
Datum: 22.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 89/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1222.3U89.15.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 12 O 295/06

Tenor:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das am 12.05.2015 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Aachen – 12 O 295/05 – wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
3. Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen für kündigungsbedingt nicht mehr erbrachte Leistungen in Anspruch.

Die Klägerin ist ein Fensterbauunternehmen mit Sitz in A. Die Beklagte beabsichtigte im Jahre 1997 die Sanierung der B Realschule in C, einem vor ca. 50 Jahren errichteten Schulgebäude. Dies sollte in 3 Teilabschnitten geschehen. Die betreffenden Arbeiten wurden von der Beklagten im Rahmen des ersten Bauabschnittes öffentlich ausgeschrieben, wobei

1

2

3

4

das Wärmedämmverbundsystem teilweise schon erbracht war. Die Ausschreibung umfasste dabei unter anderem den Einbau eines neuen Fenstersystems sowie Fassadenarbeiten. Auf der Basis eines in diesem Rahmen eingereichten Angebotes vom 03.12.1997 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 09.02.1998 mit der „Lieferung und Montage von Holz-Alu-Fenster- und Fassadenelementen, Los I, Klassentrakt“. Das auf die VOB/B Bezug nehmende Auftragsschreiben der Beklagten legte als Beginn der Arbeiten den 20.04.1998 und als Fertigstellungstermin den 30.09.1998 fest; die Arbeiten des zweiten Teilabschnitts waren danach in der Zeit vom 02.06.1998 bis zum 30.06.1998 zu erbringen. Ferner wurde bestimmt, dass das Fenstersystem „D Serie 5000 mit mechanischer Eckverbindung“ verbaut werden sollte. Das Angebot sah insoweit bei Verwendung einer mechanischen Eckverbindung einen Nachlass von 4 % vor. Im Übrigen war Gegenstand der Beauftragung u.a. das Leistungsverzeichnis der Beklagten nebst den Detailangaben der Anlagen A bis L zur konstruktiven Ausführung der Arbeiten, wobei das sog. Detail A insbesondere den Anschluss der Fenster an den Außenputz und das Detail K die Ausführung der Unterkonstruktionen für die einzubauenden Außenfensterbänke betraf. Wegen der Einzelheiten zu Gegenstand und Umfang des Auftrages wird auf die Ausschreibung der Beklagten vom 03.11.1997 (Anlage K 1 = Bl. 5 ff d.A.), das Angebot der Klägerin vom 03.12.1997 (Anlage K 2 = Bl. 25 ff d.A.) sowie das Auftragsschreiben vom 09.02.1998 (Anlage K 3 = Bl. 28 ff d.A.), wegen der Detailplanungen „A“ und „K“ darüber hinaus auf die zu den Akten gereichten Skizzen (Bl. 35 und 44 des Anlagenheftes) Bezug genommen.

Nach Erteilung des Auftrages auf Grundlage des Hauptangebotes kam es zwischen den Parteien zu einer Vereinbarung, wonach nicht mehr das System „D 5000“ (flächenbündig), sondern das System „D 2100“ (flächenversetzt) geliefert und eingebaut werden sollte. Für den Fall eines solchen Systemwechsels war im Vertrag ein weiterer Nachlass von 3 % vorgesehen.

5

Die Klägerin nahm in der Folgezeit die Arbeiten auf und forderte von der Beklagten mit der ersten Abschlagsrechnung vom 05.06.1998 eine Akontozahlung von 110.000,00 DM für die bislang erbrachten Leistungen. Die Beklagte zahlte nach Prüfung der Abschlagsrechnung, die rein rechnerisch mit ca. 69.000,00 DM endete, einen Betrag in Höhe von 62.000,00 DM. Während der Ausführung der Arbeiten kam es - insbesondere hinsichtlich der Detailangaben A und K - zu Differenzen und umfangreicher Korrespondenz zwischen der Klägerin und der Bauleitung der Beklagten. Der Bauleiter der Beklagten richtete am 01.07.1998 ein Fax-Schreiben unter Bezugnahme auf vorangegangene Schreiben sowie ein Telefonat vom selbigen Tag an die Klägerin, in dem er ausführte, *„wie (...) anl. des gemeinsamen Ortstermins (...) besprochen, sollten die Fensterbänke umgehend gel. u. mont. werden.“* Er wies ferner darauf hin, dass für die Putzanschlüsse nahezu alle Aluminiumanschlusswinkel fehlen würden. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 02.07.1998, das unter anderem folgende Passage enthält: *„(...) aufgrund unserem Fax-Schreiben vom 16.06.1998 wurden am 20.06.1998 auf der Baustelle besprochen: 1. Festlegung der Fensterbänke (Ausführung Detail K) Fensterbankabwicklung gemäß Ihren Vorgaben. 2. Anschluss Putz-Blechfassade (Detail A) Hierzu wurde festgelegt, dass die Putzerfirma auf den Blendrahmen ein Putzabschluss bildet, die Blechfassade wird dann zwischen den Putzleitungen montiert. (...)“*. Mit dem folgenden Fax-Schreiben vom 06.07.1998 monierte die Bauleitung der Beklagten gegenüber der Klägerin unter anderem weitere Verzögerungen, insbesondere wären weiterhin die Anschlusswinkel in großem Umfang nicht eingebaut, bei den vorhandenen fehlten hingegen die Keder (Gummilippendichtungen). In einem weiteren Schreiben vom gleichen Tage wurde ferner auf die abgesprochenen Termine hingewiesen. Die Klägerin antwortete darauf mit Schreiben vom 09.07.1998, dass die Ausführungen zu den Fensterbankbreiten unverständlich seien und das Risiko einer Produktion der Fensterbänke

6

sowie der übrigen Aluminiumteile nach den ungeklärten Details der Beklagten durch die Klägerin nicht übernommen würde. Die Bauleitung der Beklagten forderte die Klägerin sodann mit Schreiben vom 13.07.1998 auf, die Anschlusswinkel und Fensterbänke einzubauen, da die Putzarbeiten davon abhängig seien. Auch in den Fax-Schreiben vom 15.07., 17.07. und 20.07.1998 wies sie darauf hin, dass die Putzanschlussrahmen und Anschlusswinkel so bleiben müssten wie ausgeschrieben und im Detail angegeben. Die Klägerin erwiderte mit Schreiben vom 16.07.1998, dass sie sich mit ihren Arbeiten nicht in Verzug befinde, da noch Details zu den Anschlusspunkten fehlten, eine Lösung dieses Problems könne aus Haftungsgründen nicht von ihr erbracht werden. Unter dem 23.07.1998 erläuterte die Beklagte der Klägerin unter Hinweis auf die am 17.07.1998 übersandten Detailangaben, dass die inzwischen für die Fensterbänke eingebauten Unterkonstruktionen demontiert werden müssten. Dem widersprach die Klägerin am 24.07.1998 mit der Begründung, dass die von ihr gewählte Konstruktion Kältebrücken vermeide. Am gleichen Tage noch erklärte daraufhin die Beklagte: „... Mit Schreiben (Fax) vom 23.06.1998 habe ich ihnen mitgeteilt, aus welchen Gründen die von ihnen angebrachten Fensterbankunterkonstruktionen so nicht abgenommen werden können. ... Die Außenputzarbeiten sind heute ... wegen fehlender Fensterbänke und Anschlusswinkel eingestellt worden. Die Fensterbänke sind seit 5 Wochen in Produktion. Mit Schreiben vom 16.07.1998 lehnen sie endgültig (auch nach nochmaliger fernmündliche Rückfrage bei Herrn E vom 21.07.1998) die Montage der Alu-Anschlusswinkel gemäß Ausschreibung (Detail A) ab. Gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B ordne ich hiermit an, die Abschlusswinkel an den Rahmen zu den Putzanschlüssen sowie die Fensterbänke zu montieren. Von diesen Bauteilen ist die Fortführung der Außenputzarbeiten abhängig und somit auch die Fertigstellung als Voraussetzung, den ordnungsgemäßen, wenn auch eingeschränkten Schulbetrieb nach den Ferien wieder aufnehmen zu können. (...) Zur Befolgung meiner Anordnung gebe ich ihnen eine Frist für die Anbringung der Winkel sowie die Montage der Fensterbänke im 1. Teilabschnitt von max. 8 Werktagen nach Zustellung, für die fehlenden Arbeiten der Alu-Fassadenverkleidungselemente eine Frist bis zum 17.08.1998. Falls sie auch diesen Fristen nicht nachkommen sollten, werde ich ihnen den Restauftrag nach § 8 VOB/B entziehen. (...)“.

Mit Schreiben vom 27.07. und 29.07.1998 blieb die Klägerin bei ihrer Auffassung, dass sie die gewünschte Fensterbankunterkonstruktion für ungeeignet halte und verwies hinsichtlich der Putzanschlusswinkel auf ihre bisherigen Schreiben. Die Bauleitung der Beklagten bat in einem Fax-Schreiben vom 29.07.1998 darum, die Fensterbankunterkonstruktion mit „Bügel und Haften“ auszubilden. Am 30.07.1998 stellte die Klägerin eine zweite Abschlagsrechnung in Höhe von 40.000,00 DM, worauf eine Zahlung nicht erfolgte. Nach weiterer Korrespondenz zu den strittigen Themen vom 04. und 05.08.1998 forderte die Beklagte die Klägerin unter dem 10.08.1998 im Hinblick auf eine von dieser signalisierte Gesprächsbereitschaft auf, sich bis zum 12.08.1998 verbindlich dazu zu erklären, ob sie zur Weiterarbeit bereit sei. Hierauf entgegnete die Klägerin am folgenden Tag, dass sie zur Ausführung der Unterkonstruktionen für die Fensterbänke entsprechend der „neuen Planung“ bereit sei und ergänzte: „Wir erwarten hierzu ihre genauen Anweisungen sowie Nachbeauftragung. Auf die Kosten weisen wir hin.“ Im Übrigen wurden noch einmal die fehlenden Details zu den Putzanschlusswinkeln angesprochen sowie die Bedenken hinsichtlich der Fensterbankunterkonstruktion wiederholt. Daraufhin erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 13.08.1998 die Kündigung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages. Wegen des genauen Wortlautes dieses Schreibens wird auf die Anlage K 7 (Bl. 36 f d.A.) Bezug genommen.

Am 21.09.1998 stellte die Klägerin der Beklagten wegen der von ihr bis zur Kündigung erbrachten Leistungen einen Betrag von brutto 276.980,93 DM abzüglich bereits gezahlter

62.000,00 DM in Rechnung. Die Beklagte holte in der Folgezeit von der Firma F Ingenieure GmbH (im Weiteren Fa. F) ein Gutachten zur Bestandsaufnahme und Beweissicherung ein, um den Stand der von der Klägerin erbrachten Arbeiten und etwaige Mängel zu dokumentieren. Dieses wurde am 12.10.1998 erstellt und unter dem 15.12.1998 durch eine Bewertung der von der Klägerin erbrachten Arbeiten ergänzt; die Klägerin war zu dem vorangegangenen Ortstermin nicht geladen worden. Wegen des Inhalts der genannten Gutachten wird auf die Durchschriften (Bl. 65 bis 169 d. A.) ergänzend Bezug genommen. Nach Abschluss der Begutachtung beauftragte die Beklagte u.a. die Firma G Fenster- und Fassadenbau GmbH (im Weiteren: Fa. G) mit der ersatzweisen Durchführung der Arbeiten. Am 14.09.2004 schließlich übersandte die Klägerin an die Beklagte eine Schlussrechnung in Höhe von 208.387,85 € (Bl. 612 ff d.A.), auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird.

Die Klägerin hat die Meinung vertreten, die Beklagte habe den Vertrag zu Unrecht gekündigt, weil sie sich weder mit der Ausführung der Arbeiten in Verzug befunden noch in irgendeinem Bereich mangelhaft gearbeitet habe. 9

Die Putzanschlusswinkel seien überall dort montiert worden, wo dies möglich gewesen sei. Im Übrigen sei sie aber an der Weiterarbeit gehindert gewesen, weil seitens der Beklagten notwendige Detailangaben gefehlt hätten, worauf fortlaufend hingewiesen worden sei. Soweit Putzanschlusswinkel eingebaut worden seien, wiesen diese auch keine Mängel auf. Denn nach der im Anschluss an die Auftragserteilung vorgenommenen Veränderung der Fenstersysteme sei der Einbau von Gummidichtungen in diesem Bereich nicht mehr erforderlich gewesen und dementsprechend auch durch die Nachfolgefirma G nicht eingebracht worden. Ungeachtet dessen hätte aber auch nachträglich noch ohne weiteres eine Eindichtung erfolgen können. 10

Die von ihr gewählte Unterkonstruktion für die eingebauten Fensterbänke entspräche, so hat die Klägerin weiter behauptet, ebenfalls den allgemeinen Regeln der Technik und hätte auch nicht zu Brandschutzproblemen geführt. Denn das von der Beklagten vorgegebene Detail K sei fehlerhaft gewesen, da eine Ausführung entsprechend diesem Detail zu Kälte/Wärmebrücken geführt hätte. Die Änderungsanordnung der Beklagten vom 23.07.1998 habe sich denn auch auf die Entfernung der Holzkonstruktion allein aus brandschutztechnischen Gründen bezogen. Diese Anordnung habe aber keine Wirkung mehr entfalten können, da die Beklagte in ihrem nachfolgenden Schreiben vom 29.07.1998 eine Änderung der eigenen Planung durch Ausführung mit „Bügeln und Haften“ verlangt habe. Zu einer solchen Änderung sei sie, die Klägerin, auch durchaus bereit gewesen, wie sie noch am 11.08.1998 der Beklagten mitgeteilt habe. Das Nachfolgeunternehmen G habe dann eine Veränderung der Unterkonstruktion tatsächlich auch gar nicht vorgenommen. 11

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass die Beklagte zudem Mängel nicht ausreichend gerügt und keine Fristen zu deren Beseitigung gesetzt habe. Auch seien ihr Einwendungen gegen die später erhobenen Mängelrügen durch die unterbliebene Einladung zu dem von der Fa. F durchgeführten Ortstermin abgeschnitten worden. Wegen der von der Fa. G nicht erbrachten Mängelbeseitigungsarbeiten sei deren Abrechnung, die wegen nicht nachvollziehbarer Mengenangaben auch gar nicht geprüft werden könne, um 118.000,00 DM überhöht. 12

Ihr, der Klägerin, sei ferner ein Zinsschaden in Höhe von 100.872,48 € bezogen auf die Höhe der Hauptforderung entstanden, den sie mit dem Klageantrag zu 2) weiter verfolge, da sie ständig einen Überziehungskredit in mindestens dieser Höhe in Anspruch genommen habe. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf S. 2 – 5 des Schriftsatzes vom 05.03.2015 (Bl. 1468 – 1471 d.A.) Bezug genommen. 13

Wegen einer möglichen Inanspruchnahme gem. § 233a AO müsse die Beklagte ihr überdies evtl. vom Finanzamt festgesetzte Zinsbeträge auf die Mehrwertsteuer ersetzen und schließlich auch das dem Sachverständigen zur Verfügung gestellte Bautagebuch für den Zeitraum bis zum 03.08.1998 vorlegen. 14

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 15

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 207.961,53 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 4 % aus 191.756,47 DM (= 98.043,53 €) vom 31.12.2004 bis zum 31.12.2005 und Zinsen seit dem 01.01.2006 aus 207.961,53 € in Höhe von 8 % Punkten über dem Basiszinssatz; 16

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 100.872,48 € zu zahlen nebst Zinsen seit dem 01.01.2006 in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz; 17

3. festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin vom Finanzamt festgestellte Zinsbeträge gemäß § 233a AO auf die Mehrwertsteuerbeträge auf die gemäß vorstehender Ziffer 1 ausgewiesene Hauptforderung zu ersetzen hat; 18

4. der Beklagten aufzugeben, das Bautagebuch für den Zeitraum bis zum 03.08.1998 (Bl. 1-69) vorzulegen. 19

Die Beklagte hat beantragt, 20

die Klage abzuweisen. 21

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Klägerin stünden keine Ansprüche auf Zahlung aus dem Werkvertrag mehr zu; insbesondere sei die von ihr am 13.08.1998 ausgesprochene Kündigung rechtmäßig erfolgt. Hierzu hat sie behauptet, die Arbeiten der Klägerin hätten erhebliche Mängel aufgewiesen. Die Arbeiten seien zum Teil technisch mangelhaft gewesen, zum Teil sei die Klägerin von den Vorgaben der Ausschreibung ohne Erlaubnis abgewichen und habe daher die geschuldete Leistung nicht erbracht. Insoweit bezieht sie sich auf die Feststellungen des Privatgutachtens der Fa. F vom 12.10.1998. Insbesondere seien durch die Klägerin die Vorgaben der Details A und K betreffend den Einbau der Putzanschlusswinkel sowie der Fensterbankunterkonstruktionen nicht eingehalten worden. Soweit die Winkel eingebaut worden seien, hätten hier aber durchweg die erforderlichen Keder gefehlt. In großem Umfang seien die Putzanschlusswinkel von der Klägerin aber trotz der immer wieder betonten Bedeutung für die Ausführung des Außenputzes gar nicht ausgeführt worden. Der Klägerin sei aufgrund der wiederholten Hinweise auch bewusst gewesen, welch hoher Zeitdruck durch den seinerzeit kurz bevorstehenden Beginn des Schulbetriebes bestanden habe. Dennoch habe sie die Arbeiten bis zur Kündigung nicht ausgeführt, weshalb das mit dem Außenputz beauftragte Unternehmen seine Arbeiten zwischenzeitlich habe einstellen müssen. Der Ausführung der Arbeiten habe auch keine Änderungsanordnung entgegen gestanden, denn eine solche Änderung der Detailpläne A und K habe es gar nicht gegeben. Die im Schreiben vom 29.07.1998 genannte Ausführungsweise für die Fensterbankunterkonstruktion entspreche der ursprünglichen Planung. 22

Die Beklagte hat gegen die Klageforderung die Aufrechnung mit Ansprüchen aus behaupteten Bauzeitverzögerungen und Mängelbeseitigungsarbeiten erklärt, die auf diverse Ausführungsmängel der Klägerin zurückzuführen seien und dadurch Mehrkosten verursacht hätten. In Bezug auf die Begründung und Rangfolge der zuletzt zur Aufrechnung gestellten Forderungen und Positionen wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 08.02.2013 nebst 23

tabellarischer Zusammenstellung (Bl. 1310 ff. und Bl. 1342 d.A.) sowie die Abrechnung im Schriftsatz vom 12.08.2014 (dort S. 7 = Bl. 1411 d.A.) Bezug genommen. Sie hat hierzu insbesondere behauptet, dass sie die in dem Gutachten der Fa. F aufgeführten Mängel gegenüber der Klägerin gerügt und Fristen zu deren Beseitigung gesetzt habe, die allerdings fruchtlos verstrichen seien. Aufgrund der Verweigerungshaltung der Klägerin seien ihr aber nach der Kündigung weitere Fristsetzungen auch nicht mehr zumutbar gewesen.

Mit Urteil vom 12.05.2015 (Bl. 1512 ff d.A.), auf welches wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts Bezug genommen wird, hat das Landgericht Aachen die Klage abgewiesen. 24

Zur Begründung hat das Gericht angeführt, dass die Klägerin wegen der wirksamen Kündigung der Beklagten vom 13.08.1998 i.S.d. § 8 Nr. 3 VOB/B a.F. nur einen Anspruch auf Vergütung der tatsächlich erbrachten Leistungen habe. Der Kündigungsgrund ergebe sich dabei aus § 4 Nr. 7 VOB/B a.F., dessen Voraussetzungen vorgelegen hätten. Denn die beklagte Stadt habe mit Schreiben vom 24.07.1998 die Mangelhaftigkeit der angebrachten Fensterbankunterkonstruktion gerügt und gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B angeordnet, die Anschlusswinkel an den Rahmen zu den Putzanschlüssen sowie die Fensterbänke zu montieren. Hierfür sei eine Frist von 8 Tagen gesetzt und zugleich die Entziehung des Restauftrages angedroht worden. 25

Der gerichtliche Sachverständige Dipl. Ing. H sei in seinem Gutachten vom 08.08.2000 zu dem überzeugenden Ergebnis gekommen, dass die von der Klägerin angebrachte Fensterbankunterkonstruktion mangelhaft gewesen sei und gegen die Detaildarstellung K der Ausschreibung verstoßen habe. Bei den Vorgaben des vorgenannten Details habe es sich um eine fachgerechte konstruktive Konzeption gehandelt, die auch nicht zu Wärmebrücken geführt hätte. Auch fehle die in der Detailzeichnung A vorgesehene Lippendichtung zwischen Putzanschlusswinkel und Aluminiumverblendung der Holzfenster. Ferner hätten die so genannten Griffoliven an den Flügeln aus Edelstahl bestehen müssen, während sie von der Klägerin in Leichtmetall ausgeführt worden seien. Für die Fälligkeit der Forderung bedürfe es wegen des zwischen den Parteien bestehenden Abrechnungsverhältnisses keiner Abnahme. Für die Ermittlung des Werklohnes der Klägerin für die von ihr bis zur Kündigung erbrachten Arbeiten komme es darauf an, welchen Wert die insoweit mangelfrei und vertragsgemäß erbrachte Teilleistung habe. Dieser Wert sei vorliegend durch den Sachverständigen in seinem Gutachten vom 05.07.2012 ohne Berücksichtigung von Gegenansprüchen und Teilzahlungen auf brutto 93.033,97 DM bestimmt worden. 26

Dieser Anspruch sei aber durch die Aufrechnung seitens der Beklagten spätestens im Schriftsatz vom 08.02.2013 gem. § 389 BGB erloschen. Denn nach der erfolgten Kündigung stünde dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers für erbrachte Leistungen der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers in Höhe der für die Fertigstellung aufgewandten Mehrkosten gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B gegenüber. Nach der berechtigten Kündigung nach § 8 Nr. 3 VOB/B a.F. könne der Auftraggeber außerdem hinsichtlich von Mängeln, die vor der Abnahme bzw. dem Eintritt ins Abrechnungsverhältnis entstanden seien, sog. Fremdnachbesserungskosten verlangen. 27

Da in den Fenstern der Treppenhäuser keine Verbundsicherheitsglasscheiben eingesetzt wurden, hätte ein Austausch erfolgen müssen. Hierfür seien Kosten in Höhe von 4.052,52 DM brutto entstanden. Ferner habe die Beklagte aufgrund der festgestellten Mängel einen Nachunternehmer beauftragen müssen, wodurch laut den nachvollziehbaren Ermittlungen des Sachverständigen Mehrkosten in Höhe von 24.014,32 DM brutto entstanden seien. Für die fehlenden bzw. ausgetauschten Putzanschlussleisten gebe der Sachverständige schließlich einen Betrag von 8.267,06 DM brutto an. Addiere man diese Positionen 28

zusammen ergebe sich bereits eine Gegenforderung von 36.336,90 DM brutto (= 31.324,91 DM netto), die die o.g. Restwerklohnforderung der Klägerin nach Abzug der Teilzahlung von 62.000,00 DM bereits übersteige. Hinzu kämen Baustellenmehrkosten der Firma I in Höhe von 15.669,65 DM brutto sowie Gerüstkosten, welche von der Beklagten mit 21.469,90 DM brutto angegeben würden, die jeweils auf nicht fristgemäße Vorleistungen der Klägerin zurückgeführt würden und die der Sachverständigen dem Grunde nach ebenfalls für berechtigt ansehe.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren hinsichtlich der Zahlungsanträge in vollem Umfange weiter. 29

Zur Begründung macht sie geltend, dass der Beklagten ein Kündigungsgrund gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B a.F. nicht zur Seite gestanden habe. Hierzu gäben weder die Fensterbankunterkonstruktion noch die Putzanschlusswinkel einen hinreichenden Anlass. 30

Hinsichtlich der Fensterbankunterkonstruktion habe sie die Beklagte nach der Aufforderung zur Demontage der bislang montierten Fensterbänke bereits mit Schreiben vom 24.07.1998 darauf hingewiesen, dass die von ihr gewählte Ausführung zum einen dem Detail entspreche und zum anderen keine Kältebrücken zulasse. Die ausreichende Festigkeit habe sich auch allein schon aus der höheren Blechdicke ergeben. Darauf habe die Beklagte am 29.07.1998 die Anordnung noch einmal abgeändert, indem nunmehr eine Ausführung mit Bügel und Haften verlangt worden sei. Hierzu sei sie, die Klägerin, auch durchaus bereit gewesen, wie sie der Beklagten mit Schreiben vom 11.08.1998 mitgeteilt habe. Spätestens aufgrund der Planänderung vom 29.07.1998 sei zudem die zuvor gesetzte Nachfrist unangemessen kurz geworden. 31

Die Putzanschlusswinkel hätten, so behauptet die Klägerin weiter, mangels notwendiger Details seitens der Beklagten nicht angebracht werden können. Es hätten Vorgaben für den Bereich unter- bzw. oberhalb der Fenster im Anschluss an die Blechfassade gefehlt. Um diese habe sie mit Fax-Schreiben vom 16.06.1998 und nachfolgend am 29.07., 05.08 und 11.08.1998 ausdrücklich gebeten. Die ihr von der Beklagten zur Verfügung gestellten Details hätten sich aber immer nur mit dem Bereich zwischen Fenster und Putz befasst. 32

Soweit von ihr Putzanschlusswinkel eingebracht worden seien, fehlten hier auch keine Keder, da solche aufgrund des verwendeten Rahmens 652001 gar nicht hätten eingebaut werden müssen und können. Auch eine bei der Herstellerfirma D Alutechnik GmbH eingeholte Auskunft belege, dass es sich hierbei lediglich um ein optionales Bauteil handele. 33

Soweit der Sachverständige den Werklohn für die von ihr erbrachten Leistungen ermittle, habe dieser offenbar die zur Akte gereichten Kalkulationsunterlagen nicht berücksichtigt. 34

Hinsichtlich der geltend gemachten Mehrkosten für die Fertigstellung der Arbeiten gelte, dass bei deren Berechnung durch den Sachverständigen hinsichtlich der Anschlusswinkel nicht berücksichtigt worden sei, dass durch die Klägerin das System „D 2100“, durch die Nachfolgefirma G hingegen das System „D 2000“ eingebaut worden sei. Eine Änderung der Fensterbankunterkonstruktion hätte im Übrigen auch bei der Klägerin einen Mehraufwand verursacht, der bei der Berechnung evtl. Mehrkosten heraus gerechnet werden müsse. Schließlich sei aus ihrer Sicht nachgewiesen, dass die Fa. G die abgerechneten Leistungen gar nicht erbracht habe. Ein weiterer Fehler bestehe darin, dass sämtliche Feststellungen des Sachverständigen und im Übrigen auch die Abrechnung der Fa. G auf der Bestandsaufnahme der Privatgutachterin F beruhten, zu deren Ortstermin die Klägerin aber nicht geladen gewesen sei. 35

Für die Geltendmachung von Nachbesserungskosten, so meint die Klägerin schließlich, fehle es an der notwendigen Mängelbeseitigungsaufforderung der Beklagten nebst Fristsetzung. Dies gelte insbesondere für den Austausch des Verbundsicherheitsglases, welches im Verfahren erstmals erwähnt, vorher aber nie Gegenstand einer Mängelrüge gewesen sei. 36

Die Klägerin beantragt, 37

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 38

1. 39

207.961,53 € nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozent aus 98.143,53 € vom 31.10.2004 bis 31.12.2005 sowie Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vom 01.01.2006 und 40

2. 41

100.872,48 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2006 zu zahlen. 42

Die Beklagte beantragt, 43

die Berufung zurückzuweisen. 44

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung nach Maßgabe der 45
Berufungserwiderung. Sie vertritt insbesondere die Auffassung, dass sie den Werkvertrag wirksam gekündigt habe. Hierzu behauptet sie, dass die Klägerin noch mit Fax-Schreiben vom 23.06.1998 bestätigt habe, dass die Fensterbankunterkonstruktion entsprechend dem Detailblatt K ausgeführt werden solle. Nach Mahnung vom 01.07.1998 seien dann durch die Klägerin am 03.07.1998 vereinzelt, nämlich an den Fenstern der Gruppe 1.1, Anschlusswinkel montiert worden, dies jedoch mangelhaft, nämlich ohne Keder. Auch habe die Klägerin nicht wie jetzt behauptet, das Profil 652001, sondern tatsächlich ein solches mit der Nr. 652002 eingebaut, welches den Einbau von Kedern zulasse. Die Ausführung ohne Keder sei schon am 06.07.1998 gerügt worden. Darauf habe die Klägerin in der Folgezeit den Einbau der Anschlusswinkel bei den „Normalfenstern“ der Gruppe 1.2. des Leistungsverzeichnisses abgelehnt. Die Pflicht zum Einbau, der auch ohne Weiteres möglich gewesen sei, ergebe sich dabei, so meint die Beklagte, bereits aus der Ausschreibung selbst.

Wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang von einem notwendigen Detail im Bereich 46
„Putz – Blechfassade“ spreche, welches ihr von der Beklagten vorenthalten worden sei, so könne dies schon nicht nachvollzogen werden. Das Schreiben der Klägerin vom 16.06.1998 betreffe allein den seitlichen Anschluss von Brüstungsblechkassetten zum Putz. Dieser Punkt sei aber bereits telefonisch am 17.06.1998 und vor Ort am 22.06.1998 abschließend geklärt worden. Nach den zum Vertragsinhalt gemachten Technischen Vorbemerkungen sei es auch allein Aufgabe der Klägerin gewesen, die notwendigen Werkzeichnungen herzustellen.

Hinsichtlich der Fensterbankunterkonstruktion habe die Klägerin zunächst mit Fax-Schreiben 47
vom 23.06.1998 die Ausführung entsprechend dem Detail K bestätigt. Es sei dann aber am 22.07.1998 mit dem Einbau einer abweichenden Fensterbankunterkonstruktionen begonnen worden, was die Beklagte sogleich mit Schreiben vom 23.07.1998 moniert habe, da die Arbeiten nicht dem Leistungsverzeichnis entsprochen und zu Problemen mit den Putzanschlüssen sowie beim Brandschutz geführt hätten.

In dem Schreiben vom 29.07.1998 schließlich könne keine Änderung des Leistungsverzeichnisses gesehen werden. Denn das Detail K sei gerade eine wie im Schreiben gewünschte Ausführung mit „Bügel und Haften“. Dies ergebe sich nicht zuletzt auch aus dem Zusatz (zweckmäßigerweise „justierbar“). Die von der Klägerin verwandten Balken seien hingegen nur mit kurzen Dübeln, nicht formstabil und nur in den Klinkerriemchen montiert gewesen.

Hinsichtlich der geltend gemachten Nachunternehmermehrkosten gelte, dass diese nicht durch den Systemwechsel bedingt seien. Es gehe insgesamt nur um den Differenzbetrag zwischen dem vom Nachunternehmer geforderten und dem vom Kläger angebotenen Preis.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Prozessbeteiligten eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht unter Bejahung einer wirksamen außerordentlichen Kündigung durch die Beklagte angenommen, dass die Restwerklohnforderung der Klägerin durch die Aufrechnung der Beklagten mit Fertigstellungs-Mehrkosten sowie Mängelbeseitigungskosten erloschen ist und damit auch die Grundlage für die geltend gemachten Zinsansprüche aus Verzug fehlt.

1.

Die Klägerin kann nicht den gesamten Werklohn abzüglich der ersparten Aufwendungen gem. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B a.F. in Verbindung mit § 649 BGB, sondern lediglich die Vergütung für die von ihr tatsächlich erbrachte Teilleistung gem. § 2 Abs. 1 VOB/B a.F. verlangen. Diese beläuft sich auf insgesamt 94.157,94 DM.

Denn die Beklagte hat den zwischen den Parteien am 09.02.1998 geschlossenen Werkvertrag gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 5 Nr. 4 bzw. § 4 Nr. 7 VOB/B a.F. wirksam außerordentlich gekündigt.

Die Beklagte war am 13.08.1998 dazu berechtigt, der Klägerin den erteilten Auftrag zu entziehen. Bis zu diesem Tage hatte sich bereits ein erheblicher Zeitdruck aufgebaut, weil die Sanierungsmaßnahmen seit Ende Juni 1998 stagnierten, obwohl die Arbeiten für den 2. Teilabschnitt zu diesem Zeitpunkt bereits hätten abgeschlossen sein sollen. Trotz Hinweises auf diese Gegebenheiten zeigte sich die Klägerin in der fortlaufenden Korrespondenz auch nach Fristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung weder bereit, die Putzanschlusswinkel entsprechend dem Detail A noch die Fensterbankunterkonstruktion entsprechend dem Detail K zu erstellen, obwohl beide Vorgaben den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprachen. Hinzu kam, dass die bereits vorgenommenen Arbeiten der Klägerin durch das Fehlen der ebenfalls ausgeschriebenen Keder bei den montierten Putzanschlusswinkeln sowie eine von der Planung abweichende Ausführung der Fensterbankunterkonstruktionen mangelbehaftet waren. Dennoch war die Klägerin trotz einer vom 01.07. bis zur Kündigung am 13.08.1998 geführten Diskussion der Parteien in Bezug auf die Putzanschlusswinkel gar nicht und in Bezug auf die Fensterbänke nur unter der Bedingung einer vorherigen Nachtragsbeauftragung zu der Durchführung der notwendigen Arbeiten und der Befolgung der sich im Rahmen der ursprünglichen Planungen bewegenden Anordnungen der Beklagten bereit. Hierzu wäre sie aber verpflichtet gewesen, weil ihr ein

Leistungsverweigerungsrecht unter keinem Gesichtspunkt zustand. Im Einzelnen ist hierzu wie folgt auszuführen:

a) 58

Sowohl die Ausschreibung der Beklagten als auch das Angebot der Klägerin und hier insbesondere Ziff. 3.4. nehmen ausdrücklich Bezug auf die VOB/B. Mithin ist mit der Auftragserteilung vom 09.02.1998 die VOB/B in der bis zum 13.04.1998 gültigen Fassung von 1996 in den Vertrag einbezogen worden. Diese entspricht inhaltlich bis auf einige redaktionelle Änderungen hinsichtlich der hier einschlägigen Normen dem heutigen Regelungstext, so dass den weiteren Überlegungen der aktuelle Diskussionsstand in Literatur und Rechtsprechung zugrunde gelegt werden kann. 59

b) 60

Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B (alle Zitate beziehen sich im Weiteren auf die Fassung 1996) kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer die ihm gesetzte Frist zur Beseitigung von Mängeln oder einer vertragswidrigen Leistung während der Bauausführung (§ 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B) bzw. zur Vertragserfüllung im Falle der Verzögerung der Bauausführung (§ 5 Nr. 4 VOB/B) fruchtlos verstreichen lässt. 61

Es besteht eine allgemeine Leistungspflicht des Auftragnehmers, die Baustelle so zu betreiben, dass die Leistungen zum vereinbarten Termin mangelfrei übergeben werden können. Zeigen sich schon vor der Abnahme Mängel, dann gibt § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B dem Auftraggeber die Möglichkeit, dem Auftragnehmer eine Frist zur Mangelbeseitigung zu setzen und ihm nach entsprechender Androhung nach Ablauf der Frist den Auftrag gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B zu entziehen. Die gleiche Möglichkeit eröffnet § 5 Nr. 4 VOB/B für den Fall, dass der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert, wenn er Arbeitskräfte etc. so unzureichend einsetzt, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können oder wenn er mit der Vollendung in Verzug gerät. Nach § 5 Nr. 1 VOB/B kommt es insoweit auf den rechtzeitigen Beginn, die rechtzeitige Vollendung und darauf an, die Ausführung nach den verbindlichen Fristen angemessen zu fördern. Beginn und Ende der Gesamtmaßnahme stehen vorliegend nicht in Rede, da die Arbeit an sich bereits begonnen hatte und die Gesamtfertigstellung für den 15.09.1998 vorgesehen war. Die dem Auftragnehmer in § 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B auferlegte Pflicht zur angemessenen Förderung der Bauausführung während der Ausführungsfrist, die damit hier allein relevant ist, bedeutet, dass der Auftragnehmer alles zu tun hat, um den zeitlich vorgesehenen Ablauf der Bauarbeiten einzuhalten (BGH BauR 2001, 946). Orientierungshilfe können dabei evtl. vorhandene Bauzeitenpläne darstellen. Ansonsten ist der Auftragnehmer selbst verpflichtet, die erforderlichen Fristen abzuschätzen (Döring in: Ingenstau/Korbion, VOB/B, 19. Auflage, § 5 Abs. 1-3, Rn. 15). Bei Verletzung dieser Pflicht hat der Auftraggeber das Recht, noch während der vertraglich festgelegten Zeit der Bauausführung Abhilfe zu verlangen. (Döring, aaO, Rn. 20). Zudem ist er in diesem Zusammenhang befugt, Anordnungen gem. § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B zu treffen, wenn sie zur Herbeiführung einer vertragsgemäßen Ausführung notwendig sind. Ist die rechtzeitige Erfüllung eines Bauvertrages durch Hindernisse ernsthaft in Frage gestellt, die im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegen und ist dem Auftraggeber ein weiteres Zuwarten nicht mehr zuzumuten, kann es ausnahmsweise genügen, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine angemessene Frist setzt, die fristgerechte Erfüllbarkeit des Bauvertrages nachzuweisen und gleichzeitig erklärt, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehen werde (BGH BauR 1983, 73). 62

c) 63

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte den Vertrag durch Schreiben vom 13.08.1998 gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOB/B unter Bezugnahme auf die Nachfristsetzung im Schreiben vom 24.07.1998 und mit dem besonderen Hinweis auf die Bedeutung der Putzanschlusswinkel für die Fortsetzung der Putzarbeiten gekündigt. In dem Schreiben vom 24.07.1998 war zuvor mit Verweis auf das Detail A angeordnet worden, die Anschlusswinkel an den Rahmen zu den Putzanschlüssen sowie die Fensterbänke zu montieren. Damit bezog sich die Kündigung zum einen auf die unterbliebene Ausführung der Arbeiten im Bereich der Putzanschlusswinkel sowie der Fensterbänke und damit auf eine nicht angemessene Förderung der Bauausführung im Sinne des § 5 Nr. 4 VOB/B. Zum anderen war von der Kündigung aber auch die unterbliebene Mangelbeseitigung trotz Fristsetzung i.S.d. § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B im Bereich der fehlenden Keder sowie der Fensterbankunterkonstruktion umfasst. Letzteres ergibt sich aus dem der Kündigung vorausgegangenem Schriftverkehr, in dessen Zusammenhang das Schreiben vom 13.08.1998 zu sehen ist. In dieser Korrespondenz wurden fortlaufend sowohl die Frage der fehlenden Keder bei den eingebauten Putzanschlusswinkeln als auch die dem Detail K zuwiderlaufende Ausführung der Fensterbankunterkonstruktion diskutiert. Zudem brachte die Beklagte wiederholt und eindringlich zum Ausdruck, dass die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten in diesen beiden Bereichen für die Fortsetzung der Sanierungsmaßnahmen von entscheidender Bedeutung sei. Der Schriftverkehr begann mit einem Schreiben des Bauleiters der Beklagten vom 01.07.1998, in welchem um einen schnellstmöglichen Einbau der Putzanschlusswinkel und der Fensterbänke ersucht wurde. Die Klägerin bestätigte daraufhin am 02.07.1998, dass die Unterkonstruktion entsprechend dem Detail K der Beklagten erfolgen werde. In einem Schreiben vom 06.07.1998 wies die Beklagte noch einmal auf den Zeitdruck wegen der anstehenden Verputzung des Hauses hin und monierte auch erstmals die mangelhafte Ausführung der Putzanschlusswinkel ohne Keder. Darauf verwies die Klägerin am 09.07.1998 auf eine aus ihrer Sicht falsche Planung der Unterkonstruktion, die Wärmebrücken zur Folge hätte und auf fehlende Details bzgl. der Putzanschlusswinkel. Die bereits eingebrachten Winkel entsprächen im Übrigen der Planung und seien für „Normalfenster“ ohnehin nicht erforderlich. Als Reaktion auf wiederholte Aufforderungen der Beklagten am 13.07., 15.07., 17.07. und 20.07.1998 nahm die Klägerin ausschließlich auf ihre Ausführungen im Schreiben vom 09.07.1998 Bezug, wobei im Schreiben vom 16.07.1998 auch die Sorge um eine Haftung für evtl. auftretende Putzschäden im Hinblick auf die zutreffende Ausführung der Putzanschlusswinkel zum Ausdruck gebracht wurde.

d) 65

Die Klägerin konnte durch die dann am 24.07.1998 vorgenommene Fristsetzung der Beklagten aber nur dann mit der Erfüllung ihrer Leistungspflicht zur rechtzeitigen und mangelfreien Werkausführung in Verzug geraten, wenn ihr nicht ein Leistungsverweigerungsrecht zustand (Joussen/Vygen in: Ingenstau/Korbion, aaO, § 8 Abs. 3, Rn. 13). Im vorliegenden Zusammenhang könnte ein solches Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin allein dann bestanden haben, wenn die Anordnung der Beklagten zwangsläufig zu nicht unerheblichen Mängeln, etwa in Form von Putzrissen im Bereich der Putzanschlusswinkel oder Kältebrücken im Bereich der Fensterbänke geführt hätte. (vgl. hierzu: OLG Hamm, BauR 2011, 1594, 1596; Keldungs in Ingenstau/Korbion, aaO, § 4 Abs. 1, Rn. 88; Staudinger/Peters, BGB, 5. Neub. § 633 Rn. 47). Dies war jedoch nicht der Fall. Die Aufforderung der Beklagten, die Putzanschlusswinkel sowie die Fensterbankunterkonstruktionen entsprechend den Detailplanungen A und K einzubauen, stellten vielmehr zulässige Anordnungen i.S.d. § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B dar.

aa) 67

Die Putzanschlusswinkel wurden von der Klägerin nur teilweise, nämlich im Bereich der Gruppe 1.1. eingebaut, ansonsten hingegen nicht. Das Vorbringen der Klägerin zu den Ursachen für den weitgehend unterbliebenen Einbau der Winkel stößt bereits wegen seiner Widersprüchlichkeit auf Bedenken und ist im Übrigen aber auch durch die durchgeführte Beweisaufnahme widerlegt. Die Klägerin behauptet, an der Weiterarbeit durch fehlende Detailangaben seitens der Beklagten gehindert gewesen zu sein. Dabei erklärte sie dies zunächst damit, dass dem Detail A kein Profilsystem zu entnehmen gewesen sei. Nachdem der gerichtliche Sachverständige Dipl. Ing. H allerdings darlegte, dass sich ein solches System aus dem Detail sehr wohl ergebe, erklärte die Klägerin alsdann, der Detailpunkt A habe nur den Bereich zwischen Putz und Fenster betroffen, die Vorgaben hätten hingegen unter- bzw. oberhalb der Fenster im Anschluss an die Blechfassade gefehlt. Hierauf beziehen sich, wie der Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen des Senatstermins vom 24.11.2016 erläuterte, die in Bezug genommenen Schreiben vom 16.06. und 19.06.1998, in denen um die Zurverfügungstellung von Anschlussdetails gebeten wurde. Es ging hierbei also allein um den Anschluss an die Blechfassade, also um, wie durch die Parteien im Termin unstreitig gestellt wurde, die Fenster gem. Pos. 1.1, und hatte mit dem Putzanschluss und damit mit den Fenstern zu Pos. 1.2., bei denen die Putzanschlusswinkel noch fehlten, unmittelbar nichts zu tun. Dies deckt sich auch mit den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten vom 30.04.2003 (dort S. 7 = Bl. 537 d.A.), der zwischen den Putzanschlusswinkeln im Bereich zwischen Fenster und Baukörper einerseits und den Bauanschlusswinkeln zwischen Blendrahmen und Putzanschlusswinkel unterscheidet. Um fehlende Detailangaben kann es also bei den fehlenden Putzanschlusswinkeln nicht gegangen sein. Wenn die Klägerin dann abweichend vorträgt, es sei nur um die Details für die Stellen gegangen, wo die Winkel in den Bereich der Fensterbankschlüsse eingegriffen hätten, so wird bereits nicht deutlich, was sie damit meint. Im Übrigen bedurfte es zum Einbau der Anschlusswinkel, worauf im nachfolgenden Abschnitt bb) noch näher einzugehen sein wird, zur Umsetzung der Planvorgaben gem. Detail A keiner weiteren Angaben mehr. Im Einklang hiermit stellte die Klägerin auch selbst mehrfach fest, dass die Erstellung der Werk- also der Detailplanung allein ihre Sache gewesen sei.

68

bb) 69

Soweit darüber hinaus im Bereich der Fenster mit der Pos. 1.1. Putzanschlusswinkel ohne Keder eingebaut wurden, stellte dies einen Mangel in Form des Verstoßes gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB bzw. § 13 Nr. 1 S. 2 VOB/B dar.

70

Die Ausführung der Klägerin widersprach sowohl hinsichtlich der Art des eingebauten Blendrahmenprofils als auch in Bezug auf das fehlende EPDM-Anschlussprofil den Vorgaben der sachgerechten Detailplanung der Beklagten.

71

Der gerichtlich bestellte Sachverständige Dipl. Ing. H hat nachvollziehbar und überzeugend auf der Basis einer detaillierten Analyse der Herstellerinformationen zur Verwendbarkeit und Beziehbarkeit der einzelnen Systemelemente dargelegt, dass eine Ausführung entsprechend den Vorgaben von Detail A ohne weiteres möglich gewesen wäre und die Planvorgaben zudem den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprachen. Dabei war auch der zwischenzeitliche Wechsel des Fenstersystems von „D 5000“ auf „D 2100“ ohne Belang, da es sich bei den Anschlusswinkeln um standardisierte Profilsysteme handelt, die bei jedem Fenstersystem Anwendung finden können. Dies wird im Übrigen auch durch den Hersteller der Profile, die Fa D Alutechnik GmbH, selbst in der von der Klägerin eingeholten Auskunft vom 19.04.2004 (Bl. 577 d.A.) bestätigt.

72

Wenn die Klägerin zudem vorträgt, der teilweise erfolgte Einbau der Putzanschlusswinkel ohne Keder stelle keinen Mangel dar, weil solche Gummidichtungen bei den von ihr verwendeten Blendrahmen-Flügelprofilen mit der Nr. 625001 gar nicht hätten eingebaut werden können und müssen, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Hat die Klägerin – wie von ihr behauptet – das Profil Nr. 625001 eingebaut, stellt bereits dies einen Mangel dar, denn beauftragt wurde ausdrücklich das Profil Nr. 625002, bei dem – anders als bei dem Profil Nr. 625001 – die Möglichkeit besteht, eine – von der Beklagten ebenfalls ausgeschriebene und beauftragte – Gummidichtung (EPDM-Blechanschlussprofil mit der Nr. 648671) einzubringen. Hat die Klägerin – wie von der Beklagten behauptet – das Profil Nr. 625002 eingebaut, liegt ebenfalls ein Mangel vor, da die beauftragte Gummidichtung fehlt. Soweit die Klägerin unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Herstellers, der Fa. D Alutechnik GmbH, ausführt, die Gummidichtung müsse nach den Herstellervorgaben nicht zwingend verwendet werden, sie sei vielmehr optional, verkennt sie, dass der Einbau der Dichtung ausdrücklich vertraglich vereinbart worden ist und das Fehlen damit unabhängig davon, ob die Dichtung aus technischer Sicht zwingend erforderlich ist, einen Mangel darstellt. Im Übrigen ist das Profil Nr. 625001, welches die Klägerin verwenden will, nach den Feststellungen des Sachverständigen als Übergang zum Baukörper an sich schon ungeeignet, da es nicht die Möglichkeit besitzt, Bauanschlussprofile fachgerecht an das Blendrahmen-Abdeckprofil anzuschließen. Schließlich hat der Sachverständige auch überzeugend anhand des Herstellerkataloges dargestellt, dass all die genannten Profile zum relevanten Zeitpunkt ohne weiteres erhältlich waren.

cc) 74

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man bei den Fensterbank-Unterkonstruktionen. Auch hier hat die Beklagte die Ausführung der Klägerin mit Recht bemängelt. Laut dem an dieser Stelle maßgeblichen Detail K sollte, so legt der gerichtliche Sachverständige nachvollziehbar dar, ein Brett auf eine dreiecksförmige Konsole gelegt werden, auf welches dann die Fensterbank vollflächig zu liegen gekommen wäre. Entscheidend dabei ist aber nicht das eher zu vernachlässigende Brett, sondern die dreiecksförmige Konsole als vorgesehene Aufhängungskonstruktion. Demgegenüber hat die Klägerin lediglich einen durchgehenden, an einfachen Winkeln mit kurzen Schrauben befestigten Holzbalken untergelegt, auf welchem die Fensterbank nicht vollflächig, sondern nur punktuell zu liegen kam. Die Abweichung des vereinbarten Bausolls mit der tatsächlichen Ausführung ist dabei ungeachtet der Ausführungen des Sachverständigen hierzu bereits anhand der Fotos (vgl. hierzu Bl. 82 d.A.) offensichtlich.

Auch hier war die Klägerin nicht berechtigt, der von der Beklagten gewünschten Ausführung der Fensterbank-Unterkonstruktion wegen ansonsten drohender Mängel zu widersprechen. Hierzu hat sie vorgetragen, eine Ausführung gemäß dem Detail K hätte zwangsläufig zu Kältebrücken geführt. Eine solche Möglichkeit wird hingegen durch den Sachverständigen H einleuchtend verneint. Denn der Hohlraum der in der Ausschreibung vorgesehenen Konstruktion hätte mit Dämmmaterial ausgefüllt werden können. Zudem führte die Konstruktion der Klägerin ebenfalls zu einem Hohlraum, der – und zwar schon vor dem Einbau der Fensterbänke – mit Mineralfaserdämmstoff hätte geschlossen werden müssen. Das Detail K entspricht dabei nach dem Beweisergebnis insgesamt den Anforderungen an die allgemeinen Regeln der Technik.

Soweit die Beklagte in ihrem Schreiben vom 24.07.1998 durch den Hinweis auf die Aufhängungen im Bereich des Dachrandanschlusses und alsdann noch einmal mit Schreiben vom 29.07.1998 eine Ausführung mit Bügel und Haften wünschte, stellt dies demgegenüber

keine Planänderung, sondern nur eine konkretisierende Anordnung dar, die im Kern den Vorgaben des Details K entsprach. Denn eine Aufhängung mit Bügel und Haften kommt dem Prinzip der durch Detail K verlangten Konsole gleich. Dem Detail ist auch nicht zu entnehmen, ob die Konsole als ein durchgängiger Block oder punktuell in Form von Einzelaufhängungen ausgebildet werden sollte. Entscheidend ist, dass ein Brett oder eine Auflage auf einer dreieckigen Konsole angebracht werden sollte. Auch wenn jetzt, wie von der Klägerin anhand des vorgelegten Lichtbilds CC 15 belegt, die Aufhängung tatsächlich ohne Verwendung einer Holzauflage realisiert worden sein soll, was zugleich die Behauptung der Klägerin widerlegt, durch das Nachfolgeunternehmen sei gar keine Unterkonstruktion erstellt worden, so stellt dies ebenfalls nur eine Modifizierung des Grundprinzips der dreieckigen Konsolenkonstruktion dar. Wie der Sachverständige im Übrigen dargelegt hat, erforderte die Lage der Befestigungspunkte an den Stützenvorderkanten oder auch den Brüstungen keine Abweichung der Planung der Beklagten. Ebenso war die Abweichung des Neigungswinkels von 3 Grad zwischen dem auf dem Detail K zeichnerisch dargestellten Winkel von 48 Grad und der wörtlich ausgeschriebenen Winkelangabe von 45 Grad für die Art der Unterkonstruktion unerheblich. Auch die planerische Darstellung von Beton an einer falschen Stelle ist für die Ausführung der Konstruktion unschädlich gewesen, da die vorgegebene Konstruktion sowohl an einem Betonbauteil, als auch an einer gemauerten Brüstung hätte befestigt werden können.

e) 78

Die Beklagte war schließlich auch nicht durch die seitens der Klägerin mit Schreiben vom 11.08.1998 angezeigte Bereitschaft, die gewünschte Konstruktion umzusetzen, an dem Ausspruch einer Kündigung gehindert. Denn die Klägerin machte diese Bereitschaft von einer ausdrücklichen Nachbeauftragung und damit Kostenerstattung durch die Beklagte abhängig, was der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bis zur Erteilung einer kostenpflichtigen Nachbeauftragung gleichkam. Hierzu war die Klägerin jedoch nicht berechtigt, vielmehr hatte sie der Anordnung der Beklagten Folge zu leisten. 79

Nach zutreffender Auffassung ist die allgemeine Grenze für die Verbindlichkeit einer Anordnung durch eine nach Treu und Glauben vorzunehmende Abwägung der wechselseitigen Parteiinteressen zu ermitteln. Dabei spielt auf Auftragnehmerseite das Kriterium der Zumutbarkeit eine wesentliche Rolle (Jansen in: Beckscher Kommentar VOB, Teil B, 3. Auflage, § 1 Abs. 3, Rn 83 und Kapellmann/Messerschmidt/v. Risselen, VOB/B, 5. Auflage, § 1, Rn. 84). Im gegebenen Fall ist insoweit zu bedenken, dass es zunächst einmal um eine reine Mängelbeseitigungsmaßnahme ging. Die Ausführung mit einzelnen Bügeln und Haften statt einer durchgängigen Konsole könnte zwar mit einem gewissen Mehraufwand in der Aufhängung verbunden gewesen sein. Andererseits handelte es sich, wie bereits ausgeführt, allenfalls um eine Konkretisierung der bereits ausgeschriebenen Ausführungsart. Nach den vom Bundesgerichtshof für die Fälle der sog. unklaren Leistungsverzeichnisse entwickelten Grundsätze (BauR 1997, 126, 128 – „Schleusenfall“ - und NJW-RR 1987, 234 – „Universitätsbibliothek“-) ist ein Mehrvergütungsanspruch gem. § 2 Nr. 5 VOB/B in den Fällen nicht gegeben, in denen die konkret verlangte Ausführungsart von dem Leistungsverzeichnis und/oder der vertraglich vereinbarten Planung umfasst ist. Aber selbst dann, wenn man in der Aufforderung der Beklagten eine Anordnung gem. § 1 Nr. 3 VOB/B sehen wollte, würden die Interessen der Klägerin jedenfalls durch den Mehrvergütungsanspruch gem. § 2 Nr. 5 VOB/B hinreichend berücksichtigt. Ein solcher Mehrvergütungsanspruch kann zu einer Leistungsverweigerung aber nur dann berechtigen, wenn der Auftraggeber von vornherein eine Mehrvergütung kategorisch ablehnt, weil ansonsten das in der VOB/B angelegte System der zugunsten des Auftraggebers 80

bestehenden Anordnungsrechte in unzulässiger Weise ausgehöhlt würde (Keldungs in: Ingenstau/Korbion, aaO, § 2 Abs. 5, Rn. 47). Eine pauschale Verweigerung möglicher Nachforderungen der Klägerin ist hier seitens der Beklagten jedoch nicht erklärt worden. Hinzu kommt, dass die Entstehung von Mehrkosten durch die Klägerin zwar behauptet, jedoch konkret auch gar nicht dargelegt und berechnet wurde. Gedanklich hätte sie dabei ohnehin nicht an dem Vergleich zu der von ihr ausgeführten Unterkonstruktion in Form eines Balkens, sondern an dem Detail K ansetzen müssen. Schließlich konnte sich die Klägerin für eine Leistungsverweigerung nicht auf ein evtl. Haftungsrisiko berufen. Denn insoweit war sie durch die aufgrund der Anordnung der Beklagten gem. § 13 Nr. 3 VOB/B eingetretene Risikoverlagerung hinreichend geschützt.

f) 81

Ungeachtet der mithin gegebenen Kündigungsvoraussetzungen gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B iVm. §§ 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B, 5 Nr. 4 VOB/B wäre aber zudem ein außerordentliches Kündigungsrecht nach den allgemein geltenden Prinzipien gegeben gewesen, da die Klägerin trotz fortlaufender Abmahnungen der Beklagten mehrfach und nachhaltig gegen ihre Vertragspflichten verstieß und damit berechnete Zweifel auch an ihrer zukünftigen Vertragstreue aufkommen ließ (vgl. hierzu: BGH BauR 1996, 704). Gleiches ergibt sich aus ihrer Weigerung, den gem. § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B berechtigten Anordnungen der Beklagten zur ordnungsgemäßen Ausführung der Arbeiten Folge zu leisten (vgl. Keldungs in: Ingenstau/Korbion, aaO, § 2 Abs. 5 Rn. 47 mwN).

g) 83

Für den Kündigungsgrund unerheblich ist es, welche wirtschaftliche Bedeutung diesem isoliert betrachtet zukommt. Denn eine Kündigung nach § 8 Nr. 3 S. 1 VOB/B ist nicht allein deshalb rechtsmissbräuchlich, weil etwa die Mängelbeseitigungskosten oder der Mangel selbst relativ gering sind (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1422; Oppler in: Ingenstau/Korbion, aaO, § 4 Abs. 7, Rn. 11). Vorliegend waren die betroffenen Punkte – zumindest bezogen auf die Putzanschlusswinkel – aber auch wirtschaftlich durchaus bedeutsam, da von ihnen der Fortgang der weiteren Arbeiten – nämlich die Fertigstellung des Wärmedämmverbundsystems – abhing.

h) 85

Auch die weiteren Kündigungsvoraussetzungen sind gegeben. 86

aa) 87

Mit dem Schreiben vom 24.07.1998 hat die Beklagte die erforderliche Frist – in diesem Fall von 8 Werktagen – zur mangelfreien Fertigstellung der Putzanschlusswinkel und der Fensterbänke unter Androhung der Entziehung des Auftrages gesetzt. Unter dem 13.08.1998 erfolgte dann der weiteren Voraussetzung eines separaten Schreibens gem. § 8 Nr. 5 VOB/B folgend die Entziehung des Auftrages selbst. Die Frist von 8 Werktagen war angesichts der für den gesamten 2. Teilabschnitt vorgesehenen Fertigstellungsdauer von 1 Monat angemessen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass die Beklagte noch am 10.08.1998 auf die Ausführung mit Bügel und Haften abstellte. Wie gezeigt handelte es sich hierbei allenfalls um eine konkretisierende Anordnung gem. § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B, die im Übrigen bereits mit Fax-Schreiben der Bauleitung vom 23.07.1998 ausgesprochen wurde, die auf eine Ausführung entsprechend der Konstruktion an den Dachrandelementen mit Bügeln und Haften Bezug nahm (vgl. hierzu auch Foto Bl. 868 d.A. oben).

bb)	89
Bei Schwierigkeiten zur Bemessung der Frist kann es im Übrigen auch genügen, dem Auftragnehmer zunächst eine Erklärungsfrist zur Bestätigung seines Leistungswillens zu setzen. Dies ist zum einen bei Zweifeln an seiner Leistungsbereitschaft (BGH, Urteil vom 26.06.1969, AZ: VII ZR 91/67; OLG Stuttgart BauR 2007, 1417, 1418; Jousen/Vygen, aaO, § 8 Abs. 3, Rn. 13) und zum anderen in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 323 Abs. 4 BGB dann möglich, wenn die rechtzeitige Erfüllung des Bauvertrages durch Hindernisse ernsthaft in Frage gestellt wird, die im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegen (BGH BauR 1983, 73, 75f; OLG Stuttgart BauR 2007, 1417, 1418). In diesen Fällen kann bereits nach Ablauf der Erklärungsfrist gekündigt werden, weil allein diese Tatsache ein hinreichendes Indiz für die generell fehlende Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers darstellt.	90
Auch diese Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung sind gegeben.	91
Die erforderliche Erklärungsfrist ist der Klägerin durch die Beklagte mit Schreiben vom 10.08.1998 gesetzt worden, nachdem diese am 05.08.1998 noch eine gewisse Gesprächsbereitschaft signalisiert hatte. Die Klägerin antwortete aber am 11.08.1998 nur in der bereits dargestellten Weise, indem sie die Umsetzung der gewünschten Fensterbankkonstruktion nur nach Erteilung eines Nachtragsauftrages vorzunehmen bereit war. Abgesehen davon, dass hierin hinsichtlich der Fensterbänke gerade keine generelle Leistungsbereitschaft, sondern im Gegenteil die – unberechtigte - Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts zu sehen ist, blieb es hinsichtlich der Putzanschlussschienen bei dem Verweis auf die bereits geäußerten Bedenken.	92
2.	93
Der Wert der von der Klägerin erbrachten Leistungen wird von dem gerichtlich bestellten Sachverständigen ohne Berücksichtigung der Teilzahlung im Wesentlichen nachvollziehbar und überzeugend mit 93.033,97 DM angegeben (vgl. Gutachten vom 05.07.2012, Bl. 1211 ff. d.A.), wobei dieser Betrag nur aufgrund zweier offenkundiger, kleinerer Rechenfehler geringfügig um 1.123,97 DM (549,77 DM + 574,20 DM) auf 94.157,94 DM zu erhöhen ist.	94
a)	95
Zutreffender Weise hat der Sachverständige im Ansatz nur die tatsächlich im Gebäude bereits verbauten Elemente bei seiner Berechnung berücksichtigt. Denn diejenigen Bauteile, die zwar schon erstellt oder sogar angeliefert, aber noch nicht eingebaut wurden, durften bei der Berechnung nicht zugrunde gelegt werden (vgl. Jousen/Vygen, aaO, § 8 Abs. 3, Rn. 35; BGH BauR 1995, 545).	96
b)	97
Die Rechenfehler ergeben sich zunächst daraus, dass der Sachverständige ab der Pos. 1.170 zur Fassade 4 bei den Minderungsbeträgen zwar richtig entsprechend dem Angebot vom 03.12.1997 (Anlage K2 = Bl. 25 d.A.) für die mechanische Eckverbindung einen Abzug von 4 % und für das alternative Profil des Systems 2000 statt des ausgeschriebenen Systems 5000 einen solchen von 3 % ausweist, die tatsächliche Berechnung aber jeweils auf der Basis von einheitlich 4 % des Auftragswertes erfolgt.	98

Mithin mussten die Abzugspositionen von jeweils 3 % für das abgeänderte Profil wie folgt korrigiert werden:

Pos.-Nr.	Abzug (4 %) laut Gutachten in DM	Zutreffender Abzug (3 %) in DM	Differenz (netto) In DM
Fassade 4			
1.1.70/1.170a	229,72	172,29	57,43
Fassade 6			
1.1.50/1.1.50a	611,92	458,94	152,98
1.1.80/ 1.1.80a	208,76	156,57	52,19
1.2.70/1.2.70a/1.2.70b	38,56	28,92	9,64
1.2.80/1.2.80b	84,64	63,48	21,16
1.2.90/1.290a	42,32	31,74	10,58
Fassade 7			
1.2.10	158,40	118,80	39,60
1.2.30	83,12	62,34	20,78
Fassade 8			
1.1.70	229,72	172,29	57,43
1.180/1.180a	208,60	156,45	52,15
Gesamtdifferenz			473,94 DM netto
+ 16 % MWSt			549,77 DM brutto

100

Bei der Fassade 4 war überdies noch die Differenz zwischen den – wohl aufgrund eines Zahlendrehers für das fehlende Fassadenelement als Abzugsposten angesetzt 9.550,00 DM (S. 33 des Gutachtens vom 05.07.2012 = Bl. 1213 d.A.) und den gemäß der Leistungsaufstellung der Klägerin hierfür tatsächlich nur angesetzten 9.055,00 DM (Bl. 41 d.A.) = 495,00 DM netto = 574,20 DM brutto hinzuzurechnen.

101

c)	102
Die von der Klägerin im Übrigen erhobenen Einwendungen gegen die Abrechnungen sind hingegen nicht berechtigt.	103
So differenziert der Sachverständige entgegen der Annahme der Klägerin sehr wohl zutreffend zwischen den Fertigstellungskosten einerseits sowie den für die Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen andererseits, so dass die Minderleistungen auch nicht zweimal abgezogen wurden. Dabei hat der Sachverständige zunächst klargestellt, dass er die von der Klägerin erbrachten Leistungen vor Ort aufgrund des von ihr verwendeten Systems „2100“ in Abgrenzung von dem System „2000“, welches von der Fa. G eingebaut wurde, hat bestimmen können (S. 11 des Gutachtens vom 05.07.2012 = Bl. 1191 d.A.). Wie seiner Auflistung auf S. 33 ff seines Gutachtens (Bl. 1212 ff d.A.) zu entnehmen ist, hat er für die eingebauten Fenster insgesamt auch einen Einbau von Putzanschlusswinkeln berücksichtigt und Abzüge beim Werklohn nur da vorgenommen, wo Leistungen entweder fehlten oder aber, wie bei den Griffen, in einer minderen Ausführung erbracht worden sind. Die echten Mängelbeseitigungskosten werden dann gesondert ab S. 42 ff des Gutachtens (Bl. 1225 ff d.A.; vgl auch S. 7 unten des Gutachtens = Bl. 1207 d.A.) behandelt. Dies hat der Sachverständige in seiner mündlichen Anhörung vom 14.04.2015 auch noch einmal ausdrücklich bestätigt (Bl. 1507R, 1508 d. A.).	104
Zwar trifft es zu, dass sich die Kalkulationsunterlagen, die die Klägerin auf Wunsch des Sachverständigen mit Schriftsatz vom 03.09.2010 eingereicht hatte, zwischenzeitlich nicht bei den Akten befanden und erst im Rahmen des Senatstermins vom 24.11.2016 noch einmal vorgelegt wurden. Dies veranlasst jedoch nicht zu einer ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen oder gar einer abweichenden Beurteilung. Denn zum einen beruht die Ermittlung der erbrachten Leistungen selbst – worauf bereits hingewiesen wurde - auf der gemeinsamen Bestandsaufnahme, die der Sachverständige mit den Parteien durchgeführt hat. Diese Daten und nicht etwa die Angaben der Fa. F wurden bei der weiteren Berechnung zugrunde gelegt, wie sich etwa ausdrücklich aus den Ausführungen zur Anzahl der Fassadenelemente an der Fassade 4 (S. 17 des Gutachtens = Bl. 1191 d.A.) sowie der Anzahl der Fassadenelemente der Fassade 10 (S. 23f des Gutachtens = Bl. 1203 d.A.) ergibt. Hier wurden jeweils mehr Leistungen zugunsten der Klägerin als erbracht zugrunde gelegt als von der Fa. F ermittelt. Für die kalkulatorischen Berechnungen hat der Sachverständige entsprechend seinen Ausführungen (S. 5 ff des Ergänzungsgutachtens vom 04.05.2014 = Bl. 1367 ff d.A.) all diese Unterlagen berücksichtigt, was eine Überprüfung der im Gutachten übernommenen Daten der Klägerin zu den nicht erbrachten Teilleistungen anhand der nunmehr vorliegenden Kalkulation bestätigt hat. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung des Senats vom 24.11.2016 wurde ebenfalls noch einmal stichprobenartig nachvollzogen, dass sich die von dem Sachverständigen als nicht erbracht deklarierten Teilleistungen gleichermaßen in den Aufstellungen der Klägerin zur Teilschlussrechnung sowie auch zur Schlussrechnung wiederfinden. Im Übrigen fehlt es aber auch an einem Vortrag der Klägerin dazu, wo konkret die Ansätze des Sachverständigen von der eigenen Kalkulation abweichen sollen. Hierauf hat der Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich hingewiesen, zu ergänzendem Vortrag waren weder der anwesende Geschäftsführer noch der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der Lage.	105
Ferner ist es unerheblich, dass der Sachverständige auf die Erstellung einer Tabelle, wie in Ziff. 5 des Beweisbeschlusses des Landgerichts vom 15.09.2009 (Bl. 1033 R d.A.) verlangt, verzichtet hat. Denn alle mit dieser Beweisfrage gewünschten und vor allem für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlichen Daten hat er zum einen in einer Skizze zur	106

Fassadenaufteilung (S. 11 des Gutachtens vom 05.07.2012 = Bl. 1191 d.A.) und zum anderen ab S. 13 ff dieses Gutachtens (Bl. 1193 ff d.A.) in einer minutiösen Darstellung der tatsächlich erbrachten Leistungen zusammengestellt.

Insgesamt lassen die Ausführungen des Sachverständigen keine Zweifel an der Überzeugungskraft seiner Ausführungen aufkommen. Seine tatsächlichen Erhebungen werden durch die Parteien nicht in Zweifel gestellt, die von ihm zugrunde gelegten Daten entsprechen den von den Parteien vorgelegten Unterlagen, seine Schlussfolgerungen sind widerspruchsfrei, in sich schlüssig und können anhand der Detailskizzen, der vorhandenen Fotos sowie der weiteren in Bezug genommenen Schriftstücke, wie etwa dem Produktkatalog der Fa. D GmbH oder der Kalkulation der Klägerin problemlos nachvollzogen werden. Soweit hinsichtlich der konkreten Abrechnung minimale Korrekturen vorzunehmen waren, stellen diese zu vernachlässigende Flüchtigkeitsfehler dar, die die Überzeugungskraft der gutachterlichen Stellungnahme im Übrigen in keiner Weise schmälern. 107

d) 108

Die so ermittelte Werklohnforderung ist auch fällig. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, befinden sich die Parteien in einem Abrechnungsverhältnis, nachdem die Beklagte die Arbeiten hat drittseitig fertigstellen lassen und ausschließlich mit Gegenansprüchen aufrechnet. Einer Abnahme bedarf es mithin nicht mehr (BGH Urt v. 11.05.2006 – VII ZR 146/04, BauR 2006, 1294). 109

3. 110

Von der auf diese Weise ermittelten Werklohnforderung (94.157,94 DM) ist zunächst die von der Beklagten erbrachte Teilzahlung in Höhe von 62.000,00 DM in Abzug zu bringen. 111

Der verbleibende Restbetrag von 32.159,10 DM ist durch die erklärte Aufrechnung der Beklagten mit den durch den notwendigen Einbau von Kedern im Bereich der Putzanschlusswinkel entstandenen Mängelbeseitigungskosten sowie den Mehrkosten für die Fertigstellung der Arbeiten gem. § 389 BGB erloschen. 112

a) 113

Die Beklagte kann der Klägerin gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B die Mehrkosten in Höhe von 24.014,32 DM entgegen halten, die ihr für die Fertigstellung der Fassadenbereiche entstanden sind, die von der Klägerin nicht, und zwar auch nicht teilweise, bearbeitet worden sind. 114

Denn die Beklagte war berechtigt, nach Entziehung des Auftrages einen Dritten, hier vornehmlich die Fa. G, mit der Fertigstellung zu beauftragen und die hierbei im Verhältnis zu den bei einer Leistungserbringung durch die Klägerin entstehenden Mehrkosten einzufordern (vgl. OLG Düsseldorf BauR 1991, 216). Dabei sind die Mehrkosten und evtl. weitere Schäden im Einzelnen abzurechnen. Die in § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B genannte Frist von 12 Werktagen für die Aufstellung über die entstandenen Mehrkosten stellt nach h.M. keine Ausschlussfrist dar (BGH BauR 2000, 571), so dass eine evtl. Verzögerung der Aufstellung durch die Beklagte im vorliegenden Fall unerheblich ist. Die Aufstellung der Mehrkosten muss auch nicht stets den Anforderungen an eine prüfbare Rechnung gem. § 14 Nr. 1 VOB/B entsprechen, sofern sie nur den Kontroll- und Informationsinteressen des Auftraggebers Genüge tut (BGH aaO). In der Höhe hat sich der Mehraufwand in vertretbaren Grenzen zu halten (OLG Nürnberg, BauR 2001, 415). 115

Diesen Anforderungen werden die hier von der Beklagten geltend gemachten Mehraufwendungen gerecht. Die von ihr vorgelegte Abrechnung (gelber Ringordner) war für den Sachverständigen ohne Weiteres prüfbar und ist im Ergebnis angesichts der Tatsache, dass noch über 80 % der Gesamtleistung zur Erbringung ausstanden, moderat ausgefallen. Sie ist aber auch hinsichtlich des konkret ermittelten Betrages zutreffend, wie der Sachverständige in seinem Gutachten feststellte (S. 26 des Ergänzungsgutachtens vom 04.05.2014 = Bl. 1388 d.A.); insbesondere basiert sie nicht nur auf von der Fa F ermittelten Daten. Denn es ist unstreitig und wurde auch im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 24.11.2016 durch den Geschäftsführer der Klägerin noch einmal ausdrücklich eingeräumt, dass der Umfang der durch die Klägerin nicht erbrachten Leistungen dem entspricht, was durch die Fa G in ihrer Schlussrechnung vom 16.11.2000 (Bl. 98 ff des gelben Ringordners) abgerechnet und in der Aufstellung der Beklagten (Bl. 78 des gelben Ringordners) dokumentiert worden ist. Ebenfalls wurden in der vorgenannten Aufstellung die Einheitspreise der Klägerin für die jeweiligen Leistungen zutreffend übernommen. Die dem gegenübergestellten Preise der Fa. G entsprechen schließlich denjenigen, die auch bereits Gegenstand ihres Ausschreibungsangebotes zu dem streitgegenständlichen Sanierungsvorhaben waren. Der Senat hat keinen Zweifel daran, dass es sich hierbei um angemessene Preise handelt. Zum einen folgt dies bereits daraus, dass die Preisdifferenzen durchweg gering ausfallen und zudem auf noch für das Jahr 1998 kalkulierten Preisen beruhen. Hinzu kommt, dass die Preisansätze der Fa. G in manchen Bereichen (Pos. 1.170, 1.190, 1.2.100 und 1.2.120) sogar unter den Angebotspreisen der Klägerin liegen. Aufgrund dessen und weil die Feststellungen zu den tatsächlich erbrachten Leistungen – wie aufgezeigt - nur zugunsten der Klägerin von den Ergebnissen der Fa. F abweichen, wirkt sich der Umstand, dass die Klägerin an den Tatsachenerhebungen des Privatsachverständigen nicht beteiligt war, nicht aus. Aufgrund der Tatsache, dass sich die gegenüber gestellten Einheitspreise an den ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen orientieren, ist es unerheblich, dass es später zu einer Änderung beim Fenstersystem gekommen ist. Denn das von der Fa. G eingebaute System „D 2000“ ist nach einhelliger Auffassung der Parteien mit dem ausgeschriebenen System „D 5000“ zumindest gleichwertig, laut der Klägerin sogar höherwertiger (S. 7 des Schriftsatzes vom 23.11.1999 = Bl. 333 d.A.). Abgerechnet wurde aber durch die Fa. G nur der ursprüngliche Angebotspreis für das System „D 5000“. Soweit die Fensterbankunterkonstruktion in der Form von Bügeln und Haften zur Ausführung gekommen ist, wurde bereits dargelegt, dass es sich hierbei um eine dem Detail K entsprechende Konstruktion handelte und daher keinen Mehrvergütungsanspruch begründet hätte. Abgesehen davon hat aber auch die Fa. G an dieser Stelle keine Mehrkosten, sondern nach den ursprünglichen Preisen abgerechnet, so dass sich das Fehlen dieses Aspektes auf beiden Seiten im Ergebnis egalisiert. Wenn die Klägerin dann schließlich bestreitet, dass die von der Fa. G abgerechneten Leistungen tatsächlich erbracht wurden, so erfolgt dieses Bestreiten nur pauschal und damit unbeachtlich, da es hierfür zumindest eines ansatzweise konkreten Vorbringens in Bezug auf einzelne Punkte bedurft hätte, um die Abrechnung in Zweifel ziehen zu können. Soweit dieses Bestreiten auf Einzelleistungen wie das Einbringen der Keder und die Fensterbankunterkonstruktion gemäß dem Detail K gerichtet ist, so hat im ersten Fall der Sachverständige durch Überprüfungen den Einbau der Keder durch die Fa. G vor Ort bestätigt gefunden. Für die Unterkonstruktionen ergibt sich die Umsetzung der Planung hingegen bereits aus dem von der Klägerin selbst vorgelegten Foto CC 15. Abgesehen davon, dass es an einem substantiierten Bestreiten der Klägerin zur Höhe der von der Fa. G abgerechneten Kosten fehlt, trägt diese aber als Veranlasserin der Mehrkosten auch das sog. Prognoserisiko hinsichtlich der Erforderlichkeit der von dem Auftraggeber ergriffenen Maßnahmen, die dieser als vertretbar ansehen durfte (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.06.2011 – AZ: 21 U 100/10; OLG Bamberg, Urteil vom 01.04.2005 – AZ: 6 U 42/04; OLG Hamm, Urteil vom 25.11.2014 – AZ: 24 U 64/13).

b)	117
Soweit die Beklagte darüber hinaus in ihrer Aufstellung zum Schriftsatz vom 08.02.2013 (Bl. 1314 d.A.) auch sog. Baustellenmehrkosten für die Putzarbeiten der Fa. I in Höhe von 15.669,65 DM geltend gemacht hat, so fehlt es insoweit bereits an einem hinreichenden Vortrag. Hierfür hätte es – einen prinzipiellen Verzug der Klägerin unterstellt - genauerer Darlegungen zur Kausalität dieses Verzuges für die Verlängerung der Sanierungsdauer von 224 Tagen bedurft, zumal die Kündigung bereits 13 Tage nach der geplanten Fertigstellung des 2. Teilabschnitts erfolgte. Der bloße Hinweis auf die durch den Schulbetrieb notwendige Einstellung der Arbeiten und der damit einhergehenden Verkehrssicherungspflichten ist einer genauen Subsumtion nicht zugänglich. Hierauf hat auch der Sachverständige H in seinem Ergänzungsgutachten vom 04.05.2014 (dort S. 24 = Bl. 1386 d.A.) zutreffend hingewiesen.	118
c)	119
Die Beklagte kann hingegen gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B mit Nachbesserungskosten für die Mängelbeseitigung im Bereich der von der Klägerin eingebauten Putzanschlusschienen in Höhe von 8.267,06 DM aufrechnen.	120
Insoweit gilt prinzipiell, dass dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Ersatz der entstandenen Nachbesserungskosten gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B ohne weiteres für diejenigen Mängel zusteht, wegen derer die Kündigung ausgesprochen worden ist (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 9. Teil Rn. 44). Dies ist vorliegend, wie bereits dargelegt, für den Bereich der wegen der fehlenden Keder mangelhaft eingebauten Putzanschlusswinkel der Fall. Insoweit hat der gerichtlich bestellte Sachverständige H einen Nachbesserungsaufwand von 8.267,06 DM ermittelt. Bedenken gegen die Berechnungen des Gutachters bestehen nicht. Insbesondere hat der Sachverständige im Rahmen seiner mündlichen Anhörung vom 14.04.2015 (Bl. 1507R/1508 d.A.) ausgeführt, dass hinsichtlich des Umfangs der von der Fa. G durchgeführten Nachbesserungsarbeiten vor Ort konkrete Feststellungen darüber getroffen worden sind, welche Winkel vorhanden – und damit nachbesserungsbedürftig - waren und welche nicht. Eine Abgrenzung wurde insoweit auch durch die im Rahmen der mündlichen Verhandlung unstreitig gestellte Tatsache erleichtert, dass die von der Klägerin eingebrachten Putzanschlusswinkel sämtlich die Fenster mit der Pos. 1.1. betrafen, die einen Anschluss an die Blechfassade vorsahen, während sie im Bereich der Fenster mit der Pos. 1.2., die einen Anschluss an einen zu verputzenden Wandbereich vorsahen, durchweg fehlten. Das Vorhandensein der durch die Fa. G eingebauten Winkel nebst Keder ist – dies wurde bereits dargelegt - durch die stichprobenweise durchgeführte Kontrolle des Sachverständigen belegt worden. Weitere konkrete Einwände hat die Klägerin gegen diese Abrechnung nicht erhoben.	121
d)	122
Auf den Ersatz der für die Falzherstellung sowie den Austausch der Verglasung geltend gemachten Kosten besteht hingegen ein Anspruch der Beklagten nicht.	123
Denn die Klägerin hat entgegen der Annahme des Landgerichts das Nachbesserungsrecht für die Mängel, auf die sich die Kündigung nicht bezog, noch nicht verloren.	124
Soweit den von dem Auftragnehmer erbrachten Leistungen Mängel anhaften, die nicht Grund für die Kündigung waren, bestehen die normalen Gewährleistungsansprüche fort, d.h., der Auftraggeber kann grundsätzlich weiterhin Mängelbeseitigung verlangen, muss dem Auftragnehmer aber – und zwar auch bei einer Kündigung aus wichtigem Grund - vor einer	125

Selbstvornahme Gelegenheit zur Nachbesserung geben (Joussen/Vygen, aaO, § 8 Abs. 3 Rn. 54). Soweit eine Abnahme – wie hier - noch nicht erfolgt ist, ergeben sich die Ansprüche insoweit nur aus § 4 Nr. 7 VOB/B. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber, soweit er Selbstvornahmekosten geltend machen will, dem Auftragnehmer erneut eine Frist mit Kündigungsandrohung setzen und dann den Auftrag entziehen muss, um Ansprüche nach § 8 Abs. 3 VOB/B geltend machen zu können (Joussen/Vygen, aaO, § 8 Abs. 3, Rn. 55). Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn der Auftragnehmer die Beseitigung weiterer Mängel bereits endgültig abgelehnt hat (BGH BauR 2009, 99, 100; BauR 2012, 643; Joussen/Vygen, aaO, Rn. 8). Gleiches gilt, wenn sich der Auftragnehmer bislang als derart unzuverlässig gezeigt hat, dass dem Auftraggeber eine Fortführung der Zusammenarbeit im Zusammenhang mit der Beseitigung dieser weiteren Mängel unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr zuzumuten ist (Joussen/Vygen, aaO, § 8 Abs. 3, Rn. 8 und § 8 Abs. 6, Rn. 8ff). Insoweit wird zwar vorgeschlagen, die Differenzierung zwischen Restleistung und Mängelbeseitigung aufzuheben und dem Auftraggeber zu gestatten, sogleich die Mängelkosten von dem offenen Werklohn abzuziehen (Vogel, BauR 2011, 313, 317f und Peters NZBau 2012, 11,15). Diese Meinung widerspricht aber dem eindeutigen Wortlaut des § 8 Abs. 3 VOB/B als abschließender Regelung und ist daher abzulehnen (BGH BauR 2009, 1736, 1737; Joussen/Vygen, aaO, § 8 Abs. 3, Rn. 56).

Fristen zur Nachbesserung wurden der Klägerin in Bezug auf die hier in Rede stehenden Mängel aber nicht gesetzt. 126

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass eine Fristsetzung wegen der Verweigerungshaltung der Klägerin und wegen des bestehenden Zeitdrucks entbehrlich gewesen sei, ist dem nicht zu folgen. Die Tatsache, dass die Klägerin in Bezug auf zwei Punkte nicht bereit war, Anordnungen der Beklagten – kostenneutral – zu befolgen bedeutet nicht, dass sie generell nicht zur Nachbesserung bereit gewesen wäre. Eine so weitgehende Erklärung hat sie weder abgegeben noch kann sie aus dem sonstigen Verhalten entnommen werden. So hat der Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen der Beweisaufnahme die Sollabweichungen hinsichtlich der Verglasung sowie der Griffoliven sofort eingeräumt. Zum anderen liegen auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, eine Unzumutbarkeit der Beklagten für weitere Fristsetzungen zur Nachbesserung annehmen zu können. Hierfür sind besondere Umstände erforderlich, weil ansonsten entgegen der Grundregel doch jede wirksame Kündigung die sofortige Befugnis zur uneingeschränkten Ersatzvornahme zur Folge hätte. 127

4. 128

Damit ergibt sich folgende Abrechnung, nach der eine Restforderung zugunsten der Klägerin nicht besteht: 129

1. Vergütung der Klägerin:	94.157,94 DM brutto	130
2. Geleistete Zahlungen:	- 62.000,00 DM	
Zwischensumme	32.157,94 DM	
3. Aufrechnung (vgl. Bl. 1411 d.A.)		
a) Nachbesserungskosten Putzanschlussschienen	- 8.267,06 DM	

b) Austausch Verglasung	-----
c) Falzherstellung/Änderung	-----
d) Mehrkosten Nachunternehmer	- 24.014,32 DM
Rest:	- 123,44 DM

5.	131
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	132
6.	133
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.	134
<u>Streitwert erster und zweiter Instanz: 207.961,53 €.</u>	135
Antrag zu 1): 207.961,53 €	136
Antrag zu 2): 0	137
Die im Antrag zu 2) geltend gemachten Zinsen, finden bei der Streitwertbemessung gem. § 4 Hs. 2 ZPO keine Berücksichtigung.	138
Werden neben einer Hauptforderung Verzugszinsen geltend gemacht, so sind diese bei der Berechnung des Streitwertes nicht besonders zu berücksichtigen und zwar auch dann nicht, wenn die Zinsen im Klageantrag ausgerechnet sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der Zinsanspruch wegen einer Klagerücknahme, eines Verzichts o.ä. verselbständigt hat. (Zöller/Herget, ZPO, 34. Auflage, § 4 Rn. 8). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.	139