aber, dass es dabei um Fragestellungen ging, die mit der Abwicklung der Gewährleistung und damit mit der QT Bau GmbH nichts zu tun haben, sondern davon unabhängige steuerliche Fragen betreffen. Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass die sich aus der Anlage zur Rechnung B 19 ergebenden Stundensätze und Pauschalen unangemessen hoch sind.

53

c.

54

Die Beklagten haben ferner keinen Anspruch auf alle im Zusammenhang mit der angeblich nicht möglichen rechtzeitigen oder dauerhaften Vermietung der errichteten Wohnungen geltend gemachten Zahlungen (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffern 9, 10, 11). Die Ansprüche sind schon deshalb ausgeschlossen, weil die von den Beklagten behaupteten Mängel ihrer Art und ihrem Umfang nach es nicht rechtfertigen, von einer relevanten Verhinderung oder Behinderung der Vermietung auszugehen. Nach der Behauptung der Beklagten waren von den Mängeln besonders betroffen die unter Ziffer 10 der Klageerwiderung (deren S. 59; GA 75) genannten Wohnungen. Gerade aus den dazu überreichten Mängelprotokollen (Anlage B 9) ergibt sich aber, dass es sich fast ausnahmslos um lediglich optische Mängel gehandelt hat, die die Funktionsfähigkeit der Wohnungen und ihrer technischen Einrichtungen in keiner Weise beeinträchtigten (Unsauberkeit des Anstrichs in begrenzten Bereichen, Beschädigung einer Ecke des Türfutters, unsaubere Stöße, teilweise fehlende Versiegelung, Risse in Tapeten oder Fliesen). Dasselbe Bild ergibt sich aus praktisch allen anderen Mängelprotokollen, so dass sich daraus nur der Schluss ziehen lässt, dass die Mängel eine Vermietung nicht unmöglich machten, sondern – sofern es das von den Beklagten behauptete Interesse an einer Anmietung dieser Wohnungen gab – durch eine geringfügige Mietminderung in ausreichender Weise hätten berücksichtigt werden können. Es kommt hinzu, dass es sich bei einer Reihe der geltend gemachten Mängel ihrer Art nach ebenso gut um Nutzungsschäden handeln kann, teilweise liegt die Annahme von Nutzungsschäden sogar erheblich näher, zumal ein nicht unerheblicher Teil der mit der Anlage B 9 gerügten Mängel zum Zeitpunkt der Abnahme noch nicht gerügt worden ist. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass nach der ausdrücklichen

55

Erklärung der Beklagten im Schreiben vom 29.3.1996 (Bl 103 f Anlagenheft) etwa in der Wohnung 15 alle bei der Abnahme am 31.10.1995 festgestellten Mängel beseitigt worden sind; gleichwohl soll der Mieter der Wohnung nach dem Vorbringen der Beklagten in der Klageerwiderung den Mietvertrag im Hinblick auf Gewährleistungsmängel gekündigt haben.

Es kommt folgendes hinzu: nach den eigenen Angaben der Beklagten zu den Erstvermietungen (Anlage BE 5 zum Schriftsatz vom 28.7.2004) ergibt sich, dass diese zu sehr unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgten (nämlich zu unterschiedlichen Daten im Laufe des Jahres 1996). Das spricht gleichfalls dafür, dass der Grund für den zunächst aufgetretenen Leerstand in der Marktsituation lag und mit dem Zustand der Wohnungen nichts zu tun hatte. Zudem ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die Mieter (denen die behaupteten Mängel bei Vertragsschluss ja bekannt sein mussten) trotz dieser Kenntnis zu einer vorzeitigen Kündigung berechtigt waren. Schließlich haben die Beklagten in diesem Zusammenhang nach wie vor keine der behaupteten Kündigungserklärungen – aus denen sich der Kündigungsgrund ja ergeben muss - vorgelegt und auch die aktuellen Anschriften der als Zeugen benannten Mieter nicht mitgeteilt.

d.

Ein Anspruch auf Ersatz der für die behauptete Grundreinigung entstandenen Kosten (Gegenforderungen der Klageerwiderung, Ziffer 12) besteht schon deshalb nicht; weil die Beklagten die dazu gehörige Rechnung nach wie vor nicht vorgelegt haben. Zudem hat der Kläger zu Recht darauf hingewiesen, dass die Arbeiten nach der Behauptung der Beklagten am der Abnahme folgenden Tag ausgeführt worden sein sollen. Eine vorherige an die QT Bau GmbH, die zu dieser Zeit noch nicht insolvent war, gerichtete Aufforderung zur Durchführung dieser Arbeiten kann daher nicht erfolgt sein.

4.

Ein Zinsanspruch ergibt sich für den Kläger nicht: Hinsichtlich der zweiten Bürgschaft ist ein Zinsantrag schon nicht gestellt worden; soweit Zinsen beansprucht werden (nämlich auf einen Betrag von 155.539,33 DM), besteht dieser Anspruch nicht, da die zur Aufrechnung gestellten Kosten der Mängelbeseitigung höher sind und mit diesem Anspruch zunächst zu verrechnen waren.

5.

Die Kostenfolge ergibt sich aus den §§ 92, 97 Abs. 1 ZPO. Gegenüber der sich rechnerisch ergebenden, aus dem Verhältnis von Unterliegen und Obsiegen und unter Berücksichtigung der nach § 19 Abs. 3 GKG a.F. streitwertrelevanten Hilfsaufrechnungen gebildeten Kostenquote hat der Senat zugunsten der Beklagten in angemessenem Umfang berücksichtigt, dass sie nicht wie in erster Linie beantragt als Gesamtschuldner, sondern anteilig (nämlich entsprechend den in der Klageschrift genannten, sich aus dem Vertrag ergebenden Anteilen) verurteilt worden sind. Das führte zu einer Erhöhung der Kostenlast auf Seiten des Klägers.

6.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

7.

Ein Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO) besteht nicht. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

66

Der **Streitwert** beträgt 575.020,09 €; davon entfallen auf die Klage 154.394,29 € (301.969,33 DM) und auf die nach § 19 Abs. 3 streitwertrelevanten Hilfsaufrechnungen der Beklagten 420.625,80 € (822.672,56 DM). Der Streitwert für die Beweisaufnahme beträgt 277.989,75 € und entspricht der Summe der vom Sachverständigen P. untersuchten behaupteten Mängelbeseitigungskosten (GA 70, 80, 83, 85) zuzüglich der Klageforderung.

67