

# OLG Karlsruhe

## Urteil

vom 21.12.2018

8 U 55/17

BGB a.F. § 648a Abs. 5 Satz 2; BGB § 650f; VOB/B § 12 Abs. 5

1. a) Die Einrede des nichterfüllten Vertrags wegen vorhandener Sachmängel steht dem Besteller grundsätzlich auch dann zu, wenn er die verlangte Bauhandwerkersicherung nicht leistet.\*)

b) Die Einrede des nichterfüllten Vertrags erlischt, wenn der Unternehmer den Bauvertrag wegen Nichtleistung der Bauhandwerkersicherung kündigt. Er kann dann, ohne die Mängel beseitigen zu müssen, die - regelmäßig nach § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB (= § 650f BGB n.F.) reduzierte - Vergütung verlangen.\*)

2. Hat das Erstgericht den Werklohnanspruch des Unternehmers unter der fehlerhaften Annahme, es sei ein Abrechnungsverhältnis zwischen den Bauvertragsparteien entstanden, um die (mutmaßlich) anfallenden Mangelbeseitigungskosten gekürzt, ist es dem Besteller auch dann nicht - nach den Grundsätzen von Treu und Glauben - verwehrt, sich in der zweiten Instanz (weiterhin) auf sein Leistungsverweigerungsrecht wegen vorhandener Sachmängel zu berufen, wenn der Unternehmer seinerseits kein (Anschluss-)Rechtsmittel einlegt und die Kürzung seines Werklohnanspruchs deshalb rechtskräftig wird.\*)

3. a) Nach § 12 Abs. 5 VOB/B ist der Eintritt der Abnahmefiktion ausgeschlossen, wenn der Besteller, hätte zu dem nach § 12 Abs. 5 Nr. 1, 2 VOB/B maßgeblichen Zeitpunkt ein Abnahmetermin stattgefunden, die Abnahme bei redlichem Verhalten der Bauvertragsparteien hätte verweigern können.\*)

b) Das ist der Fall, wenn zum fraglichen Zeitpunkt wesentliche Mängel vorlagen, die bei einem Abnahmetermin erkennbar gewesen wären oder die jedenfalls der Auftragnehmer kennt oder kennen müsste.\*)

c) Lagen zum fraglichen Zeitpunkt hingegen "nur" versteckte, d. h. beiden Parteien (noch) unbekannt, Mängel vor, hindern diese den Eintritt der Abnahmefiktion nicht.\*)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018 - 8 U 55/17

*vorhergehend:*

*LG Mannheim, 10.03.2017 - 3 O 4/13*

#### Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 10.03.2017 - 3 O 4/13 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 31.871,24 EUR nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.09.2018 zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 17.129,29 EUR zu bezahlen Zug um Zug gegen Beseitigung folgender Mängel an der im Bauvorhaben "Mehrfamilienhaus, Bahnhofstraße 32 in Schriesheim" installierten Heizungsanlage

a) die eingebaute Wärmepumpe liefert nicht die vereinbarte Wärmeleistung von 16 kW und stammt von der Firma V. anstelle der Firma A.,

b) statt eines Speicher-Trinkwassererwärmers der Marke V. wurde ein solcher der Marke C. eingebaut,

c) beim Betrieb des Brennwertkessels kommt es aufgrund von Fehlzirkulationen zu einer Überhitzung der Inneneinheit der Wärmepumpe, die Temperaturstörungen auslöst und

d) wegen des Fehlens eines Umschaltventils wird die hydraulische Weiche im Heizbetrieb zwangsdurchströmt,

wobei die Mängelbeseitigung nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Zuschusses von 3.125,00 EUR seitens der Beklagten von der Klägerin durchzuführen ist.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

III. Die Anschlussberufung der Klägerin wird verworfen.

IV. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 7 % und die Beklagte zu 93 %. Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin zu 13 % und die Beklagte zu 87 %.

V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des jeweils aus dem Urteil vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des von ihr zu vollstreckenden Betrags leistet.

VI. Die Revision der Klägerin gegen dieses Urteil wird in dem in den Entscheidungsgründen näher dargelegten Umfang zugelassen.

## Gründe

A.

Die Klägerin verlangt als Subunternehmerin von der beklagten Hauptunternehmerin restlichen Werklohn.

Mit Vertrag vom 02./03.05.2011 beauftragte die - ihrerseits von der A. GmbH beauftragte - Beklagte die Klägerin mit der Installation von Sanitär- und Heizungsanlagen in dem Neubauvorhaben ... gegen eine Nettovergütung von 220.000,00 EUR (Anlage K1). Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. Der Vertrag enthält folgende Regelungen zu einem Anspruch der Beklagten auf Bezahlung einer Vertragsstrafe:

### *4. Ausführungsfristen:*

*Der AN verpflichtet sich, die Arbeiten gemäß jedem Einzelauftrag beigefügten und unterschriebenen Bauzeitenplan auszuführen.*

*Der AN hat die übertragenen Leistungen im Bereich Sanitär- und Heizungsanlage in einer Vertragsfrist gemäß BZPL fertig zu stellen (Fertigstellungsfrist).*

### *5. Vertragsstrafe:*

*5.1. Kommt es zu einer durch den AN schuldhaft verursachten Überschreitung einer Vertragsfrist oder mehrerer Vertragsfristen, kann der AG eine Vertragsstrafe i.H.v. 0,2 % der Netto-Schlussrechnungssumme pro Werktag geltend machen. Auch wenn mehrere Vertragsfristen gleichzeitig schuldhaft überschritten werden, beträgt die Vertragsstrafe insgesamt 0,3 % der Netto-Schlussrechnungssumme pro Werktag.*

*5.2. Die nach 5.1 anfallende Vertragsstrafe ist der Höhe nach auf höchstens 5 % der Netto-Schlussrechnungssumme begrenzt.*

*5.3 Der AG ist berechtigt, die Vertragsstrafe auch noch nach Abnahme bis zur Fälligkeit der Schlusszahlung geltend zu machen, wenn er sie sich bei der Abnahme vorbehält.*

Später erteilte die Beklagte der Klägerin Zusatzaufträge, unter anderem über die Installation einer Luft-Wasser-Wärmepumpe gegen eine Vergütung in Höhe von 18.600,00 EUR netto (Anlage K2).

Mehrmals, so auch mit E-Mail-Schreiben vom 21.05.2012 und 22.05.2012, monierte die Beklagte, dass die Heizung in kurzen Zeitabständen ausfalle. Sie setzte eine Frist zur Mangelbeseitigung bis zum 25.05.2012 und erklärte, sie mache von ihrem Vertragsstrafenanspruch Gebrauch (Anlagen B1 und B2). Am 24.05.2012 stellte ein Techniker der Firma Viessmann auf Veranlassung der Klägerin die Heizungsanlage neu ein und bestätigte anschließend, die Heizungsanlage weise nunmehr keine Fehler mehr auf (Anlage K8). Daraufhin stellte die Klägerin der Beklagten am 30.05.2012 die Schlussrechnung, die einen offenen Restwerklohn i.H.v. 66.129,82 EUR auswies (Anlage K6); die Schlussrechnung ging der Beklagten spätestens am 02.06.2012 zu.

Mit Anwaltsschreiben vom 28.08.2012 forderte die Klägerin die Beklagte zur Bezahlung des restlichen Werklohns nebst Anwaltskosten auf. Sie verlangte zudem die Stellung einer Bauhandwerkersicherung bis zum 05.09.2012 und die Einzahlung des Gewährleistungseinbehalts auf ein Sperrkonto bis zum 10.09.2012 (Anlage K7).

Ab dem 29.10.2012 leitete die Beklagte der Klägerin Rügen der Bewohner des neu errichteten Mehrfamilienhauses wegen erneuter Heizungsausfälle weiter. Nachdem die Klägerin mehrfach unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden war, ließ die Beklagte Teile der Heizungsanlage durch ein Drittunternehmen erneuern.

Die Parteien haben in erster Instanz im Wesentlichen über das Eintreten einer Abnahmefiktion, über die Vergütungsvereinbarung für einzelne Zusatzaufträge, über die Erbringung von Stundenlohnarbeiten, über Gegenansprüche der Beklagten wegen ab Ende 2011 bis Anfang 2013 entstandener Ersatzvornahmekosten und der Verwirkung der vereinbarten Vertragsstrafe sowie über ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten wegen noch vorhandener Mängel gestritten.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 66.129,82 EUR gerichteten Klage i.H.v. 49.000,53 EUR nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten hieraus stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Wegen der tatsächlichen Feststellungen, der im ersten Rechtszug gestellten Anträge sowie der Entscheidungsgründe wird auf den Inhalt des angegriffenen Urteils vom 10.03.2017 Bezug genommen.

Im Laufe des Berufungsverfahrens hat die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 22.09.2017 angeboten, die vom Landgericht festgestellten noch vorhandenen Mängel zu beseitigen, und hat hierfür drei Terminsvorschläge unterbreitet (Anlage BK1). Die Beklagte hat hierauf nicht reagiert. Am 25.09.2018 hat die Beklagte mit ihrer Auftraggeberin, der A. GmbH, einen Prozessvergleich abgeschlossen, wonach die Beklagte nach Saldierung ihres restlichen Werklohnanspruchs mit Schadensersatzansprüchen der A. GmbH - unter anderem wegen Mängeln, die Gegenstand des hiesigen Rechtsstreits sind - noch eine Restzahlung an die A. GmbH zu leisten hatte.

Die Beklagte trägt zur Begründung ihrer Berufung im Wesentlichen vor:

Das Landgericht sei zu Unrecht von einer fiktiven Abnahme des Werks der Klägerin nach § 12 Abs. 5 VOB/B am 14.06.2012 ausgegangen. Die Leistung der Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt abnahmereif im Sinne von § 12 Abs. 3 VOB/B gewesen; insbesondere seien die mit Schreiben der Beklagten vom 22.05.2012 gerügten Mängel (Heizungsausfälle) unstreitig nicht beseitigt worden. Auch die (weiteren) vom Landgericht festgestellten Mängel stünden der Abnahmereife des Werks der Klägerin entgegen. Soweit die Klägerin für die Herstellung der Heizungsanlage zum Teil Produkte anderer Hersteller als vereinbart verwendet habe, habe sie diese Mängel bewusst verschwiegen; eine Abnahmefiktion scheidet auch deshalb aus. Der Werklohnanspruch der Klägerin sei mithin nicht fällig.

Die fehlende Abnahme führe dazu, dass die Begründung des Landgerichts für die Verneinung des Anspruchs der Beklagten auf Zahlung einer Vertragsstrafe nicht greife. Die (vorsorgliche) Aufrechnung der Beklagten mit diesem Anspruch i.H.v. 12.370,23 EUR sei demgemäß zu berücksichtigen.

Fehlerhaft sei das Landgericht außerdem von einem Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin nach § 648a BGB ausgegangen. Zum einen sei das Verlangen nach Sicherheit wegen der gravierenden Mängel des Werks der Klägerin rechtsmissbräuchlich. Zum anderen habe die Klägerin sich auch nicht auf ein ihr etwa nach § 648a BGB zustehendes Leistungsverweigerungsrecht berufen. Sollte der Klägerin zunächst ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden haben, sei dieses jedenfalls später dadurch entfallen, dass die Klägerin eine Mangelbeseitigung betreffend die gerügten Mängel an der Heizungsanlage endgültig verweigert habe, indem sie mit Schriftsatz vom 10.12.2013 die fehlende Vertragsgerechtigkeit der Heizungsanlage bestritten habe. Im Ergebnis führe dies dazu, dass die der Beklagten nach dem 05.09.2012 entstandenen Selbstvornahmekosten ersatzfähig seien. Auch die (vorsorgliche) Aufrechnung mit diesem Anspruch i.H.v. 2.351,08 EUR greife mithin durch.

Unabhängig davon hätte wegen des im Zusammenhang mit den vom Landgericht festgestellten Mängeln bestehenden Leistungsverweigerungsrechts der Beklagten gemäß § 641 Abs. 3 BGB jedenfalls eine Zug-um-Zug-Verurteilung erfolgen müssen.

Wegen der bis heute vorhandenen Mängel an der Heizungsanlage habe die Beklagte entgegen der Auffassung des Landgerichts gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B nicht in Verzug geraten können. Die Klägerin habe deshalb weder auf die Zahlung von Verzugszinsen noch auf die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten einen Anspruch.

Die Beklagte beantragt:

Das Urteil des Landgerichts Mannheim, AZ.: 3 O 4/13, vom 10.03.2017 wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin beantragt:

1. Die Berufung wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Hilfsweise wird festgestellt, dass sich die Beklagte zur Beseitigung der Mängel

- die Wärmepumpe stammt nicht vom Hersteller A. und weist keine Leistung von 16 kW auf,

- der Trinkwassererwärmer stammt nicht vom Hersteller V. und weist eine Fehlzirkulation auf,

betreffend das Mehrfamilienhaus in der B.-Straße 32 in S. im Annahmeverzug befindet.

Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil und führt zur Begründung ihrer Anträge ergänzend aus:

Entgegen der Auffassung der Beklagten sei den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen gerade nicht zu entnehmen, dass das Werk der Klägerin gravierende Mängel aufweise. Die Heizungsanlage sei vielmehr funktionstauglich; andernfalls hätte die Beklagte den einbehaltenen Werklohn, der die Kosten für eine etwa erforderliche Mangelbeseitigung um ein Vielfaches übersteige, längst zur Mangelbeseitigung verwendet. Sollten Teile der Heizungsanlage tatsächlich ausgetauscht werden, müsse die Beklagte sich die bisherige Nutzung über einen mehrjährigen Zeitraum unter dem Gesichtspunkt "neu für alt" anrechnen lassen. Dies gelte im Streitfall jedenfalls deshalb, weil die Klägerin wegen ihres Leistungsverweigerungsrechts nach § 648a BGB bislang nicht zur Mangelbeseitigung verpflichtet gewesen sei, weshalb es allein dem Verhalten der Beklagten zuzuschreiben sei, dass etwa vorhandene Mängel bis heute nicht beseitigt worden seien.

Soweit die Berufung meine, eine Abnahmefiktion komme wegen der mit Schreiben vom 22.05.2012 gerügten Mängel nicht in Betracht, lasse sie außer Acht, dass die Klägerin jene Mängel durch einen Techniker der Firma Viessmann am 24.05.2012 beseitigen lassen habe, worüber die Beklagte informiert worden sei. Anschließend seien monatelang keine Rügen erhoben worden. Im Übrigen sei das Gebäude seit langem vollständig bewohnt und selbstverständlich auch die Heizungsanlage in Gebrauch.

Zu keinem Zeitpunkt habe die Klägerin eine Mangelbeseitigung endgültig verweigert; sie habe diese lediglich von der Stellung einer Sicherheit abhängig gemacht. Das ihr in diesem Zusammenhang zustehende Leistungsverweigerungsrecht habe die Klägerin auch geltend gemacht.

Einen Anspruch auf die Zahlung einer Vertragsstrafe habe die Beklagte schon deshalb nicht, weil die betreffende Vertragsklausel unwirksam sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei es unzulässig, im Fall der Verletzung einer Zwischenfrist als Bemessungsgrundlage für die Vertragsstrafe - wie hier - die Nettoschlussrechnungssumme heranzuziehen. Darüber hinaus sei die Formulierung der Vertragsstrafen-Klausel, soweit sie Rechtsfolgen daran knüpfe, dass "mehrere Vertragsfristen gleichzeitig schuldhaft überschritten werden", unklar, was zu Lasten der Beklagten als Verwenderin der AGB gehe. Im Übrigen sei die Klägerin nicht in Bauverzug geraten, da es zu zahlreichen Baubehinderungen gekommen sei, die der Sphäre der Beklagten zuzuordnen seien. Letztlich fehle es aber auch an der Geltendmachung eines Vorbehalts wegen der Vertragsstrafe bei Abnahme (§ 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B).

Ein mangelbedingtes Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten scheide - zumindest mittlerweile - aus, weil die Beklagte, wie der Abschluss des Abfindungsvergleichs mit ihrer Auftraggeberin zeige, keine Mangelbeseitigung durch die Klägerin mehr wünsche. Unabhängig davon sei die Beklagte jedenfalls in Verzug mit der Annahme der Mangelbeseitigung geraten, indem sie auf das Angebot der Klägerin zur Mangelbeseitigung gemäß Schreiben vom 22.09.2017 nicht reagiert habe. Das führe

dazu, dass ein etwaiges Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten allenfalls in Höhe der (einfachen) Mangelbeseitigungskosten bestehe; ein Druckzuschlag sei bei dieser Sachlage nicht geboten. Da das Landgericht den Werklohn der Klägerin bereits um die Kosten, die voraussichtlich für die Mangelbeseitigung anfallen werden, gekürzt habe, stehe der Beklagten im Ergebnis kein Leistungsverweigerungsrecht (mehr) zu.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## B.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat insoweit Erfolg, als die Beklagte zur Zahlung des der Klägerin vom Landgericht zugesprochenen Werklohns i.H.v. 49.000,53 EUR teilweise - namentlich i.H.v. 17.129,29 EUR - (nur) Zug um Zug gegen Beseitigung der im Urteilstenor Nr. I.2. aufgeführten Mängel, zu der die Beklagte wiederum einen Zuschuss i.H.v. 3.125,00 EUR zu leisten hat, verpflichtet ist. Darüber hinaus hat die Berufung im Hinblick auf die Nebenforderungen der Klägerin teilweise Erfolg.

## I.

Die Klägerin hat gemäß § 631 Abs. 1 BGB einen fälligen restlichen Werklohnanspruch in Höhe von 49.000,53 EUR. Da der Beklagten wegen der vom Landgericht festgestellten Mängel allerdings gemäß § 641 Abs. 3 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht i.H.v. 17.129,29 EUR zusteht, hat insoweit nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung zu erfolgen (§ 322 Abs. 1 BGB). Gegenüber dem Mangelbeseitigungsanspruch der Beklagten steht der Klägerin wiederum ein Anspruch auf Zuschuss i.H.v. 3.125,00 EUR zu, was zu einer doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung führt.

1. Auf das durch Bauvertrag vom 02./03.05.2011 begründete Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, welches durch Nachträge in den Jahren 2011 und 2012 erweitert wurde, ist gemäß Art. 229 § 39 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung anzuwenden. Die Parteien haben diesem Bauvertrag wirksam die VOB/B (2009) zugrunde gelegt, indem sie nach Nr. 2 des Vertrags die VOB/B "in der Fassung, wie sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Gültigkeit haben", zur Vertragsgrundlage bestimmt haben (Anlage K1).

2. Dass der Klägerin gemäß Schlussrechnung vom 30.05.2012 ursprünglich ein Anspruch auf restlichen Werklohn i.H.v. 66.129,82 EUR gegen die Beklagte zustand, ist in zweiter Instanz nicht mehr streitig. Auch die vom Landgericht wegen Mängeln vorgenommene Kürzung dieses Anspruchs um 17.129,29 EUR auf 49.000,53 EUR hat der Senat, nachdem die Klägerin insoweit ein eigenes (Anschluss-)Rechtsmittel nicht eingelegt hat, seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

3. Der restliche Werklohnanspruch der Klägerin ist fällig.

a) Die Fälligkeit ist unabhängig davon, ob - mit dem Landgericht - von einer fiktiven Abnahme des Werks der Klägerin im Juni 2012 nach § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B auszugehen ist, zu bejahen. Denn der Werklohn der Klägerin ist (mittlerweile) jedenfalls gemäß den - auch im Rahmen eines VOB-Bauvertrags anwendbaren - Regelungen des § 641 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB fällig. Danach ist die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, spätestens fällig, soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung erhalten hat (§ 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt (§ 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

b) Im Streitfall liegen die Voraussetzungen beider Alternativen der Durchgriffsfälligkeit vor. Unstreitig hat die Beklagte sich mit ihrer Auftraggeberin, der A. GmbH, am 25.09.2018 im Wege des Prozessvergleichs darauf verständigt, dass die A. GmbH der Beklagten keinen weiteren Werklohn schuldet, vielmehr die Beklagte der A. GmbH restlichen Schadensersatz - unter anderem wegen der Mängel, die Gegenstand des hiesigen Rechtsstreits sind - zu leisten hat. In rechtlicher Hinsicht bedeutet das zum einen, dass die Beklagte als Hauptunternehmerin die mit ihrer Auftraggeberin vereinbarte Vergütung für das Werk, das die Klägerin als Subunternehmerin hergestellt hat, vollständig erhalten hat, und zum anderen, dass das hergestellte Werk im Verhältnis zwischen der Beklagten und ihrer Auftraggeberin aufgrund der Umwandlung des ursprünglichen Erfüllungsverhältnisses in ein reines Abrechnungsverhältnis als abgenommen gilt.

4. Die mit der Berufung (hilfsweise) weiterverfolgten und zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten bestehen nicht.

a) Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe.

Das gilt auch dann, wenn man den Eintritt einer Abnahmefiktion im Juni 2012 verneint und deshalb nicht - wie das Landgericht - auf den fehlenden Vorbehalt der Vertragsstrafe innerhalb der Zwölfjahresfrist gemäß § 12 Abs. 5 Nr. 3 i.V.m. Nr. 1 VOB/B abstellen kann. Unabhängig davon ist die Klausel zur Vertragsstrafe (Nr. 5 des Vertrags) nämlich aus mehreren Gründen gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

aa) Der Behauptung der Klägerin, dass es sich bei dem Subunternehmervertrag vom 02./03.05.2011 (Anlage K1) um einen Formularvertrag der Beklagten und damit um von der Beklagten gestellte für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt, ist die Beklagte nicht entgegengetreten.

bb) Nach höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rechtsprechung benachteiligt eine vom Auftraggeber gestellte Vertragsstrafenregelung, die eine für die schuldhafte Überschreitung einer Zwischenfrist zu zahlende Vertragsstrafe auf einen Anteil der

Gesamtauftragssumme anstatt auf den Wert der zum Zeitpunkt des Ablaufs der Zwischenfrist tatsächlich rückständigen Werkleistung festlegt, den Auftragnehmer unangemessen. Denn in einem solchen Fall kann die vereinbarte Höchststrafe nach verhältnismäßig kurzen Zeiträumen bereits vollständig verwirkt sein. Der Auftraggeber profitiert dann im Zuge der Absicherung von Zwischenfristen auf Kosten des Auftragnehmers davon, dass der Auftragnehmer später noch weitere Leistungen erbringt, deren Zweck es nicht ist, die Einhaltung des vorangegangenen Zwischentermins zu sichern. Ein angemessenes Gleichgewicht der Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer ist mithin nicht gewahrt (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.2012 - VII ZR 133/11 -; OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.03.2010 - 13 U 201/10 -; OLG Celle, Urteil vom 13.07.2005 - 7 U 17/05 -; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 10.04.2002 - 7 U 938/01 -).

Danach hält auch die hier im Streit stehende Vertragsstrafenregelung einer AGB-rechtlichen Überprüfung nicht stand. Denn auch diese Regelung sieht die Verwirkung einer Vertragsstrafe bei Überschreitung von Zwischenfristen vor und knüpft für die Bemessung der Vertragsstrafe einheitlich an die Netto-Schlussrechnungssumme an. Dass zwischen den Parteien Zwischenfristen verbindlich vereinbart wurden, ergibt sich daraus, dass Nr. 4 des Vertrags alle Fristen, die der dem Vertrag beigefügte Bauzeitenplan aufführt, als verbindliche Vertragsfristen definiert. Der Bauzeitenplan (Teil der Anlage K1) weist den Angaben der Beklagten nach (II 107) folgende die Klägerin betreffende Zwischenfristen aus: "HLS Rohinstallation 24.05.11 bis 21.07.11" und "HLS Endmontage 07.12.11 bis 12.01.12".

cc) Die Vertragsstrafen-Klausel hält einer AGB-rechtlichen Überprüfung außerdem deshalb nicht stand, weil sie eine Kumulierung von einzelnen Vertragsstrafen ermöglicht und deshalb insgesamt eine unangemessen hohe Vertragsstrafe vorsieht.

Wird die Vertragsstrafe an die Überschreitung mehrerer Fristen (Zwischenfristen und Fertigstellungstermin) geknüpft, kann sich ein Tagessatz, der für sich gesehen nicht unangemessen hoch ist, infolge einer Kumulation zu einem unangemessen hohen Tagessatz wandeln. Auch das kann zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafen-Klausel führen. Das ist etwa dann der Fall, wenn eine Überschreitung der ersten Zwischenfrist dergestalt bis zur Gesamtfertigstellung fortwirken kann, dass ohne Hinzutreten weiterer Verzögerungen auch nachfolgende Zwischenfristen und die Gesamtfertigstellungsfrist entsprechend überschritten werden und dann die Vertragsstrafe nach der Klausel für jeden Zwischentermin und den Gesamtfertigstellungstermin kumulativ anfällt (vgl. OLG Köln, Urteil vom 17.08.2010 - 3 U 69/09 -; OLG Hamm, Urteil vom 10.02.2000 - 21 U 85/98 -; OLG Bremen, Urteil vom 07.10.1986 - 1 U 151/85 -).

Auch die seitens der Beklagten verwendete Vertragsstrafen-Regelung ermöglicht eine solche unzulässige Kumulierung von einzelnen Vertragsstrafen. Hätte die Klägerin beispielsweise die ihr gemäß Bauzeitenplan für die Rohinstallation gesetzte Frist zum 21.07.2011 um zehn Werktage überschritten, hätte sie möglicherweise, ohne dass ihr

weitere Verzögerungen zur Last fielen, auch die ihr für die Endmontage gesetzte Frist zum 12.01.2012 und den Fertigstellungstermin zum 03.02.2012 jeweils um zehn Werktage überschritten. Nach der Klausel wäre die Vertragsstrafe in diesem Fall für insgesamt (3 x 10 Werktage =) 30 Werktage angefallen, obgleich nach der ersten Fristüberschreitung keine weiteren Verzögerungen mehr hinzugekommen wären und die Gesamtfertigstellungsfrist ebenfalls nur um zehn Werktage überschritten worden wäre. Faktisch würde das zu einer Verdreifachung des vereinbarten Tagessatzes von 0,2 % der Netto-Schlussrechnungssumme und damit zu einem unangemessen hohen Tagessatz führen (vgl. BGH, Urteil vom 20.01.2000 - VII ZR 46/98 -, wonach ein Satz von 0,5 % der Auftragssumme pro Arbeitstag, was einem Satz von 0,42 % der Auftragssumme pro Werktag entspricht, unangemessen hoch ist). Dem hilft die Klausel auch nicht dadurch ab, dass sie die Vertragsstrafe bei gleichzeitiger Überschreitung von mehreren Vertragsfristen auf insgesamt 0,3 % der Netto-Schlussrechnungssumme pro Werktag begrenzt. Denn in dem oben gebildeten Beispielfall handelte es sich nicht um die gleichzeitige Überschreitung mehrerer Vertragsfristen; vielmehr würden in jenem Fall die einzelnen Vertragsfristen ohne zeitliche Überschneidung überschritten werden.

dd) Die Vertragsstrafen-Klausel lässt sich auch nicht in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil trennen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berührt die Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung für Zwischenfristen wegen unangemessener Höhe die Vertragsstrafenvereinbarung für die Überschreitung der Fertigstellungsfrist nicht, wenn die Klausel insoweit trennbar ist. Das ist zu bejahen, wenn die Vertragsstrafe für die Überschreitung des Fertigstellungstermins nach der Vertragsgestaltung eine eigenständige Regelung darstellt, die inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für die Überschreitung sonstiger Termine getrennt ist (BGH, Beschluss vom 27.11.2013 - VII ZR 371/12 -).

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall schon deshalb nicht vor, weil der Vertrag selbst keine Ausführungsfristen und Fertigstellungstermine ausweist, sondern insoweit umfassend auf einen Bauzeitenplan, der sämtliche Vertragsfristen enthält, Bezug nimmt. Während die vertragliche Regelung zu den Ausführungsfristen unter Nr. 4 Abs. 1 des Vertrags auf alle im Bauzeitenplan enthaltenen Fristen und Termine, mithin auch auf den Fertigstellungstermin am 03.02.2012 verweist, erwähnt Nr. 4 Abs. 2 des Vertrags lediglich eine als "Fertigstellungsfrist" bezeichnete Vertragsfrist; mit Letzterer könnte sowohl die letzte die Klägerin betreffende Zeitvorgabe des Bauzeitenplans, nämlich jene für die "HLS Endmontage" (07.12.2011 bis 12.01.2012), als auch die Zeitvorgabe für die Fertigstellung aller Gewerke insgesamt (03.02.2012) gemeint sein. Damit fehlt es an einer - inhaltlich, optisch und sprachlich hinreichend eindeutigen - auf die Zwischenfristen einerseits und die Fertigstellungsfrist andererseits bezogenen Trennbarkeit der Vertragsstrafen-Klausel. An einer solchen Trennbarkeit fehlt es überdies deshalb, weil die Klausel die Höhe des Tagessatzes einheitlich in Abhängigkeit

davon, ob eine oder mehrere Vertragsfristen (gleichzeitig) überschritten werden, bestimmt.

b) Einen Anspruch auf Erstattung der - in der Berufung nur noch i.H.v. 2.351,08 EUR geltend gemachten - Selbstvornahmekosten (Anlagen B62c, B63c, B64c, B65b) hat die Beklagte nicht.

aa) Ausgehend vom Rechtsstandpunkt der Beklagten, wonach die Voraussetzungen der Abnahmefiktion im Juni 2012 nicht vorgelegen hätten, handelte es sich bei den geltend gemachten Selbstvornahmekosten, die sich gemäß den vorgelegten Rechnungen (Anlagen B62c, B63c, B64c, B65b) auf im Jahr 2012 erbrachte Leistungen beziehen, um solche, die vor Abnahme entstanden wären. Diese wären gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § 4 Abs. 7 VOB/B nur unter der Voraussetzung einer - unstreitig nicht erfolgten - Vertragskündigung durch die Beklagte erstattungsfähig. Dass die Kündigung im Streitfall ausnahmsweise entbehrlich gewesen wäre, legt die Beklagte nicht dar und ist auch sonst nicht ersichtlich.

bb) Aber auch wenn man sich auf den Rechtsstandpunkt des Landgerichts stellt, wonach im Juni 2012 die Abnahmefiktion eingetreten sei, scheidet ein Erstattungsanspruch der Beklagten nach § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B mangels wirksamer Fristsetzung aus. Denn die geltend gemachten Selbstvornahmekosten betreffen Mängel, zu deren Beseitigung die Klägerin erst nach dem 05.09.2012 aufgefordert wurde; zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin zur Mangelbeseitigung nicht (mehr) verpflichtet, weshalb die betreffenden Fristsetzungen durch die Beklagte keine Wirkung zu entfalten vermochten.

(1) Dass die Klägerin die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 28.08.2012 erfolglos aufforderte, bis zum 05.09.2012 Sicherheit in Höhe der Restwerklohnforderung zu leisten (§ 648 Abs. 1 S. 1 BGB), ist unstreitig. Dieses Sicherungsverlangen war berechtigt.

(a) Dem Sicherungsanspruch steht nicht entgegen, dass das Werk der Klägerin zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens - wie an dieser Stelle zu unterstellen ist - bereits abgenommen war (§ 648 Abs. 1 S. 3 BGB). Voraussetzung für den Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit ist nicht, dass er noch "Vorleistungen" zu erbringen hat. Es kommt allein darauf an, ob der Unternehmer - wie hier - noch einen offenen Vergütungsanspruch hat (BGH, Urteil vom 06.03.2014 - VII ZR 349/12 -).

(b) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat es keinen Einfluss auf das Entstehen und die Höhe des Sicherungsanspruchs der Klägerin, ob ihr Werk im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens Mängel aufwies. Da der Unternehmer verpflichtet ist, das Werk mangelfrei herzustellen, hat er auch ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an der Absicherung seines nach Mangelbeseitigung in voller Höhe durchsetzbaren Vergütungsanspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 09.11.2000 - VII ZR 82/99 -).

(2) Folge des fruchtlosen Sicherungsverlangens ist, dass der Unternehmer berechtigt ist, die Leistung einzustellen (§ 648a Abs. 5 S. 1 1. Alt. BGB). Das Recht, die weitere Leistung zu verweigern, hängt nicht davon ab, dass der Unternehmer die Einstellung der

Arbeiten im Sicherungsverlangen ankündigt. Es führt dazu, dass der Unternehmer nicht in Verzug geraten kann. Das bedeutet, dass der Besteller im Fall des Bestehens eines Leistungsverweigerungsrechts des Unternehmers weder die Voraussetzungen für eine Selbstvornahme auf Kosten des Unternehmers schaffen (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2009 - VII ZR 9/08 -), noch einen anderen auf Zahlung gerichteten Anspruch herbeiführen kann, der den fruchtlosen Ablauf einer Frist zur Mängelbeseitigung voraussetzt. Die Aufforderung, Mängel binnen angemessener Frist zu beseitigen, geht in diesen Fällen nämlich ins Leere (Schmitz in Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 648 BGB Rn. 143, 148).

Dass sich der Bauunternehmer, der nach berechtigtem aber erfolglos gebliebenem Sicherungsverlangen zur Mängelbeseitigung aufgefordert wird, explizit auf sein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 648 Abs. 5 S. 1 BGB beruft, um das Entstehen von Zahlungsansprüchen des Bestellers zu verhindern, ist danach entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erforderlich.

(3) Auch der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe im Schriftsatz vom 10.12.2013 zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Mängelbeseitigung endgültig verweigere, wodurch ihr etwaiges Leistungsverweigerungsrecht erloschen sei, bleibt ohne Erfolg. Abgesehen davon, dass die Klägerin in jenem Schriftsatz auf Seite 4 ausdrücklich erklärt hat, sie wäre berechtigten Mangelrügen selbstverständlich nachgegangen, wenn die Beklagte Sicherheit geleistet hätte (I 86), die Mängelbeseitigung also gerade nicht endgültig verweigert wurde, würde das Entfallen des Leistungsverweigerungsrechts der Klägerin im Dezember 2013 nichts daran ändern, dass es an einer für den Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Selbstvornahmekosten erforderlichen (wirksamen) Fristsetzung zur Mängelbeseitigung fehlt. Im Dezember 2013 waren die geltend gemachten Selbstvornahmekosten nämlich bereits längst entstanden. Wie oben aufgezeigt beziehen sich die zum Beleg der Kosten vorgelegten Rechnungen der Drittunternehmer aus Januar 2013 sämtlich auf im Jahr 2012 erbrachte Leistungen.

5. Die Beklagte hat gemäß § 641 Abs. 3 BGB wegen der vom Landgericht festgestellten und im hiesigen Urteilstenor Nr. I.2. aufgeführten Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht i.H.v. 17.129,29 EUR. Auch das gilt unabhängig davon, wann der Werklohnanspruch der Klägerin fällig geworden ist. Denn auch im Fall der Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB wird die Abnahme ersetzt, so dass noch vorhandene Mängel auch dann (nur) zu einem Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB führen und nicht - wegen fehlender Fälligkeit - zur Verweigerung der Vergütung insgesamt berechtigen können.

a) Die Annahme des Landgerichts, das wechselseitige Bestehen von Leistungsverweigerungsrechten (Unternehmer nach § 648a Abs. 5 S. 1 BGB/Besteller nach § 641 Abs. 3 BGB) führe zu einem Abrechnungsverhältnis (eigener Art), trifft nicht zu. Die vom Landgericht in Bezug genommene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 09.12.2004 - VII ZR 199/03 -) bezieht sich auf die Rechtslage vor

Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes am 01.01.2009, während auf den Streitfall das bis zum 31.12.2017 geltende Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Danach gilt, dass der Unternehmer, der seinen nach Abnahme fällig gewordenen Vergütungsanspruch einfordert, das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen Mängeln (§§ 320, 641 Abs. 3 BGB) nicht mit dem Argument zunichte machen kann, er sei seinerseits zur Leistung nicht verpflichtet, weil ihm keine Sicherheit gestellt worden sei (§ 648a Abs. 5 BGB). Nur wenn er nach § 648a Abs. 5 S. 1 2. Alt. BGB den Bauvertrag hinsichtlich der Mängelbeseitigung kündigt, kann er, ohne die Mängel beseitigen zu müssen, die - regelmäßig nach § 648a Abs. 5 S. 2 BGB reduzierte - Vergütung verlangen. Ohne Kündigung kann er die volle Vergütung verlangen, die jedoch nur durchsetzbar ist, wenn er das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers durch Nachbesserung beseitigt (Schmitz, a.a.O., § 648a BGB Rn. 155 ff.; Leupertz/Halfmeier in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 13. Aufl., § 650[entspricht § 648BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung] Rn. 20 ff.). Das bedeutet, dass es gegebenenfalls zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung kommt.

So liegt es - mangels Kündigung des Vertrags durch die Klägerin - im Streitfall.

b) Dass die Beklagte mit ihrer Auftraggeberin einen Vergleich geschlossen hat, durch den der etwaige Anspruch der Auftraggeberin gegen die Beklagte auf Beseitigung der streitgegenständlichen Mängel erloschen ist, schließt das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin nicht aus.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht dem Hauptunternehmer das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln der Werkleistung des Nachunternehmers grundsätzlich unabhängig davon zu, ob er die gleiche Leistung seinem Besteller versprochen und geleistet hat, und auch unabhängig davon, ob der Besteller ihm zustehende Ansprüche seinerseits geltend macht bzw. überhaupt noch geltend machen kann (BGH, Versäumnisurteil vom 01.08.2013 - VII ZR 75/11 -). Anders als im Fall der Geltendmachung von Schadensersatz durch den Hauptunternehmer (vgl. dazu BGH, Urteil vom 28.06.2007 - VII ZR 81/06 -) wird im Fall der Vornahme der Mängelbeseitigung durch den Nachunternehmer, die mit dem Leistungsverweigerungsrecht durchgesetzt werden soll, nicht der Hauptunternehmer, sondern ausschließlich der Besteller begünstigt (BGH, Versäumnisurteil vom 01.08.2013, a.a.O.). Deshalb hängt das Leistungsverweigerungsrecht des Hauptunternehmers nicht davon ab, ob sein Besteller (Bauherr, Endabnehmer) die Mängelbeseitigung noch von ihm fordern kann. Letzterer muss sie nur zulassen. Lässt er sie nicht zu, ist sie dem Nachunternehmer allerdings unmöglich, so dass der Hauptunternehmer dann keine Mängelbeseitigung mehr fordern kann und ihm ein Leistungsverweigerungsrecht auch nicht mehr zusteht (BGH, a.a.O.).

Danach ist im Streitfall vom Fortbestand des Leistungsverweigerungsrechts der Beklagten auszugehen. Die Beklagte hat nach Hinweis auf die Rechtslage in der

mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt, sie wünsche weiterhin die Beseitigung der noch vorhandenen Mängel und gehe davon aus, dass ihre Auftraggeberin die Nacherfüllung zulasse (II 109).

c) Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten besteht i.H.v. 17.129,29 EUR.

aa) Dass das Werk der Klägerin die vom Landgericht festgestellten und im hiesigen Urteilstenor Nr. I.2. aufgeführten Mängel aufweist, und dass für deren Beseitigung voraussichtlich Kosten i.H.v. 17.129,29 EUR anfallen, ist in zweiter Instanz nicht mehr streitig.

bb) Gemäß § 641 Abs. 3 BGB kann der Besteller die Zahlung des Werklohns regelmäßig in Höhe des doppelten Betrags, der für die Beseitigung des Mangels erforderlich ist, verweigern. Befindet sich der Besteller in Annahmeverzug mit der Entgegennahme der Mangelbeseitigung, beschränkt sich sein Leistungsverweigerungsrecht jedoch auf die Höhe der (einfachen) Mangelbeseitigungskosten. Ein Druckzuschlag ist dann nicht gerechtfertigt. Denn gegenüber einem Werkunternehmer, der zur Beseitigung der Mängel bereit und erklärtermaßen willens ist, bedarf es eines Druckzuschlags nicht, wenn die Mangelbeseitigung bislang am Verhalten des Bestellers scheitert (BGH, Beschluss vom 04.04.2002 - VII ZR 252/01 -; Kniffka, a.a.O., 5.Teil Rn. 261 f.).

So liegt es im Streitfall. Durch das Schreiben der Klägerin vom 22.09.2017 ist die Beklagte gemäß §§ 293 BGB ff. in Verzug mit der Annahme der Nachbesserung durch die Klägerin geraten. In diesem Schreiben bot die Klägerin der Beklagten ausdrücklich die Beseitigung der vom Landgericht festgestellten Mängel an und bat um Mitteilung, an welchem von drei vorgeschlagenen Terminen die Mangelbeseitigung durchgeführt werden könne oder für den Fall, dass keiner der vorgeschlagenen Termine passend sei, um Unterbreitung alternativer Terminvorschläge (Anlage BK1). Hierbei handelt es sich um ein tatsächliches Angebot im Sinne von § 294 BGB, da eine Terminabsprache vor dem Hintergrund, dass die Klägerin für die Mangelbeseitigung Zugang zu dem Gebäude, in dem sich die von der Klägerin hergestellte Heizungsanlage befindet, benötigt, unentbehrlich war. Indem die Beklagte auf die Anfrage der Klägerin nicht reagierte, ist sie mithin gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug geraten. Allein der Umstand, dass die Beklagte in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, sie begehre die Beseitigung der Mängel (weiterhin) und gehe davon aus, dass ihre Auftraggeberin diese zulasse, vermag hieran nichts zu ändern (s. Grüneberg in Palandt, BGB, 78. Aufl., § 293 Rn. 11 zu den Voraussetzungen für die Beendigung des Annahmeverzugs).

d) Entgegen der Auffassung der Klägerin entfällt das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten nicht deshalb, weil das Landgericht den Werklohnanspruch der Klägerin bereits um die mutmaßlich anfallenden Mangelbeseitigungskosten i.H.v. 17.129,29 EUR gekürzt hat.

Die Klägerin stellt selbst nicht ernsthaft infrage, dass der Anspruch der Beklagten auf Beseitigung der vom Landgericht festgestellten Mängel (weiterhin) besteht (s. S. 3 des

Schriftsatzes der Klägerin vom 06.12.2018 / II 121), sofern - entsprechend der Auffassung des Senats - der Umstand, dass beide Parteien zur Leistungsverweigerung berechtigt sind (Klägerin nach § 648a Abs. 5 S. 1 BGB / Beklagte nach § 641 Abs. 3 BGB), nicht zu einem Abrechnungsverhältnis führt. Wer einen Anspruch auf Mangelbeseitigung hat, kann nach dem Gesetz die Bezahlung der fälligen Vergütung - zumindest anteilig - verweigern (§ 641 Abs. 3 BGB). Dieses Recht hat die Beklagte im Prozess durchweg geltend gemacht. Es könnte ihr allenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben versagt werden. Als rechtsmissbräuchlich stellt sich die fortbestehende Berufung der Beklagten auf ihr Leistungsverweigerungsrecht indessen aus mehreren Gründen nicht dar.

aa) Die Nachteile, die der Klägerin dadurch entstehen, dass ihr Werklohn bereits endgültig gekürzt wurde wegen Mängeln, die sie nunmehr dennoch beseitigen muss, wenn sie keine weiteren Werklohn-Einbußen hinnehmen will, hätte sie durch Einlegung eines eigenen (Anschluss-)Rechtsmittels verhindern können. Indem sie davon abgesehen hat, hat sie diese Nachteile in Kauf genommen.

Die - fehlerhafte - Auffassung des Landgerichts, zwischen den Parteien sei ein Abrechnungsverhältnis entstanden, führt dazu, dass einerseits ein Teil des Werklohns der Klägerin und andererseits der Anspruch der Beklagten auf Mangelbeseitigung negiert wird. Entgegen der Auffassung der Klägerin entfaltet das Urteil des Landgerichts insoweit keine Bindungswirkung nach § 529 ZPO. Diese Regelung bezieht sich ausschließlich auf Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts und bindet das Berufungsgericht überdies nur eingeschränkt.

Der Umstand, dass das Landgericht den Werklohn der Klägerin wegen bestimmter Mängel gekürzt und die Klägerin das Urteil des Landgerichts nicht angegriffen, mithin die Anspruchskürzung akzeptiert hat, kann nicht zum Nachteil der Beklagten gereichen, die das Urteil des Landgerichts auch im Hinblick auf das ihr wegen jener Mängel zustehende Leistungsverweigerungsrecht angegriffen hat. Er kann deshalb nicht dazu führen, dass der Beklagten ihr mangelbedingtes Leistungsverweigerungsrecht (endgültig) versagt wird.

Es kann dahinstehen, ob die von der Klägerin zitierte Rechtsauffassung zutrifft, wonach ein Leistungsverweigerungsrecht nicht mit Erfolg geltend gemacht werden könne, wenn der Bauunternehmer nur einen Teil seines Werklohns verlange, und der noch nicht geforderte unbestrittene Teil der Vergütung zur Beseitigung der betreffenden Mängel ausreiche (so Pastor in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Rn. 3005; ähnlich BGHZ 56, 312, 316). Der Streitfall ist mit jenem Beispielfall schon deshalb nicht vergleichbar, weil die hiesige Klägerin ihren gesamten Restwerklohn geltend macht. Der Zweck des Leistungsverweigerungsrechts nach § 641 Abs. 3 BGB, die Mangelbeseitigung durch den Unternehmer durchzusetzen, kann im Streitfall folglich nur durch Zurückhaltung eines Teils des geltend gemachten Werklohns erreicht werden. Denn die vom Landgericht vorgenommene (endgültige) Kürzung des

Werklohnanspruchs der Klägerin führt den bezweckten Erfolg nicht herbei. Die etwa noch erfolgende Mängelbeseitigung führt auch nicht zum Wiederaufleben der vom Landgericht abgewiesenen Werklohnforderung, wie die Klägerin offenbar meint (vgl. Schreiben der Klägerin vom 22.09.2017, a.a.O.). Das Interesse der Beklagten an der Zurückhaltung eines entsprechenden Anteils des Werklohns der Klägerin besteht mithin fort. Die Beklagte zur Durchsetzung ihres Mängelbeseitigungsanspruchs anstatt dessen auf die Erhebung einer Widerklage oder Einleitung eines neuen Klageverfahrens zu verweisen, würde nicht nur dem Grundsatz der Prozessökonomie widersprechen, sondern die Beklagte auch - ohne rechtfertigenden Grund - benachteiligen. Überdies würde ein solches Vorgehen weitere Kosten verursachen, die im Ergebnis die Klägerin zu tragen hätte, weil sie - auch nach ihrer eigenen Auffassung - nach wie vor zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist.

bb) Ein mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbares Ergebnis liegt im Streitfall aber auch deshalb nicht vor, weil die Klägerin dieses Ergebnis nicht nur durch Einlegung eines (Anschluss-)Rechtsmittels, sondern auch dadurch hätte verhindern können, dass sie von ihrem Recht zur Vertragskündigung gemäß § 648a Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB Gebrauch macht. Auf diese Rechtslage wurde sie mehrmals, zunächst schriftlich mit Verfügung vom 21.09.2018 und sodann nochmals im Zuge der mündlichen Verhandlung, hingewiesen, ohne dass sie hierauf reagiert hätte.

6. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zuschuss zu den Mängelbeseitigungskosten i.H.v. 3.125,00 EUR gegen die Beklagte zu.

a) Erstmals in zweiter Instanz hat die Klägerin eingewendet, im Fall des Austauschs von Wärmepumpe und Trinkwassererwärmer müsse die Beklagte sich einen Abzug "neu für alt" gefallen lassen. Es handelt sich hierbei der Sache nach um eine Einrede betreffend die Zuschusspflicht der Beklagten zur Mängelbeseitigung zwecks Vorteilsausgleichung, die im Erfolgsfalle - wie hier - in entsprechender Anwendung des § 274 BGB zu einer doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung führt (vgl. BGH, Urteil vom 22.03.1984 - VII ZR 286/82 -; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 84).

b) Diese Einrede ist, obgleich sie ein neues Angriffsmittel im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO darstellt und Gründe dafür, dass eine etwa gebotene Vorteilsausgleichung nicht schon in erster Instanz geltend gemacht werden konnte, nicht ersichtlich sind, berücksichtigungsfähig. Denn die sie begründenden tatsächlichen Umstände sind zwischen den Parteien unstreitig (vgl. BGH, Beschluss vom 23.06.2008 - GSZ 1/08 -, zur Zulassung einer erstmals in der Berufungsinstanz erhobenen Verjährungseinrede).

c) Ein Abzug "neu für alt" kommt zwar grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die erlangten Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem funktional fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Unternehmer soll dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. Zu den als Vorteil anrechenbaren Kosten können die Ersparnisse, die durch eine höhere

Lebensdauer der Werkleistung oder durch ersparte Renovierungsaufwendungen entstehen, jedoch dann zählen, wenn sich der Mangel erst verhältnismäßig spät ausgewirkt hat und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste (Kniffka, a.a.O., 6. Teil Rn. 57 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung).

Danach kommt im Streitfall eine Vorteilsausgleichung in Betracht. Zum einen beruht die Verzögerung der Mängelbeseitigung (zumindest auch) darauf, dass die Beklagte dem berechtigten Sicherungsverlangen der Klägerin bis heute nicht nachgekommen ist. Zum anderen ist nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens nicht davon auszugehen, dass die Beklagte bzw. die Endkunden/Gebäudenutzer Funktionsbeeinträchtigungen im Zusammenhang damit, dass die Klägerin eine Wärmepumpe der Marke V. mit einer Wärmeleistung von nur 13,5 kW anstelle einer solchen der Marke A. mit einer Wärmeleistung von 16 kW und einen Trinkwassererwärmer der Marke C. anstelle der Marke V. eingebaut hat, hinnehmen mussten.

d) Der auszugleichende Vorteil ist mit 3.125,00 EUR zu bemessen.

Unstreitig hat die im Wege der Nacherfüllung auszutauschende Wärmepumpe eine durchschnittliche Lebensdauer von 20 Jahren und kostet ca. 8.000,00 EUR. Der im Wege der Nacherfüllung auszutauschende Trinkwassererwärmer weist eine durchschnittliche Lebensdauer von 30 Jahren auf und kostet ca. 3.000,00 EUR (II 109). Der auszugleichende Vorteil besteht - ausgehend davon, dass diese Bestandteile der Heizungsanlage durch neue ersetzt werden - in einer voraussichtlichen Verlängerung von deren Lebensdauer um 6 1/4 Jahre. Eingebaut und genutzt wurde die Heizungsanlage zwar bereits seit dem Winter 2011/2012. Sie war anfangs aber unstreitig mangelbehaftet (Heizungsausfälle u.a.). Maßgeblich für die Vorteilsausgleichung ist deshalb der Zeitpunkt, ab dem die Klägerin aufgrund ihres Leistungsverweigerungsrechts nach § 648a Abs. 5 S. 1 BGB nicht mehr zur Mängelbeseitigung verpflichtet war. Das ist - wie oben aufgezeigt - seit Ablauf des 05.09.2012 der Fall. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 04.12.2018 sind mithin 6 1/4 Jahre vergangen.

Daraus errechnet sich ein Nutzungsvorteil für die Wärmepumpe von  $(6,25 : 20 \text{ Jahre} \times 8.000,00 \text{ EUR}) = 2.500,00 \text{ EUR}$  und für den Trinkwassererwärmer von  $(6,25 : 30 \text{ Jahre} \times 3.000,00 \text{ EUR}) = 625,00 \text{ EUR}$ , in Summe mithin von 3.125,00 EUR.

## II.

Die Klägerin hat gemäß §§ 291 S. 1 2. HS, 288 Abs. 2 BGB Anspruch auf Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 31.871,24 EUR seit dem 26.09.2018. Die darüber hinaus geltend gemachten Nebenforderungen (Zinsen aus einer höheren

Hauptforderung und ab einem früheren Zeitpunkt sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen) bestehen nicht.

1. Die Beklagte konnte mit der Zahlung des restlichen Werklohns der Klägerin mangels dessen Fälligkeit vor dem 26.09.2018 nicht in Verzug geraten. Die durch Einschaltung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vor diesem Zeitpunkt entstandenen Rechtsanwaltskosten sind deshalb nicht erstattungsfähig und auch Prozesszinsen fallen erst ab diesem Zeitpunkt an.

Der Werklohnanspruch der Klägerin ist nicht vor dem oben festgestellten Eintritt der Durchgriffsfälligkeit durch Vergleichsabschluss zwischen der Beklagten und ihrer Auftraggeberin am 25.09.2018 fällig geworden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts lagen die Voraussetzungen einer Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B im Juni 2012 nicht vor; sie sind auch zu keinem späteren Zeitpunkt eingetreten.

a) Bei allen Formen und Arten der Abnahme ist Voraussetzung, dass die Leistung fertiggestellt ist. Das gilt somit auch für die fiktive Abnahme (vgl. BGH, Urteil vom 12.06.1975 - VII ZR 55/73 -; Urteil vom 21.12.1978 - VII ZR 269/77 -). Streit um die Auslegung des § 12 Abs. 5 VOB/B besteht allerdings insofern, als in der Literatur verschiedene Auffassungen dazu vertreten werden, ob das Vorhandensein wesentlicher Mängel unabhängig davon, ob der Besteller sie rügt, und unabhängig davon, ob es sich um Mängel handelt, die zum für die Abnahmefiktion maßgeblichen Zeitpunkt erkennbar sind, dazu führt, dass eine fiktive Abnahme ausgeschlossen ist. Gemäß der auch auf die Bestimmungen der VOB/B anwendbaren Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB (vgl. etwa BGH, Urteil vom 02.10.1997 - VII ZR 44/97 -) würden Zweifel bei der Auslegung zulasten des Verwenders - hier der Beklagten - gehen. Solche Zweifel bestehen aber nicht schon dann, wenn Streit über die Auslegung besteht. Voraussetzung ist vielmehr, dass nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungsmöglichkeiten, von denen keine eindeutig überlegen ist, rechtlich vertretbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 06.03.1996 - IV ZR 275/95 -; BGH, Urteil vom 05.07.1995 - IV ZR 133/94 -).

Danach findet die Unklarheitenregel im Streitfall keine Anwendung. Die Auslegung des § 12 Abs. 5 VOB/B führt nicht zu mehreren gleichwertigen vertretbaren Ergebnissen.

aa) Nach weit verbreiteter Ansicht setzt der Eintritt der Abnahmefiktionen nach § 12 Abs. 5 VOB/B so wie jede andere Abnahme voraus, dass die Leistungen abnahmereif sind. Begründet wird dies in erster Linie damit, dass kein Grund bestehe, weshalb der Auftragnehmer eine Abnahme erhalten können soll, obwohl dessen Leistungen nicht abnahmereif fertiggestellt sind; eine Abnahmefiktion dürfe nicht unter einfacheren Voraussetzungen zu erlangen sein als eine erklärte Abnahme (so Bröker in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl. § 12 Abs. 5 Rn. 11 .; Oppler in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 20. Aufl., § 12 Abs. 5 VOB/B Rn. 6; Riedl/Mansfeld in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 13. Aufl., § 12 VOB/B Rn. 106; Werner in Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1854). Nach anderer Auffassung sei es interessengerecht, den Eintritt der

Fiktion dann zu bejahen, wenn während der maßgeblichen Frist keine zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mängel auftreten. Zur Begründung wird angeführt, dass andernfalls sogar erst nachträglich in Erscheinung getretene Mängel den Eintritt der Fiktionswirkung hindern würden und damit der Zweck einer Abnahmefiktion unterlaufen würde (so Kniffka, a.a.O., 4. Teil Rn. 26 sowie Pause/Vogel in Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 640 BGB Rn. 67 - jeweils zur Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB, die dem gesetzlichen Wortlaut nach - anders als bei den Abnahmefiktionen nach § 12 Abs. 5 VOB/B - die Abnahmepflicht des Bestellers voraussetzt). Vereinzelt wird vertreten, dass die Abnahmereife der Leistung keine Voraussetzung für den Eintritt der Abnahmefiktion sei; der Auftraggeber sei von Ausnahmefällen abgesehen nicht schutzwürdig, weil er es in der Hand habe, den Eintritt der Abnahmewirkungen durch die Verweigerung der Abnahme zu verhindern (Havers in Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 12 VOB/B Rn. 106; Jagenburg in Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 2. Aufl., § 12 Nr. 5 Rn. 7 ff.).

bb) Ausgehend vom Verständnis eines durchschnittlichen Bauvertragspartners, der auch ein Verbraucher sein kann, berücksichtigt nach Meinung des Senats nur folgende - vermittelnde - Auslegung die beidseitigen Interessen angemessen und ist deshalb gegenüber anderen Auslegungsmöglichkeiten deutlich überlegen:

Einerseits kann es für den Eintritt der Abnahmefiktionen nach § 12 Abs. 5 VOB/B nicht allein darauf ankommen, ob das Werk des Unternehmers zum maßgeblichen Zeitpunkt objektiv wesentliche Mängel aufwies. Entscheidend ist, ob der Besteller, hätte seinerzeit ein Abnahmetermin stattgefunden, die Abnahme bei redlichem Verhalten der Bauvertragsparteien hätte verweigern können. Das wäre nicht der Fall, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt "nur" versteckte, d.h. beiden Parteien (noch) unbekannt, Mängel vorlagen. Würde man das Eintreten der Abnahmefiktion auch in einem solchen Fall verneinen, stünde der Besteller bei fiktiver Abnahme besser als bei tatsächlich erklärter Abnahme da. Eine solche Besserstellung würde dem Zweck der Abnahmefiktion, der darin besteht, dem Auftragnehmer eine zusätzliche Möglichkeit zu verschaffen, die Abnahmewirkungen zu erzielen, zuwiderlaufen. Etwa vorhandene versteckte Mängel können dem Eintritt der Abnahmefiktion, auch wenn es sich hierbei um wesentliche Mängel handelt, mithin nicht entgegenstehen. Andererseits wären die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend gewahrt, würde man eine fiktive Abnahme auch dann bejahen, wenn zum fraglichen Zeitpunkt wesentliche Mängel vorlagen, die bei einem Abnahmetermin erkennbar gewesen wären oder die jedenfalls der Auftragnehmer kennt oder kennen müsste. Die entgegenstehende Auffassung von Havers und Jagenburg ist nicht interessengerecht und berücksichtigt das auch in die Auslegung des § 12 Abs. 5 VOB/B einzubeziehende Recht des Auftraggebers zur Abnahmeverweigerung bei wesentlichen Mängeln gemäß § 12 Abs. 3 VOB/B nicht ausreichend.

b) Im Streitfall liegen die Voraussetzungen für den Eintritt einer Abnahmefiktion danach nicht vor. Es sind nämlich - nach wie vor - wesentliche Mängel vorhanden, die auch im Juni 2012, als die fiktive Abnahme nach Meinung der Klägerin erfolgt sein soll, zum Teil objektiv erkennbar und zum Teil jedenfalls der Klägerin bekannt waren oder hätten sein müssen.

aa) Ob die Klägerin die bis einschließlich 22.05.2012 gerügten Mängel durch die Neueinstellung der Heizungsanlage am 24.05.2012 tatsächlich beseitigt hat oder ob die Ursache für die ab Ende Oktober 2012 erneut gerügten Heizungsausfälle Anfang Juni 2012 - immer noch bzw. schon - vorhanden war, kann offenbleiben. Dieser - gegebenenfalls versteckte - Mangel entfaltete im Juni 2012 nämlich keine (erkennbaren) Auswirkungen, so dass die Beklagte seinerzeit allenfalls berechtigt gewesen wäre, sich ihre Mängelrechte wegen der Heizungsausfälle in der Vergangenheit - etwa bis zum Beginn der nächsten Heiz-Periode - vorzubehalten. Auch die vom Sachverständigen festgestellten Mängel in Form der Zwangsdurchströmung der hydraulischen Weiche und der Fehlzirkulationen im Heizbetrieb haben im Hinblick auf die Frage, ob die Beklagte im Juni 2012 ggf. zur Abnahmeverweigerung berechtigt gewesen wäre, außer Betracht zu bleiben, da es sich bei diesen Mängeln - aus damaliger Sicht - ebenfalls um versteckte Mängel handelt.

bb) Zur Abnahmeverweigerung wäre die Beklagte seinerzeit aber berechtigt gewesen, weil die Klägerin eine Wärmepumpe der Marke V. mit einer Wärmeleistung von 13,5 kW anstelle einer solchen der Marke A. mit einer Wärmeleistung von 16 kW und einen Trinkwassererwärmer der Marke C. anstelle eines solchen der Marke V. in die Heizungsanlage eingebaut hat. Hierbei handelt es sich jeweils um objektiv erkennbare bzw. jedenfalls der Klägerin bekannte und von ihr zu offenbarende Mängel, die - zumindest in der Summe - als wesentlich anzusehen sind und deshalb zur Abnahmeverweigerung berechtigen.

(1) Unwesentlich ist ein Mangel, wenn er an Bedeutung soweit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf die Vorteile zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten. Bei der danach vorzunehmenden Bewertung sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen, insbesondere Art, Umfang und Auswirkungen des Mangels, die Höhe der Mangelbeseitigungskosten, aber auch ein spezielles Interesse des Auftraggebers an der vertragsgerechten Leistung sowie schließlich der Grad eines etwaigen Verschuldens des Auftragnehmers (Kniffka, a.a.O., 4. Teil Rn. 4; Havers, a.a.O. § 12 VOB/B Rn. 85 - jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung).

(2) Danach stellt zwar der Umstand, dass die Klägerin eine Wärmepumpe der Marke V. anstelle eine solche der Marke A. eingebaut hat, für sich gesehen keinen wesentlichen Mangel dar, weil nach dem unbestrittenen Vorbringen der Klägerin das verwendete Produkt qualitativ höherwertig und höherpreisig ist als das geschuldete Produkt. Anderes

gilt aber für den Trinkwassererwärmer der Marke C. Hierbei handelt es sich um ein gegenüber dem geschuldeten Produkt der Marke V. minderwertiges Produkt. Gewichtiger ist aber, dass die Wärmepumpe die versprochene Wärmeleistung nicht erbringt. Zwar erbringt sie nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens die für die Erfüllung des Vertragszwecks benötigte Wärmeleistung. Die geringere Wärmeleistung führe - so der Sachverständige - dazu, dass für die Wärmeerzeugung insgesamt der Gasbrennwertkessel vermehrt beansprucht werde. Im Ergebnis bedeute das, dass es zu einem höheren Gasverbrauch komme. Im Gegenzug sei der Stromverbrauch für die Wärmepumpe geringer. Die wirtschaftlichen Auswirkungen hingen demnach von den jeweiligen Energiepreisen für Gas bzw. Strom ab und seien im Ergebnis eher geringfügig (I 248). In rechtlicher Hinsicht ist aber allein die Entscheidung des Bestellers, die er mit der Auftragserteilung getroffen hat - hier dergestalt, dass einem höheren Stromverbrauch zu Gunsten eines niedrigeren Gasverbrauchs der Vorzug gegeben wurde - maßgeblich. Die vorsätzliche Abweichung von diesem Vertragszoll (Wärmeleistung von 13,5 kW statt 16 kW) durch die Klägerin stellt eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar.

Jedenfalls in der Summe hätten diese Mängel die Beklagte, wäre sie seinerzeit zur Abnahme aufgefordert worden, zur Verweigerung derselben berechtigt. Sich mit ihren Gewährleistungsrechten zu begnügen, hätte ihr bei dieser Sachlage, die einen Austausch einzelner Bestandteile der Heizungsanlage erfordert, nicht zugemutet werden können.

2. Prozesszinsen schuldet die Beklagte lediglich auf den Teil des der Klägerin zugesprochenen Werklohns, dem ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten nicht entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 25.01.2013 - V ZR 118/11 -), mithin aus einem Betrag von (49.000,53 EUR - 17.129,29 EUR =) 31.871,24 EUR. Etwas anderes gilt vorliegend nicht etwa deshalb, weil die Klägerin zur Mangelbeseitigung lediglich gegen Entrichtung eines Zuschusses durch die Beklagte verpflichtet ist. Denn insoweit hat die Klägerin die Beklagte bislang nicht in Verzug gesetzt.

## C.

Die erstmalige Geltendmachung des Hilfsantrags der Klägerin im Schriftsatz vom 06.11.2018 gerichtet auf Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Beseitigung der vom Landgericht festgestellten Mängel in Verzug befinde, ist als Einlegung einer Anschlussberufung zu qualifizieren; diese ist jedoch unzulässig.

## I.

Mit dem neu eingeführten Hilfsantrag hat die Klägerin ihre Klage erweitert; zu diesem Zweck hätte sie fristgerecht eine Anschlussberufung einlegen müssen.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss sich der in erster Instanz obsiegende Kläger der Berufung der Gegenseite anschließen, wenn er eine Klageerweiterung vornehmen oder neue Ansprüche einführen und sich damit nicht nur auf die Abwehr der Berufung beschränken will. Danach ist auch im Fall der Klageerweiterung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO die Einlegung einer Anschlussberufung erforderlich. Lediglich wenn in der Berufungsinstanz gemäß § 264 Nr. 3 ZPO ohne Änderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstands wegen einer späteren Veränderung ein anderer Gegenstand gefordert und mit dem nunmehr geltend gemachten Anspruch nicht mehr verlangt wird als bereits erstinstanzlich zuerkannt, ist die Einlegung einer Anschlussberufung entbehrlich (BGH, Urteil vom 07.05.2015 - VII ZR 145/12 -).

2. Der neu eingeführte Hilfsantrag der Klägerin stellt eine Klageerweiterung im Sinne von § 264 Nr. 2 ZPO dar. Bei dem für den Fall einer Zug-um-Zug-Verurteilung gestellten Antrag auf Feststellung, dass der Gegner mit der Annahme der Gegenleistung in Verzug geraten sei, handelt es sich um einen zusätzlichen Antrag zum Zwecke der Erleichterung der Vollstreckung des gleichzeitig geltend gemachten Leistungsantrags. Die nachträgliche Geltendmachung dieses zusätzlichen Antrags führt zu einer objektiven - wenngleich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht streitwerterhöhenden - Klagehäufung und fällt damit unter die Regelung des § 264 Nr. 2 ZPO.

## II.

Die Klageerweiterung ist als Anschlussberufung zu bewerten, weil die Klägerin ihr Ziel, die rechtskräftige Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten, auf anderem Wege nicht erreichen könnte und bei der Auslegung von Prozesserkklärungen stets davon ausgegangen werden muss, dass die Partei das erreichen will, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 07.12.2007 - V ZR 210/06 -).

Die Anschlussberufung ist unzulässig, da sie nicht innerhalb der Frist des § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO eingelegt wurde. Die der Klägerin gemäß Verfügung vom 22.06.2017 eingeräumte Frist zur Erwiderung auf die Berufungsbegründung lief am 03.08.2017 ab (II 41). Der klageerweiternde Schriftsatz ging jedoch erst am 06.11.2018 bei Gericht ein (II 91).

## D.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 2 ZPO. Das Obsiegen der Beklagten, das mit der Zug-um Zug-Verurteilung wegen noch vorhandener Mängel des Werks der Klägerin einhergeht, ist in Höhe der Hälfte ihres Leistungsverweigerungsrechts zu veranschlagen, nachdem die Klägerin die

uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung des Werklohns und die Beklagte demgegenüber vollständige Klageabweisung beantragt hat. Der Umstand, dass die Klägerin wegen der Verpflichtung der Beklagten, zur Mangelbeseitigung einen Zuschuss zu leisten, eine doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung erwirkt hat, ist gemäß § 97 Abs. 2 ZPO (analog) nur im Hinblick auf die Kosten der ersten Instanz zu Gunsten der Klägerin zu berücksichtigen, da sie die betreffende Einrede bereits in erster Instanz hätte geltend machen können.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO insoweit zuzulassen, als die Klage wegen der Nebenforderungen (Zinsen und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten) zum Teil abgewiesen wurde mit der Begründung, dass die Voraussetzungen für eine Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 VOB/B nicht vorliegen. Zu der - ausschließlich für die Entscheidung über die Nebenforderungen der Klägerin erheblichen - Auslegung dieser VOB/B-Bestimmung werden in der Literatur - wie oben ausgeführt - unterschiedliche Meinungen vertreten; höchstrichterliche oder obergerichtliche Entscheidungen, die diese Frage behandeln, liegen soweit ersichtlich bislang nicht vor.