
Datum: 30.11.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 U 77/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:1130.15U77.10.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 13 O 38/10

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 26.04.2010 - 13 O 38/10 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:	1
I.	2
Die Klägerin war im Rahmen verschiedener Bauvorhaben von der Beklagten mit der Durchführung von Estrich- bzw. Trockenbauarbeiten beauftragt. Sie erbrachte aufgrund Bauvertrags vom 15./24.06.2004 an dem Bauvorhaben EFH W in C Trockenbauarbeiten, zu denen u.a. die Verkleidung der Installationsrohre einschließlich eines Abluftrohres der Heizung gehörte. Die Parteien streiten – im Rahmen der Klage - über die Auszahlung eines Sicherheitseinbehalts aus verschiedenen Bauvorhaben und über Zurückbehaltungsrechte wegen Gewährleistungsansprüchen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben W sowie – im Rahmen der Widerklage – über das Bestehen eines Freistellungsanspruchs aufgrund	3

mangelhafter Werkausführung der Abluft- und Rauchgasleitungen im Schacht des Bauvorhabens W.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben und den Beklagten zur 4 Zahlung eines Sicherheitseinbehalts in Höhe von 961,44 € zuzüglich Nebenkosten von 10 € sowie weiterer 130,50 € außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren verurteilt. Die Widerklage wurde insgesamt abgewiesen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 26.04.2010 Bezug genommen (Bl. 139 ff GA).

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiterverfolgt. Sie begehrt Abweisung der Klage sowie Verurteilung der Klägerin entsprechend ihres Widerklageantrags.

Die Beklagte ist zur Klage der Auffassung, ihr stünde gegenüber dem klägerischen Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinbehalts in Höhe von insgesamt 961,44 € ein Zurückbehaltungsrecht wegen Gewährleistungsansprüchen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben W zu. Die gegenseitigen Ansprüche seien konnex i.S.v. § 273 BGB. Es bestünde zwischen den Parteien eine ständige Geschäftsbeziehung, was mit der Benennung von fünf verschiedenen Bauvorhaben begründet wird, die im Einzelnen im Tatbestand des angegriffenen Urteils genannt sind. An diesen Bauvorhaben – einschließlich des Bauvorhabens W - sei die Klägerin für die Beklagte tätig geworden, was für die Begründung einer ständigen Geschäftsbeziehung ausreiche, zumal zwischen den jeweiligen Bauverträgen ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang bestanden habe.

Zudem sei widersprüchlich, wenn das Landgericht im Rahmen des Zurückbehaltungsrechts die Konnexität und damit eine ständige Geschäftsbeziehung prüfe und verneine, bei der Widerklage hingegen aber keinerlei Feststellung treffe und hier Konnexität annehme.

Zur Widerklage ist die Beklagte der Auffassung, das Landgericht habe diese zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, ein Freistellungsanspruch der Beklagten würde nicht bestehen. Es sei rechtsfehlerhaft, wenn das Landgericht der Auffassung sei, die Inanspruchnahme der Klägerin durch die Beklagte wegen des Mangels, der sich daraus ergebe, dass nach den Anforderungen der DIN 4102 Abluft- und Rauchgasleitungen nicht ohne eine entsprechende Zwischentrennung verlegt werden dürften, verstoße gegen Treu und Glauben. Es fehlten die Voraussetzungen eines Vertrauenstatbestands. Es sei nicht erkennbar, dass sich die Klägerin darauf eingestellt habe, nicht mehr von der Beklagten hinsichtlich dieses Mangels in Anspruch genommen zu werden. Jedenfalls mit der Streitverkündung sei ein etwaiger Vertrauenstatbestand wieder beseitigt worden. Auch aus dem Schreiben der Beklagten vom 26.10.2004 (Anlage K 9, Bl. 48 GA) könne nichts anderes folgen. Die Klägerin habe nicht darauf vertrauen dürfen, dass sich dieses Schreiben als abschließende Rechnung verstehe, da ihr als Fachkundige bekannt hätte sein müssen, dass eine nachträgliche Herstellung einer Trennung der Abluft- und Rauchgasleitung nicht mit einem derart geringen Kostenaufwand hergestellt werden könne. Der von der Rechnung der Klägerin einbehaltene Betrag von 784 € müsse als Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung betrachtet werden. Der eigentliche Kostenaufwand sei wesentlich höher, was die Klägerin auch habe erkennen können. Da dieser Betrag auch nach den Feststellungen des Sachverständigen Ca nicht ausreiche, stehe der Beklagten ein Anspruch auf Freistellung vom Schadensersatzanspruch des Bauherrn in Höhe von 5.150,06 € zu. An die Feststellungen des Sachverständigen Ca sei die Klägerin als Streitverkündete im Rechtsstreit des Bauherrn gegen die Beklagte gebunden.

Zudem sei das Werk der Klägerin von der Beklagten nicht abgenommen worden.

9

Die Beklagte beantragt,

1.

11

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Bonn vom 26.04.2010 – 13 O 38/10 – die
Klage insgesamt abzuweisen,

2. die Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte unter Aufhebung des Urteils
des Landgerichts Bonn vom 26.04.2010 – 13 O 38/10 – zu verurteilen, die Beklagte,
Widerklägerin und Berufungsklägerin von den Ansprüchen des Bauherrn K W, ... 19, 5333
C, in Höhe von 5.150,06 € resultierend aus der Nichteinhaltung der DIN 4102 durch die
Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte bei der Herstellung eines Sammelschachts
der aus einer doppelt beplankten Gipskartonkonstruktion besteht und vom Keller bis zum
Dachgeschoss reicht, am Bauvorhaben W, ... 19, 53332 C, freizustellen.

Die Klägerin beantragt,

14

die Berufung zurückzuweisen.

15

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil. Zur Klage behauptet sie mit Blick auf ein
Zurückbehaltungsrecht, es fehle an der Konnexität zwischen dem Anspruch auf Rückzahlung
der Sicherheitsleistung und vermeintlichen Gewährleistungsansprüchen. Soweit jetzt zur
Geschäftsverbindung vorgetragen werde, sei dieser Vortrag in der Berufung ausgeschlossen.
Im Übrigen reiche der Vortrag für eine ständige Geschäftsverbindung nicht aus.

16

Zur Widerklage ist die Klägerin der Auffassung, ein Freistellungsanspruch stehe der
Beklagten nicht zu, allenfalls ein Gewährleistungsanspruch, da weder BGB noch VOB/B
einen Freistellungsanspruch vorsähen. Die Beklagte habe der Klägerin dafür Kosten in Höhe
von 784 € in Rechnung gestellt und diesen Betrag beim Bauvorhaben W von der
Schlussrechnung der Klägerin abgezogen. Die Klägerin ist der Auffassung aufgrund der
nachfolgenden Schreiben habe die Beklagte von ihr nichts mehr wegen dieses Mangels zu
beanspruchen. Mit Schreiben vom 15.10.2004 teilte die Bekl der Kl mit, dass die Verkofferung
am Gastermeabzug nicht ordnungsgemäß ausgeführt wurde und von den eigenen Leuten
beseitigt werde, man behalte sich vor, die Kosten in Rechnung zu stellen (Anlage K 8, Bl. 47
GA). Mit Schreiben vom 26.10.2004 stellte die Klägerin der Beklagten für genau diesen
Mangel einen Betrag von 784 € in Rechnung (Anlage K 9, Bl. 48 GA).

17

Im Übrigen wiederholt sie, dass aufgrund der Schreiben und der Rechnung der Beklagten
die Klägerin davon ausgegangen sei und darauf habe vertrauen dürfen, dass der Mangel von der
Beklagten beseitigt wurde und es sich abschließend um die in der Rechnung genannten
Kosten zur Schadensbeseitigung handele.

18

Die Klägerin geht im Übrigen davon aus, dass der vermeintliche Mängelanspruch der
Beklagten durch Aufrechnung der in der Rechnung vom 26.10.2004 ausgewiesenen Kosten
mit dem Werklohnanspruch der Klägerin erloschen sei.

19

Im Übrigen meint die Klägerin, aufgrund ihrer Rechnung vom 22.7.2004 (Anlage K 12, Bl. 20
GA) sei eine Abnahme nicht verlangt worden und gem. § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B gelte das
Werk mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung als
abgenommen. Da die Beklagte die Rechnung spätestens am 24.07.2004 erhalten habe, sei
spätestens am 08.08.2004 die Abnahme erfolgt.

20

II.

21

Die gem. §§ 511 ff ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Die Klage ist begründet, die Widerklage hingegen unbegründet. Das Urteil des Landgerichts war im Ergebnis zu bestätigen.

1. Zur Klage

23

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Auszahlung des Sicherheitseinbehalts in Höhe von insgesamt 961,44 € aus § 631 BGB. Die Forderungshöhe ergibt sich unstreitig aus der Aufstellung in der Klageschrift (Bl. 4 der Klageschrift, Bl. 4 GA). Die von der Klägerin gestellte Gewährleistungsbürgschaft ist wirksam. Sie entspricht den vertraglichen Vereinbarungen. Zurückbehaltungsrechte der Beklagten bestehen nicht.

24

Vereinbart wurde ausweislich Ziff. 3.3 des im Bauvorhaben L geschlossenen Bauvertrags der unstreitig insoweit auch in den anderen Bauverträgen mit dieser Regelung Geltung hat, dass als Sicherheitsleistung 5 % der Brutto-Abrechnungssumme unbefristet während der Gewährleistungszeit als Bürgschaft zu leisten sind. Nicht verwertete Sicherheiten sind spätestens zurückzugeben nach Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist für Mängelansprüche. Zur Sicherheitsleistung wurde zudem § 17 VOB/B vereinbart.

25

Maßgeblich ist die Fassung der VOB/B 2002, die zu dem Zeitpunkt, zu dem die Verträge geschlossen wurden, galt. Vom Bauvertrag L ist bekannt, dass er aus dem Jahre 2005 datiert, bis auf das Bauvorhaben Elsner, dass im November 2004 abgerechnet wurde, sind auch die anderen Bauvorhaben im Jahre 2005 abgerechnet worden, so dass die genannte alte Fassung der VOB/B maßgeblich ist.

26

Damit ist nach § 17 Nr. 4 VOB/B (2002) die Bürgschaftserklärung schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben (§ 771 BGB), sie darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt sein und muss nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein. Der Auftraggeber kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet (im Einzelnen dazu Ingenstau/Korbion, VOB/B, 15. Aufl., 2004, zu § 17 Nr. 4 VOB/B).

27

Die Bürgschaftserklärung der Klägerin (Anlage K 1, Bl. 8 GA) erfüllt diese Anforderungen. Die Bürgschaft ist hinreichend konkret schriftlich bezeichnet. Wenn auch die Bürgschaftsurkunde nicht alle Bauvorhaben nennt (Klein fehlt), so ist die Bürgschaft in Zusammenhang mit dem Schreiben vom 19.4.2007 der Klägerin an die Beklagte (Anlage K 1, Bl. 7 GA) auszulegen. Dort sind alle Bauvorhaben genannt und die zu sichernde Forderung berechnet. Damit wird der Konkretisierung der Forderung und der erforderlichen Schriftform nach § 17 Nr. 4 VOB/B (2002) hinreichend Rechnung getragen (dazu Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 17 Nr. 4 VOB/B, Rn 20, 24).

28

Auch der Umstand, dass die Bürgschaft erst in Kraft tritt, wenn der Sicherheitseinbehalt beim Auftragnehmer eingegangen ist, steht der Wirksamkeit der Bürgschaft nicht entgegenstehen. Die Begründung des Landgerichts ist zutreffend. Es wird insoweit auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen. In der Berufung streiten die Parteien über die Wirksamkeit der Bürgschaft insoweit auch nicht mehr.

29

Soweit die Beklagte erstinstanzlich der Auffassung war, es sei eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vereinbart, trifft dies nicht zu. Eine solche Vereinbarung wurde nicht getroffen. Die vorgelegten Bauverträge enthalten das nicht. Unstreitig entsprechen die anderen Verträge dem vorgelegten Formular. Da die Schriftform zwingend ist (siehe Bauvertrag L, Anlage K 11, Bl. 116 GA, und Bauvertrag W, Anlage K 13, Bl. 120 GA, jeweils Ziff. 2 und 6) kommt auch

30

eine mündliche Absprache nicht in Betracht.

Der Beklagten stehen Zurückbehaltungsrechte gem. § 273 Abs. 1 BGB wegen 31
Gewährleistungsrechten aus dem Bauvorhaben nicht zu. Soweit die Klägerin meint, dem
Zurückbehaltungsrecht stünde bereits § 33 ZPO entgegen, führt dieses Argument allerdings
nicht zum Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechts. Zwar ist zutreffend, dass der Begriff des
Zusammenhangs gem. § 33 ZPO in Anlehnung an § 273 Abs. 1 BGB bestimmt wird und im
Ergebnis eine einheitliche Betrachtung geboten sein dürfte. Wird aber das Fehlen des
Zusammenhangs bei der Widerklage nicht gerügt, so gilt der Mangel nach § 295 ZPO oder
nach § 39 ZPO (so Zöller/Vollkommer, 28. Aufl., 2010, § 33, Rn 2) als geheilt.

Das Zurückbehaltungsrecht scheitert aber daran, dass die Voraussetzungen des § 273 Abs. 1 BGB selbst nicht vorliegen. Die gegenseitigen Ansprüche sind nicht konnex. Grundsätzlich müssen für die erforderliche Konnexität nach § 273 Abs. 1 BGB sich die gegenseitigen Ansprüche aus einem einheitlichen Lebensverhältnis ergeben und zwar so, dass es als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint, wenn ein Anspruch ohne Rücksicht auf einen sich aus diesem Lebensverhältnis ergebenden Gegenanspruch geltend gemacht wird (BGH NJW 1997, 2944, 2945). Bei Ansprüchen aus einem Bauvorhaben müssen die Ansprüche aus demselben Bauvorhaben entstanden sein, es sei denn es besteht zwischen den Parteien eine ständige Geschäftsbeziehung (Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., 2010, § 273 Rn 10, 11). Ansprüche aus einer dauernden Geschäftsbeziehung sind anzunehmen, wenn die verschiedenen Verträge wegen ihres zeitlichen oder sachlichen Zusammenhangs als eine natürliche Einheit erscheinen (Unberath, Beck'scher Online Kommentar, 2009, § 273, Rn 19).

Der Sachverhalt, aufgrund dessen zu prüfen ist, ob eine ständige Geschäftsbeziehung 33
zwischen den Parteien vorliegt, ist zwar nicht neu und damit nicht gem. §§ 529, 531 ZPO ausgeschlossen. Die Beklagte stellt zur Begründung ihres Zurückbehaltungsrechts allein auf die bereits in erster Instanz vorgelegten Bauverträge bzw. Bauvorhaben ab. In 2004 und 2005 wurde die Klägerin danach für die Beklagte an verschiedenen Bauvorhaben tätig. Insgesamt sind – einschließlich des vorliegenden - 5 Bauvorhaben von der Beklagten unstreitig benannt worden. Aus dem danach berücksichtigungsfähigem Sachverhalt ergibt sich indessen keine zwischen den Parteien bestehende ständige Geschäftsbeziehung.

Während nach früherer Rechtsprechung (OLG Düsseldorf NJW 1978, 703) 5 Verträge in 34
Jahren ausreichen, um eine ständige Geschäftsbeziehung zu begründen, reicht das nach Auffassung des Senats hier nicht aus. Konnexität kann zwar in Betracht kommen, wenn es sich um Ansprüche aus einer ständigen Geschäftsbeziehung handelt, sofern die verschiedenen Verträge wegen ihres zeitlichen oder sachlichen Zusammenhangs als eine natürliche Einheit erscheinen. Bei Verträgen über verschiedene Bauvorhaben muss sich jedoch nicht bereits bei Bestehen einer ständigen Geschäftsbeziehung im handelsrechtlichen Sinne eine für § 273 BGB ausreichende Konnexität ergeben. Auch insoweit sind die beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben maßgeblich.

Hier fehlen schon die für eine ständige Geschäftsbeziehung im handelsrechtlichen Sinne 35
erforderlichen Umstände. Die mehrmalige Erteilung gleichartiger Aufträge reicht für eine laufende Geschäftsbeziehung nicht aus. Eine solche wird erst begründet, wenn ein Vertrag als Fortsetzung früherer Vertragsabschlüsse anzusehen ist (dazu OLG Düsseldorf BauR 2006, 120= BeckRS 2005, 12212 m.w.N.; ähnlich OLG München BauR 2009, 259). Daran fehlt es hier. Über den behaupteten Auftragsumfang hinaus sind die Einzelverträge verknüpfende Gesichtspunkte nicht erkennbar. Es ist bereits nicht vorgetragen, dass die Parteien auch nur mündlich sich über eine enge und dauerhafte Zusammenarbeit einig

gewesen sind. Insbesondere fehlen aber jegliche Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien aus einem solchen Willen zur Einheitlichkeit irgendeine praktische Folgerung gezogen hätten. Zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung als Grundlage für zukünftige Aufträge ist es nicht gekommen. Auch ein Kontokorrentverhältnis hat zwischen den Parteien nicht bestanden; die verschiedenen Bauvorhaben sind offenbar getrennt voneinander angeboten, beauftragt und abgerechnet worden (vgl. dazu auch OLG Düsseldorf BauR 2006,120= BeckRS 2005, 12212 m.w.N.). Der Umstand, dass Gewährleistungsbürgschaften für verschiedene Bauvorhaben in einer Bürgschaftserklärung gemeinsam erwähnt werden, reicht allein nicht aus, weil dadurch keine inhaltliche Verknüpfung der Verträge erfolgt.

36

Soweit die Klägerin meint, hier greife 641 Abs. 3 BGB ein, so erfasst dieses Leistungsverweigerungsrecht nur die Ansprüche aus dem konkreten Werkvertrag und kommt als Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Auszahlungsanspruch des Sicherheitseinhalts hier nicht in Betracht.

37

Die Klägerin kann auch Mahnkosten in Höhe von 10 € und außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 130,50 € beanspruchen. Zur Begründung wird auf die zutreffende Begründung im Urteil des Landgerichts vom 26.04.2010 Bezug genommen.

38

2. Zur Widerklage

39

Die Widerklage der Beklagten ist unbegründet. Ein Freistellungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin wegen Gewährleistungsansprüchen aus dem Bauvorhaben W in Höhe von 5.150,06 € besteht nicht.

Ein Schadensersatzanspruch könnte sich zwar grundsätzlich aus § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B (2002) ergeben. Es wurde beim Bauvorhaben W ein Bauvertrag nach VOB/B (2002) geschlossen (Anlage K 13, Bl. 120 GA). In den AGB des Bauvertrags (textgleiches Exemplar L) wird in Ziff. 13 die Anwendbarkeit von § 13 VOB/B (2002) bestimmt. Die Arbeit der Klägerin war mangelhaft. Zutreffend weist das Landgericht auf die Feststellungen des Sachverständigen Ca im Verfahren 17 C 54/05 = 13 C 330/07 AG Bonn hin. Die Klägerin ist an diese Feststellungen des Sachverständigen gebunden, nachdem ihr in diesem Verfahren der Streit verkündet worden ist.

Die Beklagte kann auch grundsätzlich Freistellung nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B (2002) i.V.m. § 257 BGB verlangen (dazu OLG Celle NZBau 2007, 175). Der Senat ist – insoweit abweichend vom Landgericht – indessen der Auffassung, dass die Klägerin der Beklagten im Rahmen dieses Freistellungsanspruchs nicht entgegen halten kann, die Beklagte sei gem. § 242 BGB mit diesem ausgeschlossen, weil sie den Mangel auf eigene Kosten selbst beseitigt habe und bereits eine abschließende Rechnung gegenüber der Klägerin erstellt habe. Der Anspruch scheitert vielmehr daran, dass die Voraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B (2002) nicht dargetan sind.

Im Grundsatz steht der Beklagten ein Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B (2002) zu, der sich nach den Kosten berechnet, die für eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung erforderlich sind. Dies gilt unabhängig davon, ob und in welchem Umfang er den Mangel tatsächlich beseitigen lässt (BGH ZfBR 2007, 677, 678). Der im Vertragsverhältnis der jeweiligen Bauvertragspartner verursachte Mangel ist bereits der Schaden. Auch wenn etwa die Beklagte den Mangel tatsächlich selbst erfolgreich beseitigt hätte und dies zu einem geringeren Preis möglich gewesen wäre, etwa weil Eigenleistungen

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

erbracht wurden, könnte sie die objektiv erforderlichen Kosten als Schaden verlangen auf der Basis des Gutachtens (vgl. Weyer, NZBau 2007, 695).

Soweit die Beklagte den Mangel selbst oder in eigenem Auftrag beseitigt haben will, hat ~~das~~ jedenfalls nicht zur Mangelbeseitigung geführt. Das Gutachten des Sachverständigen Ca vom 17.12.2009 hat festgestellt, dass noch weiterhin Mängel vorliegen. Der konkrete Umfang der Mängel ist im Verfahren 13 C 330/07 AG Bonn durch das Gutachten des Sachverständigen Ca festgestellt worden. Im Ergänzungsgutachten vom 17.12.2009 (Anlage B 2, Bl. 80 ff GA) wird der Kostenaufwand ermittelt auf 6.113,80 € netto bzw. 7.275,42 € brutto. Dass aufgrund des Versuchs der Mangelbeseitigung durch die Beklagte ein größerer Schaden entstanden ist oder in irgendeiner Weise die Beklagte den jetzt festgestellten Schaden zu verantworten hat, ist weder erkennbar noch wird das konkret von der Klägerin behauptet. Sie deutet nur an, für den jetzigen Schaden sei die Beklagte selbst verantwortlich, weil sie selbst den Mangel versucht habe zu beseitigen. Das reicht aber für eine (Mit)verantwortung der Beklagten nicht aus.

Aus der Übersendung der Rechnung vom 26.10.2004 über 784 € an die Klägerin folgt nicht ~~45~~, dass die Beklagte keinen (weiteren) Schadensersatzanspruch geltend machen wird. Mit der Rechnung über 784 € macht die Klägerin einen Schadensersatzanspruch gem. § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B (2002) geltend. Es ist ihr darüber hinaus möglich, einen weiteren Schadensersatzanspruch geltend zu machen, was im Übrigen auch möglich gewesen wäre, wenn sie zunächst nicht einen Schadensersatz- sondern Vorschussanspruch, der seine gesetzliche Grundlage auch in § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2002) i.V.m § 242 BGB findet, geltend gemacht hätte. In beiden Fällen (Kostenerstattung und Vorschuss) kann neben diesen Ansprüchen weiterhin ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden. Allein aus dem Umstand, dass der Auftragnehmer auf einen Kostenerstattungsanspruch gezahlt hat, folgt nicht, dass damit jeglicher Schadensersatzanspruch des Auftraggebers ausgeschlossen ist. Die Ansprüche stehen nebeneinander und sind teilweise auf unterschiedliche Anspruchsbegehren gerichtet. Es ist daher grundsätzlich möglich, dass ein weiterer Schaden nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B (2002) geltend gemacht wird (vgl. auch BGH NZBau 2010, 233).

Allein aus der Inrechnungstellung eines Kostenerstattungs- oder Vorschussanspruchs ~~46~~ erwächst keine Bindungswirkung, aus der sich ein Vertrauen i.S.v. § 242 BGB ergeben könnte, auf Schadensersatz nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, weil das der Gesetzessystematik der Gewährleistungsansprüche widerspricht. Etwas anderes würde nach § 242 BGB nur dann gelten, wenn die Beklagte bei der Klägerin ein berechtigtes Vertrauen begründet hätte, eine weitergehenden oder parallelen Schadensersatz nicht mehr geltend zu machen (vgl. dazu Palandt/Grüneberg, 69. Aufl., § 242, Rn 56). Wenn die Beklagte zugesagt hätte, dass ein solcher Schadensersatzanspruch nicht geltend gemacht wird und die Klägerin den begründeten Eindruck haben durfte, wegen des Mangels überhaupt nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, dann könnte ein Vertrauensstatbestand bestehen. Das Schreiben vom 26.10.2004 begründet ein solches Vertrauen aber nicht. Die Rechnung schließt schon in keiner Weise inhaltlich aus, dass der Umfang des Schadens größer ist und noch ein weiterer Mangelbeseitigungsanspruch entsteht. Darüber hinaus kann auch nicht festgestellt werden, dass die Beklagte an die erstellte Rechnung gebunden wäre. Eine grundsätzliche Bindungswirkung an die Schlussrechnung wie etwa beim Architekten gibt es hier nicht. Im Übrigen sind auch dort Nachforderungen zulässig (dazu Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 242, Rn 56a). Hier geht es um eine Rechnung über Kosten der Mängelbeseitigung, der soweit damit nicht ausdrücklich vom Rechnungssteller selbst der Eindruck erweckt wird, sie sei bindend und abschließend, keine Bindungswirkung zukommt. Es ist schließlich auch

nicht zu erkennen, dass die Klägerin aufgrund eines vermeintlichen Vertrauens Dispositionen getroffen hat, die nun der Geltendmachung eines weitergehenden Schadensersatzanspruchs entgegenstehen könnten. Hierzu fehlt jeglicher Vortrag.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung kommt ein Berufen auf § 242 BGB nicht in Betracht. Es ist nicht erkennbar, dass die Beklagte einen Schadensersatzanspruch über längere Zeit nicht geltend gemacht hat und sich die Klägerin darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten der Beklagten darauf einrichten durfte, dass diese das Recht nicht mehr geltend machen werde. (ausführlich Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 242, Rn 87). Die Mitteilung des Mangels und die Aufforderung zur Zahlung erfolgten im Oktober 2004. Im Prozess der Klägerin gegen den Bauherrn W hat dieser mit der Klageerwiderung vom 04.10.2005 (Bl. 68 d.A. AG Bonn 13 C 330/07) darauf hingewiesen, dass die Trennung der Versorgungsleitung von dem Abgasschacht der Heizung erforderlich sein wird und Kosten von mindestens 1.500 € entstehen. Hier liegt kein Zeitablauf vor, der bei der Klägerin den Eindruck erwecken konnte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.

Wenn damit auch grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch hätte in Betracht kommen können, so fehlt es im Ergebnis aber an den konkreten Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B (2002). Es fehlt insbesondere an einer erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung (Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 13 Nr. 7, Rn 31). Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte die Klägerin dazu aufgefordert hat, nach Feststellung des Mangels, diesen zu beseitigen. Der Beklagten ist nach Hinweis des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2010 Gelegenheit gegeben worden, hierzu ergänzend vorzutragen. Auch danach kann eine Fristsetzung nicht festgestellt werden, sie ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem Verfahren der Beklagten gegen den Bauherrn W (AG Bonn 13 C 330/07). Die Beklagte ist vielmehr mit Schriftsatz vom 09.11.2010 der Auffassung, eine Fristsetzung sei entbehrlich gewesen, weil der Auftragnehmer die Erfüllung seiner Nachbesserungspflicht bereits ernsthaft und endgültig abgelehnt habe. Eine solche Ablehnung der Nachbesserung sei den anwaltlichen Schreiben vom 20.02.2009 und 03.07.2009 (Anlage BK 1 und BK 2) zu entnehmen. Mit diesen Schreiben werde eine Mangelverantwortung der Klägerin zurückgewiesen. Das reicht indessen für die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung mit Gelegenheit zur Nachbesserung nicht aus. Diese Schreiben sind nach Erstellung des Gutachtens Ca im Rechtsstreit AG Bonn 13 C 330/07 verfasst worden und nehmen insoweit Bezug. Andere Umstände, die einen Verzicht auf eine Fristsetzung rechtfertigen, sind nicht erkennbar und von der Beklagten nicht vorgetragen. Das Schreiben der Beklagten vom 15.10.2004, mit dem der Mangel gegenüber der Klägerin angezeigt wird, sieht gerade nicht vor, dass der Klägerin Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden soll. Das vor diesem Zeitpunkt oder auch danach – etwa bis zur Rechnung der Beklagten vom 26.10.2004 - die Klägerin deutlich gemacht hat, sie bestreite ihr Mangelverantwortlichkeit oder lehne die Beseitigung des Mangels generell ab, ist in keiner Weise erkennbar.

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hinsichtlich der Kosten auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Revisionsgerichts auch nicht aus Gründen der Rechtsvereinheitlichung erforderlich ist.

Der Wert für das Berufungsverfahren wird auf 6.111,50 € (Klage 961,44 € und Widerklage 5.150,06 €) festgesetzt:

