

OLG Stuttgart

Beschluss

vom 09.01.2018

10 U 93/17

BGB § 633 Abs. 2; VOB/B § 4 Abs. 7, § 13 Abs. 1

Welche Beschaffenheit das zu erbringende Werk haben soll, also den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung, hat derjenige zu beweisen, der sich auf die vertragliche Vereinbarung beruft. Dies ist der Auftraggeber, der Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung verlangt, auch wenn vor der Abnahme grundsätzlich der Auftragnehmer die Mangelfreiheit der erbrachten Leistungen zu beweisen hat.*)

OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.01.2018 - 10 U 93/17

vorhergehend:

LG Heilbronn, 22.06.2017 - 8 O 1/13

In dem Rechtsstreit

....

wegen Kostenvorschuss u.a.

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 10. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Rast, den Richter am Landgericht Dr. Häberlein und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Haug aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2017 mit nachgelassenem Schriftsatzrecht bis 19.12.2017

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 22.06.2017, Az. Ka 8 O 1/13, wird zurückgewiesen.

2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 22.06.2017, Az. Ka 8 O 1/13, teilweise abgeändert:

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 8.106,89 Euro nebst Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 28.04.2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Klage wird abgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz trägt die Klägerin zu 9/10 und die Beklagte zu 1/10. Die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz einschließlich der Kosten der Streithelferin

trägt die Klägerin.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abgewendet werden, wenn nicht die Gläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 98.196,89 Euro festgesetzt. (Berufung der Klägerin: 79.766,00 Euro; Berufung der Beklagten: 18.430,89 Euro)

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die sie und ihr im Laufe des Rechtsstreits verstorbener Ehemann, dessen Alleinerbin sie ist, mit Fenster- und Sonnenschutzarbeiten für den Neubau einer Doppelhaushälfte in B. beauftragt hatten, einen Vorschuss für Mangelbeseitigungsarbeiten. Die Beklagte macht widerklagend restlichen Werklohn geltend.

In der Berufungsinstanz geht es im Wesentlichen um die Frage, ob die Hebeschiebetüren mangelhaft sind, weil sie nicht bodentief und überdies nicht raumseitig eingebaut sind. Daneben steht die Frage der Mangelhaftigkeit der Oberlichtverglasung im Streit.

Die Klägerin hat mit ihrer Klage einen Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung i.H.v. 105.000,00 Euro nebst Zinsen sowie die Zahlung weiterer 3.089,00 Euro nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagte hat Widerklage erhoben und die Zahlung von 18.340,89 Euro nebst Zinsen Zug um Zug gegen Behebung der Mängel gemäß Gutachten B sowie die Feststellung begehrt, dass sich die Klägerin in Annahmeverzug befindet.

Bezüglich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Heilbronn vom 22. Juni 2017, Az.: 8 O 1/13 Ka, verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 10.234,00 Euro nebst Zinsen verurteilt. Die darüber hinausgehende Klage wurde abgewiesen. Die Widerklage wurde als derzeit unbegründet abgewiesen.

Dahinstehen könne, ob die Leistung der Beklagten durch die Klägerin und ihren verstorbenen Ehemann abgenommen worden sei. Der Vorschussanspruch gemäß §§ 633, 634 Nr. 2, 637 BGB könnte auch dann geltend gemacht werden, wenn eine Abnahme tatsächlich noch nicht erfolgt wäre. Die Frage der Abnahme habe auch keine Auswirkungen auf die Beweislastverteilung.

Die Voraussetzungen für einen Anspruch der Klägerin gemäß §§ 633, 634 Nr. 2, 637 BGB seien gegeben. Die Beklagte sei mehrfach zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden.

Entscheidend für den Vertragsinhalt sei nicht das ursprüngliche Angebot der Beklagten vom 8. Oktober 2009, sondern das Angebot vom 21. Dezember 2009, in dessen Einleitung auf eine gemeinsame Baustellenbesprechung am 17. Dezember 2009 Bezug genommen werde. Darin werde nicht auf das Leistungsverzeichnis (LV) für das Nachbargrundstück, die weiteren

besonderen Vertragsbedingungen und technischen Vorbemerkungen Bezug genommen. Auf Grundlage dieses Angebots sei die Auftragsbestätigung erstellt worden.

Die von der Klägerin behaupteten Mängel an den Hebeschiebetüren, an den Fenstern und der Haustüre seien nur teilweise nachweisbar. Insoweit bestehe lediglich ein Vorschussanspruch in Höhe von 8.100,00 Euro netto = 9.639,00 Euro brutto.

Der nicht ebenerdige Einbau der Hebeschiebetüren könne nicht als Mangel gewertet werden. Nicht nachweisbar sei die Vereinbarung eines bodentiefen Einbaus. Auch in dem Umstand, dass alle Türflügel der Hebeschiebetüren auf der äußeren Schiene laufen, könne kein Mangel gesehen werden.

Die ausgeführte Systemvariante bezüglich der Einbauhöhe sei entsprechend der Systemvorgabe verbaut worden.

Die Gefahr, dass die Hand zwischen dem Griff und dem seitlichen Blendrahmen eingeklemmt werden könne, stelle einen systemimmanenten Nachteil des gewählten Profilsystems dar, der aus der Maximierung des lichten Glasmaßes resultiere. Ein Mangel liege insoweit vor, zumal nicht nachweisbar erscheine, dass die Klägerin explizit auf diese Nachteile hingewiesen worden sei. Die Mangelbeseitigungskosten beliefen sich auf 665,00 Euro netto.

Die Absturzsicherung der Hebeschiebetüre Position 7 (Nordseite EG) sei mangelhaft. Die Mangelbeseitigungskosten beliefen sich auf 1.860,00 Euro netto.

Die Ausbildung der Eckverglasungen als Ganzglasecken an zwei Elementen sei nicht als mangelhaft anzusehen.

Sämtliche Fensterelemente aus der Profilserie S. AWS 70 Hi seien mangelhaft. Sie erfüllten nicht die Anforderungen des Energiebedarfsnachweises nach EnEV. Die Mangelbeseitigungskosten beliefen sich auf 1.500,00 Euro netto.

Die Eckausbildung der Positionen 2 und 7 sei insoweit mangelhaft, als sie nicht schlagregendicht abgedichtet seien. Die Mangelbeseitigungskosten seien mit 350,00 Euro netto zu veranschlagen.

Die Absturzsicherung an der Fenstertür gegenüber der Hauseingangstür im OG (Pos. 5) sei mangelhaft. Die Mangelbeseitigungskosten beliefen sich auf 500,00 Euro netto.

Bei der nordseitigen Hebeschiebetür des OG (Pos. 2) liege insoweit ein Mangel vor, als im Bereich der Fensterverglasung zur außenseitigen Laufschiene ein Kunststoffprofil eingeklemmt sei, das sich bei thermisch bedingter Ausdehnung herausdrücke. Kosten: 25,00 Euro netto.

Bezüglich der Hauseingangstüre habe die Beklagte den Austausch des entsprechenden Türflügels angeboten. Hierzu sei es nicht gekommen, weil sich die Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen restlichen Werklohns berufen habe.

Bezüglich der Elementkoppelungen liege ebenfalls ein Mangel vor. Kosten: 400,00 Euro netto.

Schließlich sei ein Mangel darin zu sehen, dass der nicht UV-lichtbeständige Randverbund der Isolierglasscheibe im Bereich der Ganzglasecken in kleineren Bereichen frei liege. Kosten: 300,00 Euro netto.

Der Klägerin stehe wegen dieser Mängel ein Vorschussanspruch in Höhe von 8.100,00 Euro netto = 9.639,00 Euro brutto zu. Ein neues bzw. weiteres Gutachten sei nicht einzuholen gewesen.

Bezüglich der im Dachbereich festgestellten Mängel stehe der Klägerin ein Vorschussanspruch in Höhe von 500,00 Euro netto = 595,00 Euro brutto zu. Der Beklagten könne lediglich der Mangel zugeordnet werden, dass für Flüssigkunststoffabdichtung, Butylbandabdichtung und Kaltbitumenverguss die Abdichtungsflächen an das Rahmenprofil zu klein seien, um dauerhaft zu funktionieren.

Im Ergebnis ergebe sich daher ein Vorschussanspruch von insgesamt 10.234,00 Euro. Die darüber hinausgehende Klage sei abzuweisen.

Die Widerklage sei derzeit unbegründet. Dem Anspruch der Beklagten auf Zahlung des restlichen Werklohns stehe derzeit ein Zurückbehaltungsrecht der Klägerin entgegen. Eine Verurteilung zur Zahlung des Werklohns Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung sei nicht möglich, weil die Beklagte ihr Nacherfüllungsrecht bereits verloren habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils verwiesen.

Das Urteil wird von beiden Parteien mit der Berufung angegriffen.

Die Klägerin erstrebt mit ihrer Berufung die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 79.766,00 Euro nebst Zinsen.

Zur Begründung führt sie aus, sie und ihr verstorbener Ehemann hätten die Ausschreibung auf Grundlage des Leistungsverzeichnisses durchgeführt, das die Architektin Y für ihre eigene, benachbarte und spiegelbildlich angelegte Doppelhaushälfte angefertigt habe. In dem Übersendungsanschreiben vom 8. Oktober 2009 zum Angebot der Beklagten vom 7. Oktober 2009 habe diese mitgeteilt, dass sie dieses Leistungsverzeichnis ihrem Angebot zu Grunde gelegt habe. Das LV bestehe aus zwei Teilen, zum einen einem Allgemeinen Teil mit rechtlichen und technischen Bedingungen und zum anderen einem Besonderen Teil mit der Leistungsbeschreibung. Der Allgemeine Teil, also die "Besonderen Vertragsbedingungen", die "weiteren Besonderen Vertragsbedingungen" und die "zusätzlichen technischen Vorbemerkungen" sowie die aus der Werkplanung ersichtliche System-Variante S. ASS 70.HI seien von der Beklagten unabänderlich anerkannt worden und unbeschadet aller folgenden Präzisierungen und etwaigen Abänderungen der Maße, Ausstattungen und Preise, weiterhin Grundlage und Ausführungsanweisung des Auftrags geblieben. Die Beklagte habe versichert, in die Werkplanung Einsicht genommen zu haben. Diese beschreibe ein zweischieniges System mit bodentiefen Einbau und raumseitigem Lauf des Schiebeflügels (Anlage K 26). Dies sei auch aus den Anlagen BK 2 und 3 ersichtlich.

Nach dem Angebot vom 7. Oktober 2009 seien noch kleine Änderungen an einzelnen Elementen vorgenommen worden. Auch wenn die Beklagte jede Bestätigung kleiner Änderungen erneut als "Angebot vom ..." bezeichnet habe, habe der Allgemeine Teil und vor allem die Werkplanung gewissermaßen als "Magna Charta" des Auftrags Bestand gehabt, auch für die schließlich formulierte Auftragsbestätigung vom 19. Februar 2010. Die Klägerin und ihr Ehemann hätten das Angebot vom 7. Oktober 2009 konkludent angenommen, indem sie der Beklagten die CD mit der Werkplanung der Architekten nochmals übersandt und damit den Auftrag bekräftigt hätten. Die Auffassung der Beklagten, jede Präzisierung von Maß und Preis der Fensterelemente

habe die Qualität eines neuen Angebots, sei unrichtig. Richtig sei lediglich, dass weder in der Ausschreibung (Leistungsverzeichnis) noch im verbalen Teil der Werkplanung noch im Angebot vom 7. Oktober 2009 expressis verbis von bodentiefem Einbau und von einem zweischienigen System die Rede sei. Dies sei jedoch unschädlich, da sich beides aus der zeichnerischen Darstellung der Werkplanung ergebe.

Die Beklagte habe nicht annehmen können, dass die Kläger von der ursprünglichen Planung Abstand nehmen würden.

Der angebliche Termin vom 17. Dezember 2009 auf der Baustelle habe nicht stattgefunden.

Soweit die Beklagte einwende, die Klägerin habe in einem späteren Zeitpunkt "viel Glas" verlangt, rechtfertige dies nicht, von einer Systemvariante auf die andere zu wechseln. Ein solcher gesprächsweise bemerkter Wunsch sei keine rechtsgeschäftliche Erklärung. Vielmehr hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass ein Wechsel auf eine andere Systemvariante weitreichende Folgen habe und ein bodentiefer Einbau dann nicht möglich sei. Jedenfalls hätte eine Bemerkung der Klägerin keine Gesamtwirkung, d.h. keine Wirkung für oder gegen ihren Ehemann, gehabt.

Die Beklagte sei nicht in der Lage, die Abdichtung herzustellen, so dass bis heute Regenwasser in das Haus eindringe und Zugluft vorhanden sei.

Nach der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten habe diese sämtliche Ausführungszeichnungen zu fertigen.

Das Gutachten des Sachverständigen B sei nicht zu verwerten. Es sei ein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen, wobei gebeten werde, nicht den Sachverständigen B zu beauftragen.

Fehlerhaft sei, dass das Landgericht für die Beseitigung der festgestellten Mängel am Oberlicht lediglich einen Kostenanteil von 500,00 Euro netto zugesprochen habe. Eine eigene Auseinandersetzung mit dem Sachverständigengutachten lasse sich dem Urteil nicht entnehmen. Das Landgericht habe fehlerhaft unterlassen, die Zuweisung der Mängel an die Beklagte aus rechtlicher Sicht zu überprüfen. Jedenfalls sei ein Betrag von 500,00 Euro netto zu gering.

Fehlerhaft sei auch die Feststellung, es habe keine zwingende Verpflichtung der Beklagten zur Verwendung von ESG-Glas bezüglich der Dachverglasung gegeben. Es sei bereits 2010 Stand der Technik gewesen, dass bei Überkopfverglasungen die äußere Scheibe ein Einscheiben-Sicherheitsglas und die innere ein Verbund-Sicherheitsglas sein müsse.

Der Berufungsantrag errechne sich daraus, dass die Klägerin noch einen Vorschuss von 90.000,00 Euro für erforderlich halte. Da das Landgericht 10.234,00 Euro zugesprochen habe, würden mit der Berufung noch 79.766,00 Euro gefordert.

Die Klägerin beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 22.06.2017 (Ka 8 O 1/13) wird abgeändert.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin über die dieser zuerkannten 10.324,00 Euro nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 25.01.2013 hinaus 79.766,00

Euro zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit 25.01.2013 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Zur Begründung führt die Beklagte aus:

Aus der sachverständigen Auswertung der Angebotsunterlagen ergebe sich nicht, dass ein bodengleicher/bündiger Einbau der Elemente geschuldet sei. Die Ausschreibungsunterlagen des Nachbarbauvorhabens seien nicht in das Vertragsverhältnis einbezogen worden. Jedenfalls ergebe sich aus ihnen nicht, dass eine andere als die ausgeführte Variante geschuldet sei. Der Einbau dieses Systems sei mangelfrei.

Die Ausschreibung sei nicht Bestandteil des Vertragswillens der Parteien gewesen. Als die Elemente montiert, aber der Estrich noch nicht verlegt gewesen sei, sei vor Ort die konkrete Situation besprochen worden. Dabei sei der Klägerin erläutert worden, dass die Alu-Glas-Leiste an der unteren Seite der Fensterelemente um ca. 4 cm über die Fußbodenoberkante herausragen müsse, um Reparaturen bei einer eventuellen Beschädigung der Scheiben vornehmen zu können. Die Klägerin und ihr Ehemann seien damit einverstanden gewesen. Spätestens damit sei es, falls ein bodentiefer Einbau Vertragsbestandteil gewesen sei, zu einer Abänderung gekommen.

Die Vorlage von CDs mit der Berufungsbegründung sei verspätet. Bestritten werde, dass sich daraus ergebe, es sei eine andere Ausführung als die erfolgte geplant gewesen.

Soweit die Klägerin nun einen Vorschuss von 90.000,00 Euro für erforderlich halte, sei dies unschlüssig und nicht nachvollziehbar. Die Klägerin mache nicht deutlich, welchen Teil der bislang verlangten Zahlung sie nicht mehr verfolge.

Die Beklagte erstrebt mit ihrer Berufung, dass die Klage insgesamt abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 8.106,89 Euro nebst Zinsen verurteilt wird.

Nicht angegriffen werde das Urteil, soweit das Landgericht einen Mangelbeseitigungskostenvorschuss i.H.v. 10.234,00 Euro angesetzt habe. Es werde vorsorglich die Aufrechnung mit der Schlussrechnungsforderung der Beklagten gegen den Kostenvorschuss erklärt und mit der Berufung der übersteigende Werklohn geltend gemacht.

Das Landgericht habe es dahinstehen lassen, ob die Leistung der Beklagten abgenommen worden sei. Gehe man fälschlicherweise nicht von einem Abrechnungsverhältnis aus, bestünden keine Vorschussansprüche der Klägerin und die Klage sei abzuweisen. Die Klägerin habe im Verfahren deutlich gemacht, dass sie mit der Beklagten keine weitere Zusammenarbeit führen und die Beklagte nicht nachbessern lassen wolle. Die Durchführung der Mangelbeseitigung sei mit Schreiben vom 9. Oktober 2014 angeboten worden. Die Klägerin habe die Nachbesserung verweigert. Zudem könne die Klägerin eine Nachbesserung gar nicht mehr ermöglichen, nachdem sie das Gebäude verkauft habe.

Im Abrechnungsverhältnis sei die Klage wegen des Vorschusses abzurechnen. Da die Schlussrechnungsforderung der Beklagten von 18.340,89 Euro den Vorschuss von 10.234,00 Euro übersteige, werde mit der Berufung der Differenzbetrag von 8.106,89 Euro geltend

gemacht.

Das Landgericht verkenne, dass die Klägerin kein Zurückbehaltungsrecht geltend mache, sondern Mangelbeseitigungskostenvorschuss.

Zur Begründung der Widerklage berufe sich die (Wider-)Klägerin ausdrücklich auf den Schriftsatz, mit dem die Widerklage erhoben worden sei. Die Forderung sei der Höhe nach unstreitig.

Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufung:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte EUR 8.106,89 nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 28.04.2013 zu bezahlen.

Die Klägerin beantragt insoweit:

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Klägerin verteidigt das Urteil gegen die Berufung der Beklagten. Mit der erst jetzt erklärten Aufrechnung sei die Beklagte ausgeschlossen. Die Schlussrechnung sei keinesfalls unstreitig. Sie sei insgesamt in dem Sinne bestritten, dass sie der Beklagten nicht zustehe.

Nach der Rechtsprechung könne auch vor der Abnahme ein Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung gefordert werden, wenn der Besteller zum Ausdruck bringe, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer zusammenarbeiten zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung ablehne. So liege es hier. Falls der Senat diese Voraussetzungen nicht für gegeben erachte, obwohl die Beklagte selber vom Bestehen eines Abrechnungsverhältnisses ausgehe, würde die von der Beklagtenseite behauptete Abnahme unstreitig gestellt.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet, während die Berufung der Beklagten begründet ist.

A. Berufung der Klägerin

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

1. Der Berufungsantrag der Klägerin ist nicht zu unbestimmt, weil sie in der Berufungsinstanz nur noch einen Teilbetrag von weiteren 79.766,00 Euro als Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung geltend macht.

Die Klägerin war nicht verpflichtet, zur Höhe des behaupteten Vorschussanspruchs ein Privatgutachten einzuholen. Sie hat zwar gleichwohl zur Frage der Mangelhaftigkeit und der Höhe der Mangelbeseitigungskosten vorprozessual das Privatgutachten des Sachverständigen A eingeholt. Dieser hat die Kosten auf insgesamt ca. 115.000,00 Euro (85.000,00 Euro für den Ausbau der falschen Fenster und Einbau der passenden Fenster, 30.000,00 Euro für die Beseitigung von Schäden am Bauwerk, insb. an der Fassade) veranschlagt. Eine nähere Präzisierung oder Erläuterung hat der Privatsachverständige nicht vorgenommen. Der Klägerin ist es unbenommen, den Kostenvorschuss nicht in voller Höhe geltend zu machen, sondern lediglich einen niedrigeren Betrag zu verlangen. Ob ihr ein Kostenvorschuss in der geltend gemachten Höhe zusteht, ist eine Frage der Begründetheit der Klage.

2. Der Klägerin steht über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag hinaus kein weiterer Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung zu.

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Berufung ohne Erfolg gegen die Feststellung des Landgerichts, dass die Parteien nicht den bodentiefen Einbau der Hebeschiebetüren und den raumseitigen Lauf der Hebeschiebetüren vereinbart haben. Auch bezüglich der Oberlichtverglasung stehen der Klägerin keine weitergehenden Ansprüche gegen die Beklagte zu.

Im Einzelnen:

a) Unstreitig haben die Klägerin und ihr im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens verstorbener Ehemann die Beklagte mit der Lieferung und Montage der Fensterelemente und des Sonnenschutzes bei ihrem Bauvorhaben beauftragt.

Mit Datum vom 19. Februar 2010 übersandte die Beklagte der Klägerin die als Anlage K 5 vorgelegte "Auftragsbestätigung". Diese Auftragsbestätigung, die auf einen Endbetrag von 75.668,03 Euro lautet, ist auf der letzten Seite bei der vorgedruckten Erklärung "Auftrag erteilt" von der Klägerin unterzeichnet worden. Die Beklagte hat als Anlage B 4 eine Kopie der Auftragsbestätigung vorgelegt, die auf der letzten Seite nicht die Unterschrift der Klägerin trägt, sondern - vermutlich - die Unterschrift des Ehemannes der Klägerin sowie das handschriftliche Datum "20.02.2010". Die Unterzeichnung durch die Klägerseite stellt die Annahme des Angebots der Beklagten dar, das in der "Auftragsbestätigung" vom 19. Februar 2010 zu sehen ist.

b) Ungeachtet der zwischen den Parteien hochstreitigen Frage, was Vertragsinhalt geworden ist, ist die VOB/B Vertragsbestandteil geworden. In der Auftragsbestätigung der Beklagten vom 19. Februar 2010 findet sich auf der letzten Seite der Hinweis:

"Die Auftragsabwicklung erfolgt nach VOB. Gewährleistung nach VOB, ...".

Zwar war der Auftragsbestätigung der Text der VOB/B nicht beigelegt. Bereits in dem Ausschreibungs-LV (Anlage K 3) findet sich aber im Abschnitt D (Zusätzliche Technische Vorbemerkungen) im Unterabschnitt "Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen für Metallbau- und Verglasungsarbeiten" unter "Normen - Richtlinien" der Hinweis, dass die VOB/B und die VOB/C für die Auftragsabwicklung gelten. Auch wenn sich dieser Hinweis in den zusätzlichen technischen Vertragsbestimmungen findet, ergibt sich aus dem Verweis sowohl auf die VOB/B als auch auf die VOB/C, dass nicht lediglich die technischen Regelwerke der VOB/C einbezogen werden sollten, sondern auch die VOB/B. Da das Ausschreibungs-LV von

der Architektin der Klägerin stammte, hat somit zunächst die Klägerin die Einbeziehung der VOB/B verlangt. Sie ist daher als Verwenderin der VOB/B anzusehen. Zur wirksamen Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag bedurfte es deshalb keiner Beifügung des Textes der VOB/B.

Anwendbar ist vorliegend die VOB/B 2009 (i.F. nur: VOB/B).

c) Der Umstand, dass die Klägerin das Hausgrundstück in B., auf dem sich das Bauvorhaben befindet, bei welchem die Beklagte tätig geworden ist, im Laufe des Rechtsstreits veräußert hat, hat keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation. Der von der Klägerin geltend gemachte Kostenvorschussanspruch knüpft an den Bauvertrag an und hängt nicht vom Eigentum an dem Baugrundstück ab. Unerheblich ist deshalb insbesondere, ob die Klägerin von dem Erwerber den vollständigen Kaufpreis erhalten hat oder ob im Hinblick auf die Mängel, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind, ein Abzug vorgenommen wurde.

d) Eine Abnahme der Leistungen der Beklagten durch die Klägerin hat nicht stattgefunden.

Die Klägerin nicht ausdrücklich die Abnahme erklärt. Einer konkludenten Abnahme durch rügelose Nutzung des Gebäudes steht entgegen, dass bereits vor der Fertigstellung umfangreiche Mängel geltend gemacht worden sind.

Die Klägerin war auch nicht zur Abnahme verpflichtet. Die Werkleistung der Beklagten war nicht abnahmereif. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts steht fest, dass das Werk der Beklagten Mängel aufweist, deren Beseitigung einen Aufwand von 10.234,00 Euro erfordert.

e) Bei einem VOB/B-Bauvertrag kann ein Auftraggeber einen Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B geltend machen. Vorliegend hat die Klägerin der Beklagten aber weder die Auftragsentziehung angedroht noch den Auftrag gemäß §§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B entzogen. Auch bei einem BGB-Bauvertrag ist § 637 BGB grundsätzlich vor der Abnahme nicht anzuwenden.

Die Abnahme ist vorliegend aber entbehrlich, da das Vertragsverhältnis der Parteien unstreitig in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Die Beklagte hat sich in ihrer Berufungsbegründung darauf berufen, dass zwischen den Parteien ein Abrechnungsverhältnis zustande gekommen sei. Die Klägerin hat sich dies auf Seite 3 der Berufungserwiderung vom 12. Oktober 2017 zu eigen gemacht und sich darauf berufen, dass sie konkludent zum Ausdruck gebracht habe, unter keinen Umständen mehr mit der Beklagten zusammenzuarbeiten. An das übereinstimmende Verständnis der Parteien, dass ein Abrechnungsverhältnis entstanden ist, ist der Senat aufgrund der Dispositionsmaxime gebunden.

f) aa) Das Vorliegen der vom Landgericht bejahten Mängel (vgl. die Ausführungen auf Seiten 15 bis 19 des angefochtenen Urteils) steht in der Berufungsinstanz nicht mehr im Streit. Gegenstand der Berufung der Klägerin ist der Vorschussanspruch bezüglich der vom Landgericht verneinten Mängel bzw. die Höhe des Vorschussanspruchs bezüglich des Mangels im Dachbereich bei der Oberlichtverglasung. Konkret geht es um folgende Mängelbehauptungen der Klägerin:

- * Kein Einbau eines zweiseitigen Systems mit bodentiefem Einbau der Schiebeflügel, sondern mit einem Versatz von 4 bis 5 cm;
- * Schiebeflügel laufen nicht wie vereinbart raumseitig, sondern außenseitig.
- * Hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der Oberlichtverglasung sei der zuerkannte

Vorschussanspruch von 595,00 Euro brutto zu niedrig. Bei der Oberlichtverglasung hätte die innere Scheibe aus Verbund-Sicherheitsglas (VSG) sein müssen. Die Beseitigung dieses Mangels erfordere einen Aufwand von mindestens 2.800,00 Euro brutto.

bb) Die Ausführung der Fensterelemente und der Hebeschiebetüren ist nicht mangelhaft.

Maßgeblich für die Frage, ob die von der Beklagten vorgenommene Ausführung der Fensterelemente sowie der Hebeschiebetüren mangelhaft im Sinne von § 13 Abs. 1 VOB/B sowie § 633 Abs. 2 BGB ist, ist das geschuldete Bausoll. Entscheidend ist daher, was die Parteien insoweit vertraglich vereinbart haben. Welche Beschaffenheit das zu erbringende Werk haben soll, also den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung, hat derjenige zu beweisen, der sich auf die vertragliche Vereinbarung beruft. Dies ist vorliegend die Klägerin als Auftraggeberin, ungeachtet des Umstands, dass vor der Abnahme grundsätzlich der Auftraggeber die Mangelfreiheit der erbrachten Leistungen zu beweisen hat.

Die Sollbeschaffenheit des herzustellenden Werks richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung, welche die Herstellungspflicht des Auftragnehmers näher beschreibt. Es kommt daher wesentlich auf den Inhalt der Auftragsbestätigung vom 19. Februar 2010 an.

In der Auftragsbestätigung (vgl. Anlagen K 5, B 4 sowie Anlagenkonvolut K 4) heißt es auf der ersten Seite:

"Wir bedanken uns ganz herzlich für Ihre Bestellung in unserem Hause über Leichtmetallarbeiten für das obengenannte Bauvorhaben, die wir wie folgt bestätigen:"

Sodann folgt eine Aufstellung der einzelnen Positionen.

In der Auftragsbestätigung findet sich keine Regelung bezüglich der Frage, ob die Hebeschiebetüren bodentief einzubauen sind. Auch enthält die Auftragsbestätigung keine (ausdrücklichen) Ausführungen zur Frage, ob die Hebeschiebetüren raumseitig oder außenseitig laufen sollen. So enthalten beispielsweise die "Pos. 2 Nord Büro" oder die "Pos. 4 Erdgeschoss Ost Schlafen / Wohnen" keine Angaben, ob die Hebeschiebetüren mit einer Bodenschwelle oder bodentief einzubauen sind und wo sie verlaufen sollen.

Die Angabe des Fabrikats "S. ASS 70 Hi" besagt zu dieser Frage nichts. Wie der Sachverständige B ausgeführt hat, kann dieses Fabrikat in drei unterschiedlichen Varianten ausgeführt werden. Unter diesen Varianten befindet sich die hier zur Ausführung gekommene Variante mit einem einschienigen System, bei welchem die Festverglasung direkt in den Blendrahmen eingesetzt und mittels raumseitiger Glashalteleisten gehalten wird. Bei dieser Ausführung müssen die Glashalteleisten oberhalb des Fertigfußbodens liegen, um einen nachträglichen Glasaustausch zu ermöglichen. Ansonsten, also bei bodentiefem Einbau, müsste der Boden aufgestemmt werden, um das Glas zu tauschen bzw. zu reparieren.

Die Formulierung "2-teiliges Schiebeelement" in der Auftragsbestätigung ist nicht so zu verstehen, dass ein zweischieniges System zu verbauen ist, bei dem ein Flügel mit dem Blendrahmen verschraubt wird, also sozusagen "festgestellt" wird. Nach den mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen B werden zwar die meisten (90 - 95 %) der Hebeschiebetüren auf diese Weise verbaut. Daraus ergibt sich aber nicht, dass es sich bei der hier verbauten einschienigen Variante um eine "Sonderkonstruktion" handelt.

Allerdings kann eine Vereinbarung über eine bestimmte Ausführungsweise auch außerhalb einer

Vertragsurkunde getroffen werden. Eine solche außerhalb der Vertragsurkunde getroffene Vereinbarung müsste die Klägerin beweisen. Diesen Beweis hat die Klägerin nicht geführt.

Vielmehr ergibt sich aus der Zeugenaussage von X, des früheren Geschäftsführers der Beklagten und Vaters bzw. Schwiegervaters der jetzigen Geschäftsführer der Beklagten, dass sich die Klägerin nach einer ausführlichen Besprechung auf die zur Ausführung gekommene Variante festgelegt hat. Das Landgericht hat die Zeugenaussage in nicht zu beanstandender Weise gewürdigt. Dabei hat es sich durchaus kritisch mit der Aussage des Zeugen X auseinandergesetzt, insbesondere vor dem Hintergrund, dass dieser als früherer Geschäftsführer der Beklagten und Vater bzw. Schwiegervater der jetzigen Geschäftsführer der Beklagten als "im Lager" der Beklagten stehend anzusehen ist. Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Beweiswürdigung sind nicht vorhanden. Zu berücksichtigen ist bei der Beantwortung der Frage, ob sich die Klägerin für die tatsächlich zur Ausführung gekommene Variante entschieden hat, auch, welche Vor- und Nachteile die möglichen Ausführungsvarianten haben. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die Aussage des Zeugen, die Klägerin habe großen Wert auf eine möglichst große Glasfläche sowie die Realisierung der Ganzglasecken gelegt, für überzeugend gehalten und ihr besondere Bedeutung beigemessen hat. Die Feststellungen des Landgerichts sind daher gemäß §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO für den Senat bindend. Die Klägerin zeigt keine Gesichtspunkte auf, aus denen sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen ergeben. Sie setzt lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle der Beweiswürdigung des Landgerichts.

Selbst wenn der Zeuge X aufgrund seiner persönlichen Verbindung zur Beklagten und deren Geschäftsführer nicht glaubwürdig wäre, würde dies der Klägerin angesichts ihrer Beweislast nicht weiterhelfen. Auch wenn der Aussage dieses Zeugen nicht geglaubt würde, stünde noch nicht fest, dass eine zweischienige bodentiefe Ausführung mit raumseitigem Lauf der Schiebeflügel vereinbart worden wäre.

Aus den Ausführungen des Sachverständigen B ergibt sich, dass sich eine möglichst große Glasfläche sowie die Realisierung der Ganzglasecken nur mit der hier realisierten Ausführungsvariante verwirklichen lassen. Bei einer Festverglasung im Blendrahmen ist die Glasfläche deutlich - nicht nur um wenige Millimeter - größer als bei der alternativen Ausführung der Feststellung des Flügelrahmens. Auch erfordert die Ausführung der Ganzglasecken (im Ausschreibungs-LV als "Übereckverglasung" bezeichnet), dass die Hebeschiebetüren außenseitig laufen.

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind die schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen B zu verwerten. Die mit der Berufungsbegründung der Klägerin vorgebrachten Einwendungen sind nicht berechtigt. Insbesondere ist dem Sachverständigen nicht vorzuwerfen, dass er die Werkplanung der Architektin der Klägerin nicht berücksichtigt habe. Die Klägerin hat sich ausführlich mit den Ausführungen des Sachverständigen auseinandergesetzt. Sie hatte insbesondere die Gelegenheit, den Sachverständigen im Rahmen dessen mündlicher Anhörung ergänzend zu befragen. Dabei hätte sie den Sachverständigen insbesondere mit Auszügen aus der Werkplanung der Architektin konfrontieren können, soweit sie diese für erheblich hält. Unberechtigt sind auch die Vorbehalte der Klägerin gegen die Unvoreingenommenheit des Sachverständigen, die im Übrigen nicht mehr geltend gemacht werden können (vgl. § 406 Abs. 2 ZPO).

Nicht erheblich ist, dass die Klägerin, wie sie in der Berufungsbegründung vorträgt, eine Ausführungsplanung für 6.693,75 Euro brutto hat erstellen lassen und die Beklagte nicht habe annehmen können, dass die Klägerseite von dieser Planung Abstand nehmen würde. Abgesehen

davon, dass die Ausführungsplanung sich auf das gesamte Bauvorhaben bezieht und die Frage, ob die Hebeschiebetüren bodengleich oder mit einer Schwelle eingebaut werden und ob sie raumseitig oder außenseitig laufen sollen, nur eines von unzähligen Details darstellt, müsste die Klägerin darlegen und beweisen, dass die Ausführungsplanung eine zweischienige bodentiefe Ausführung sowie den raumseitigen Lauf der Schiebeflügel vorsah und diese Festlegungen in der Ausführungsplanung bis zur Auftragserteilung Bestand gehabt haben. Dieser Beweis ist der Klägerin in beiderlei Hinsicht nicht gelungen.

Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 28. August 2017 eine CD vorgelegt hat, auf der sich die von der Architektin erstellte Werkplanung befinden soll, hat die Beklagte die Vorlage als verspätet gerügt und bestritten, dass sich daraus die Planung einer anderen als der erfolgten Ausführung ergebe. Der Inhalt der CD ist gemäß §§ 529, 531 ZPO nicht zu berücksichtigen, da es sich um neues Vorbringen in der Berufungsinstanz handelt und keine Gründe vorliegen, dieses neue Vorbringen zu berücksichtigen. Die ebenfalls in der Berufungsinstanz vorgelegten Anlagen BK 2 und BK 3 (ein Blatt) sind ein Planausschnitt, der dem bereits als Anlage K 29 (GA 652) vorgelegten Planausschnitt entspricht, lediglich ergänzt um handschriftlich angebrachte Kreise um den unteren Anschlussbereich der Hebeschiebetüren.

Der erstinstanzlich als Anlage K 26 bzw. - als Ausschnitt - K 29 (GA 652) und nunmehr als Anlage BK 2 + 3 vorgelegte Plan(ausschnitt) der Architektin mit Fassadenschnitten lässt keine Rückschlüsse bezüglich der Frage zu, ob ein bodentiefer und raumseitiger Einbau der Hebeschiebetüren vorgesehen war. Dies ergibt sich bereits aus der insoweit fehlenden Vermaßung sowie dem Maßstab dieser planerischen Darstellung. Der Fassadenschnitt ist ersichtlich keine detaillierte Planung, die einen bodentiefen Einbau sowie den raumseitigen Lauf der Hebeschiebetüren vorgeben sollte.

Als Anlage K 8 hat die Klägerin erstinstanzlich eine Zeichnung vorgelegt, die wohl (ursprünglich) von der Herstellerfirma S. stammt. Die Zeichnung ist mit einem Stempel der Beklagten versehen. Sie enthält darüber hinaus diverse handschriftliche Ergänzungen, u.a. Striche und Schraffierungen. Diese sind bereits nicht verständlich und widersprüchlich, da sich daraus zwei verschiedene Höhen des Fertigfußbodens ablesen lassen. Wer welche handschriftliche Ergänzung angebracht hat, ist nicht erkennbar. Ungeachtet dessen lässt die Anlage keine Schlussfolgerungen zu, was letztendlich vertraglich vereinbart worden ist.

Selbst wenn sich aus der Ausführungsplanung eine bestimmte Ausführungsart ergeben würde und nachgewiesen wäre, dass die Ausführungsplanung der Beklagten als CD lesbar und nicht zerkratzt zur Verfügung gestellt wurde (vgl. Schreiben der Beklagten vom 19. Oktober 2010, Anlage K 4 = B 1), müsste die Klägerin darüber hinaus beweisen, dass nach Übergabe der Ausführungsplanung bei Vertragsschluss mündlich keine abweichende Ausführungsart vereinbart worden wäre. Diesen Beweis hat die Klägerin nicht geführt.

Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang das Argument der Klägerin, eine Erklärung von ihr hätte keine Gesamtwirkung, d.h. keine Wirkung für und gegen ihren Ehemann gehabt. Auch wenn aufgrund der tatbestandlich bindenden Feststellungen des Landgerichts davon auszugehen ist, dass Auftraggeber die Klägerin und ihr Ehemann waren, obwohl die Angebote der Beklagten und auch die Auftragsbestätigung der Beklagten lediglich an die Klägerin gerichtet waren, ist die Klägerin als von ihrem Ehemann bevollmächtigt anzusehen. Wenn Eheleute für ein gemeinsames Bauvorhaben verhandeln und Festlegungen treffen, geschieht dies in Vollmacht auch für den anderen Ehepartner.

Auch bei einer Betrachtung der "Vorgeschichte" der Auftragsbestätigung vom 19. Februar 2010

ergibt sich kein anderes Ergebnis.

Die Aufstellung in der Auftragsbestätigung vom 19. Februar 2010 folgt überwiegend der Positionsdarstellung in dem als Anlage B 3 vorgelegten "2. überarbeiteten Angebot" der Beklagten vom 21. Dezember 2009. Es fehlen lediglich einzelne Zulagenpositionen (z.B. bei Position 1 die Zulage für äußere Verglasung in VSG), während andere Positionen hinzugekommen sind (z.B. Pos. 2A).

In diesem 2. überarbeiteten Angebot vom 21. Dezember 2009 wird Bezug genommen auf eine Baustellenbesprechung am 17. Dezember 2009. Insoweit heißt es:

"Wie gemeinsam am 17.12.09 auf der Baustelle miteinander besprochen haben wir sämtliche Fensterelemente nochmals durchgesprochen, wie die Ausführung im großen und ganzen ausgeführt werden soll. Um einen besseren Durchblick zu haben werde ich Stockwerkweise die Pos.-Nr. neu festlegen, sonstige Ausführung wie in unserem Angebot vom 11.11.09."

Die Klägerin hat nicht unter Beweis gestellt und bewiesen, dass in der Besprechung am 17. Dezember 2009 ein bodentiefer und raumseitiger Einbau der Hebeschiebetüren vereinbart wurde bzw. keine abweichenden Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen wurden. Das Bestreiten der Klägerin, dass es eine Besprechung am 17. Dezember 2009 gegeben hat, genügt nicht zum Nachweis des von ihr behaupteten Vertragsinhalts.

Auch im Ausschreibungs-LV (bei Anlage K 3) findet sich im Textteil keine Vorgabe, dass ein bodentiefer Einbau der Hebeschiebetüren zu erfolgen hat. Ebenso wenig findet sich dort eine Aussage zur Frage, ob die Hebeschiebetüren raumseitig oder außenseitig verlaufen sollen. Auf Seite 18 des Ausschreibungs-LV wird ausdrücklich betont, dass feststehende Verglasungen im Blendrahmen als Festverglasung oder als Verglasung im festgestellten Flügelrahmen ausgeführt werden können. Damit ist gerade keine eindeutige Vorgabe bezüglich der Ausführungsvariante gemacht worden. Vielmehr wurden dadurch die Ausführungsvarianten "Festverglasung im Blendrahmen" und "Verglasung im festgestellten Flügelrahmen" gleichrangig nebeneinander gestellt. Die Klägerin bzw. ihre Architektin haben sich somit im Rahmen der Ausschreibung nicht auf eine bestimmte Ausführungsvariante festgelegt!

Die Angabe des Fußbodeneinstands "FB-Aufbau 16 cm" bei den einzelnen Positionen des Ausschreibungs-LV besagt ebenfalls nichts über die Ausführungsvariante. Insbesondere ist damit nicht ein bodentiefer Einbau vorgegeben worden. Die Angabe besagt lediglich, welche Höhe des Fertigfußbodens über dem Rohfußboden der Fensterbauer mitsamt den sich daraus ergebenden Material- und Lohnkosten bei seinem Angebot zu berücksichtigen und einzukalkulieren hat.

Soweit handschriftlich im Angebot der Beklagten vom 8. Oktober 2009 (Anlage K 3) bei Pos. 1.1.1, 1.1.4, 1.1.6 u.a. als angebotenes Fabrikat "S. S 160 Hi" eingetragen ist, kann dies nicht als Angebot eines bodentiefen Einbaus angesehen werden. Letztlich kann diese Frage offen bleiben, da die Klägerin - wie bereits dargelegt - nicht bewiesen hat, dass nach dem Werkvertrag als Beschaffenheit des Werks vereinbart war, dass ein bodentiefer und raumseitiger Einbau der Hebeschiebetüren zu erfolgen hat.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass das Werk der Beklagten insoweit der Sollbeschaffenheit entspricht und damit mangelfrei ist. Der Hinweis der Klägerin in dem Schriftsatz vom 19. Dezember 2017, beim Oberlandesgericht eingegangen am 20. Dezember 2017, auf die Entscheidung des Senats vom 9. Februar 2010 (Az. 10 U 76/09) führt zu keiner anderen Beurteilung. Die VOB/A ist auf das vorliegende Vertragsverhältnis nicht, auch nicht

entsprechend anwendbar. Entgegen der Ansicht der Klägerin gibt es aus den vorstehend dargelegten Gründen keine Anhaltspunkte für einen vorsätzlichen Verstoß der Beklagten gegen ihre Hinweis- und Aufklärungspflichten.

cc) Auch bezüglich der Oberlichtverglasung hat die Berufung der Klägerin keinen Erfolg. Sie rügt ohne Erfolg, es sei bereits 2010 Stand der Technik gewesen, bei einer - hier vorliegenden - Überkopfverglasung die äußere Scheibe aus ESG und die innere Scheibe, die ggf. bei einem Bruch der äußeren Scheibe deren Gewicht tragen müsse, in VSG auszuführen.

Der Sachverständige C hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 14. September 2016 (GA 811/854) auf Seite 34 f. ausgeführt, dass die Verglasung wie folgt aufgebaut ist (von außen nach innen):

6 mm Floatglas
16,5 mm Zwischenraum
4 mm Scheibe
Folie
4 mm Scheibe

Es sei - so der Sachverständige - nicht zutreffend, dass außen eine ESG-Scheibe einzusetzen sei. Zwar weise ESG einen höheren Bruchwiderstand als Floatglas auf, bei einem Bruch komme es aber in beiden Fällen zu einer Auflastung auf der VSG-Scheibe. Bei seiner ergänzenden mündlichen Anhörung am 14. März 2017 führte der Sachverständige C aus (GA 884), es sei nicht Stand der Technik, dass immer und überall ESG-Glas verwendet werden müsse, und hat dies überzeugend näher erläutert.

Die Klägerin wiederholt mit ihrer Berufung lediglich ihr erstinstanzliches Vorbringen ohne aufzuzeigen, weshalb die Feststellungen des Sachverständigen C., der sich auch mit den klägerseits als Anlage K 28 vorgelegten Unterlagen der S.-Gruppe auseinandergesetzt hat, unzutreffend sind. Ein ergänzendes oder neues Sachverständigengutachten ist vor diesem Hintergrund nicht einzuholen.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich ein höherer Vorschussanspruch nicht daraus, dass die Beklagte für die Dichtigkeit der Oberlichtverglasung verantwortlich war. Der Sachverständige C hat insoweit dargelegt, dass zwar folgende Mängelpunkte vorhanden sind:

- * Im Überhöhungsbereich des Oberlichtrahmens wurde nicht geeignetes Dämmmaterial eingebaut.
- * Der Dichtungsanschluss im Bereich der Überhöhung ist nicht dicht und dauerhaft ausgeführt.
- * Umlaufend erfolgte eine Flächenabdichtung in unterschiedlicher und durchweg nicht geeigneter Ausführung. Die Andichtungsflächen an das Rahmenprofil sind für Flüssigkunststoffabdichtung, Butylbandabdichtung und Kaltbitumenverguss zu klein, um dauerhaft zu funktionieren.

Bei seiner ergänzenden mündlichen Anhörung hat der Sachverständige nachvollziehbar dargelegt, dass die Wasserdichtheit der Konstruktion der Beklagten gegeben ist. Es ist ferner davon auszugehen, dass Dampfdiffusionsdichtigkeit und Winddichtigkeit vorhanden sind.

Im Hinblick auf die rechtliche Zuordnung der vom Sachverständigen festgestellten Mängel hat das Landgericht auf Grundlage der schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen der Beklagten lediglich einen Kostenanteil von 500,00 Euro netto, also 595,00

Euro brutto, zugewiesen.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Klägerin sind nicht begründet.

Soweit nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht geeignetes Dämmmaterial eingebaut und der Dichtungsanschluss im Bereich der Überhöhung nicht dicht und dauerhaft ausgeführt wurde, handelt es sich nicht um Mängel des Gewerks der Beklagten. Die Beklagte war nicht verpflichtet, das Dämmmaterial einzubauen. Sie war auch nicht verpflichtet, den Dichtungsanschluss im Bereich der Überhöhung auszuführen. Es fehlt insoweit an einer planerischen Vorgabe der Klägerin bzw. der für diese tätigen Architektin an die Beklagte. Der Sachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, dass der Fensterbauer nur dann für die Übergänge verantwortlich ist, wenn er die Abdichtungsmaßnahmen vertraglich übernommen hat. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese nachvollziehbare Einschätzung des Sachverständigen aus seiner technisch-sachverständigen Sicht in rechtlicher Hinsicht anders beurteilt werden müsste.

Nachdem es sich bei dem der Klägerin vom Landgericht zuerkannten Betrag von 595,00 Euro brutto um einen Kostenanteil handelt, vermag auch der Hinweis der Klägerin, der Betrag sei zu niedrig, wenn man betrachte, welche Kosten Handwerker für die bloße Anfahrt berechneten, die Zuerkennung eines höheren Betrags nicht zu rechtfertigen. Wenn sämtliche vorliegenden Mängel bezüglich der Dämmung, des Dichtungsanschlusses im Überhöhungsbereich sowie der Flächendichtungsanschluss behoben werden, was sinnvollerweise in einem Zug erfolgen sollte, verteilen sich die Fahrtkosten auf die dann voraussichtlich insgesamt deutlich höheren Kosten, so dass auf den Kostenanteil von 595,00 Euro brutto nur ein geringer Fahrtkostenanteil entfällt.

g) Die förmlichen Voraussetzungen für einen Kostenvorschussanspruch sind erfüllt.

aa) Zwar steht einem Auftraggeber kein Vorschussanspruch für die Mangelbeseitigungskosten zu, wenn er nicht ernstlich beabsichtigt, die Mangelbeseitigung durchzuführen, oder zu einer Mangelbeseitigung nicht (mehr) in der Lage ist.

Eine solche Konstellation ist vorliegend aber nicht gegeben. Zwar ist die Immobilie in B. mittlerweile verkauft worden. Die Klägerin hat aber dargelegt, dass sie nach dem notariellen Kaufvertrag mit dem Erwerber verpflichtet ist, den ordnungsgemäßen Zustand und Einbau der Fenster und des Wärmedämmverbundsystems nach den anerkannten Regeln der Baukunst und technisch einwandfrei auf eigene Kosten und Gefahr herbeiführen zu lassen. Maßgeblich für die Herbeiführung des ordnungsgemäßen Zustands sei der im Gutachten B im vorliegenden Verfahren als erforderlich festgestellte Zustand und Einbau (GA 1013 f.).

Der Klägerin ist daher trotz der Veräußerung der Immobilie die Durchführung der Mangelbeseitigung weiterhin möglich. Da sie gegenüber dem Erwerber dazu auch verpflichtet ist, kommt ein Ausschluss des Vorschussanspruchs wegen nicht ernstlich beabsichtigter Mangelbeseitigung derzeit nicht in Betracht.

bb) Die Klägerin hat die Beklagte auch unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung aufgefordert. Nach Einholung des Privatgutachtens A forderte die Klägerseite die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 13. Juli 2011 (Anlage K 23) zur Mangelbeseitigung bis 18. September 2011 auf. Die gesetzte Frist, die ergebnislos abgelaufen ist, war angemessen.

h) Der Klägerin steht somit lediglich der erstinstanzlich zuerkannte Vorschussbetrag von 10.324,00 Euro zu, der allerdings durch die von der Beklagten in der Berufungsinstanz erklärte Aufrechnung erloschen ist (dazu sogleich bei der Berufung der Beklagten). Da die Berufung der

Klägerin in der Hauptsache keinen Erfolg hat, steht ihr auch kein Zinsanspruch zu.

B. Berufung der Beklagten

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.

1. Soweit das Landgericht das Vorliegen von Mängeln und einen daraus resultierenden Kostenvorschussanspruch i.H.v. 10.234,00 Euro bejaht hat, wird dies von der Beklagten akzeptiert. Sie ist allerdings der Ansicht, das Vertragsverhältnis habe sich in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt. Ziehe man von dem Schlussrechnungsbetrag von 18.340,89 Euro den vom Landgericht zuerkannten Vorschuss von 10.234,00 Euro ab, verbleibe als Saldo zu ihren Gunsten eine Restforderung von 8.106,89 Euro. Vorsorglich hat die Beklagte in der Berufungsinstanz erstmals die Aufrechnung mit dem Vergütungsanspruch gegen den Vorschussanspruch erklärt.

Diese Aufrechnung ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht gemäß § 531 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Die Aufrechnung in der Berufungsinstanz ist unter den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig. Die Aufrechnung der Beklagten ist sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO). Sie kann auch gemäß § 533 Nr. 2 ZPO auf Tatsachen gestützt werden, die der Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legen sind, da die Vergütungsforderung Gegenstand der bereits erstinstanzlich erhobenen Widerklage ist und die Beklagte mit ihrer Berufung die Abweisung der Widerklage angreift. Gegenseitige Forderungen innerhalb eines Abrechnungsverhältnisses können aufgerechnet werden.

2. Der Beklagten steht gemäß § 631 Abs. 1 BGB ein Werklohnanspruch gegen die Klägerin zu, der sich infolge der Aufrechnung der Beklagten auf noch 8.106,89 Euro beläuft.

a) Wie oben unter A. im Rahmen der Berufung der Klägerin ausgeführt wurde, ist der Vergütungsanspruch der Beklagten auch ohne Abnahme fällig sowie frei von Einwendungen und Einreden, da das Vertragsverhältnis der Parteien in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

Der restliche Vergütungsanspruch der Beklagten beläuft sich ausweislich der Schlussrechnung auf 18.340,89 Euro.

Erstmals in der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Höhe der Schlussrechnungsforderung bestritten. Erstinstanzlich hatte die Klägerin, nachdem die Beklagte die Schlussrechnung mit Schriftsatz vom 3. April 2013 vorgelegt und mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2014 Widerklage auf Zahlung der sich aus der Schlussrechnung ergebenden Restforderung erhoben hatte, lediglich vorgebracht, die Mängel stünden der Fälligkeit der Forderung entgegen. Das Bestreiten der Höhe der Schlussrechnungsforderung ist daher neues Vorbringen in der Berufungsinstanz, das gemäß §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen ist, nachdem die Beklagte dem Bestreiten entgegengetreten ist.

b) Infolge der zulässigen Aufrechnung der Beklagten in der Berufungsinstanz ist der Vergütungsanspruch in Höhe des vom Landgericht zuerkannten Vorschussanspruchs von 10.324,00 Euro erloschen (§ 389 BGB). Andere als die vom Landgericht erkannten Mängel liegen nicht vor. Der Kläger stand daher lediglich ein Vorschussanspruch in dieser Höhe zu. Die Aufrechnung hat zum Erlöschen des Vorschussanspruchs der Klägerin und zu einer Reduzierung des Vergütungsanspruchs der Beklagten von 18.340,89 Euro um 10.324,00 Euro auf 8.106,89 Euro geführt.

Auf die Berufung der Beklagten ist daher die Klage abzuweisen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 8.106,89 Euro zu verurteilen.

Unberührt hiervon ist die Verpflichtung der Klägerin, die Beseitigung der vom Landgericht festgestellten Mängel vornehmen zu lassen und über den Vorschuss abzurechnen. Sollte der Vorschuss für die Beseitigung der Mängel nicht ausreichen, stünde der Klägerin ein weiterer Vorschuss- oder Erstattungsanspruch zu.

c) Der Anspruch ist gemäß §§ 280 Abs. 2, 286, 288 Abs. 1 S. 2 BGB ab dem 28. April 2013 mit Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen.

Die Beklagte hat der Klägerin mit der als Anlage B 7 vorgelegten Schlussrechnung vom 28. März 2013 18.340,89 Euro in Rechnung gestellt. Die Schlussrechnung wurde der Klägerseite mit dem als Anlage B 8 vorgelegten Anwaltsschreiben vom 3. April 2013 übersandt, in dem eine Frist zur Zahlung bis zum 18. April 2013 gesetzt wurde. Mit der Nichtzahlung geriet die Klägerin in Zahlungsverzug. Zinsen sind daher wie beantragt ab dem 28. April 2013 zuzusprechen. Die Höhe des Zinssatzes ergibt sich aus § 288 Abs. 1 S. 2 BGB.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 91 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 und 709 S. 2 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben.