

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: i5u92_07
letzte Aktualisierung: 10.3.2010

OLG Düsseldorf, 28.5.2009 - I-5 U 92/07

BGB §§ 634, 280; VOB/B §§ 4 Nr. 7 S. 3, 8 Nr. 3

Erstattungsfähigkeit von Kosten eines Privatsacheverständigengutachtens als Werkvertragsrecht

1. Ist die Vergütungsklage des Werkunternehmers nur wegen der vom Besteller erklärten Aufrechnung mit Gegenforderungen abgewiesen worden, so ist die Klageforderung als solche rechtskräftig festgestellt, wenn nur der Kläger ein Rechtsmittel eingelegt hat.
2. Für eine wirksame Anschlussberufung ist es zwar nicht erforderlich, dass der Berufungsbeklagte das Anschlussrechtsmittel als solches ausdrücklich bezeichnet; jedoch muss klar und eindeutig der Wille des Berufungsgegners zum Ausdruck kommen, eine Änderung des vorinstanzlichen Urteils zu seinen Gunsten zu erreichen. Aus dem Vorbringen des Berufungsbeklagten in der Berufungserwiderung muss zweifelsfrei hervorgehen, dass er sich durch das vorinstanzliche Urteil beschwert fühlt und deshalb einen Angriff vortragen will, der den Streitgegenstand der Rechtsmittelinstanz erweitert.
3. Ersatz von Fremdnachbesserungskosten nach §§ 4 Nr. 7 Satz 3, 8 Nr. 3 VOB/B kann der Auftraggeber regelmäßig nicht für Mängelbeseitigungsmaßnahmen verlangen, die von ihm durchgeführt oder veranlasst wurden, bevor er dem Auftragnehmer den Auftrag nach § 8 Nr. 3 VOB/B entzogen hat. Ohne Entziehung des Auftrages steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Kostenvorschuss oder auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten dann zu, wenn der Auftragnehmer endgültig und ernsthaft die vertragsgemäße Fertigstellung verweigert hat.
4. Kosten für Privatsachverständigengutachten stellen einen erstattungsfähigen Schaden dar, wenn die Beauftragung erforderlich war, um dem Auftraggeber über die eingetretenen und noch zu erwartenden Mängel ein zuverlässiges Bild zu verschaffen. Regelmäßig steht dem Erstattungsanspruch nicht der Einwand entgegen, der Auftraggeber hätte ein selbstständiges Beweisverfahren einzuleiten können.

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf

auf die mündliche Verhandlung vom 07.05.2009

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht J...,

den Richter am Oberlandesgericht B... und die Richterin am Oberlandesgericht P...

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 23.07.2007 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 1. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf - Az: 1 O 284/02 – wird

Tenor: zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz trägt die Klägerin zu 91 % und die Beklagte zu 9%, die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 94% und der Beklagten zu 6% auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% der vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe des zu vollstreckenden Betrages geleistet hat.

Die Revision wird nicht zugelassen.

(Die Klägerin, ein Sanitär und Heizungsinstallationsunternehmen, wurde von der Beklagten, die das Bauvorhaben "Umschlagsanlage mit Verwaltungsgebäude" für ein Speditionsunternehmen in D... ausführen sollte, mit Vertrag vom 19.09.2001 mit dem Einbau der Sanitär- und Heizungsanlagen in das genannte Bauvorhaben zu einem Gesamtpreis von 168.200 DM brutto beauftragt. Auf den Inhalt des schriftlichen Bauvertrages nebst entsprechenden in Bezug genommenen Anlagen wird verwiesen. Ob und welche weiteren Vertragsunterlagen die Parteien bei Vertragsschluss neben den unter "2. Vertragsgrundlage" angeführten zusätzlichen Angebots- und Vertragsbedingungen und der dort erwähnten VOB Teil A bis C zur Vertragsgrundlage erhoben, ist streitig. Die Beklagte setzte die von ihrem Geschäftsführer unterschriebene Vertragsurkunde auf, sandte sie der Klägerin zu, die sie durch ihre Geschäftsführerin unterschreiben ließ und die Urkunde an die Beklagte zurücksandte, dies jedoch, nachdem sie unter Ziff. 4 handschriftlich ergänzt hatte "Vertragsgrundlage ist der Kostenvoranschlag vom 30.08.2001 und die darin enthaltenen Materialien". Wegen der weiteren handschriftlichen Ergänzungen wird auf die zu den Akten gereichten Ablichtungen des Vertragstextes verwiesen.

Nachdem die Beklagte drei von der Klägerin angeforderte Abschlagszahlungen in voller Höhe geleistet hatte, erbrachte sie auf eine Abschlagsforderung der Klägerin vom 23.01.2002 trotz mehrfacher Mahnungen der Klägerin, zuletzt mit Fristsetzung bis zum 11.04.2002 lediglich eine Teilzahlung von 4.384,80 € Die Beklagte übersandte der Klägerin das von dem Architekten des Bauherrn S... angefertigte Protokoll der Begehung der Baustelle vom 13.06.2002 durch Mitarbeiter der Beklagten und des Bauherrn sowie dessen Architekten und rügte unter dem 21.06.2002 weitere Mängel. Zuvor hatte am 18.04.2002 eine Baubegehung durch Mitarbeiter der Klägerin und der Beklagten stattgefunden Die Beklagte ließ Leistungen der Klägerin durch die Sanitärfirma S... überprüfen und übersandte an die Klägerin eine Mängelzusammenstellung vom 26.06.2002. Mit Anwaltsschreiben vom 08.07.2002 forderte die Beklagte die Klägerin unter Nachfristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung zur Mängelbeseitigung auf. Ebenfalls mit anwaltlichem Schreiben vom 26.08.2002 forderte die Beklagte die Klägerin zur weiteren Mängelbeseitigung mit Fristsetzung diesmal bis zum 03.09.2002 auf. Ende August 2002

beauftragte die Beklagte den Privatgutachter K... mit der Begutachtung der klägerischen Leistung. Der Privatgutachter stellte diverse Mängel fest und bezifferte die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten mit 16.769,19 € Mit anwaltlichem Schreiben vom 11.09.2002 entzog die Beklagte der Klägerin den Auftrag und forderte sie mit Schreiben vom 30.09.2002 und 01.10.2002 zur Beseitigung neu aufgetauchter Mängel auf. Nachdem die Klägerin mit der im Mai 2002 anhängig gemachten Zahlungsklage zunächst die Zahlung von Abschlagsrechnungen gefordert hatte, erstellte sie – die Klägerin – unter dem 18.12.2002 ihre Schlussrechnung mit einem Endbetrag von 94.101,60 € aus der wegen der erbrachten Teilzahlungen noch 31.593,14 € offen stehen. Die Klägerin setzte der Beklagten eine Zahlungsfrist bis zum 01.01.2003. Am 14.03.2003 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 24.03.2003 zur Abnahme ihrer Leistungen auf.

Ab Ende 2001 hatte die Beklagte der Klägerin den Zusatzauftrag zur Montage eines Warmwasserboilers zu dem Pauschalpreis von 3.558,59 €erteilt. Die Klägerin stellte der Beklagten diese Arbeiten mit Schreiben vom 21.12.2001 in Rechnung und setzte eine Zahlungsfrist bis zum 20.02.2002. Der aus der Schlussrechnung vom 18.12.2002 noch offene Betrag von 31.593,14 €sowie die Forderung aus dem Zusatzauftrag hinsichtlich des Wasserboilers stellen die Klageforderung dar. Unter dem 05.09.2003 rügte die Beklagte weitere Mängel auch bezüglich des Warmwasserboilers und setzte mit Anwaltsschreiben vom 21.10.2003 eine letzte Nachbesserungsfrist bis zum 03.11.2003.

Die Klägerin hat erstinstanzlich behauptet, die handschriftlichen Ergänzungen der Vertragsurkunde unter Ziffer 2 und unter Ziffer 5 seien noch nicht vorhanden gewesen, als sie die Vertragsurkunde unterschrieben habe. Der Bauleiter der Beklagten H... habe die Eintragungen nachträglich auf die Vertragsurkunde gesetzt. Ein Raumbuch sei ihr trotz mehrfacher Anforderungen nie zugesandt worden. Anlässlich einer Ortsbesichtigung auf der Baustelle habe sie bereits am 17.10.2001 darauf hingewiesen, dass sie das Raumbuch dringend benötige. Sie habe ihr Angebot zwar anhand des Leistungsverzeichnisses der Beklagten erstellt, dieses sei jedoch unbrauchbar gewesen und habe zum Teil Ausstattungsteile benannt, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr lieferbar gewesen seien. Mit dem Zeugen H..., dem Bauleiter der Beklagten, sei vereinbart worden, dass allein der Kostenvoranschlag der Klägerin maßgeblich sein solle. Die Beklagte habe die Arbeiten der Klägerin bei der Baubegehung am 18.04.2001 als weitgehend mangelfrei abgenommen. Vorhandene Mängel seien beseitigt worden.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 35.151,73 €nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.558,59 €seit dem 20.02.2002, aus 18.152,96 €seit dem 11.04.2002 sowie aus 13.440,18 €seit dem 01.01.2003 zu zahlen.

Die Beklagte hat auf Klageabweisung angetragen. Sie hat hierzu im Wesentlichen folgendes vorgetragen:

Grundlage des Vertrages seien das Leistungsverzeichnis der Beklagten vom 13.08.2001 und das der Klägerin am 13.07.2001 zugesandte Raumbuch. Ihr seinerzeitiger Bauleiter H... sei nicht befugt gewesen, Änderungen der Vertragsgrundlagen mit der Klägerin zu verabreden.

Die Beklagte hat die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen bzw. Zahlungsansprüchen aus Mangelhaftigkeit der Leistung der Klägerin in die Klageforderung übersteigender Höhe erklärt. Hierzu hat sie behauptet: Die Leistungen der Klägerin seien mangelhaft und mit zeitlicher

Verzögerung erbracht. Für die Einholung der Gutachten des Privatsachverständigen K... habe sie insgesamt 9.775,98 € aufbringen müssen. Ihr seien für Beseitigung von Mängeln an den Arbeiten der Klägerin Ersatzvornahmekosten in Höhe von insgesamt 8.443,30 € netto entstanden. Für die Lieferung von Waschtischplatten habe sie gemäß der Abrechnungen der Firma S... einen Betrag von 1.259,70 € aufbringen müssen. Die Kosten für den erforderlichen hydraulischen Abgleich der Heizungsanlage hätten gemäß der Abrechnung der Firma V... Wärmetechnik insgesamt 9.872,50 € netto betragen. Schließlich würden noch voraussichtliche Kosten für die Erstellung von Revisionsplänen für die Heizungs- und Sanitäreinrichtungen in Höhe von 3.465 € anfallen.

Hilfsweise hat die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen weiterer Forderungen und wegen eines angeblichen Freistellungsanspruches gegen die Klägerin in Höhe von 97.145,46 € geltend gemacht.

Die Klägerin hat dem entgegengehalten, die Beklagte habe ihre Schadensminderungspflicht verletzt, als sie das Privatgutachten in Auftrag gegeben habe, anstatt ein selbstständiges Beweisverfahren einzuleiten. Brandschutzmaßnahmen und alle notwendigen Isolierarbeiten habe sie vollständig durchgeführt. Anstelle des Austausches des Ausdehnungsgefäßes hätte der Anschluss eines zweiten kleineren Ausdehnungsgefäßes ausgereicht. Als fehlend montierte Heizkörper und Waschtischplatten seien nicht Gegenstand des Auftrages gewesen. Die weiteren von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche hat die Klägerin dem Grunde und der Höhe nach bestritten.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Gutachtens nebst Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Z... und nach Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen die Klage abgewiesen. Ein sich aus § 631 Abs. 1 BGB a.F. i.V.m. § 2 VOB/B ergebender Restwerklohnanspruch sei in Höhe von 4.705,08 € nicht fällig geworden und im Übrigen durch Verrechnung mit Gegenansprüchen der Beklagten aus dem Bauvertrag und durch Aufrechnung der Beklagten mit Gegenansprüchen aus §§ 8 Nr. 3 Abs. 2 und 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B erloschen.

Das Landgericht ist auf der Grundlage des Pauschalpreises von 168.200 DM und der in der Rechnung ausgewiesenen Stundenlohnarbeiten auf Nachweis zu einer berechtigten Schlussrechnungssumme von 94.101,60 € zuzüglich der Werklohnforderung aus dem Zusatzauftrag für die Montage eines Wasserboilers in Höhe von 3.558,59 € gelangt. Abzuziehen seien:

- Abschlagszahlungen in Höhe von 62.508,46 €
- ein vereinbarter Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % der Bruttoabrechnungssumme des Ausgangsvertrages von 4.705,08 € gemäß Ziff. 3.3 des Bauvertrages. In dieser Höhe sei die Werklohnforderung nicht fällig geworden. Der Sicherheitseinbehalt sei berechtigt, da die Gewährleistungsfrist mangels Abnahmen auch nicht zu laufen begonnen habe.

Im verbleibenden Umfang vom 29.446,65 € sei die Werklohnforderung spätestens nach Ablauf von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnungen vom 21.12.2001 und bzw. 18.12.2002 fällig geworden. Dies gelte auch im Falle der vorzeitigen Auftragsbeendigung durch Entziehung des Auftrages. In Höhe von 564,61 € sei dieser Betrag durch den Abzug von jeweils 0,3 % der Bruttoabrechnungssumme für die Bauleistungsversicherung und für die Kosten vom Bauwasser und Baustrom erloschen.

Der fällige Restwerklohnanspruch in Höhe von dann 29.882,04 € sei in voller Höhe durch die

Aufrechnungen der Beklagten erloschen. Ein Anspruch auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten beliefe sich damit insgesamt auf 19.345,92 €. Eine weitere Aufrechnungsforderung hat die Kammer bejaht als Ersatzvornahmeforderung in Höhe von 969 € für die Lieferung von Waschtischplatten durch die Firma S.... Insgesamt sei damit der Restwerklohnanspruch in Höhe von 20.314,92 € erloschen. Des Weiteren habe die Beklagte berechtigterweise mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 9.775,98 € aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B für die von ihr aufgewandten vorprozessualen Kosten für den Privatgutachter K... aufgerechnet.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klageziel weiterverfolgt. Zur Begründung führt die Klägerin im Wesentlichen folgendes an:

Die von der Beklagten erklärten Aufrechnungen gehe bereits deshalb ins Leere, weil sie für die von ihr erklärten Aufrechnungen eine Reihenfolge nicht bestimmt habe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der vereinbarte Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % der Bruttoauftragssumme fällig und zwar spätestens zum 31.12.2007.

Die vom Landgericht aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung durchgeführten Abzüge seien nicht – jedenfalls nicht in der vorgenommenen Höhe – berechtigt. Soweit das Landgericht auf der Grundlage der Sachverständigengutachten Ersatzvornahmekostenansprüche entsprechend den Rechnungen der Firma S... bejaht habe, sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte diese Arbeiten nach Fertigstellung habe vornehmen lassen. Wegen des Vorschussanspruches hinsichtlich der für das Betreiben der Anlagen angeblich notwendigen Revisionspläne trägt die Klägerin vor, solche Revisionspläne habe die Beklagte bis zum heutigen Tage nicht erstellen lassen, obwohl das Gebäude bereits seit fünf Jahren genutzt werde. Dasselbe gelte für die Ersatzvornahmekosten in Höhe von 500 € für den Ablauf von maximal 3 l warmes Wasser an den Warmwasserzapfstellen im Obergeschoss. Die Klägerin beanstandet auch, dass die Kammer der Beklagten eine Ersatzvornahmekostenforderung in Höhe von 969 € für die Lieferung von Waschtischplatten der Firma S... zugebilligt habe und die entsprechende Aufrechnung habe durchgreifen lassen.

Die Beklagte könne nicht Ersatz von Kosten des von ihr eingeholten Privatgutachtens durch den Sachverständigen K... in Höhe von 9.775,98 € verlangen, da die Beklagte gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen habe.

Die Klägerin beanstandet die Feststellungen der Kammer zum Umfang der Vertragsgrundlagen und hierbei insbesondere die Beweiswürdigung der Aussagen der Zeugen H... und I... durch die Kammer. Sie meint, die Beklagte habe in erheblichem Maße gegen Obliegenheitspflichten verstoßen, indem sie ihr – der Klägerin - trotz mehrfacher mündlicher und schriftlicher Aufforderung das Raumbuch nicht übergeben habe.

Hiernach beantragt die Klägerin,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagten zu verurteilen, an sie 35.151,73 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.558,59 € seit dem 20.02.2002, aus 18.152,96 € seit dem 11.04.2002 sowie aus 13.440,18 € seit dem 01.01.2003 zu zahlen.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Berufung. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt sie die angefochtene Entscheidung gegen die Angriffe

der Berufung.

Eine Bestimmung der Reihenfolge sei für die Aufrechnung mit Gegenforderungen nicht erforderlich. Die Abnahme sei Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruchs auf Auszahlung des Sicherheitseinbehalts. Die Abnahme sei auch im Falle der Kündigung eines Bauvertrages erforderlich. Zu Unrecht sei das Landgericht von einer Restwerklohnforderung in Höhe von 94.101,60 €ausgegangen. Tatsächlich sei lediglich ein Pauschalpreis von 168.000 DM bzw. 85.887,04 €vereinbart worden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die Klägerin nicht berechtigt gewesen, Stundenlohnarbeiten auf Nachweis auszuführen.

Die vorgelegten Rechnungen der Sanitärfirma S... in Höhe von insgesamt 8.843,30 €bezögen sich auf Leistungen, die zur Beseitigung von Ausführungsmängeln der Klägerin, welche zuvor vom Sachverständigen K... überprüft und bestätigt worden seien, angefallen seien. Die Rechnungen der Firma V... in Höhe von insgesamt 9.842,50 €bezögen sich auf die Ausführung des hydraulischen Abgleichs der Heizungsanlage, dessen Fehlen der Sachverständige K... ausdrücklich bestätigt habe.

Bezüglich der Revisionspläne macht die Beklagte einen Schadensersatzanspruch in Höhe der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten aufrechnungsweise geltend und trägt näher zu dem ihr entstandenen Schaden vor. Auch wegen des vom Landgericht angenommenen Anspruchs in Höhe von 500 €für den Ablauf von maximal 3 l warmen Wassers an den Warmwasserzapfstellen im Obergeschoss stützt sich die Beklagte nunmehr auf einen Schadensersatzanspruch in Höhe der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten. Was die Kosten für den Einbau von vier Einbauwaschtischen betreffe, seien diese Waschtische im Raumbuch verzeichnet, das wiederum nach Ziff. 4.3.1 des Leistungsverzeichnisses für die Sanitärinstallation habe maßgeblich sein sollen.

Im Hinblick auf die Kosten für die Privatgutachten des Sachverständigen K... habe sie nicht die gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils sowie auf den Inhalt der im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

B)

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg (§ 513 ZPO). Weder hat die Klägerin einen sich zu ihren Lasten auswirkenden Rechtsfehler (§ 546 ZPO) im angefochtenen Urteil aufgezeigt noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zu berücksichtigenden Tatsachen eine vom Landgericht abweichende Bewertung der Sach- und Rechtslage zu Gunsten der Klägerin. Die klageabweisende Entscheidung des Landgerichts hält Ergebnis einer Überprüfung durch den Senat stand.

D)

Auf das zwischen den Parteien durch den Vertrag vom 11.09.2001 (Anlage K 1) begründete streitgegenständliche Vertragsverhältnis ist nach Art. 229 § 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB das alte, bis zum 31.12.2001 geltende Schuldrecht anwendbar; die Parteien haben über Ziffer 1.5 der über Ziffer 2. des schriftlichen Vertrages zur Vertragsgrundlage erhobenen Angebots- und Vertragsbedingungen der Beklagten die Geltung der VOB Teil B in der Fassung vom 2000 vereinbart.

II)

Das Landgericht ist in seinem insgesamt die Klage abweisenden Urteil ausweislich der Entscheidungsgründe von einem sich aus § 631 Abs. 1 BGB a.F. i.V.m § 2 VOB/B ergebenden Werklohnanspruch der Klägerin ausgegangen, der teilweise noch nicht fällig sei (in Höhe von 4.705,08 €) und im Übrigen in Höhe von 29.882,04 € aufgrund der berechtigten Aufrechnungen der Beklagten erloschen sei. Zu dem letztgenannten Betrag ist das Landgericht auf der Grundlage der Schlussrechnungssumme (der Schlussrechnung vom 18.12.2002) von 94.101,60 €

- zuzüglich der – nicht im Streit stehenden – Vergütungsforderung für den nachträglich beauftragten Einbau eines Warmwasserboilers in Höhe von 3.558,59 € brutto (= 6.000,-- DM brutto) abzüglich

- der unstreitigen Abschlagszahlungen in Höhe von 62.508,46 €
- des vertraglich nach Ziffer 3.3 des Vertrages vom 11.09.2009 vereinbarten Sicherheitseinhalts in Höhe von 5% der Bruttoabrechnungssumme = 4.705,08 € (deretwegen das Landgericht mangelnde Fälligkeit eines Auszahlungsanspruches angenommen hat)
- 0,3% der Bruttoabrechnungssumme von 94.101,60 € = 282,30 € für die Bauleistungsversicherung,
- sowie weiterer 0,3 % der Bruttoabrechnungssumme, ebenfalls 282,30 € für Baustrom und Bauwasser

gelangt.

1.

Die Wertung des Landgerichts hinsichtlich der ursprünglichen (abseits eines Erlöschens durch die von der Beklagten erklärten Aufrechnungen) Berechtigung der Klageforderung der Klägerin in Höhe von 29.882,04 € ist zwar nicht frei von Rechtsfehlern.

So ist die Annahme der Kammer von einem fälligen Werklohnanspruch in dieser Höhe mit Blick darauf bedenklich, dass bei einem – wie vorliegend - vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag die Abrechnung des dem Werkunternehmer zustehenden Vergütungsanspruches nach den allgemeinen, insbesondere von der BGH-Rechtsprechung herausgearbeiteten Abrechnungsanforderungen zu erfolgen hat. Hierbei ginge es nicht um den – von der Beklagten nicht und erst recht nicht innerhalb der Schlussrechnungsprüfungsfrist von 2 Monaten des § 16 Nr. 3 VOB/B erhobenen – Einwand fehlender Prüfbarkeit der Schlussrechnung, sondern um die schlüssige Darlegung des Vergütungsanspruches. Ob angesichts des eigenen Vortrages der Beklagten in der Klageerwiderung (GA 19), die Leistungen der Klägerin seien bis auf die Beseitigung wesentlicher Mängel fertig gestellt, die o.a. Darlegungsanforderungen hier nicht gelten, bedarf keiner vertieften Behandlung.

Auch steht die Fälligkeitsannahme des Landgerichts ohne Abnahme der Werkleistung der Klägerin durch die Beklagte nicht – mehr – im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der BGH hat mit Urteil vom 11.05.2005 – VII ZR 146/04 – NJW 2006, 2475f. seine frühere Rechtsprechung, wonach das infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung unfertige Werk keiner Abnahme bedarf, um die Vergütung fällig werden lassen, aufgegeben und vertritt

zunehmend die Auffassung, dass jedenfalls grundsätzlich auch nach Kündigung eines Bauvertrages die Werklohnforderung erst mit Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig werde.

Ebenfalls ist es fraglich, ob die Auffassung des Landgerichts, die Klägerin sei berechtigt, neben dem vereinbarten Pauschalpreis Stundenlohnarbeiten auf Nachweis abzurechnen, zutreffend ist. Von einer Stundenlohnabrede ist in dem Vertragstext nicht die Rede. Auch hat sich die Klägerin hierauf nicht berufen. Sie hat nur einen Vergütungsanspruch in einer den Pauschalpreis (von netto 74.137,32 € = 145.000,-- DM) übersteigender Höhe dargelegt. Sie beließ es im Rahmen der durch Schriftsatz vom 14.03.2003 erfolgten Klageerweiterung bei einem Verweis auf den Inhalt der Schlussrechnung, wo ab Position 98 (Seite 9 der Schlussrechnung) von Extra- bzw. Zusatzarbeiten die Rede ist, die teilweise in Stundenlohn teilweise nach Einheitspreisen für verwandtes Material berechnet werden. Konkreten Vortrag, wann welche rechtsgeschäftlichen Abreden über zusätzliche Arbeiten im Sinne des § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B getroffen worden seien, hat die Klägerin erstinstanzlich nicht dargetan. Ob es solchen substantiierten Vorbringen bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen für die in die Schlussrechnung eingestellten Mehrvergütungsansprüche angesichts des Fehlens konkreter Einwände der Beklagten gegen die Schlussrechnung bedurft hatte, muss nicht weiter erörtert werden.

2.

Weitergehender rechtlicher Überlegungen über den – ursprünglichen – Bestand und die Fälligkeit der Klageforderung abseits der Aufrechnungen durch die Beklagte bedarf es nicht, weil die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts rechtskräftig sind und damit einer Überprüfung durch den Senat entzogen sind. Ist die Klage nur wegen der Aufrechnung durch den Beklagten abgewiesen worden, so ist die Forderung rechtskräftig festgestellt, wenn nur der Kläger ein Rechtsmittel eingelegt hat (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl. 2007, Rz. 21 zu § 322). Dies rechtfertigt sich aus folgenden Überlegungen: Wenn die beklagte Partei im Wege der Aufrechnung eine Gegenforderung geltend macht, sind zwei selbständige Ansprüche anhängig: zum einen der Klageanspruch und zum anderen wegen der erweiterten Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO auch der zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch. Soweit das landgerichtliche Urteil über beide Ansprüche entscheidet, enthält es zwei prozessual selbständige Elemente des Streitstoffes. Ob dieser Streitstoff in die Rechtsmittelinstantz getragen wird, muss daher für jedes der beiden Elemente und auf jeden Teil beschränkt überprüft werden. Die Überwälzung eines solchen abtrennbaren Teil des Streitstoffes setzt die Einlegung eines Rechtsmittels (oder eines Anschlussrechtsmittels) durch die beschwerte Partei voraus (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 03.11.1989, V ZR 143/87, NJW 1990, 447, 449; Urteil vom 26.10.1994, VIII ZR 150/93, NJW-RR 1995, 240, 242).

Das landgerichtliche Urteil enthält zum einen das rechtskraftfähige Entscheidungselement der Feststellung des – fälligen – Bestehens der Werklohnforderung der Klägerin und zum anderen das Entscheidungselement der Feststellung der Aufrechnungsforderung und zwar in der Höhe der Werklohnforderung, wodurch die erstgenannte Forderung zum Erlöschen gebracht wurde (§ 389 BGB). Durch das erste Entscheidungselement des erstinstanzlichen Urteils wurde die Beklagte beschwert. Sie hat indessen kein Rechtsmittel eingelegt. Berufung hat nur die Klägerin gegen den sie beschwerenden zweiten Entscheidungsteil des Urteils, die Bejahung der Aufrechnungsforderung und der hieraus resultierenden Erlöschungswirkung eingelegt. Demgegenüber hat die Beklagte kein eigenes Rechtsmittel, auch keine Anschlussberufung gemäß § 524 ZPO eingelegt. Sie hat zwar innerhalb der ihr gesetzten Berufungserwiderungsfrist und damit innerhalb der für die Einlegung der Anschlussberufung geltenden Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO mit Schriftsatz vom 21.01.2008, dort Seite 2 = GA 733 beanstandet, das Landgericht sei zu Unrecht von einem Restwerklohnanspruch in Höhe von 94.101,60 €

ausgegangen (und damit im Ergebnis fehlerhaft zu dem letztlich fälligen Restvergütungsanspruch von 29.882,04 € gelangt). Dies führt jedoch entgegen der von der Beklagten geäußerten Auffassung nicht allein zu einer wirksamen Anschlussberufung. Ein Anschlussrechtsmittel muss zwar nicht als solches bezeichnet werden; jedoch muss klar und eindeutig der Wille des Berufungsgegners zum Ausdruck kommen, eine Änderung des vorinstanzlichen Urteils zu seinen Gunsten zu erreichen (vgl. BGH, Urteil vom 03.11.1989, NJW 1990, 447, 449). Nach diesen Maßstäben vermag der Senat ein wirksam eingelegtes Anschlussrechtsmittel nicht festzustellen.

Die Ausführungen der Beklagte im Schriftsatz vom 24.06.2008 (GA 784f), sie habe in ihrer Berufungserwiderung eine antragslose Anschlussberufung erhoben, geben keinen Anlass zu einer anderen als die vom Senat bereits mit Beschluss vom 08.05.2008 dargelegte Rechtsauffassung zur rechtskräftigen und bindenden Feststellung eines fälligen restlichen Vergütungsanspruchs durch das Landgericht. Der Beklagten kann zugestanden werden, dass bei der Auslegung von Prozesserkklärungen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Partei mit ihrer Prozesshandlung das erreichen will, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 19.10.2006, V ZB 91/06, NJW 2007, 769f). Geht es jedoch um die Frage der Auslegung einer Berufungserwiderung im Hinblick darauf, ob in ihr eine – antragslose - Anschlussberufung enthalten ist, müssen strengere Maßstäbe angelegt werden. Wie vom BGH in der o.a. angeführten Entscheidung (ebenso BGH, Urteil vom 11.05.1995, I ZR 86/03, NJW-RR 1995, 1119, 1120 unter III.; auch BVerwG, Beschluss vom 05.09.1994, 11 B 78/94, NVwZ-RR 1995, 58) betont worden ist, muss aus dem Schriftsatz – der Berufungserwiderung – zweifelsfrei hervorgehen, dass der Rechtsmittelbeklagte sich durch das vorinstanzliche Urteil beschwert fühlt und deshalb einen Angriff vortragen will, der den Streitgegenstand der Rechtsmittelinstanz erweitert. Für die Annahme eines Anschlussrechtsmittels ist es demnach nicht ausreichend, wenn neben dem Antrag auf Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels Einwendungen gegen die Begründetheit der Klageforderung erhoben werden. Gerechtfertigt sind diese strengen Maßstäbe an die Klarheit und Unzweideutigkeit eines Anschlussrechtsmittels mit dem Erwägung, dass der Gegner (Rechtsmittelführer) sich über das Risiko einer Abänderung des angefochtenen Urteils zu seinen Ungunsten bewusst sein können muss, denn nur dann kann er auf gesicherter Grundlage entscheiden, ob er angesichts dieses Risikos lieber sein eigenes Rechtsmittel zurücknehmen und damit dem Anschlussrechtsmittel den Boden entziehen will.

Nach alledem kann auch angesichts der Einwände der Beklagten in der Berufungserwiderung gegen die Annahme des Landgerichts von einem ursprünglichen Werklohnanspruchs in Höhe von 94.101,60 € nicht klar und eindeutig der Wille der Beklagten festgestellt werden, eine Änderung des vorinstanzlichen Urteils zu ihren Gunsten erreichen zu wollen. Damit ist die landgerichtliche Entscheidung nach den dargestellten Grundsätzen insoweit in Rechtskraft erwachsen, als es das Bestehen der Restvergütungsforderung der Klägerin in Höhe von 29.882,04 € festgestellt hat.

III.

Die Kammer hat ausweislich der Entscheidungsgründe den geltend gemachten Restwerklohnanspruch der Klägerin in Höhe von 4.705,08 € als nicht fällig angesehen, da die Beklagte zu einem Sicherheitseinbehalt in dieser Höhe aufgrund der vertraglichen Regelung in Ziffer 2.2 des Bauvertrages berechtigt sei. Dies will die Klägerin nicht gegen sich greifen lassen und greift den landgerichtlichen Ansatz, die vereinbarte Gewährleistungsfrist sei nicht abgelaufen, mit der Begründung an, durch die wirksame Auftragsentziehung durch die Beklagte mit Schreiben vom 11.09.2002 sei eine Abnahme ausgeschlossen, so dass im Jahre 2002 die

Gewährleistungsfrist zu laufen begonnen habe und die Frist damit spätestens am 31.12.2007 geendet habe. Dieser Berufungsangriff hat keinen Erfolg. Ein Anspruch auf Auskehr des vertraglich vereinbarten Sicherheitseinhalts kommt erst bei Ablauf der im Vertrag geregelten Gewährleistungsfrist von 5 Jahren und 6 Monaten in Betracht. Bislang kann eine (auch bei vorzeitiger Beendigung des Werkvertrages erforderliche) Abnahme oder abnahmegleiche Situation, durch die die Gewährleistungsfrist in Gang gesetzt worden sein könnte, nicht festgestellt werden.

Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verweist der Senat zunächst auf seine Erwägungen im Hinweisbeschluss vom 08.05.2008 auf Seite 2 unter I. 2.. Der Senat hat dort darauf hingewiesen, dass die Abnahmewirkungen weder über die Rechtsfolgen der Regelung des § 641 Abs. 1 Satz 3 BGB n.F. noch über die Abnahmefiktion des § 12 Nr. 5 VOB/B eingetreten sind. Des weiteren hat der Senat darauf verwiesen, dass das Abnahmeerfordernis entbehrlich wäre, wenn das Vertragsverhältnis vom Durchführungsstadium in ein reines Abwicklungsverhältnis umgewandelt worden sei, wovon ausgegangen werden könnte, wenn die Beklagte kein Mängelbeseitigungsverlangen mehr an die Klägerin gerichtet habe, sondern nur noch sekundäre Gewährleistungsrechte, also Mängelbeseitigungskosten geltend machte. Schließlich dürfte es zum Auslösen der Abnahmewirkungen ausreichend sein, wenn seitens der Klägerin ein Abnahmeverlangen gestellt worden sei und die Beklagte unberechtigter Weise die Abnahme verweigert habe. Auf diesen Hinweis hat die Klägerin, obwohl sie für das Vorliegen der tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen, unter denen sie die Auszahlung des Gewährleistungseinhalts verlangen kann, und damit auch für einen den Beginn des Laufes der Gewährleistungsfrist auslösenden Sachverhalt darlegungs- und beweisbelastet ist, nicht reagiert. Vor diesem Hintergrund sind lediglich noch folgende ergänzenden rechtlichen Anmerkungen veranlasst.

Auszugehen ist von dem rechtlichen Ansatz, dass auch ohne eine ausdrückliche, konkludente oder fiktive Abnahmeerklärung des Auftraggebers die Wirkungen der Abnahme ausgelöst werden, wenn der Auftragnehmer die Abnahme durch den Besteller verlangt, dieser aber dieses Ansinnen zurückweist, obwohl das Werk keine zur Abnahmeverweigerung berechtigende Mängel mehr aufweist, die Abnahmeverweigerung also unberechtigt erfolgte. Dass er an den Auftraggeber das Abnahmeverlangen gerichtet hat und dieses Verlangen zu Unrecht – weil keine Mängel (mehr) vorlagen – zurückgewiesen wurde, hat der Unternehmer darzutun.

Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auf die von der Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 14.03.2003 (GA 67 = K 12) an den Rechtsanwalt der Beklagten gerichtete Aufforderung zur Durchführung der Abnahme. Dass zu diesem Zeitpunkt die von ihr erbrachten Leistungen mangelfrei waren bzw. keine wesentlichen, zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mängel aufwiesen, wird von der Klägerin nicht hinreichend substantiiert dargetan. Mit Blick auf die seitens der Beklagten bzw. ihres Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 05.09.2003 (B 35 = GA 154) und vom 21.10.2003 (B 37 = GA 219) vorgebrachten umfangreichen Mängelrügen mit entsprechenden Beseitigungsaufforderungen wäre es Sache der Klägerin gewesen, im einzelnen darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, dass zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens sämtliche in der Folgezeit von der Beklagten gerügten Mängel nicht existent waren oder bereits von ihr – der Klägerin – beseitigt worden waren. An solchem Klägervorbringen fehlt es indessen. Auch ansonsten trägt die Klägerin nicht vor, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt von der Beklagten keinerlei primäre Mängelgewährleistungs- und damit Erfüllungsansprüche mehr geltend gemacht wurden, sondern nur noch sekundäre – monetäre Gewährleistungsansprüche.

In Erwägung all dessen verbleibt es dabei, dass die Gewährleistungsfrist nicht feststellbar bereits

zu einem Zeitpunkt zu laufen begonnen hat, so dass sie unter Berücksichtigung ihrer Dauer von 5 Jahren und 6 Monaten bereits jetzt abgelaufen wäre oder in naher Zukunft ablaufen würde und damit der Sicherheitseinbehalt zur Auszahlung fällig wäre.

IV.

Der rechtskräftig festgestellte fällige Restvergütungsanspruch der Klägerin in Höhe von 29.882,04 €(s.o.) ist aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung in vollem Umfang erloschen (§ 389 BGB).

1.

Von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten wurde in der mündlichen Verhandlung 10.04.2008 hinsichtlich der Reihenfolge der geltend gemachten Aufrechnungsforderungen klargestellt, dass die Forderungen, derer sich die Beklagte gegen die Klägerin berüht, in der Reihenfolge, in der sie vom Landgericht im angefochtenen Urteil geprüft wurden, und ansonsten in der Reihenfolge, wie sie in ihrem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 05.07.2005 benannt wurden, zur Aufrechnung gestellt werden sollen. Vor diesem Hintergrund kann die Berufung mit ihrem Einwand, die von der Beklagten erklärten Aufrechnungen gingen deswegen ins Leere, weil die Beklagte für die von ihr erklärten Aufrechnungen mit den ihr angeblich zustehenden Forderungen eine Reihenfolge nicht bestimmt habe, nicht durchdringen.

2.

Die berechtigten Gegenforderungen der Beklagten erreichen insbesondere unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 24.06.2008 eine Höhe von 30.420,36 € Im Einzelnen gilt folgendes:

a) Ersatzvornahmekosten entsprechend den Rechnungen der Firma S... in Höhe von insgesamt 8.365,90 €

Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.07.2002 (B 9) forderte die Beklagte die Klägerin zur Beseitigung der in dem Abnahmeprotokoll vom 19.06.2002 (B 4) und in dem Schreiben der Firma S... vom 26.06.2002 (B 7) aufgeführten Mängel bis zum 20.07.2002 unter gleichzeitiger Androhung der Auftragsentziehung auf. Unter dem 26.08.2002 (B 11) listete die Beklagte durch ihre Bevollmächtigten die noch nicht vollständig erledigten Mängel auf, setzte eine Nacherfüllungsfrist zur Beseitigung der restlichen Mängel bis zum 03.09.2002 und drohte erneut die Auftragsentziehung im Falle des fruchtlosen Fristablaufes an. Mit der Begründung, die Klägerin habe nicht sämtliche von ihr hiernach zu erledigenden Mängel beseitigt, entzog die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 11.09.2002 (B 12) der Klägerin den Auftrag.

Die Beklagte macht nunmehr zunächst die ihr durch die Beauftragung der Firma S... mit der Erledigung von Mängel entstandenen Kosten geltend. Hierbei handelt es sich um die Rechnungen der Firma S...

- vom 05.08.2002 über 1.715,60 € netto,
- vom 03.10.2002 über 3.785,09 € netto
- vom 16.11.2002 über 1.967,90 € netto und
- vom 17.12.2002 über 897,31 € netto (sämtliche Anlagenkonvolut B 24).

aa) Rechnung vom 05.08.2002 über 1.715,60 € netto

Ein Anspruch auf Ersatz dieser Fremdnachbesserungskosten kann der Beklagten nicht zuerkannt werden, und zwar abseits der Frage, ob sich diese Rechnung überhaupt auf das streitgegenständliche Bauvorhaben bezieht (in dem Betreff der Rechnung ist von einem "BV / K..." die Rede, während das streitgegenständliche Objekt in D... liegt). Evident ist die Firma S... vor der am 11.09.2002 erfolgten Auftragsentziehung mit der Durchführung der mit Schreiben vom 05.08.2002 abgerechneten Arbeiten beauftragt worden. Ersatz von Fremdnachbesserungskosten kann der Auftraggeber regelmäßig nicht verlangen, bevor er dem Auftragnehmer den Auftrag nach § 8 Nr. 3 VOB/B entzogen hat (vgl. BGH, Urteil vom 15-05-1986 - VII ZR 176/85 – NJW-RR 1986, 1148; Urteil vom 20.04.2000, VII ZR 164/99, NJW 2000, 2997; Oppler in Ingenstau/Korbion VOB/B, 15. Aufl. 2004, Rz. 62 zu § 4 Nr. 7 m.w. N.). Ohne Entziehung des Auftrages steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Kostenvorschuss oder auf Ersatz der Fremdnachbesserungskosten dann zu, wenn der Auftragnehmer endgültig und ernsthaft die vertragsgemäße Fertigstellung verweigert hat (vgl. BGH, Urteil vom 20.04.2000, VII ZR 164/99, NJW 2000, 2997). Eine solche Fallkonstellation kann indessen im Streitfall nicht festgestellt werden.

bb) Rechnung vom 03.10.2002 über 3.785,09 € Diese Rechnung der Firma S... ist erstattungsfähig, der Beklagten steht insoweit ein Aufrechnungsanspruch zu. Sie bezieht sich nach dem Betreff auf das streitgegenständliche Bauvorhaben ("Betreff BV B... / D..."). Abgerechnet werden Brandschutzmaßnahmen, deren Fehlen die Beklagte mit dem oben bereits erwähnten anwaltlichen Schreiben vom 26.08.2002 (B 11) unter Punkt 6 und 7 bemängelt hatte und auf die sich die sachverständigen Feststellungen des Sachverständigen Z... in seinem Gutachten vom 06.08.2004 Seite 38 zu Punkt 1.1; Seite 39 zu Punkt 1.11 und S. 4 zu Punkt 1.20 beziehen.

Der Senat hat im Hinweisbeschluss unter 3. a) bb) vom 08.05.2008 auf seine Bedenken im Hinblick auf die schlüssige Darlegung der Voraussetzungen für einen Ersatzvornahmeerstattungsanspruch in Bezug auf die in dieser Rechnung abgerechneten Arbeiten hingewiesen und der Beklagten aufgegeben ergänzend vorzutragen. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf diese Ausführungen im Ergänzungsbeschluss vollinhaltlich Bezug genommen. Dieser Auflage ist die Beklagte mit Schriftsatz vom 24.06.2008 (GA 787-789) in hinreichend konkreter und substantiierter Form nachgekommen. Sie hat im einzelnen dargelegt, dass sich die in der hier in Rede stehenden Rechnung angeführten Arbeiten auf die Beseitigung von Mängeln erstreckte, die zum einen bereits in den gutachterlichen Ausführungen des Privatsachverständigen K... behandelt und bestätigt wurden und zum anderen Gegenstand konkreter, vor der Auftragsentziehung erfolgter Mängelbeseitigungsaufforderungen mit verbundener Fristsetzung und Kündigungsandrohung gewesen sind. Die Klägerin ist diesem detaillierten Beklagtenvorbringen nicht entgegen getreten, so dass die Darstellung der Beklagten als zugestanden zu gelten hat. In rechtlicher Konsequenz folgt hieraus, dass die Aufrechnung in Höhe des Rechnungsbetrages der Rechnung vom 03.10.2002 von 3.785,09 € berechtigt ist.

cc) Rechnung der Firma S... vom 16.11.2002 über 1.967,90 €

An der Erstattungsfähigkeit dieser Rechnung bestehen keine Zweifel. Die Rechnung befasst sich mit der Installation eines Ausdehnungsgefäßes mit einem Inhalt von 300 Liter. Hierzu hat der Gerichtssachverständige Z... in seinem Gutachten vom 06.08.2004 ausgeführt, dass das ursprünglich von der Klägerin installierte Ausdehnungsgefäß mit einem Inhalt von 240 Litern nicht ausreichend groß gewesen sei, vielmehr das von der Firma S... eingebaute

Ausdehnungsgefäß mit 300 Litern Inhalt korrekt und ausreichend berechnet sei. Hierbei handelt es sich um einen Mangel, den die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 09.10.2002 (B 14) unter Punkt 1 gerügt hatte und den die Klägerin nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist beseitigt hatte. Substantiierte Einwände gegen die Höhe der geltend gemachten Ersatzvornahmekosten hat die Klägerin – trotz entsprechenden Hinweises unter 3. a) b) cc) im Beschluss des Senats vom 08.05.2008 - nicht erhoben.

dd) Rechnung der Firma S... vom 17.12.2002 über 1.547,31 €

Diese Rechnung befasst sich mit der Montage eines Heizkörpers im Treppenhaus.

Das Landgericht hat von dieser Rechnung lediglich die Materialkosten in Höhe von 897,31 € in Ansatz gebracht (11 UA oben = GA 673), damit die in dem Nettoschlussrechnungsbetrag von 1.547,31 € enthaltenen Monteurstunden in Höhe von 560,-- € nicht berücksichtigt. Da die Beklagte gegen das Urteil kein Rechtsmittel eingelegt hat, kann allenfalls der von der Kammer insoweit zugesprochene Betrag als Aufrechnungsforderung herangezogen werden.

Das Fehlen eines Plattenheizkörpers im Treppenbereich hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 15.07.2002 (GA 21) im vierten Spiegelstrich beanstandet. In der Erwiderung hierauf hat die Klägerin (GA 31) diese Mängelrüge mit der Begründung zurückgewiesen, im hinteren Treppenhaus seien keine Heizkörper vorgesehen, so dass von der Klägerin auch keine abzubringen gewesen seien. Dies sei in Absprache mit dem Bauleiter der Klägerin Herrn H... geschehen. Mit Blick auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 08.02.2003 (GA 51) vorgelegte – hier in Rede stehende – Rechnung der Firma S... bezüglich der Installation des Plattenheizkörpers im Treppenhaus hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 19.03.2003 (GA 82) ihren diesbezüglichen Vortrag wiederholt, der fragliche Heizkörper sei nicht Gegenstand des Auftrages gewesen und sich schließlich mit Schriftsatz vom 24.10.2003 (GA 184) nochmals auf eine entsprechende Abrede mit dem Bauleiter H... berufen.

Maßgeblich für das Bestehen des von der Beklagten geltend gemachten – und zur Aufrechnung gestellten - Ersatzanspruchs auf Erstattung der ihr für die Montage des Heizkörpers entstandenen Kosten gemäß § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B ist, ob dieser Heizkörper zum Leistungssoll gehörte. Hiervon geht der Senat aus den nachfolgenden Gründen aus:

In dem Raumbuch ist auf Seite 0.01 ein Plattenheizkörper vorgesehen. Die Parteien streiten darüber, ob dieses Raumbuch zu den den Leistungsumfang der Klägerin bestimmenden Vertragsgrundlagen gehörte. Das Landgericht ist auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen I... und H... zu der Feststellung gelangt, dass der von der Klägerin geschuldete Leistungsumfang auch durch dieses Raumbuch bestimmt wird. Die Klägerin hat keine konkreten Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit dieser Feststellungen begründen können, so dass der Senat hieran gebunden ist (vgl. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

In dem von der Klägerin vorgelegten Bauvertrag wird an zwei Stellen auf dieses Raumbuch Bezug genommen und zwar unter Ziffer 2, die sich mit den Vertragsgrundlagen befasst und unter Ziffer 5. Unter Ziffer 5. ist ausdrücklich vermerkt,

"Vertragsgrundlage ist auch das Raumbuch, welches Ihnen am 13.07.2001 übersandt wurde, einschließlich Baubeschreibung". Das Landgericht hat nach Würdigung der Aussagen der Zeugen H... und I... mit nicht zu beanstandenden Beweiserwägungen nicht die Überzeugung davon gewinnen können, dass die sich auf das Raumbuch beziehenden handschriftlichen Ergänzungen in den Vertragstext unter Ziffer 2 und 5 erst nach der von der Klägerin bzw. ihrer

Geschäftsführerin geleisteten Unterschrift unter den Vertrag eingefügt wurden. Die Angriffe der Klägerin gegen das von dem Landgericht gewonnene Beweisergebnis, insbesondere der Einwand der Zeuge H... sei nicht glaubwürdig, vermögen nicht zu überzeugen und rechtfertigen keine von der Wertung des Landgerichts abweichende Betrachtungsweise. Dies insbesondere deshalb nicht, weil nicht erklärlich ist, wieso die Klägerin ein diese handschriftlichen Ergänzungen aufweisendes Vertragsexemplar in ihrem Besitz hat und mit der Klageschrift in Ablichtung zu den Akten gereicht hat. Ein von der Beklagten unterzeichnetes Vertragsexemplar ohne die in Rede stehenden handschriftlichen, das Raumbuch betreffenden Ergänzungen hat die Klägerin nicht vorzulegen vermocht. Hierzu müsste sie jedoch in der Lage sein, wenn die Beklagte diese Ergänzungen erst nachträglich, also nach Zusendung der mit der Unterschrift der Klägerin versehenen Vertragsurkunde hinzugefügt haben sollte.

Nach alledem verbleibt es bei der Wertung des Landgerichts, dass das Raumbuch zu den Vertragsgrundlagen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages gehörte und demgemäß zur Bestimmung des Leistungssolls der Klägerin heranzuziehen ist. Da nach dem Raumbuch – wie oben erwähnt – im Treppenhaus ein Plattenheizkörper vorgesehen ist, hatte die Klägerin einen solchen an dieser Stelle zu installieren. Da sie diese Werkleistung unter Hinweis auf eine fehlende vertragliche Verpflichtung abgelehnt hat, konnte die Beklagte auch ohne gesonderte Fristsetzung zur Eigenvornahme schreiten und ist folglich berechtigt, die ihr hierbei durch Inanspruchnahme der Firma S... entstandenen Kosten von der Klägerin erstattet zu verlangen. Auf all diese Zusammenhänge hat der Senat die Klägerin im Beschluss vom 08.05.2008 unter 3. a) dd) Seite 5 hingewiesen. Neue Gesichtspunkte sind nachfolgend von der Klägerin nicht dargetan worden. Mithin stand der Beklagten ein Ersatzvornahmekostenerstattungsanspruch in der vom Landgericht festgestellten Höhe von 897,31 € zu. Der Aufrechnungseinwand ist folglich in dieser Höhe erfolgreich.

b) Ersatzvornahmekosten in Höhe von insgesamt 6.900,02 € im Hinblick auf die Rechnungen der Firma V... vom 04.09.2003 und vom 18.12.2003 (2x)

Das Landgericht hat der Beklagten einen Ersatzvornahmeerstattungsanspruch in Höhe von 6.900,02 € zuerkannt. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung greifen nicht.

Vorgelegt hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 05.03.2004 in dem Anlagenkonvolut (B 41) die Rechnungen der Firma V... vom 04.09.2003 über 796,35 € sowie zwei Rechnungen vom 18.12.2003 einmal über 6.889,24 € netto und über 845,16 € netto. Hiervon hat das Landgericht auf der Grundlage der sachverständigen Feststellungen des Gutachters Z... die sich mit dem Austausch einer Umwälzpumpe befassende Rechnung vom 18.12.2003 über 845,16 € netto als nicht berechtigt anerkannt. Da die Beklagte kein Rechtsmittel gegen die Aberkennung dieser Aufrechnungsforderung eingelegt hat, braucht sich der Senat hiermit nicht weiter zu befassen.

Von der Rechnung vom 04.09.2003, mit der die Firma V... die Anlagenüberprüfung mit 796,35 € abgerechnet hat, sind nach Auffassung des Landgerichts entsprechend den sachverständigen Bewertungen (Ergänzungsgutachten vom 26.05.2005 dort Seite 20, 21 und 33 = GA 464, 465 und 477) 245,73 € netto berechtigt. Die weitere Rechnung vom 18.12.2003 über 6.889,18 € ist nach der den Feststellungen des Sachverständigen in dem Ausgangsgutachten vom 06.08.2004 (dort Seite 51f = GA 352f) folgenden Auffassung des Landgerichts im Umfang von 6.654,29 € gerechtfertigt und erstattungsfähig. Diese Rechnung befasst sich insbesondere mit dem Einbau der Regeleinheit Typ R 33. Dass die von der Klägerin eingebaute Regeleinheit des Typs R 31 weder der Ausschreibung noch dem Kostenvoranschlag der Klägerin entsprach und für die Heizanlage ungeeignet war, damit mangelhaft war, hat das Landgericht unter Rückgriff auf die diesbezüglichen sachverständigen Feststellungen (vgl. insoweit die Verweise UA 8 unter Nr. 1

im landgerichtlichen Urteil) festgestellt.

Konkrete und substantiierte Einwände gegen diese landgerichtlichen Feststellungen hat die Berufung nicht vorgetragen. Der schlichte Hinweis darauf, es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte diese Arbeiten nach Fertigstellung durch die Klägerin habe durchführen lassen, ist ersichtlich angesichts der detaillierten Rechnungen der Firma V..., deren Angemessenheit und Bezug auf die festgestellten Mängel der Sachverständige bejaht hat, ins Blaue hinein und deshalb unbeachtlich.

c) Kostenvorschussanspruch in Höhe von 3.465,00 € netto für das Erstellen von Revisionsplänen

Das Landgericht hat der Beklagten einen aufrechnungsfähigen Kostenvorschussanspruch in Höhe von 3.465,-- € für das Erstellen von Revisionsplänen zugebilligt.

Die Beklagte hat unter anderem in der Klageerwidernng (GA 22) das Fehlen ordnungsgemäßer Revisionspläne beanstandet. Dem hat die Klägerin unter anderem mit Schriftsatz vom 24.10.2003 entgegengehalten, sie habe der Beklagten ordnungsgemäße Revisionspläne für Heizung, Lüftung, Sanitär und RWA-Anlage mit der Schlussrechnung übersandt. Der Sachverständige Z... hat diese Revisionspläne überprüft und ist in seinem Gutachten vom 06.08.2004 zu der Feststellung gelangt, dass es sich bei den von der Klägerin erstellten Plänen keinesfalls um ausreichende Revisionspläne handle (Seite 48 des Gutachtens = Ga 349). Er hat weiterhin festgestellt, dass das Angebot des Sachverständigen K... (B 25) in Höhe von 3.465,-- € über die Erstellung solcher Revisionspläne angemessen und plausibel sei. Auf der Grundlage all dessen hat die Kammer beanstandungsfrei einen Kostenvorschussanspruch der Beklagten in selbiger Höhe bejaht.

Auf den von der Klägerin in der Berufungsbegründung (GA 703) erhobenen Einwand, die Beklagte habe solche Revisionspläne bis heute nicht erstellen lassen, obwohl das Gebäude bereits seit 5 Jahren genutzt werden, hat die Beklagte erwidert (GA 735), sie mache in Hinblick auf die Kosten für die Revisionspläne nunmehr einen Schadensersatzanspruch in Höhe der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten geltend. Ergänzend hat die Beklagte hierzu vorgetragen, ihr sei auch ein Schaden in dieser Höhe tatsächlich entstanden. Die Beklagte habe mit dem Bauherrn eine Vergleichsvereinbarung getroffen (vgl. Vergleich v. 04.05.2005, B 52 = GA 741), in dem sie sich verpflichtet habe, die Revisionspläne der Klägerin teilweise nachzubessern, nämlich diese farblich anzulegen. Obwohl die Beklagte die Revisionspläne farblich angelegt habe, habe der Bauherr die Auszahlung einer Restforderung unter anderem wegen weiterer Mängel an den Revisionsplänen (vgl. Schreiben der Bevollmächtigten des Bauherrn v. 24.08.2007, B 54 = GA 746) verweigert. Die Umstellung eines Kostenvorschussanspruchs auf einen auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichteten Schadensersatzanspruch, der der Beklagten nach § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B zusteht, ist jederzeit möglich. Die sich auf diese Aufrechnungsforderung beziehenden Berufungsangriffe gehen somit ins Leere.

d) Kostenvorschussanspruch in Höhe von 500,- € für die Beseitigung des Mangels "Auslitern" der Warmwasserzapfstellen und in Höhe von 115,-- € für die mangelhaften Bezeichnungsschilder

Der Beklagten stehen die von ihr aufrechnungsweise der Klageforderung entgegengehaltenen Ansprüche in dieser Höhe zu.

aa)

Bereits mit anwaltlichem Schreiben vom 26.08.2002 (B 11) hatte die Beklagte unter Position 10 beanstandet, dass beim Auslitern der Warmwasserzapfstellen im OG eine zu große Wassermenge (nämlich 6 Liter statt der nach DIN zulässigen 3 Liter) zum Erreichen einer angemessenen Temperatur benötigt werde, und gleichzeitig die Klägerin unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Die Richtigkeit dieser Mängelrüge hat der Sachverständige in seinem Ausgangsgutachten vom 06.08.2004 auf Seite 33 (= Ga 334) bestätigt und in seinem Ergänzungsgutachten vom 26.05.2005, dort Seite 12 (= GA 456) als Ursache ein Fehler im hydraulischen Abgleich angeführt, zu dessen Beseitigung Abgleicharmaturen in die Zirkulationsleitung eingebaut werden müssten. Die hierfür erforderlich Kosten hat der Sachverständige auf Seite 13 des Ergänzungsgutachten mit 500 € beziffert. Auf der Grundlage dessen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Kammer der Beklagten einen Kostenvorschussanspruch in selbiger Höhe zugebilligt hat.

Auf den auch hier von der Klägerin erhobenen Einwand, die Beklagte habe bislang noch nichts zur Beseitigung dieses Mangels unternommen, so dass ihr auch keine Ersatzvornahmekosten zuständen, hat die Beklagte diesen Anspruch ebenfalls als Schadensersatzanspruch in Höhe der Mängelbeseitigungskosten umgestellt. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Der weitere Einwand der Klägerin, der vom Sachverständigen festgestellte Sachverhalt, dass eine zu hohe Menge Wasser ausgelitert werden müsse, bis an den Zapfstellen im OG genügend warmes Wasser ankomme, könne auch daran liegen, dass die Umwälzpumpe im Zeitpunkt der Begutachtung nicht eingeschaltet gewesen sei, war nicht Gegenstand des klägerischen Vorbringens erster Instanz, stellt sich mithin als neues Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO dar, das der Senat in Ermangelung eines von der Klägerin dargelegten Zulassungstatbestand im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht bei seiner Entscheidung berücksichtigen kann (§ 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

bb)

Soweit das Landgericht einen Kostenvorschussanspruch in Höhe von 115,- € netto im Hinblick auf die unzureichenden Bezeichnungsschilder zugesprochen hat (vgl. Feststellungen des Sachverständigen im Ergänzungsgutachten vom 26.05.2005, dort Seite 13 = GA 457), fehlt es an konkreten Berufungsangriffen hiergegen, so dass es insoweit bei der landgerichtlichen Entscheidung bleibt.

e) Ersatzvornahmeforderung in Höhe von 969,- € für die Lieferung von Waschtischplatten

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 03.02.2003 (Ga 54) einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.259,70 € geltend gemacht und zur Aufrechnung gestellt. Zur Begründung hat die Beklagte vorgetragen, vertraglich sei der Einbau von insgesamt 4 Waschtische in den WC's im EG und OG und zwar jeweils bestehend aus einer Waschtischplatte und einem Waschtisch vereinbart worden. Da die Klägerin den Einbau der Waschtischplatten verweigert habe, habe sie – die Beklagte – die Waschtischplatten selbst installieren lassen, wodurch ihr ausweislich der Rechnung der Firma S... vom 22.01.2002 Ersatzvornahmekosten in Höhe von 1.259,70 € entstanden seien. Die Klägerin hat dem entgegengehalten (Ga 84), sie habe den Einbau von 4 Einbauwaschtischen nicht geschuldet, sondern lediglich den Einbau von 2 Unterbauwaschtischen.

Das Landgericht hat mit der Begründung, die Lieferungspflicht der Klägerin habe sich aus den "Vertragsvorgaben der Beklagten" einen Ersatzvornahmeanspruch in Höhe von 996,00,- € (hierbei handelt es sich um einen Nachlass reduzierten Nettobetrag aus der Rechnung vom 22.01.2002) beanstandungsfrei zuerkannt.

Ein diesbezüglicher Ersatzvornahmeerstattungsanspruch nach § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B scheidet nicht bereits daran, dass die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen zur Ersatzvornahme geschritten war, bevor sie gegenüber der Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 11.09.2002 die Entziehung des Auftrages aussprach. Denn nach dem oben Gesagten kann der Auftragnehmer auch ohne vorherige Auftragsentziehung festgestellte Mängel beseitigen lassen, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft verweigert hat. Dies ist nach dem Vorbringen der Beklagten der Fall (siehe auch Schreiben der Beklagten vom 18.01.2002 = B 29).

Entgegen dem von der Klägerin in der Berufungsbegründung wiederholten Einwand war die Klägerin auch zum Einbau von Einbauwaschtischen in den WC's im EG u. OG verpflichtet. Das – nach den obigen Ausführungen – insoweit maßgebliche Raumbuch weist jeweils bei den WC's Einbauwaschtische aus.

f) Schadensersatzanspruch auf Erstattung der durch die Beauftragung des Privatsachverständigen K... entstandenen Kosten in Höhe von 9.775,98 €

Das Landgericht hat der Beklagten einen Aufrechnungsanspruch in Höhe von 9.775,98 € aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B für die von ihr – der Beklagten – aufgewandten vorprozessualen Kosten für den Privatgutachter K... zugewilligt. Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe greifen nicht durch.

Der von der Beklagten beauftragte Privatsachverständige K... hat seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Feststellung und Bewertung von Mängeln und der Ermittlung der Mängelbeseitigungskosten mit – in dem Anlagenkonvolut B 23 vorgelegten – Abrechnungen vom 30.08.2003 über 2.196,18 €, vom 16.09.2002 über 2.303,50 €, vom 25.09.2002 über 2.811,40 € und vom 22.10.2002 über 2.464,90 € jeweils netto, damit in der Summe mit 9.775,98 € in Rechnung gestellt. Diese Kosten hat die Beklagte als Schadensersatzforderung der Klageforderung entgegengehalten. Einen dahingehenden Schadensersatzanspruch der Beklagten aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B hat das Landgericht auch unter Berücksichtigung des von der Klägerin erhobenen Einwandes des Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB bejaht, da die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, ein selbständiges Beweisverfahren einzuleiten.

Grundsätzlich sind die Kosten von Sachverständigengutachten erstattungsfähiger Schaden, wenn die Beauftragung erforderlich war, um dem Auftraggeber über die eingetretenen und noch zu erwartenden Mängel ein zuverlässiges Bild zu verschaffen (vgl. Werner-Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. 2008, Rz. 163f; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl. 2004, 13. Teil Rz. 4). Der hier gemäß § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B bestehende Schadensersatzanspruch umfasst auch die Gutachterkosten, da es sich um Mangelfolgeschäden handelt, die mit dem Mangel eng und unmittelbar zusammenhängen (vgl. Werner-Pastor, a.a.O. Rz. 159). Beim Auftreten von Mängeln ist es eine typische, unmittelbare Folge, einen Gutachter mit der Feststellung von deren Ursache und Ausmaß zu beauftragen, um Mängelbeseitigung und Schadensersatz zu verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 03.03.1998, X ZR 4/95, NJW-RR 1998, 1027). Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte nicht verpflichtet gesehen, ein selbständiges Beweisverfahren einzuleiten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.1995, 23 W 5,6 /95, NJW-RR 1996, 572f).

Der von der Berufung erhobene Einwand, der Sachverständige sei bereits beauftragt gewesen, bevor überhaupt jemals über Mängel mit der Klägerin gesprochen worden sei, ist mit den zu den Akten gereichten Unterlagen nicht vereinbar. Der Sachverständige K... ist frühestens Mitte August 2002 von der Beklagten beauftragt worden. Der erste Ortstermin fand am 23.08.2002

statt (vgl. Blatt 3.6 des Gutachtens K...). Bereits mit anwaltlichem Schreiben vom 07.07.2002 hatte die Beklagte die Klägerin unter Bezug auf eine Mängelliste vom 13.06.2002 zur Beseitigung von dort aufgelisteten Mängeln aufgefordert. Auch ist ein aus Schadensersatzgesichtspunkten herzuleitender materieller Kostenerstattungsanspruch im Grundsatz nicht dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt, dass sich der Gutachtauftrag eventuell auch auf Mängel bezogen hat, wegen derer die Beklagte die Klägerin noch nicht zur Beseitigung aufgefordert hat (vgl. BGH, a.a.O.; Werner-Pastor, a.a.O.).

Konkrete Einwände gegen die Höhe der Privatgutachterkosten hat die Beklagte in der Berufungsbegründung nicht erhoben.

g) Rechnung Firma B... vom 17.01.2002 über 417,87 €

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 24.09.2004 die Kosten aus der Rechnung der Firma B... vom 17.01.2002 erstattet verlangt und auch insoweit die Aufrechnung erklärt. Das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten ist indessen un schlüssig, ein Kostenerstattungsanspruch in der geltend gemachten Höhe steht ihr nicht zu. Zwar hat die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 26.08.2002 unter Punkt 4 die mangelhafte Isolierung der Warmwasser- bzw. Zirkulationsleitungen beanstandet und die Klägerin zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Soweit die Beklagte sich zur Begründung ihres Anspruches auf Ersatz der durch Selbstvornahme entstandenen Kosten auf die Rechnung der Firma B... vom 17.01.2002 stützt, ist indes zu beachten, dass diese Rechnung zeitlich vor der Auftragsentziehung vom 11.09.2002 liegt. Dass die Klägerin bereits vor der Auftragsentziehung und vor Beauftragung der Firma B... die Beseitigung des in Rede stehenden Mangels verweigert hat, kann dem Sachvortrag der Beklagten nicht entnommen werden. Nach den obigen Grundsätzen scheidet demnach ein Kostenerstattungsanspruch wegen (verfrühter) Selbstvornahme aus. Der Senat hat im Hinweisbeschluss vom 08.05.2008 die Klägerin auf diese Umstände hingewiesen (vgl. Beschluss, Seite 7 unter g). Dies hat die Beklagte nicht zum Anlass genommen, ihr Vorbringen zu ergänzen.

h) Rechnung der Firma G... vom 19.11.2002 über 1.050,12 €

Der Beklagten steht der geltend gemachte Aufrechnungsanspruch zu. Mit Anwaltsschreiben vom 26.08.2002 hat die Beklagte unter Punkt 9 das Fehlen von Nachlaufrelais für die Entlüftungen beanstandet. Im Beschluss vom 08.05.2008 hat der Senat die Parteien darauf hingewiesen, dass mit Blick auf die Behauptung der Klägerin, sie habe die Nachlaufrelais eingebaut, auf die sich die Rechnung der Fa. G... u.a. beziehe, Beweis durch Vernehmung der von der Klägerin angebotenen Zeugen zu erheben sein dürfte. Die Beklagte hat zu diesem Punkt in ihrem Schriftsatz vom 24.06.2008 (GA 791) ergänzend vorgetragen. Vor dem Hintergrund dieses Vorbringens war eine Beweisaufnahme nicht mehr erforderlich, da sich das klägerische Vorbringen nunmehr als nicht hinreichend substantiiert und damit als unerheblich und untauglich erweist:

Die Beklagte weist a.a.O. darauf hin, dass die Klägerin ungeeignete Nachlaufrelais eingebaut habe, deren Leistung nicht ausgereicht habe, um die vorgeschriebene Luftmenge abzuführen. Diesen Mangel habe der Sachverständige K... in seinem Gutachten vom 30.08.2002, dort Bl. 16 unter Ziffer 9.2 bestätigt. Diesbezügliche Aussagen finden sich in dem zu den Akten gereichten Gutachten an der angeführten Zitatstelle. Mit anwaltlichen Schreiben vom 26.08.2002, dort unter Ziffer 9 hat die Beklagte die Klägerin zur Beseitigung dieses Mangels unter Androhung der Auftragsentziehung aufgefordert. Nachdem diese Aufforderung reaktionslos blieb, hat die Beklagte die Firma G... mit dem Einbau geeigneter Nachlaufrelais beauftragt. Es geht also nicht,

was die irrige Vorstellung des Senats zum Zeitpunkt des Hinweisbeschlusses vom 08.05.2008 war, darum, dass die Klägerin vertraglich geschuldete Nachlaufrelais überhaupt nicht eingebaut habe, vielmehr um den erfolgten Einbau ungeeigneter und damit mangelhafter Relais. Angesichts dessen hätte die Klägerin konkret darlegen müssen, dass die von ihr eingebauten Nachlaufrelais nicht mangelhaft waren. Dies hat die Klägerin indessen nicht getan.

Ebenso wenig hat die Klägerin Stellung bezogen zu dem konkreten substantiierten und schlüssigen Vorbringen der Beklagten in Hinblick auf die Position 3 der Rechnung der Firma G... vom 19.11.2002. Diese befasst sich mit dem Einbau eines Notbetriebakkus für die Hebeanlage. Die Klägerin habe die Hebeanlage ohne Notstromversorgung und damit mangelhaft hergestellt. Diesem Vorbringen und auch den Behauptungen zu den weiteren Voraussetzungen für einen Erstattungsanspruch (fristgebundene Mängelbeseitigungsaufforderung verbunden mit Ablehnungsandrohung) ist die Klägerin nicht entgegengetreten.

In Erwägung all dessen bedurfte es zu diesem Punkt keiner Beweisaufnahme mehr. Der Beklagten steht der geltend gemachte Anspruch zu.

i) Rechnung der Fa. T... vom 07.02.2002 über 994,94 €

Die Beklagte hat vorgetragen (GA 382), dass im Hinblick auf die oben bereits behandelte Lieferung von Waschtische, die von der Klägerin geschuldet war, zu den mit der Rechnung der Firma s... vom 22.01.2002 belegten Kosten noch Kosten für die Lieferung des Unterbauwaschtisches durch die Firma T... in Höhe von netto 994,94 €(vgl. B 45 = GA 387) hinzukämen. Zur Berechtigung dieses Anspruchs kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Die Klägerin ist dem Beklagtenvortrag nicht entgegengetreten. Ein diesbezüglicher Aufrechnungsanspruch ist damit gegeben. Die Aufrechnungserklärung führt zum Erlöschen der Klageforderung in Höhe des Rechnungsbetrages.

3. Zusammenfassung:

Zu den berechtigten Gegenforderungen ergibt sich folgendes Bild:

Rechnung vom 03.10.2002	3.785,09 €
Rechnung der Firma S... vom 16.11.2002	1.967,90 €
Rechnung der Firma S... vom 17.12.2002	897,31 €
Rechnungen der Firma V... vom 04.09.2003 u. 18.12.2003	6.900,02 €
Kostenvorschussanspruch für das Erstellen von Revisionsplänen	3.465,00 €
Kostenvorschussanspruch für die Beseitigung des Mangels "Auslitern" der Warmwasserzapfstellen	500,- €
mangelhaften Bezeichnungsschilder	115,-- €
Lieferung von Waschtischplatten	969,-- €
Schadensersatz für die durch die Beauftragung des Privatsachverständigen K... entstandenen Kosten	9.775,98 €
Rechnung der Firma G... vom 19.11.2002	1.050,12 €
Rechnung der Fa. T... vom 07.02.2002	994,94 €
insgesamt	30.420,36

	€
--	---

Damit übersteigen die berechtigten, von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten gemachten Gegenansprüche den restlichen Werklohnanspruch der Klägerin in Höhe von 29.882,04 € Letztgenannte Forderung ist mithin in vollem Umfang erloschen (§ 389 ZPO).

V.

Angesichts dessen braucht auf die Berechtigung der von der Beklagten im Schriftsatz vom 05.07.2005 geltend machten Gegenansprüche wegen:

- Kosten Bautrocknung in Höhe von 3.232,33 €
- Kosten Mietlift in Höhe von 381,42 €
- Kosten Luftherhitzer in Höhe von 3.579,00 €
- Kosten Treppe Stützmauer von 1.595,00 €

nicht weiter eingegangen werden. Ebenso bedarf es keiner weitergehenden Ausführungen zu der Frage, ob die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruches auf Mängelbeseitigung hinsichtlich der unterdimensionierten Heizkörper im Chefbüro gemäß § 320 BGB hat.

C)

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die (unterschiedliche) Verlustquote der Beklagten in der ersten und in der Berufungsinstanz resultiert daraus, dass die Beklagte mit den von ihr geltend gemachten Aufrechnungsforderungen teilweise und in den Instanzen in unterschiedlichen Umfang nicht durchgedrungen ist.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf der Anwendung §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Anlass, aus den Gründen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt insgesamt 37.285,20 € Für die Ermittlung des Streitwert war zurückzugreifen zum einen auf die Klageforderung in Höhe von 35.151,73 € die die Klägerin uneingeschränkt zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht hat. Hinzuzurechnen sind die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen, soweit sie nach den obigen Ausführungen nicht oder nur eingeschränkt bestanden, also die Beklagte mit ihrem Aufrechnungseinwand insoweit nicht durchgedrungen ist; denn insoweit handelt es sich Hilfsaufrechnungen im Sinne des § 19 Abs. 3 GBK a.F. = § 45 Abs. 3 GKG n.F., da der Senat hat auch im Umfang des Feststellung des Nichtbestehens der Aufrechnungsforderung rechtskräftig über diese Forderungen befunden hat. In Abänderung der landgerichtlichen Streitwertfestsetzung wird der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren nach diesen Maßstäben auf 38.692,08 € festgesetzt.

Die Parteien sind durch das Berufungsurteil wie folgt beschwert:

Beschwer der Klägerin: über 20.000,-- €

Beschwer des Beklagten: unter 20.000,-- €

J...

B...

P...