

Titel:

Leistungen, Berufung, Mitverschulden, Prospekthaftung, Mangel, Ersatzvornahme, Gutachten, Wohnhaus, Mangelbeseitigung, Einstandspflicht, Frist, Werkleistung, Zulassung, Erstattung, angemessene Frist, Erstattung von Ersatzvornahmekosten

Schlagworte:

Leistungen, Berufung, Mitverschulden, Prospekthaftung, Mangel, Ersatzvornahme, Gutachten, Wohnhaus, Mangelbeseitigung, Einstandspflicht, Frist, Werkleistung, Zulassung, Erstattung, angemessene Frist, Erstattung von Ersatzvornahmekosten

Vorinstanz:

LG Regensburg, Endurteil vom 15.10.2018 – 12 O 584/18

Fundstelle:

BeckRS 2020, 53980

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Regensburg vom 15.10.2018, Az. 12 O 584/18, folgendermaßen abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.398,30 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 20.03.2018 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 179,27 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 20.03.2018 zu bezahlen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 85% und die Beklagte 15%. Von den Kosten des Verfahrens in erster Instanz tragen der Kläger 79% und die Beklagte 21%.

IV. 1. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

2. Die Vollstreckung kann gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckbaren Betrags abgewendet werden, wenn nicht der Vollstreckende vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 38.624,17 € festgesetzt.

Der Streitwert für die erste Instanz wird unter Abänderung des Beschlusses des Landgerichts Regensburg vom 15.10.2018 auf 28.128,39 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Parteien streiten über Gewährleistungsansprüche im Zusammenhang mit Umbauarbeiten am privaten Hallenschwimmbad des Klägers.

2

Der Kläger beauftragte die Beklagte entsprechend der Auftragsbestätigung vom 25.06.2010 (Anlage K 1) mit der Erbringung von Leistungen bei Umbau und Sanierung des Hallenschwimmbads im Wohnhaus des Klägers. Auf die dabei vereinbarte Pauschalvergütung von 31.000 € brutto bezahlte der Kläger 28.250 €. Im Verlauf der Arbeiten vereinbarten die Parteien darüber hinaus mündlich, dass die Beklagte, neben weiteren

Leistungen, den unter dem ursprünglichen Fliesenboden der Schwimmhalle liegenden Estrich aus- und einen neuen Estrich einbauen sollte. Hierüber stellte die Beklagte am 14.12.2010 eine Rechnung in Höhe von 4.510 € brutto. Diese Rechnung bezahlte der Kläger nicht.

3

Neben dem Unternehmen der Beklagten waren auf der Baustelle weitere Firmen mit je eigenen Gewerken beschäftigt. Die Arbeiten waren im Dezember 2010 abgeschlossen. Daraufhin machte der Kläger verschiedene Mängel geltend. Wegen der Mängel leitete er schließlich ein selbstständiges Beweisverfahren ein (LG Regensburg, 3 OH 56/12), in dessen Verlauf durch den Sachverständigen D. mehrere Gutachten - schriftlich und mündlich - erstattet wurden.

4

In den Gutachten wurden für die Gesamtbaustelle folgende Mängel festgestellt:

1. Im Liegebereich vor dem Schwimmbecken ist nur im Bereich der Bodenabläufe ein geringes Gefälle (geringer als 1-1,5%) ausgebildet.
2. Im Dusch- und Beckenbereich wurden die elastischen Fugen an den Randanschlüssen nicht fachgerecht ausgebildet.
3. Zwei Granitsteine weisen Risse, 13 Platten weisen Verfärbungen (Fleckenbildung) auf.
4. Für den Pumpenschachtdeckel ist kein Hebemechanismus vorhanden. Die Schienen zur Ablage des Reinigungsroboters sind nicht montiert. Der Pumpenschacht ist innen nicht verspachtelt.
5. Die Glastüre zur Schwimmhalle weist Kratzer und Mörtelreste an der Unterseite auf.
6. Die Thermostate für die elektrische Fußbodenheizung sind im Verteilerschrank in Bodennähe angebracht.
7. Der Putz im Armaturbereich der Dusche ist gerissen.
8. Der gespachtelte Bodenspezialbelag löst sich teilweise, außerdem weist er Einkerbungen auf.

Für diese Mängel machte der Kläger die Beklagte verantwortlich. Daneben legte er ihr noch folgenden Mangel zur Last:

9. Die goldeffekt-spachtelbearbeitete Schwimmbaddecke sei nicht fachgerecht geglättet worden.

5

Der Kläger ließ die Mängel gemäß den obigen Nr. 1 bis 8 zwischenzeitlich beseitigen und forderte hierfür mit Schreiben vom 26.02.2018 von der Beklagten eine Zahlung von 34.519,99 €. Für den Mangel Nr. 9 machte der Kläger erstinstanzlich aufgrund des Angebots des Malermeisters L. vom 20.03.2014 weitere 4.984,91 € gegen die Beklagte geltend.

6

Der Kläger meint, die Beklagte sei „als eine Art“ Generalunternehmer beauftragt worden. Sie hafte zudem aus Prospekthaftung, weil sie in ihrem Werbeprospekt Leistungen aus einer Hand verspreche und der Kläger darauf vertraut habe.

7

Die Beklagte erkennt ihre Verantwortlichkeit für die Mängel Nr. 2 bis 4 mit Ausnahme des fehlenden Hebemechanismus an. Im Übrigen bestreitet sie die Mängel, ihre eigene Verantwortlichkeit und den Mangelbeseitigungsaufwand der Höhe nach. Sie sei kein Generalunternehmer gewesen und hafte auch nicht aus Prospekthaftung, da der Kläger alle weiteren Gewerke selbst beauftragt habe. Gegen die Ansprüche wegen der anerkannten Mängel rechnet die Beklagte mit Restwerklohnansprüchen auf.

8

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 21.212,90 € zu bezahlen nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 10.03.2018.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 597,74 € an vorgerichtlichen RA-Kosten zu bezahlen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte dem Kläger jeden weiteren Schaden wegen der Mängel zu ersetzen hat.

9

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

10

Zu den weiteren Feststellungen und zum Parteivortrag erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Regensburg verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

11

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Das hat es zusammengefasst wie folgt begründet: Bei den Mängeln Nr. 3 und 5 bestehen Zweifel an der Verursachung durch die Beklagte. Bei dem angeblichen Mangel Nr. 6 sehe das Landgericht schon keinen Mangel. Für die Mängel Nr. 8 und 9 hafte die Beklagte nicht, weil es sich nicht um ihre Gewerke gehandelt habe. Sie sei nicht als Generalunternehmerin anzusehen; eine etwaige Übernahme von Koordinations- und Überwachungspflichten hätte sich auf die reine Ablauforganisation beschränkt. Im Übrigen setze der klägerische Zahlungsanspruch wegen der Ersatzvornahmekosten bei den Mängeln Nr. 1 bis 8 und wegen des Vorschusses bei dem Mangel Nr. 9 voraus, dass der Kläger der Beklagten zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hätte. Daran fehle es. Schließlich habe der Kläger seine Ansprüche auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt. Den vorgelegten Rechnungen seien die für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten nicht zu entnehmen. Zu den Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

12

Gegen die Klageabweisung richtet sich die Berufung des Klägers. Er erstrebt weiterhin eine den oben zitierten Klageanträgen zu 1) und 2) entsprechende Verurteilung der Beklagten. Darüber hinaus erstrebt er über seine erstinstanzlichen Leistungsanträge hinaus die Zahlung von zusätzlich 11.459,08 €, die er gemäß einer erstmals in zweiter Instanz vorgetragenen und vorgelegten Rechnung der F. vom 22.11.2014 (Anlage BK 4) aufgewendet habe. Den ursprünglichen Feststellungsantrag verfolgt er nicht weiter.

13

Zur Begründung führt der Kläger zusammengefasst aus: Die Auffassung des Landgerichts, der Kläger habe keine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt, treffe nicht zu. Dies habe er getan und es in der ersten Instanz mit der Anlage K 3 belegt. Unzutreffend sei die Auffassung des Landgerichts, die Beklagte sei nicht als Generalunternehmer zu sehen. Die Beklagte habe sämtliche weiteren Unternehmen angesprochen und die Aufträge vermittelt. Der Kläger habe lediglich die „offizielle Auftragserteilung“ erledigt. Soweit sich das Landgericht zu einzelnen Mängeln äußert, greift der Kläger das im Einzelnen an. Die Klageerweiterung in der Berufung sei zulässig. Sie stütze sich nicht auf neuen Sachvortrag des Klägers. Es handele sich um die letzte noch nicht geltend gemachte Rechnung im Zusammenhang mit den Mangelbeseitigungen.

14

Der Kläger beantragt in der Berufungsinstanz unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 21.212,90 € zu bezahlen nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 10.03.2018.

2. Die Beklagte wird überdies verurteilt, an den Kläger weitere 11.459,08 € zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 597,74 € an vorgerichtlichen RA-Kosten zu bezahlen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

15

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

16

Zu dem Parteivortrag in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

17

Die Berufung hat im tenorierten Umfang Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet und war daher zurückzuweisen.

18

1. Die in der Berufungsinstanz erfolgte Klageerweiterung (Berufungsantrag zu 2) ist unzulässig, so dass die Klage insoweit als unzulässig abweisen und die Berufung auch diesbezüglich unbegründet ist (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 41. Aufl., § 533 Rn. 6).

19

Der zusätzliche Leistungsantrag zur Zahlung weiterer 11.459,08 € war eine Klageänderung, welche im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig ist. Diese Voraussetzungen liegen aber nicht vor. Die Zustimmung hierzu wurde beklagtenseits verweigert (§ 533 Nr. 1 Alt. 1 ZPO). Die Sachdienlichkeit der Klageänderung (§ 533 Nr. 1 Alt. 2 ZPO) kann dahinstehen, da jedenfalls die kumulativ erforderlichen Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO nicht gegeben sind. Die Klageänderung kann nicht allein auf Umstände gestützt werden, die in der Berufungsinstanz bereits ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen sind. Die Klageänderung stützt sich auf die erstmalig in der Berufung vorgetragene und vorgelegte Rechnung vom 22.11.2014 der F. (Anlage BK 4). Diese wurde von der Beklagten nach Grund und Höhe bestritten. Die erst jetzt vorgelegte Rechnung war schon - lange - vor der erstinstanzlichen Klageerhebung gestellt worden. Der insoweit darlegungsbelastete Kläger bringt nichts dazu vor und es ist auch sonst nichts dafür ersichtlich, warum der erst jetzt erfolgte Vortrag zur Rechnung und den zugrundeliegenden Arbeiten nicht auf seiner Nachlässigkeit beruhen sollte (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 531 Rn. 33), sodass die Zulassung der Klageänderung in der Berufung ausscheidet (§ 529 Abs. 1 Nr. 2 mit § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).

20

2. Soweit die Berufung im Übrigen zulässig eingelegt worden ist, ist sie weitgehend unbegründet. Dem Kläger standen zwar zunächst Ansprüche auf Ersatz von Mangelbeseitigungskosten gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB, in Höhe von 7.282,80 € zu. Diese sind aber bis auf einen Restbetrag von 2.398,30 € durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen.

21

a) Der Übersichtlichkeit halber sind zur Gewährleistungspflicht der Beklagten für die einzelnen Mängel folgende zwei Punkte vor die Klammer zu ziehen:

22

aa) Die Beklagte war - worauf der Senat mit seiner Verfügung vom 23.07.2020 hingewiesen hat - entgegen der Auffassung der Berufung nicht Generalunternehmer bei dem Bauvorhaben Hallenschwimmbad und haftet nicht als ein solcher. Der Vortrag des Klägers, mit dem er eine Generalunternehmerstellung der Beklagten begründen will, ist un schlüssig.

23

Als Generalunternehmer wird angesehen, wer die Durchführung sämtlicher zu einem Bauvorhaben erforderlichen Leistungen übernommen hat, die er dann selbst oder durch Subunternehmer ausführen kann. Im Verhältnis zum Besteller ist der Generalunternehmer ein Alleinunternehmer (Güse in Würfele/Sohn/Meier, Lehrbuch des Privaten Baurechts, 2018, Rn. 8; Richter in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., D Rn. 191).

24

Hieran gemessen war die Beklagte kein Generalunternehmer. Der beschränkte Umfang der von der Beklagten geschuldeten Leistungen ergibt sich im Einzelnen aus dem Auftrag in der Anlage K 1 sowie aus dem weiteren mündlichen Auftrag, der in der Rechnung Anlage B 4 (jedenfalls teilweise berechtigt, dazu unter e) abgerechnet worden ist. Aus beidem folgt gerade nicht, dass die Beklagte als umfassend beauftragter Generalunternehmer hätte fungieren sollen. Der Kläger selbst war offenkundig - zu Recht - von einer Generalunternehmerstellung der Beklagten nicht vollends überzeugt, denn er formuliert bereits in der

Klageschrift vom 13.03.2018 (S. 2), dass die Beklagte (lediglich) „als eine Art“ Generalunternehmer beauftragt worden sei. Es ist unstrittig, dass der Kläger selbst die anderen auf der Baustelle tätigen Unternehmen beauftragt hat (vgl. zuletzt Klägerschriftsatz vom 03.09.2020, S. 1/2). Daran ändert nichts, dass der Kläger an anderer Stelle (Schriftsatz vom 01.08.2018, S. 2) formuliert, durch ihn sei lediglich die „offizielle Auftragserteilung“ erfolgt. Denn das bedeutet nichts anderes, als dass der Kläger eben die weiteren Aufträge selbst erteilt hat. Soweit der Kläger weiter anführt, die Beklagte habe ihm Empfehlungen bezüglich der weiteren zu beauftragenden Unternehmen gegeben, begründet das keinen Generalunternehmerstatus der Beklagten. Dass die Beklagte die Leistungen der anderen Unternehmen mit diesen abgesprochen haben oder diesen Unternehmen auf der Baustelle „Anweisungen“ gegeben haben könnte, würde allenfalls belegen, dass die Beklagte sich um die Koordination der verschiedenen Gewerke auf der Baustelle tatsächlich gekümmert hat. Bearbeiten verschiedene Firmen auf einer Baustelle verschiedene Gewerke zeitgleich oder zeitlich ineinandergreifend, ist eine Abstimmung der am Bau Beteiligten erforderlich. Der Vollzug dieser notwendigen Abstimmung führt nicht dazu, dass daran mitwirkende Unternehmen dadurch zu Generalunternehmern werden, die den von anderen Unternehmern gegenüber dem Bauherrn geschuldeten Werkerfolg wie einen eigenen zu verantworten hätten. Nichts anderes gilt für die Formulierung, die „vertragliche Abwicklung“ der anderen Gewerke sei - was immer das bedeuten soll - „über und mit der Beklagten“ erfolgt (Klägerschriftsatz vom 01.08.2018, S. 2), wie auch das Landgericht zutreffend erkannt hat.

25

Dass die Beklagte einen einzelnen Auftrag - an die B. - untervergeben haben könnte, begründet ebenfalls keine allgemeine Generalunternehmerstellung der Beklagten für alle Gewerke, sondern lediglich für die Leistung des konkret beauftragten Subunternehmers, soweit sich die Beklagte dieses Subunternehmers zur Erfüllung bestehender Leistungspflichten gegenüber dem Kläger bedient haben sollte. Arbeiten der Firma B. spielen aber für die nachfolgend im Einzelnen auszuführende Sachmängelgewährleistung keine entscheidungserhebliche Rolle.

26

Der weitere klägerische Vortrag, die Beklagte hafte aufgrund ihrer Werbebroschüre „aus Prospekthaftung“, weil der Kläger darauf vertraut habe, dass sie die Baustelle leiten würde (Klägerschriftsatz vom 01.08.2018, S. 2; ähnlich Klägerschriftsatz vom 03.09.2020, S. 2-4), hat angesichts des klaren Inhalts der zwischen den Parteien tatsächlich getroffenen und schriftlich dokumentierten Vereinbarungen keine tragfähige Grundlage. Der von beiden Seiten unterschriebene, mit „Auftragsbestätigung“ überschriebene Vertragsurkunde (Anlage K 1) begründet die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde und des dort niedergelegten Vertragssolls. Diese Vermutung folgt aus dem Erfahrungssatz, dass das, was die Vertragsparteien in der Urkunde aufgenommen haben, ihre Abreden richtig und vollständig widerspiegelt (Laumen, MDR 2015, 1, 3). Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunde wirkt sich bei der Auslegung des Vereinbarten dahin aus, dass die Partei, die ein ihr günstiges Auslegungsergebnis auf Umstände außerhalb der Urkunde stützt, diese zu beweisen hat (BGH, Urteil vom 05.02.1999 - V ZR 353/97, juris Rn. 8, m. w. N.). Tatsachen, aus denen sich eine über den Inhalt der in der beiderseits unterzeichneten Auftragsbestätigung enthaltenen Leistungen hinausgehende Vereinbarung der Verpflichtung der Beklagten als für alle sonstigen Gewerke verantwortliche Generalunternehmerin ergibt, hat der Kläger schon nicht schlüssig vorgetragen, geschweige denn bewiesen.

27

bb) Gewährleistungsansprüche der Beklagten scheitern - wo sie gegeben sind - nicht an einer fehlenden Fristsetzung. Soweit das Landgericht die Klageabweisung darauf stützt, es habe an einer Fristsetzung des Klägers zur Mangelbeseitigung gefehlt, trifft das nicht zu. Das Landgericht hat das Schreiben der Klägerevertreter vom 24.11.2011 (Anlage K3) offenkundig übersehen. In diesem Schreiben werden einzelne Mängel gerügt und wird der Beklagten eine Frist bis zum 02.12.2011 gesetzt, um das Werk mangelfrei und ordnungsgemäß zu erstellen sowie die genannten Mängel zu beseitigen. Der entsprechende Sachvortrag findet sich in der Klageschrift vom 13.03.2018 (S. 3).

28

b) Dies vorweggeschickt gilt für die einzelnen Mängel und die auf sie gestützten Ansprüche des Klägers folgendes:

aa) Gefälle im Liegebereich

29

Insoweit steht dem Kläger ein Anspruch i. H. v. 4.971,00 € zzgl. MwSt. zu. Bei der Herstellung des Gefälles handelt es sich um ein Werk, an dessen Herstellung zwei Unternehmen beteiligt waren: Die Beklagte, die zunächst den Estrich verlegt hat, wobei streitig ist, ob sie das mit oder ohne Herstellung jedes Gefälles getan hat und die Firma S., die auf dem Estrich aufbauend den „eigentlichen“ Bodenbelag (ohne jedes Gefälle) verlegt hat. Das Fehlen eines Gefälles verstieß nach den ersten Ausführungen des Sachverständigen nicht gegen einschlägige technische Regelwerke (Gutachten vom 07.01.2014, S. 7/8). Im Ergänzungsgutachten vom 17.10.2014 (S. 5-8) kam der Sachverständige sodann zum Ergebnis, dass das Fehlen jeden Gefälles gleichwohl einen Mangel darstellt. Letzteres ist für den Senat auch inhaltlich nachvollziehbar, weswegen der Senat dem folgt.

30

Es kommt vorliegend nicht darauf an, ob die Beklagte im Hinblick auf ein herzustellendes Gefälle schon im Estrich eine Gefällestruktur darstellen musste, oder ob sie sich, wie sie gemeint hat, darauf verlassen konnte, dass der auf dem Estrich aufbauende Fußbodenbauer die Herstellung des Gefälles komplett selbst übernimmt. Denn zumindest hätte sie entsprechende Bedenken anmelden müssen. Daran fehlt es.

31

Der Sachverständige gelangt aufgrund seiner technischen Betrachtung zu der Wertung, dass aus seiner Sicht die Haftung für das mangelnde Gefälle die - estrichverlegende - Beklagte mit einem Anteil von 65% und die - bodenverlegende - Firma S. mit 10% träge (Ergänzungsgutachten vom 17.10.2014, S. 9). Das Mitverschulden des Klägers wegen der Nichtbeauftragung eines Planers setzt der Sachverständige mit 25% an. Für den vorliegenden Rechtsstreit ist die interne Haftungsverteilung zwischen den beiden Unternehmern allerdings nicht entscheidungserheblich. Nachdem für den von beiden Unternehmen mitzuverantwortenden Mangel nur eine einheitliche Sanierungsmöglichkeit in Betracht kommt, sind die beiden Unternehmen im Rahmen ihrer Gewährleistungspflicht gegenüber dem Auftraggeber gleichstufig verbunden, gemeinsam und in vollem Umfang für die von ihnen mitverursachten Mängel einstehen zu müssen. Daher haftet jedes Unternehmen, also auch die hier in Anspruch genommene Beklagte, für die Mangelbeseitigung oder deren Kosten in voller Höhe gegenüber dem Auftraggeber (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2003 - VII ZR 126/02, juris Rn. 13).

32

Hieran ändert nichts, dass der Sachverständige in seiner (technischen) Bewertung dem Kläger, wie ausgeführt, ein Mitverschulden wegen fehlender Planung zugewiesen hat. Der Senat teilt nämlich diese Wertung nicht. Den Kläger trifft kein erwiesenes Mitverschulden. Ein Handwerker, der das ihm übertragene Gewerk in Kenntnis dessen übernimmt, dass es eine Fachplanung des Bauherrn oder seiner Architekten nicht gibt, kann sich im Fall einer mangelhaften Ausführung der Werkleistung nicht auf ein Mitverschulden wegen fehlender Planung berufen (OLG Celle, Urteil vom 21.10.2004 - 14 U 26/04, juris LS), weil es nämlich am Unternehmer ist, sein Werk zu planen (Staudinger/Peters [2019] BGB § 634 Rn. 136) und sich ggf. mit weiteren am Werk beteiligten Unternehmern zu koordinieren.

33

Der Sachverständige beziffert den gesamten Schaden mit 4.971,00 € netto (Ergänzungsgutachten vom 17.10.2014, S. 10).

34

Einen höheren Schaden hat der Kläger nicht schlüssig dargelegt. Der Kläger rechnet nicht auf der Basis der vom Sachverständigen geschätzten Kosten ab, sondern auf der Basis der von ihm bezahlten Rechnungen (Anlagen K 11 ff.), ohne allerdings die auf den konkreten Mangel entfallenden Kosten beziffert vorzutragen. Seinem schriftsätzlichen Vortrag ist auch nicht zu entnehmen, welche der in den Anlagen aufgeführten Positionen er der konkreten Ersatzvornahme zugeordnet haben will. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, sich möglicherweise passende Einzelpositionen aus Rechnungsanlagen zusammenzusuchen.

bb) Fugen im Dusch- und Beckenbereich

35

Hier steht dem Kläger ein Anspruch i. H. v. 564,00 € zzgl. MwSt. zu. Ihre Einstandspflicht dem Grunde nach hat die Beklagte anerkannt. Sie hat die im Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren angegebene

- geschätzte - Summe von 564,00 € netto (Ergänzungsgutachten vom 17.10.2014, S. 11) als hierfür angemessen anerkannt. Dem folgt der Senat. Der Kläger wendet hiergegen lediglich allgemein ein, die tatsächlich bei der Ersatzvornahme angefallenen Kosten seien höher als die geschätzten Kosten, er beziffert diese aber nicht. Dem schriftsätzlichen Klägervortrag ist aber nicht zu entnehmen, welche der in den Anlagen K 11 ff. aufgeführten Positionen er der konkreten Ersatzvornahme zugeordnet haben will.

cc) Steinplatten (Risse und Verfärbungen)

36

Insoweit besteht ein Anspruch des Klägers von 440,00 € zzgl. MwSt. Ihre Einstandspflicht für die beiden Risse in den Steinplatten sowie für die Sockelfliesen dem Grunde nach hat die Beklagte anerkannt. Sie hat die im Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren angegebene - geschätzte - Summe von 440,00 € netto (Gutachten vom 07.01.2014, S. 14) anerkannt.

37

Der Kläger wendet auch hiergegen lediglich allgemein ein, die tatsächlich bei der Ersatzvornahme angefallenen Kosten seien höher als die geschätzten Kosten, er beziffert diese wiederum nicht bezogen auf den konkreten Mangel. Dem schriftsätzlichen Klägervortrag ist aber nicht zu entnehmen, welche der in den Anlagen K 11 ff., BK 4 aufgeführten Positionen er der konkreten Ersatzvornahme zugeordnet haben will.

38

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang der Beklagten auch die Haftung für Verfärbungen an den Steinplatten zuweisen will, dringt er damit nicht durch. Die Beklagte bestreitet, diese verursacht zu haben und behauptet, die Verfärbungen seien nicht vorhanden gewesen, als sie dort gearbeitet habe. Nach ihr sei die Firma S. an der Stelle tätig gewesen. Der Sachverständige im selbständigen Beweisverfahren konnte zur Ursache der Verfärbungen nichts sagen (Gutachten vom 07.01.2014, S. 12-14). Die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten sind daher nicht erwiesen. Aus der Berufungsbegründung vom 14.01.2019 (S. 7/8) und dem Klägerschriftsatz vom 03.09.2020 (S. 5/6) folgt letztlich nichts anderes, denn über Vermutungen und Mutmaßungen geht das dort Vorgetragene nicht hinaus. Eine Überzeugungsbildung ist auf dieser Grundlage nicht zu gewinnen.

dd) Pumpenschacht (Hebemechanismus, Schienen, Verspachtelung)

39

Dem Kläger steht insoweit ein Anspruch i. H. v. 95,00 € zu. Die Einstandspflicht dem Grunde nach - mit Ausnahme der Kosten für den Hebemechanismus - hat die Beklagte anerkannt. Sie hat die im Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren angegebene - geschätzte - Summe von 35 € netto und 60 € netto (Gutachten vom 07.01.2014, S. 15, 17) anerkannt.

40

Ein weitergehender Anspruch besteht nicht. Zum Hebemechanismus für den Pumpenschachtdeckel ist der Vortrag streitig. Nach dem eingeholten Sachverständigen gibt es Schachtdeckel ohne und mit einem solchen Mechanismus (z.B. eine Gasdruckfeder). Das bloße Nichtvorhandensein eines Hebemechanismus begründet also für sich betrachtet noch keinen Mangel.

41

Die Beklagte trägt vor, der Einbau von Gasdruckfedern sei nicht vereinbart gewesen. Die Auftragsbestätigung Anlage K 1 enthält diesen Posten nicht. Die insoweit als Zeugin vernommene Ehefrau des Klägers hat angegeben, der Einbau von Gasdruckfedern sei mündlich vereinbart worden, weil sie ohne diese Hilfe den Schachtdeckel nicht hätte anheben können. Das hat der Geschäftsführer der Beklagten bestritten. Die Zeugin sagte weiter, über einen Preis für die Feder sei nicht gesprochen worden.

42

Der Senat kann dahinstehen lassen, ob er sich vom Vorliegen des von der Zeugin geschilderten Zusatzauftrags überzeugen kann. Selbst wenn man der Aussage der Zeugin folgen würde, wäre der Einbau einer Gasdruckfeder jedenfalls nicht von der Pauschalpreisvereinbarung erfasst, sondern gesondert zu vergüten. Die Kosten für die Gasdruckfeder wären demnach Sowiesokosten, die der Kläger bislang nicht vergütet hat. Ein Anspruch auf Ersatz dieser Kosten besteht daher jedenfalls nicht.

ee) Beschädigung der Glastür

43

Insoweit steht dem Kläger kein Anspruch zu. Der Kläger macht die Beklagte für Kratzer in der Glastür und Mörtelanhaftungen dort verantwortlich. Der Sachverständige konnte zum Verursacher - die Beklagte hat ihre Schadensverursachung bestritten - des mit 50,00 € bewerteten Schadens nichts sagen (Gutachten vom 07.01.2014, S. 17). Ergänzend wird auf die Ausführungen oben unter cc) Bezug genommen.

ff) Thermostate

44

Ein die Thermostate (richtig: Schalter) betreffender Mangel ist nicht schlüssig dargelegt. Der Kläger sieht einen Mangel daran, dass die Schalter zu tief im Schaltschrank untergebracht worden seien. Der Sachverständige hat dazu ausgeführt, ein Mangel aus technischer Sicht liege nicht vor. Die Schalter hätten keine Thermostatfunktion, sie messen also nicht die Raumtemperatur. Weiterhin äußerte der Sachverständige allerdings, die Positionierung der Schalter wäre dann „nicht in Ordnung“, wenn die Anbringung der Schalter den Herstellerangaben nicht entsprochen haben sollte (Gutachten vom 07.01.2014, S. 18; LG Regensburg, 1 OH 56/12 (2), Protokoll vom 13.09.2017, S. 3/4). Der Sachverständige teilte weiter mit, dass ihm die Herstellerangaben nicht vorliegen (LG Regensburg, 1 OH 56/12 (2), Protokoll vom 13.09.2017, S. 4). Auch der Kläger bringt nicht vor, welchen Inhalt die Herstellerangaben - so es sie denn überhaupt gibt - haben sollen. Vielmehr beruft sich auf einen (weiteren) Sachverständigenbeweis. Der Beweis war nicht zu erheben, weil es insoweit an einer schlüssigen Mängelbehauptung fehlt. Die Herstellervorgaben für den Einbau sind eine schlichte Information, die der Kläger vom Hersteller hätte einholen können, um dann entsprechend vorzutragen. Mangels hinreichenden Vortrags wäre die Beauftragung eines Sachverständigen unzulässige Ausforschung.

gg) Gerissener Putz in der Dusche

45

Hierfür haftet die Beklagte nicht, weil es sich nicht um ihr Gewerk gehandelt hat. Wie bereits ausgeführt, ist die Beklagte für dieses fremde Gewerk auch nicht als Generalunternehmerin verantwortlich. Darauf, dass bei diesem Drittgewerk der Sachverständige festgestellt hat, dass die Unterputzkörper waren nicht tief genug versenkt waren (Gutachten vom 07.01.2014, S. 19/20), kommt es damit nicht an.

hh) Bodenspezialbelag

46

Hierfür haftet die Beklagte ebenfalls nicht, weil es sich wiederum nicht um ein von ihr auszuführendes Gewerk gehandelt hat. Das belegt ein Blick auf den in der Anlage K 1 umrissenen Auftragsumfang, was auch der Sachverständige im Übrigen zutreffend gesehen hat (Gutachten vom 07.01.2014, S. 22). Wie bereits dargestellt, ist die Beklagte für dieses fremde Gewerk auch nicht als Generalunternehmerin verantwortlich. Dass Sachverständige den Mangel am nicht von der Beklagten aufgebrauchten Bodenspezialbelag bestätigt hat (Gutachten vom 07.01.2014, S. 21), ist damit auch hier nicht entscheidungserheblich.

ii) Glättung der goldeffekt-spachtelbearbeiteten Schwimmbaddecke

47

Auch dieser behauptete Mangel betrifft nicht ein Gewerk der Beklagten, sondern das der Fa. O. Im Übrigen liegt, folgt man dem Gutachter, schon aus technischer Sicht kein Mangel vor (Gutachten vom 07.01.2014, S. 21), da die Ebenheitstoleranzen der DIN 18202 eingehalten seien und dem Gutachter etwaige vertragliche Vereinbarungen zu darüberhinausgehenden Ebenheitsanforderungen nicht vorliegen. Nur am Rande sei noch ergänzt, dass auch der Betrag, mit dem der Kläger diesen Posten bewertet, ist nicht belegt ist. Dem Kostenanschlag des Malermeisters L. (Anlage K 15) ist hierzu nichts zu entnehmen.

48

c) Die sonstigen Voraussetzungen der Schadensersatzansprüche nach §§ 280, 281 BGB wie insbesondere Fristsetzungen zur Nacherfüllung liegen vor.

49

d) Zusammengefasst hat der Kläger damit zunächst - vor Berücksichtigung der Aufrechnung (dazu nachfolgend e)) - Ansprüche in Höhe von 7.223,30 €.

	netto	brutto
Gefälle im Liegebereich	4.971,00 €	5.915,49 €
Fugen im Dusch- und Beckenbereich	564,00 €	671,16 €
Steinplatte (Risse)	440,00 €	523,60 €
Pumpenschacht (Schiene, Verspachtelung)	95,00 €	113,05 €
		7.223,30 €

50

Der Kläger hatte Anspruch auf Erstattung der Bruttobeträge, da er die Ersatzvornahme hat unstreitig tatsächlich durchführen lassen.

51

e) Soweit sie danach i. H. v. 7.223,30 € bestanden, sind die Ansprüche des Klägers durch Aufrechnung bis auf einen Restbetrag von 2.398,30 € erloschen, der dem Kläger in der Hauptsache zuzusprechen war.

52

Der Beklagten stehen eigene offene Restwerklohnforderungen von 4.825,00 € zu, mit denen er gegen die Ansprüche des Klägers wirksam aufgerechnet hat.

53

aa) Unstreitig besteht eine noch offene Restforderung von 2.750,00 € aus der Pauschalabrede über 31.000,00 €.

54

bb) Weiterhin hat die Beklagte gegen den Kläger einen Werklohnanspruch in Höhe von 2.075,00 € brutto für die Estrichverlegung (Rechnung Anlage B 4, Pos. „Estrich bei der Liegefläche“ und „Verlegung eines Estrichs bei der Liegefläche“). Unstreitig hat die Beklagte den Estrich im Liegebereich verlegt. Der Kläger vertritt die Auffassung, er schulde für den - unstreitig von der Beklagten eingebrachten - Estrich keinen gesonderten Werklohn, weil er nur die Pauschalpreisvereinbarung gemäß Anlage K 1 getroffen habe, die Einbringung des Estrichs durch die Klägerin sei eine Mangelbeseitigungsmaßnahme gewesen und daher nicht gesondert zu vergüten. Dieser Einwand des Klägers ist angesichts der Vertragslage nicht schlüssig: In der beiderseitig unterzeichneten Auftragsbestätigung zum Inhalt des Pauschalpreisauftrags (Anlage K 1) gibt es keine Position, die sich mit dem Aufbringen von Estrich befasst. Daraus ergibt sich zum einen, dass diese Werkleistung nicht mit dem Pauschalpreis abgegolten ist, und zum anderen, dass auch schon im Ansatz nicht ersichtlich ist, bei welchem von der Beklagten nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gewerken eine Mangelbeseitigung durch Estricharbeiten hätte stattfinden sollen. Daher handelt es sich bei den Estricharbeiten um einen Zusatzauftrag, für den gemäß § 631 BGB eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt.

55

Hinzu kommt, dass der Kläger gerade aus dieser Werkleistung Mängelrechte herleitet, die der Senat ihm auch zuspricht, und zwar mit einem höheren Betrag als dem hierauf bezogenen Werklohn (vgl. oben 2.b.aa). Die Geltendmachung derartiger Mängelrechte setzt das Bestehen eines diesbezüglichen Auftrags voraus.

56

Die zur Aufrechnung gestellten Forderungen sind fällig, nachdem der Kläger keine Nacherfüllung mehr verlangt, sodass zwischen den Parteien nur noch ein Abrechnungsverhältnis besteht (zum Begriff vgl. Kniffka in Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 4. Teil, Rn. 489 ff.).

57

cc) Bezüglich der weiteren in der Rechnung Anlage B 4 aufgeführten Positionen im Gesamtwert von 2.435,00 € brutto (Türzarge Dampfbad, Glastür, Frachtkosten, Filtersand, Edelstahlaufgabe und Bodenschächte) ist ein Anspruch der Beklagten jedoch nicht schlüssig vorgetragen. In der Klageerwidern vom 07.05.2018 (S. 10) wird ausschließlich zur vorstehend behandelten Estrichverlegung vorgetragen, nicht jedoch zu sonstigen Zusatzaufträgen. Die Vorlage der Rechnung Anlage B 4 kann Sachvortrag zwar ergänzen, aber vollständig fehlenden Vortrag zu den abgerechneten Leistungen nicht ersetzen.

58

f) Die ersatzfähigen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten beziffern sich nach Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr auf 179,27 € (0,65 Geschäftsgebühr Nr. 2300 VV RVG: 130,65 €; Auslagenpauschale: 20 €; 19% MwSt: 28,62 €) aus dem Streitwert von 2.398,30 €.

59

g) Einen vor Rechtshängigkeit liegenden Zeitpunkt für den Beginn des Zinslaufs hat der Kläger nicht schlüssig vorgetragen. Der in der Klageschrift angegebene 10.03.2018 erschließt sich in dieser Hinsicht nicht.

III.

60

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Bei der Quote hinsichtlich der Kostentragung war auch das Maß des Unterliegens der Beklagten mit der Hilfsaufrechnung zu berücksichtigen, nachdem über diese entschieden wurde und sie streitwerterhöhend gewirkt hat.

61

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.

62

3. Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Verfahrensentcheidend waren tatrichterliche Fragen der Vertragsauslegung und der Beweiswürdigung im Einzelfall. Soweit allgemeine Rechtsfragen entscheidungserheblich waren, folgt der Senat der dazu bestehenden höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung.

63

4. Die Streitwertfestsetzung richtet sich nach §§ 47 GKG, 3 ZPO, wobei sich die Aufrechnung, soweit sie hilfsweise erfolgte und über die Aufrechnungsforderung gemäß § 322 Abs. 2 ZPO entschieden wurde, mit 5.952,19 € streitwerterhöhend auswirkt (§ 45 Abs. 3 GKG). In Höhe von 1.307,81 € brutto (Summe aus 671,16 €, 523,60 € und 113,05 € für die Positionen Fugen im Duschbereich, Risse in Steinplatten und Pumpenschacht) hat die Beklagte die Forderungen des Klägers jeweils nicht bestritten, sondern anerkannt. Insoweit ist die Aufrechnungserklärung in der Klageerwiderung vom 07.05.2018 als Primäraufrechnung zu verstehen, die nicht streitwerterhöhend wirkt. Der danach verbleibende und vom Kläger bestrittene Rest der Gegenforderung der Beklagten (5.952,19 €) wurde hilfsweise zur Aufrechnung gestellt, wie sich aus der Formulierung in der Klageerwiderung (S. 11) ergibt („Aufrechnung ... gegen eine sich gegebenenfalls ergebende Kostenerstattungsforderung“) und hierüber hat der Senat entschieden.

64

Gemäß § 63 Abs. 3 GKG war dementsprechend auch die erstinstanzliche Streitwertfestsetzung abzuändern, wobei zusätzlich der erstinstanzlich noch gestellte Feststellungsantrag zu berücksichtigen war, den das Landgericht mit 0 € bewertet hatte. Der Senat schätzt seinen Wert mit 1.000 €.