

Titel:

Bauvertrag

Leitsätze:

1. Art und Umfang einer zu erbringenden Werkleistung bestimmen sich durch den geschlossenen Vertrag. Gehört zu diesem Vertrag nicht nur ein Raumbuch, sondern auch das Bieterprotokoll eines Bietergesprächs, ist dieses Protokoll Vertragsgegenstand.
2. „Optimieren“ bedeutet, dass der Auftragnehmer durch Nachjustierung von Kleinigkeiten mit weniger Aufwand das gleiche Ergebnis erreichen kann.
3. Vereinbaren die Parteien wegen bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens, kommt der Auftragnehmer nicht schon vor der Beendigung des Beweisverfahrens mit der Mängelbeseitigung in Verzug.
4. Bietet der Auftragnehmer nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens eine Mängelbeseitigung an, kommt er nicht in Verzug, wenn der Auftraggeber die angebotene Mängelbeseitigung ablehnt.

Schlagwort:

Bauvertrag

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 26.02.2020 – 18 O 9535/18

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 15.03.2023 – VII ZR 851/21

Fundstellen:

BauR 2023, 1957

LSK 2021, 63691

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 26.02.2020, Az. 18 O 9535/18, abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelfer zu tragen mit Ausnahme der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens, welche die Beklagte trägt.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten und ihrer Streithelfer durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte oder ihre Streithelfer vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe geleistet haben.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 420.000,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klägerin begehrt vor allem Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung. Durch GU-Vertrag vom 15.11.2007 (Anlage K 1) beauftragte die Klägerin die Beklagte zu einem Pauschalpreis und unter Einbeziehung der VOB/B mit der Errichtung eines Bus- und Lkw-Servicebetriebs nebst Außen- und Freianlagen, den die Firma M. T. & B. Deutschland GmbH als Mieterin nutzen sollte und jetzt auch nutzt. Das vereinbarte Leistungssoll für die Dächer ergibt sich aus dem Raumbuch-Hochbau (Anlage K 2).

2

Wegen wesentlicher Leistungsdefizite brachen die Parteien eine Abnahmebegehung am 01.07.2008 ab, ebenso eine erneute Abnahmebegehung am 11.07.2008. Dabei vereinbarten die Parteien die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens auf Kosten der Beklagten (Anlage B 5). Etwa 10 Jahre später nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens forderte die Klägerin unter anderem durch Schreiben vom 07.02.2018 unter Fristsetzung die Beklagte zur Nacherfüllung auf. An den fehlerhaften Lichtbändern besserte die Beklagte nach, im Übrigen besserte sie nicht nach. Wegen der nach Behauptung der Klägerin verbliebenen 10 Baumängel, vor allem Befestigung der Dachhaut, Linienbefestigung der Folienabdichtung und Ausführung der Wärmedämmung, fordert sie Vorschuss von 340.000 € netto zuzüglich 51.000 € netto für Planung und Überwachung.

3

Die Beklagte tritt dem entgegen. Die Klägerin habe eine angebotene Mangelbeseitigung abgelehnt. Der Dachaufbau sei nicht fehlerhaft, ein Komplettaustausch nicht erforderlich und jedenfalls unverhältnismäßig. Bei den Kosten für Planung und Überwachung handle es sich um „Sowieso-Kosten“. Hinsichtlich der Dachabdichtung werde die Einrede der Verjährung erhoben.

4

Das Landgericht hat sachverständig beraten und unter Verwertung des selbständigen Beweisverfahrens eine vom Vertragssoll abweichende Ausführung der Windsogsicherung festgestellt und die Beklagte zu einem Vorschuss in Höhe von 309.062,50 € verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten folge nicht aus dem Bieterprotokoll (Anlage B 4). Der Komplettaustausch stelle den sichersten Weg dar, so dass die Klägerin ihn fordern dürfe. Abweichend vom Raumbuch sei die Wärmedämmung nur einlagig statt zweilagig ausgeführt. Eine Änderung des vertraglichen Leistungssolls folge nicht aus der Freigabe von Plänen durch die Klägerin. Wegen dieser und weiterer Mängel habe die Klägerin am 07.02., am 22.03. und am 09.05.2018 ordnungsgemäß zur Mangelbeseitigung aufgefordert. Die Klägerin habe keine angebotene Mangelbeseitigung definitiv abgelehnt, sondern nur „derzeit“ mit Rücksicht auf das laufende Beweisverfahren. Außerdem sei nur eine ungenügende Mangelbeseitigung angeboten gewesen. Hinsichtlich der mutmaßlichen Kosten hat der Sachverständige zum Teil Kostenrahmen genannt, deren arithmetisches Mittel das LG dem Vorschuss zu Grunde gelegt habe. Nebst 15% Kosten für Planung und Überwachung folge daraus der zugesprochene Betrag. Verjährung sei nicht eingetreten und kein Abzug „neu für alt“ veranlasst. Die offene Restwerklohnforderung von 130.000 € sowie die der Klägerin gestellte Gewährleistungsbürgschaft über 729.000 € stünden dem Vorschussanspruch nicht entgegen. Der Feststellungsantrag sei daher ebenfalls begründet.

5

Hinsichtlich der Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils des Landgerichts München I vom 26.02.2020, Az.: 18 O 9535/18.

6

Die Beklagte erstrebt mit ihrer Berufung die Klageabweisung. Sie habe die Windsogsicherung und die Wärmedämmung nicht vertragsabweichend ausgeführt, sondern insoweit von ihrem vertraglichen Leistungsbestimmungsrecht Gebrauch gemacht. Infolge einer Doppelberechnung habe das LG zu viel zugesprochen, allenfalls rund 120.000 € könnten berechtigt sein. Dach und Dämmung seien technisch mangelfrei und der von der Klägerin begehrte Komplettaustausch jedenfalls unverhältnismäßig. Für die übrigen Mängel habe die Beklagte durch Schreiben vom 09.03.2018 Mangelbeseitigung angeboten und stehe der Klägerin kein Vorschussanspruch zu.

7

Die Klägerin erstrebt mit ihrer Anschlussberufung einen höheren Vorschuss, weil auch das mangelhafte Gefälle der Kehlplatten anzusetzen sei, weil teurere „druckfeste Dämmplatten“ einzubauen seien und weil eine weitere Baukostensteigerung zu berücksichtigen sei.

8

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts München I vom 26.02.2020, Az.: 18 O 9535/18 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

I. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

II. Auf Anschlussberufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 26.02.2020, Az. 18 O 9535/18 abgeändert und neu gefasst wie folgt:

„1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu bezahlen 391.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p. a. über Basiszinssatz seit dem 10.08.2018.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.939,40 € vorgerichtliche Anwaltskosten nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten p. a. über dem Basiszinssatz seit dem 10.08.2018 zu bezahlen.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von sämtlichen Ansprüchen der M. T. und B. Deutschland GmbH freizustellen, die aufgrund der notwendigen Maßnahmen des Bauvorhabens ...- Straße 3 in ... N. geltend gemacht werden, die aufgrund folgender Mängel erforderlich werden:

a) Befestigung der Dachhaut

b) Linienbefestigung der Folienabdichtung in den Dachflächen

c) Bei den insgesamt 16 runden Notüberlaufrohren ist das vom Dach kommende innere Rohr kürzer als der in die Fassade integrierte äußere Wasserspeyer

d) Bei den viereckigen Wasserspeyern des Verwaltungsbaus fehlt eine Abdichtung zwischen Innen- und Außenwasserspeyer

e) Ausführung der Wärmedämmung abweichend von den Vereinbarungen der Parteien im Raumbuch wie folgt:

aa) Anordnung von Gefällekehlplatten in den Kehlbereichen entlang der Attiken

bb) Erneuerung des Dachaufbaus bis einschließlich Dampfsperre gemäß Gutachten des Sachverständigen C. Nummer ...30/2017 vom 01.08.2017, Landgericht München I, Az. 18 OH 14696/08 mit einer gewebeverstärkten, dampfdichten und auch trittsicheren Dampfsperre, extra druckfesten Dämmplatten mit einer Druckfestigkeit von 70 kPa bei 10% Stauchung in zweilagiger Ausführung und Ausführung der Befestigungsmittel aus nicht rostendem Material (Edelstahl)

f) Ausführung der Brandwand abweichend von den Vorgaben des Raumbuchs

g) Stützen der Lüftungskanäle, Auffüllen entsprechend den Feststellungen des Sachverständigen

h) Lichtkuppeln: Beseitigung des Verstoßes gegen die allgemeinen Regeln der Technik hinsichtlich Befestigung und Verkittung

i) Rohrdurchführung hinter den Lüftungskanälen: Entfernung des Provisoriums und z. B. Ersatz durch eine Blechhaube (siehe auch Sachverständigengutachten vom 10.12.2009, Nr. 17 und Bild Nr. 27)

k) Die Rohrschellen an den beiden Regenfallrohren an dem Verbindungsbaum sitzen nicht unmittelbar unter den Rohraufweitungen. Zur Mängelbeseitigung sind diese Rohrschellen höher zu setzen.“

4. Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des vorangegangenen Beweisverfahrens Landgericht München I, Az. 18 OH 14696/08 trägt die Beklagte.

III. Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

V. Vorsorglich wird beantragt, die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Streithelfer schließen sich dem Antrag der Beklagten an.

12

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 13.04.2021 (Bl. 404/406 d.A.) zur im Bieterprotokoll vom 14.09.2007 (Ziffer A.6, Anlage B 4) festgehaltenen Thematik „Optimierung der Schichtaufbauten im Rahmen der EnEV“ Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugen M. S. und S. M. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.07.2021, S. 3/7, Bl. 432/436 d.A.).

13

Im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien verwiesen.

II.

14

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Das angefochtene Urteil des Landgerichts München I vom 26.02.2020 war daher aufzuheben und die Klage abzuweisen.

15

Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin ist unbegründet und war deshalb zurückzuweisen.

A.

Berufung der Beklagten:

16

Der geltend gemachte Kostenvorschussanspruch gemäß §§ 13 Abs. 5 Ziffer 2 VOB/B, 637 Abs. 3 BGB für die beabsichtigte Nachbesserung des Dachaufbaus besteht – entgegen dem Ersturteil – aus Rechtsgründen nicht. Die Beklagte befindet sich schon nicht mit der Mängelbeseitigung in Verzug, weshalb der Nacherfüllungsanspruch noch auf Seiten der Beklagten liegt und nicht entfallen ist.

17

Die Beklagte hat eine vertragskonforme Mängelbeseitigung angeboten, welche von der Klägerin nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens unter Berufung auf die nicht eingehaltenen Vorgaben im Raumbuch und die Ausführungen in den Gutachten des Sachverständigen Dipl.Ing. P. C. abgelehnt wurde, weil die Klägerin zu Unrecht glaubte, eine andere und umfangreichere Art der Nachbesserung fordern zu können.

18

Nach richtiger Auslegung des vertraglichen Leistungssolls konnte die Beklagte abweichend vom Raumbuch entsprechend der Klausel im Bieter-Protokoll den Schichtaufbau im Sinne eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts abändern, ohne dass es hierzu der vorhergehenden Zustimmung der Klägerin nach Ziff. 5.1 des GU-Vertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1) bedurft hätte.

19

Deshalb stellt die ausgeführte einlagige Wärmedämmung ebenso wenig einen Mangel dar wie die ausgeführte lineare Befestigung mit Einzelbefestiger, auch wenn das Raumbuch abweichend davon eine zweilagige Wärmedämmung und eine mechanische Abdichtung als Linienbefestigung (Schienenbefestigung) vorschreibt.

20

Auch eine Kompletterneuerung des Dachaufbaus kann die Klägerin nicht fordern; ein partielles Nacharbeiten der Fehlstellen ist nach Auffassung des Senats eine mögliche, taugliche und adäquate Art der Mängelbeseitigung, die der Klägerin auch zumutbar ist.

21

Ein Freistellungsanspruch, der Annex zu einem Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 257 BGB ist, besteht daher ebenfalls nicht, zumal im zugrundeliegenden Antrag nicht nur bestehende Mängel genannt wurden, sondern auch die Art der geforderten Nachbesserung bezeichnet wurde, auf die – jedenfalls teilweise – kein Anspruch besteht.

22

Im Einzelnen ist auszuführen:

I. Vertragssoll: Raumbuch oder Bieter-Protokoll?

23

Die zentrale Frage, welche Ausführung zum Thema Windsogsicherheit und zum Thema Dämmung geschuldet war, ist dahingehend zu beantworten, dass entgegen der Auffassung der Klägerin hierzu nicht allein auf die Vorgaben im Raumbuch abzustellen ist, sondern auch die im Bieterprotokoll zum Bietergespräch vom 14.09.2007 (Anlage B 4) für den Unternehmer vorgesehene Möglichkeit in Betracht zu ziehen ist, dass „die Schichtaufbauten im Rahmen der EnEV optimiert werden können“. Die Bedeutung dieser Bestimmung und ihre Einordnung in das Vertragsgefüge ist näher zu ergründen.

1. Vertragliche Regelung:

24

Zunächst ist festzustellen, dass „das Bieterprotokoll vom 14.09.2007, das das Ergebnis aus den Besprechungen mit dem AN zusammenfasst“, gemäß Ziffer 2.1.5 des GUVertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1) – wie von vorneherein beabsichtigt – ebenso Vertragsbestandteil geworden ist wie „die funktionale Leistungsbeschreibung / Raumbücher des AG“, und es sich bei den dort im Bieterprotokoll zusammengefassten Bestimmungen gegenüber dem Raumbuch um eine gleichrangige Regelung im Sinne der Ziffer 2.2 des GU-Vertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1) handelt. Es ist also keinesfalls so, wie die Klägerin meint, dass die Regelungen im Raumbuch, weil es sich bei diesen um die konkreteren technischen Regelungen handele, der Regelung in Punkt A.6 des Bieterprotokolls in jedem Fall vorgehen und diese deshalb allein maßgeblich seien. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien beide Regelungen als eine aufeinander bezogene Einheit aufgefasst haben, die jeweils zusammen zu lesen sind, wie sich sinnfällig aus der Formulierung in der Anlagenliste zum GU-Vertrag vom 15.11.2007 (Anlage K 1) ergibt, wo beide Vertragsbestandteile in einer einzigen Anlage wie folgt zusammengefasst wurden:

„Anlage 7 Funktionale Beschreibung / Raumbücher / Bieterprotokoll (Runde 1) vom 14.09.2007“.

25

Es besteht daher auch bei richtiger Lesart kein Widerspruch zwischen den aufgeführten Vertragsbestandteilen oder innerhalb der Vertragsbestandteile, der nach der in § 2.2.1 oder § 2.2.2 des GU-Vertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1) aufgezeigten Weise aufzulösen wäre.

2. AGB-Klausel?

26

a) Richtig ist zwar, dass der Generalunternehmervertrag und das Raumbuch mehrfach Verwendung gefunden haben und deshalb dem AGB-Recht unterfallen könnten. Die Mieterin der Klägerin, die Firma M. Nutzfahrzeuge GmbH bzw. ursprünglich M. Nutzfahrzeuge AG M., hat zusammen mit den Bauherren dieses Vertragswerk der Beklagten zur Verfügung gestellt und insoweit für die verschiedenen Servicebetriebe, welche die M. Nutzfahrzeuge AG M. seinerseits in Deutschland gebaut hat und bei welchen zum Teil die Beklagte auch Generalunternehmerin war (Augsburg), verwendet.

27

b) Eine Mehrfachverwendung durch die Klägerin für andere Verträge hat jedoch nicht stattgefunden und war von dieser auch nicht beabsichtigt. Damit wurden die Vertragsbedingungen, was Voraussetzung für die Annahme von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ ist, auch nicht für eine Vielzahl von Verträgen aufgestellt. Der nur für einen bestimmten Vertrag ausgearbeitete Text fällt nicht unter § 305 Abs. 1 BGB (Palandt; BGB, 80. Aufl. 2021, § 305 Rz. 9). Da die Klägerin diese Vertragsunterlagen nur für das vorliegende Bauvorhaben verwendet hat, steht dies der Annahme einer „Mehrfachverwendung“ entgegen. Ohnehin könnte die Klägerin als Verwenderin keine Verletzung des AGB-Rechts rügen.

28

c) Zwar ist grundsätzlich ausreichend, dass die Bedingungen auch bei anderen Bauvorhaben Verwendung finden sollten und die Bedingungen insoweit von einem Dritten gestellt wurden (BGH, Urteil vom 17.02.2010, Az.: VIII ZR 67/09). Hier hat die Firma M. als dritte Partei den Generalunternehmervertrag und das Raumbuch als vorgelegtes Vertragswerk zur Verfügung gestellt, welches auch unstrittig bei mehreren Bauvorhaben in identischer Weise Verwendung gefunden hat (Projekte in A., K.-F. und S.).

29

d) Dies war der Klägerin zwar bekannt, dies führt aber nicht dazu, dass diese als Verwenderin anzusehen ist. Denn nach Sachlage im vorliegenden Fall hat die Klägerin die Vertragsbedingungen nicht „gestellt“, da die vorformulierten Bedingungen von der Firma M. stammen und lediglich zur weiteren Verwendung an die Klägerin gesandt wurden. Damit wurden diese nicht von der Klägerin in die Vertragsverhandlungen eingebracht und deren Einbeziehung in den Vertrag verlangt, vielmehr geschah dies auf Wunsch des Mieters.

30

e) Auch die Beklagte hat die Vertragsbedingungen (Raumbuch und Verhandlungsprotokoll) nicht eingebracht, da diese letztlich von der Firma M. stammen und der Beklagten lediglich zur Verwendung bei der Ausschreibung zugeleitet wurden.

31

f) Es ist daher kein AGB-Recht anwendbar, insbesondere nicht die Unklarheitenregelung des § 305 Abs. 2 BGB. Vielmehr ist eine individualvertragliche Auslegung der Klausel nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmen.

32

g) Das Gleiche gilt für die Klausel im Bieterprotokoll vom 20.09.2007 (Anlage B 4), die unter TOP A.6 lautet: „EnEV 2007: Der GU hat die Anforderungen der EnEV 2007 gesamt einheitlich einzuhalten. Die Schichtaufbauten können im Rahmen der EnEV optimiert werden. Daher ist der Wärmeschutznachweis objektbezogen und bauteilbezogen durch den GU anzupassen.“

33

Diese Klausel ist nicht nur beim streitgegenständlichen Bauvorhaben, wie von vorneherein so vorgesehen, Vertragsbestandteil geworden, sondern auch bei weiteren Verträgen. Die Bieterprotokolle wurden allen Bietern zur Verfügung gestellt und sollten Vertragsgrundlage werden. Diese Klausel hat – wortgleich – auch Eingang gefunden in den Vertrag der Bauherren und der Beklagten bei der Servicestation in Augsburg, wie der Zeuge S. bestätigte. Auch dort hatte die Beklagte den Auftrag erhalten. Im hier zu entscheidenden Fall hat die Klägerin die Vertragsbedingungen nicht „gestellt“ und auch keine Mehrfachverwendung beabsichtigt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Vertragsgrundlagen zwischen den Vertragsparteien individuell ausgehandelt wurden unter Verwendung der von der Firma M. zur Verfügung gestellten Unterlagen wie Raumbuch und Bieterprotokoll und beide Parteien gleichermaßen die Geltung dieser Vertragsbedingungen gewollt haben. Damit ist keiner der beiden Vertragsparteien als Verwender „Allgemeiner Geschäftsbedingungen“ anzusehen, sondern es ist von einem individual ausgehandelten Vertrag auszugehen.

34

h) Der Qualifikation als AGB steht zudem der Umstand entgegen, dass nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26.04.2005, I BR 2005, 357)

35

Leistungsbeschreibungen nicht als „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ zu werten sind. Allenfalls könnten Leistungsbeschreibungen, soweit sie AGB-Charakter aufweisen, einer AGB-Kontrolle unterfallen. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Freistellung von der Inhaltskontrolle gilt jedenfalls für Abreden über den unmittelbaren Leistungsgegenstand wie hier hinsichtlich des Schichtaufbaus beim Dach.

3. Auslegung der EnEV-Klausel im Bieterprotokoll:

a) Wortlaut:

36

aa) Zunächst ist zur Bestimmung des Inhalts der Klausel auf den Wortlaut der Regelung abzustellen. Der Klägerin ist darin Recht zu geben, dass es sich bei dieser Klausel um eine zunächst recht allgemeine und abstrakte Regelung handelt, die auf den ersten Blick nicht erkennen lässt, zu welcher weitreichenden Abänderungen diese die Beklagte im Hinblick auf die Festlegungen im Raumbuch befugt.

37

bb) Möglicherweise hat die Klägerin Tragweite und Bedeutung dieser Klausel im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung im Raumbuch grundlegend verkannt. So gab der Zeuge S. M. glaubhaft an, dass er

beim Vertragsschluss nicht realisiert habe, dass diese Ziffer eine gravierende Änderung darstellt und er deshalb nicht widersprochen habe und diese Ziffer halt „durchgerutscht“ sei.

38

cc) Dies ändert aber nichts daran, dass die Festlegungen im Bieterprotokoll Vertragsbestandteil geworden sind und das von den Parteien inhaltlich gemeinte nach objektiven Kriterien unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts gemäß §§ 133, 157 BGB festzustellen ist. Zunächst ist vom Wortlaut auszugehen. „Optimieren“ heißt in diesem Zusammenhang wohl, mit weniger Aufwand das gleiche Ergebnis zu erreichen, durch Veränderung von Kleinigkeiten nachjustieren. Nicht gemeint ist damit, dass es durch die Änderung des Schichtaufbaus zu einer Verbesserung der Bauqualität kommen muss. Auch eine damit verbundene Preisersparnis ist vom Wortlaut gedeckt und intendiert. Da ausdrücklich auch der „Schichtaufbau“ genannt wird, geht der Senat davon aus, dass auch dieser zum Gegenstand der Optimierung gemacht werden durfte, solange die EnEV weiterhin eingehalten wird.

39

dd) Soweit die Klägerin anführt, dass die Art der Befestigung mit der EnEV nichts zu tun habe, durch die EnEV nicht geregelt werde und auch nicht von dem Schichtenaufbau ab- oder damit zusammenhängt, folgt der Senat dem nicht, da auch die Befestigung sprachlich zum „Schichtaufbau“ zählt und der Klausel nicht zu entnehmen ist, dass diese davon ausgenommen werden sollte. Auch folgt der Senat der Interpretation der Klägerin, dass der Wortlaut der EnEV-Klausel lediglich auf die energetische Qualität der Bauteile abstelle, aber nicht zur Abänderung der im Raumbuch festgelegten funktionalen Beschaffenheit und konstruktiven Vorgaben berechtige, nicht. Denn aus dem Wortlaut der Klausel ergibt sich eindeutig, dass eine Änderung des Schichtaufbaus ohne weitere Einschränkung möglich ist, wenn nur die Vorgaben der EnEV 2007 eingehalten werden. Keinesfalls ergibt sich daraus, dass nur Änderungen des Schichtaufbaus erlaubt sind, die unmittelbar einen Bezug zur Einhaltung der EnEV haben. Daher spielt es auch keine Rolle, wenn der Privatsachverständige H. in diesem Zusammenhang in seiner Stellungnahme vom 09.02.2021 (Anlage K 23) meint, „dass im Zuge der EnEV-Optimierung z.B. aus fachtechnischer Sicht die Dämmstoffesamtdicke in Verbindung mit der Wärmeleitfähigkeit des zur Ausführung gelangenden Materials variiert, sprich optimiert werden könne, die Änderungen, die streitgegenständlich sind, aber von der durch die EnEV-Klausel begründeten „EnEV-Optimierung“ nicht gedeckt seien und damit in keinem fachtechnischen Zusammenhang stünden“. Denn diese Interpretation schränkt den Wortlaut dieser Regelung zu stark ein, ohne dass hierfür ausreichende Anhaltspunkte in der getroffenen Regelung selbst bestünden. Vielmehr ergibt sich aus dem Wortlaut der Klausel bei unbefangener Lesart zweifelsfrei, dass die Optimierung des Schichtaufbaus nicht auf die EnEV bezogen, sondern davon losgelöst zu betrachten ist. Die EnEV gibt lediglich den unbedingt einzuhaltenden Rahmen wieder.

b) Zweck und Hintergrund der EnEV-Klausel:

40

aa) Der Zeuge S., der damals als Projektleiter für B. + B. bei verschiedenen Bus- und LKW Servicestationen, u.a. der hier streitgegenständlichen, eingesetzt war, gab an, dass nach Gesprächen mit verschiedenen Bietern Bieterprotokolle erstellt wurden, die auch anderen Bietern zur Verfügung gestellt wurden. Dabei handelte es sich um Zusammenfassungen zu technischen Punkten oder auch um daraus folgende

41

Kosteneinsparungspotentiale. Er könne sich zwar nicht mehr an das Gespräch zu diesem Punkt erinnern und habe hierzu in seinen noch vorhandenen rudimentären Aufzeichnungen auch nichts notiert. Er gab aber an, dass der TOP A.6 nach seiner Einschätzung zur Thematik der Kosteneinsparung gehöre, wie beispielsweise auch der TOP A.9 (Verzicht der Firma M. auf die Binderschicht beim Splittmastixasphalt beim gleichen Bauvorhaben).

42

bb) Die Aussage des Zeugen S. hält der Senat für glaubhaft und den Zeugen für glaubwürdig. Dass dieser nach so vielen Jahren keine konkrete Erinnerung mehr an Details der zugrundeliegenden Besprechung hatte, ist nach dem erheblichen Zeitablauf nachvollziehbar. Der Senat ist aufgrund dieser Aussage davon überzeugt, dass mit der besagten EnEV-Klausel ebenso wie für den Wegfall der Binderschicht beim Splittmastixasphalt maßgeblicher Hintergrund war, für die Bieter ein mögliches Einsparpotential

aufzuzeigen, damit diese, einen günstigeren Preis anbieten konnten, der sich letztlich auch zu Gunsten der Klägerin als Auftraggeberin auswirken und nicht nur dem GU zugute kommen sollte.

43

cc) Aus der Aussage des vernommenen Zeugen S. M. ergibt sich insoweit nichts Abweichendes. Soweit dieser Aufzeichnungen vorlegte, nach denen bei dem im Bieterprotokoll zusammengefassten Gespräch auch über verschiedene Arten eines zweilagigen Aufbaus der Wärmedämmung gesprochen worden sei (8 + 8 cm, 10 + 6 cm oder 12 + 4 cm), belegt dies nicht, dass damit selbstverständlich die im Raumbuch vorgesehene zweilagige Ausführung der Wärmedämmung als technische Vorgabe zugrunde gelegt wurde. Denn es bestehen bereits Zweifel daran, dass der Zeuge als technischer Laie die Hintergründe dieser Besprechungen zutreffend erfasst hat. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang der Hinweis des Zeugen S. für den Senat plausibel, dass die vom Zeugen M. geschilderte Diskussion zum zweilagigen Aufbau der Wärmedämmung keinen Sinn machen würde, da dies weder am Material noch an der Arbeit etwas ändern würde und eine Einsparung von vornherein nur bei Verlegung einer einlagigen Schicht zu erreichen ist. Es ist vielmehr im Gegenteil davon auszugehen, dass bei dieser Besprechung mit der genannten EnEV-Klausel eine Loslösung von den strikten technischen Vorgaben zum Schichtaufbau des Daches im Raumbuch erfolgen sollte, um hierdurch eine Vereinfachung der Ausführung und eine Kostenreduzierung zum Vorteil beider Vertragsparteien zu erreichen.

4. Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht:

44

a) Der Senat interpretiert in rechtlicher Hinsicht die EnEV-Klausel im Bieterprotokoll dahingehend, dass damit der Beklagten die Befugnis eingeräumt wurde, den gesamten Schichtaufbau beim Dach einseitig abweichend von den Vorgaben im Raumbuch abzuändern, solange nur die Vorgaben der EnEV 2007 eingehalten werden. Rechtlich unerheblich ist dabei, ob die Klägerin bei Vertragsschluss erkannt hat, dass die Klausel eine solch weitreichende Abweichung von den bautechnischen Vorgaben im Raumbuch ermöglicht oder nicht, da diese Klausel nun einmal Vertragsbestandteil geworden ist. Bei verständiger Auslegung der Klausel unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts und des damit verfolgten Zwecks lässt die Klausel keine andere Interpretation zu. Jedenfalls drängt sich keine andere Interpretation als naheliegender auf.

45

b) Vertraglich zulässig ist daher grundsätzlich auch eine einlagige Wärmedämmung sowie die ausgeführte lineare Befestigung mit Einzelbefestiger, auch wenn das Raumbuch abweichend davon eine 2-lagige Wärmedämmung und eine mechanische Abdichtung als Linienbefestigung (Schienenbefestigung) vorschreibt. Die Annahme eines Mangels – begründet mit der bloßen Abweichung der Ausführung von den Vorgaben im Raumbuch – scheidet daher von vornherein aus. Die Anbringung der einlagigen Wärmedämmung sowie die lineare Befestigung stellen aufgrund des Optimierungsrechts der Beklagten keine Änderung des Leistungssolls dar, worauf bereits hingewiesen wurde. Somit war bei Übergabe des Ausführungsdetails (Anlage B 18), welches durch die Klägerin ausdrücklich freigegeben wurde, auch kein Hinweis der Beklagten auf eine geänderte Ausführung notwendig und ebenso wenig eine nochmalige Einwilligung seitens der Klägerin.

46

c) Insoweit spielt auch die Frage einer Gleichwertigkeit oder Höherwertigkeit der einen Ausführungsart gegenüber der anderen, die sachverständigenseits ausgiebig diskutiert wurde, rechtlich keine Rolle mehr. Beide Ausführungsarten entsprechen im Übrigen jeweils den allgemein anerkannten Regeln der Technik, so dass ein technischer bzw. funktionaler Mangel nicht vorliegt.

47

d) Auch der Sachverständige C. hat in seinem 1. Ergänzungsgutachten vom 14.02.2011, Seite 9 festgestellt, dass „es sich bei der ausgeführten Befestigung mit Einzelbefestigern um eine übliche und sämtlichen technischen Regelwerken entsprechende Ausführungsart handelt“. Soweit der Sachverständige in seinem 1. Ergänzungsgutachten vom 14.02.2011, Seite 9 noch festgestellt hatte, dass es sich bei der ausgeführten Befestigung mit Einzelbefestigern „unter dem Gesichtspunkt der Qualität im Vergleich zur Linienbefestigung (mit Schienen) um die eindeutig technisch minderwertigere Konstruktion handle“, hat er diese Aussage in seinem 2. Ergänzungsgutachten vom 14.02.2013, Seite 22 ausdrücklich zurückgenommen, indem er angab: „Obige Ausführungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass

mir eine objektiv nachvollziehbare Unterscheidung der beiden Befestigungsvarianten hinsichtlich ihrer technischen Wertigkeit nicht möglich ist“.

48

e) Das gleiche gilt für die einlagige Wärmedämmung im Unterschied zu der im Raumbuch vorgesehenen zweilagigen Ausführung. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts ist eine zweilagige Wärmedämmung nicht die prinzipiell technisch höherwertige Konzeption. Hierzu kann sich das Landgericht entgegen seiner Urteilsbegründung auch nicht auf eine vermeintlich sinngemäße Äußerung des Sachverständigen stützen. Der Sachverständige C. hat durchgängig ausgeführt, dass „die erfolgte Wärmedämmung einlagig mit einer Stärke von 16 cm eine in technischer Hinsicht (mindestens) gleichwertige Ausführung zu einer zweilagigen Verlegung darstellt“ (vgl. Gutachten vom 10.12.2009, Seite 42/43; 1. Ergänzungsgutachten vom 14.02.2011, Seite 13/14; 2. Ergänzungsgutachten vom 14.02.2013, Seite 12/13; 5. Ergänzungsgutachten vom 14.11.2016, Seite 6). Letztlich hat der Sachverständige sogar festgestellt, dass die einlagige Wärmedämmplatte mit einer Gesamtdicke von 16 cm sogar eine höherwertigere Ausführung darstellt, da sie „grundsätzlich biegesteifer (somit verformungsärmer) und tragfähiger als zwei unverbundene aufeinander verlegte Platten mit einer Einzeldicke von 2 x 8 cm ist“ (vgl. 2. Ergänzungsgutachten vom 14.02.2013, Seite 12/13). Somit stellt die einlagige Wärmedämmung – mit Ausnahme der Bereiche der Lüftungskanäle – keinen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik dar.

49

f) Zudem handelt es sich bei den beiden genannten Abweichungen vom Raumbuch jeweils um eine mindestens gleichwertige Ausführung. Die vorliegende Art der linearen Befestigung dürfte zudem wesentlich windsogrobuster sein und daher eventuell sogar die höherwertigere Ausführung darstellen, da die Abstände zwischen den einzelnen Linien wesentlich geringer ausfallen.

50

g) Die bloße Abweichung vom Raumbuch kann damit aus den oben genannten Gründen keinen Mangel begründen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen birgt die tatsächlich ausgeführte Dämmung keine Nutzungseinschränkung, keinen wirtschaftlichen bzw. wirtschaftlich merkbaren Schaden. In rechtlicher Hinsicht ist das Gewerk im Hinblick auf die vom Raumbuch abweichend ausgeführte einlagige Dämmung und der linearen Befestigung mit Einzelbefestiger als mangelfrei einzustufen. Allenfalls konkrete Mängel bei der Umsetzung dieser Ausführung können einen Mangel begründen. Der geringe, kaum messbare Mehraufwand für Heizung bei einer zweilagigen statt einlagigen Dämmung ist ohnehin zu vernachlässigen.

51

h) Der vorhergehenden Zustimmung der Klägerin für die geänderte Ausführung bedurfte es nach Ziffer 5.1. des GU-Vertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1) nicht, da es sich formal schon nicht um eine nachträglich geänderte, sondern um eine von vornherein vorgesehene Art der Ausführung gehandelt hat. Zum anderen stellt die Regelung im Bieterprotokoll die speziellere Regelung zum Schichtaufbau am Dach gegenüber den Vorgaben im Raumbuch und der allgemeinen Regelung in Ziffer 5.1. des GU-Vertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1) dar.

5. Kein verspäteter Vortrag der beklagten Partei:

52

Soweit die Klägerin behauptet, dass für den erstinstanzlichen Vortrag der beklagten Partei, es habe nach der genannten EnEV-Klausel eine Optimierungsmöglichkeit bestanden, eine Stellungnahmefrist nicht vorgelegen habe und der Vortrag deshalb verspätet sei, folgt der Senat dem nicht. Die Beklagte hat bereits mit Schriftsatz vom 25.03.2019, Seite 3 (Bl. 79 d.A.) für diesen Sachvortrag den Zeugen R. L. angeboten.

53

Dem angebotenen Zeugenbeweis hätte bereits das Erstgericht nachgehen müssen.

II. Festgestellte Mängel und Art der Mängelbeseitigung:

54

1. Hinsichtlich der Mängel im Dach wurde von Seiten der Klägerin im streitgegenständlichen Verfahren, ebenso wie auch im Rahmen des zurückliegenden selbständigen Beweisverfahrens, davon ausgegangen, dass als einzig mögliche Form der Mängelbeseitigung hinsichtlich der gerügten Wärmedämmung und der

Befestigung der Dachhaut nur die vollständige Erneuerung des Dachaufbaus bis einschließlich der Dampfsperre in Frage komme und dass auf dieser Basis der geltend gemachte Kostenvorschussanspruch zu kalkulieren sei. Dem folgt der Senat jedoch nicht.

55

2. Soweit die Klägerin Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten geltend macht, geht diese zwar von den Feststellungen des Sachverständigen C. in seinen insgesamt 7 Gutachten aus und nimmt insbesondere zu den Mängelbeseitigungskosten auf dessen 6. Ergänzungsgutachten vom 01.08.2017 Bezug. Die Ausführungen des Sachverständigen beruhen jedoch auf der rechtlich nicht zutreffenden – aber insoweit vorgegebenen – Annahme, dass bereits die Abweichungen von den Festlegungen im Raumbuch einen Mangel begründen könnten sowie auf der Überlegung, dass eine Überarbeitung der vorhandenen Fehlstellen an der Wärmedämmung durch Auswechseln und/oder Ausbessern der betroffenen Dämmplatten zwar möglich wäre, jedoch hochgerechnet auf die gesamte Dachfläche an insgesamt ca. 500 Stellen Reparaturarbeiten vorgenommen werden müssten, so dass bei einer solchen Mängelbeseitigungsmaßnahme auch vom Sachverständigen in Übereinstimmung mit der Klagepartei eine Kompletterneuerung der Dachhaut für erforderlich gehalten wurde (vgl. hierzu die Ausführungen des Sachverständigen C. in seinem 2. Ergänzungsgutachten vom 14.02.2013, Seite 16). Dem folgt der Senat jedoch in rechtlicher Hinsicht nicht.

56

3. Vielmehr geht der Senat davon aus, dass der bloße Umstand, dass eine einlagige Wärmedämmung und eine Einzelbefestigung der Dachhaut erfolgt ist, keinen Mangel begründet, sondern dem Vertragssoll entspricht, und zudem gegenüber den Vorgaben im Raumbuch technisch gleichwertig ist und daher insoweit jedenfalls keine völlige Erneuerung des Dachaufbaus entsprechend der Vorgaben im Raumbuch verlangt werden kann, sondern lediglich ein partielles Nacharbeiten einzelner festgestellter Fehlstellen.

57

4. Entgegen der Meinung des Erstgerichts kann ein solches partielles Überarbeiten einzelner Fehlstellen der Klägerin zugemutet werden. Es ist das Recht des Auftragnehmers, die Art der Mängelbeseitigung selbst zu bestimmen, sofern diese fachgerecht durchgeführt wird und eine begründete Aussicht auf Erfolg besteht. Hinsichtlich der Art der Mängelbeseitigung steht dem Auftragnehmer bekanntlich ein Wahlrecht zu. Nur gänzlich untaugliche Mängelbeseitigungsmaßnahmen darf der Auftraggeber als von vorneherein ungeeignet zurückweisen. Selbst eine nicht ganz sichere Methode darf der Auftragnehmer unter den genannten Voraussetzungen versuchen. Es ist daher der Beklagten vorliegend unbenommen, ein Nacharbeiten der Fehlstellen vorzunehmen, ohne gleich die gesamte Dachhaut auszuwechseln und den Dachaufbau komplett erneuern zu müssen. Im Übrigen steht derzeit noch gar nicht sicher fest, dass ca. 500 Fehlstellen vorliegen. Dabei handelt es sich lediglich um eine Hochrechnung des Sachverständigen. Erst wenn diese Mängelbeseitigungsmaßnahme nicht den gewünschten Erfolg zeitigt, kann die Klägerin eine andere Art der Mängelbeseitigung fordern, die u.U. auch eine Kompletterneuerung des Dachaufbaus beinhalten kann.

58

5. Die Begutachtung durch den Sachverständigen hat ergeben, dass die von der Beklagten vorgeschlagene Art der Mängelbeseitigung technisch möglich und machbar ist, auch wenn sie ein sorgfältiges und behutsames Arbeiten erfordert. Auch zur Behebung einer Vielzahl von funktionalen Einzelmängeln ist die Kompletterneuerung des Dachaufbaus nach Auffassung des Senats nicht notwendig, da eine punktuelle Ausbesserung der Dachhaut bzw. der Wärmedämmung möglich ist, ohne dass Qualitätseinschränkungen befürchtet werden müssen. Soweit mögliche Fehlstellen der Wärmedämmung durch den Sachverständigen festgestellt wurden, können die Bereiche der Dachhaut geöffnet werden und bei vorzufindenden Fehlern die Wärmedämmung nach den anerkannten Regeln der Technik ausgebessert werden. Die Dachhaut kann dann im Nachgang wieder ordnungsgemäß verschlossen werden. Eine Minderung der Qualität oder Reduzierung der Lebensdauer der Dachhaut ist hierdurch nicht zu erwarten. Insoweit hat der Sachverständige in seinem 3. Ergänzungsgutachten vom 06.06.2014, Seite 8 festgestellt: „Eine entsprechend sorgsame und fachgerechte Vorgehensweise unterstellt, gehe ich nicht davon aus, dass durch die Reparatur die Funktion, Zuverlässigkeit und Lebensdauer des Daches geschwächt wird.“ Der Kostenvorschussanspruch ist daher schon in der geltend gemachten Höhe weitgehend nicht begründbar.

59

6. Die übrigen im Einzelnen näher beschriebenen Mängel bei den 16 runden Überlaufrohren, den viereckigen Wasserspeiern, der Brandwand, den Folienanschlüssen an die Lichtkuppeln, den Rohrdurchführungen hinter dem Lüftungskanal mit nur provisorischer Abdichtung, den Rohrschellen und der Wärmedämmung im Bereich der Stützen der Lüftungskanäle sind im Übrigen unstreitig und fallen betragsmäßig nicht erheblich ins Gewicht. Insoweit hat die Beklagte jederzeit die Mängelbeseitigung angeboten.

III. Kein Verzug der Beklagten mit der Mängelbeseitigung:

60

Der Senat ist nach Auswertung des zwischen den Parteien geführten Schriftverkehrs überzeugt, dass die Klägerin zu Unrecht die von der Beklagten angebotene Art der Mängelbeseitigung abgelehnt hat, indem sie versucht hat, der Beklagten eine bestimmte Art der Mängelbeseitigung vorzuschreiben, auf die sie keinen Rechtsanspruch hatte. Damit konnte die Beklagte schon nicht mit der Mängelbeseitigung in Verzug geraten, so dass es an einer wesentlichen rechtlichen Voraussetzung für den geltend gemachten Kostenvorschussanspruch fehlt.

61

Hinzukommt, dass nach Ziffer 11.3. des GU-Vertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1) „die Art der Mängelbeseitigung vorher mit dem AG abzustimmen ist“, was nach Auffassung des Senats eine Einwilligung der Klägerin mit der vorgesehenen Art der Mängelbeseitigung voraussetzt, an der es ebenfalls gefehlt hat.

62

1. Zunächst ist festzuhalten, dass die Parteien einvernehmlich am 11.07.2008 (vgl. Anlage B 5) wegen der vorbehaltenen Mängel an den Dächern die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens vereinbart haben, dessen Gegenstand die Feststellung von Mängeln, der zur Beseitigung erforderlichen Maßnahmen und der hierfür erforderlichen Kosten sein sollte. Unabhängig vom Ergebnis und vom Inhalt dieser Feststellungen sollte die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin sämtliche Kosten tragen, die in diesem Verfahren anfallen. Damit konnte die Beklagte schon nicht vor Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens mit der Mängelbeseitigung in Verzug geraten.

63

2. Unabhängig davon hatte die Klägerin der Beklagten unmittelbar nach dieser Vereinbarung ausdrücklich untersagt, Mängelbeseitigungsmaßnahmen auszuführen. Entsprechendes erfolgte mit Schreiben der Klägerin vom 23.08.2008 (Anlage B 20) unter Hinweis auf das selbständige Beweisverfahren. Auch in den Folgejahren verweigerte die Klägerin jedwede Mängelbeseitigung. Nach Vorliegen der ersten Begutachtung durch den Sachverständigen C. (Gutachten vom 10.12.2009) bot die Beklagte mit deren Subunternehmer, wiederholt Sanierungsarbeiten an, die die Klägerin jedoch verweigerte. Dahinstehen kann in diesem Zusammenhang, ob die Verweigerung berechtigterweise wegen der Gefahr der Beweisvereitelung erfolgte, da die Beklagte jedenfalls hierdurch nicht in Verzug mit der Mängelbeseitigung geraten konnte und dies nur für die hier nicht zu entscheidende Frage von Bedeutung ist, ob die Klägerin aufgrund der Ablehnung der angebotenen Mängelbeseitigung in Annahmeverzug geraten konnte.

64

3. Aber auch nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens im Jahr 2018 befand sich die Beklagte nicht mit der Mängelbeseitigung in Verzug, da sie jederzeit im rechtlich gebotenen Umfang die Mängelbeseitigung am Dach angeboten, diese aber letztlich von der Klägerin abgelehnt wurde.

65

a) Mit Schreiben des vormaligen Prozessvertreters vom 07.02.2018 (Anlage K 12) forderte die Klägerin unter Fristsetzung und unter Bezugnahme auf das durchgeführte selbständige Beweisverfahren die Beklagte auf, die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung im dargestellten Umfang, insbesondere im Hinblick auf die Vorgaben im Raumbuch, zu erklären, das Sanierungskonzept mitzuteilen, mit der Mängelbeseitigung zu beginnen und diese innerhalb einer vorgegebenen Frist zu beenden. Hinsichtlich der Dachaufbauten und insbesondere der Wärmedämmung stellte sie darin folgende Forderung: „Die G. Grundstücksverwaltung GmbH fordert daher ausdrücklich zur Herstellung der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit auf. Dies bedeutet zweilagige Verlegung wie im Raumbuch beschrieben mit extra druckfestem Material. Dazu muss

der vorhandene mangelhafte Aufbau, d.h. insbesondere Dämmung und Folie, entfernt werden und durch einen vertragsgemäßen und mangelfreien Aufbau ersetzt werden.“

66

b) Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 09.03.2018 (Anlage B 1) erklärte die Beklagte innerhalb der verlängerten Frist ausdrücklich die Bereitschaft zur (notwendigen) Mängelbeseitigung, sagte den Austausch der Lichtbänder zu und stellte ein erstes grobes Sanierungskonzept vor. Dieses sah in „Variante a“ vor, die übrigen unstreitigen Mängel zu beheben, die geforderte Linienbefestigung anzubringen und eine punktuelle Ausbesserung der Dachhaut vorzunehmen, ohne diese vollständig auszutauschen. Dabei stand die Beklagte auf dem Standpunkt, dass keineswegs zwingend eine zweilagige Verlegung der Wärmedämmplatten geschuldet sei und ein Komplettrückbau nicht erforderlich sei und diesem jedenfalls der Einwand der Unverhältnismäßigkeit gegenüberstünde. Als Alternative („Variante b“) bot die Beklagte bei entsprechender Kostenbeteiligung der Klägerin – begründet mit Sowiesokosten bzw. einem Abzug neu für alt – an, eine neue zweite Lage Wärmedämmung mit einer Stärke von ca. 2 cm aufzubringen und die gesamte Dachhaut zu erneuern.

67

c) Hierauf erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 22.03.2018 (Anlage K 13), dass es bei dem Nacherfüllungsverlangen gemäß Schreiben vom 07.02.2018 verbleibe.

68

aa) Ausschnittsweise heißt es auf Seite 2 des Schreibens vom 22.03.2018: „(...) teilen wir mit, dass Ihre Annahme, nach der eine zweilagige Verlegung letztendlich nicht geschuldet wäre, nicht akzeptiert wird. (...) Bei der von Ihrer Mandantin gewählten Ausführung handelt es sich weder um eine Optimierung, noch um eine solche im Rahmen der ENEV. Die ausgeführte Leistung bleibt in ihrer Qualität in jeder Hinsicht hinter dem Geschuldeten zurück. (...) Unsere Mandantin bleibt bei ihrer Beurteilung, dass ein lediglich lokales Öffnen der Dachhaut, unter Ausbessern von Fehlstellen, zur Beseitigung der Mängel und zum Herstellen des vertraglichen Leistungssolls ungeeignet ist. Hinzu tritt, dass bei diesem Sanierungsversuch die Dämmung noch umfangreicher durchgetreten wird und die Dachhaut an vielen Stellen geöffnet und wieder verschlossen werden muss. Hierdurch wird das gesamte Gewerk weiter geschwächt und in seiner Funktion und Lebensdauer eingeschränkt. In diesem Zusammenhang wird nochmals auf das vertragsgegenständliche Raumbuch hingewiesen, in welchem in 2.2.11 unter anderem die Wärmedämmung extra druckfest sein muss.“

69

bb) Die Klägerin hat damit unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass sie einzig und ausschließlich eine Mängelbeseitigung in Form der vollständigen Neuherstellung der Wärmedämmung inklusive einer Neuherstellung der Dachhaut und einer Neuverlegung einer Wärmedämmung mit „extra druckfestem Material“ verlangt. Jedwede anderweitige Art der Mängelbeseitigung hat die Klägerin damit ausdrücklich abgelehnt und damit verweigert.

70

cc) Die Beklagte war aber berechtigt, worauf oben bereits hingewiesen wurde, die Mängelbeseitigung in Form einer partiellen Ausbesserung der schadhaften Stellen anzubieten, wie sie dies mit ihrem Schreiben vom 09.03.2018 (Anlage B 1) getan hat. Ein Komplettaustausch der Dachhaut war gerade nicht notwendig. Soweit eine druckfeste Wärmedämmung gefordert wird, vertritt die Klägerin die nicht vom Sachverständigen C. bestätigte Ansicht, dass auch das Material der vorhandenen Wärmedämmung verfehlt sei und nicht dem Raumbuch entspreche. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Der Sachverständige C. hat in seinem 6. Ergänzungsgutachten vom 01.08.2017, Seite 16 hierzu folgende Feststellungen getroffen: „Ob die Dämmplatten „Rockwool Durock“ extra druckfest im Sinne des Raumbuchs sind, entzieht sich meiner Kenntnis. Die Bezeichnung „extra druckfest“ ist kein normativer technischer Begriff. Die im Raumbuch weiters angegebene Fabrikatbezeichnung „z.B. Rockwool Duorock oder gleichwertig“ legt die Annahme nahe, dass damit die Dämmplatten dieses Fabrikats als extra druckfest angesehen werden.“

71

d) Im Hinblick auf das Schreiben der Klägerin vom 22.03.2018 (Anlage K 13) wies der Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit Schreiben vom 28.03.2018 (Anlage B 2) gegenüber der Klägerin darauf hin, dass „die aufgezeigten Maßnahmen jederzeit ausgeführt werden können und diese nochmals ausdrücklich angeboten werden“. Soweit die Klägerin geäußert habe, „die weitere Mängelbeseitigung in der

angebotenen Form nicht (zu) akzeptieren, stehe dies einer Verweigerung der Entgegennahme der weiteren Mängelbeseitigung gleich.“ Dieser Interpretation des klägerischen Verhaltens folgt auch der Senat, wie bereits oben (unter Ziffer III.3.c) bb)) dargestellt wurde und unten noch näher zu erläutern ist (s. unten unter Ziffer III. 4.a-e.).

72

e) Mit Schreiben vom 06.04.2018 (Anlage K 14) trat der vormalige Prozessvertreter der Klägerin diesem Schreiben entgegen und war der Meinung, die angebotene Mängelbeseitigung überhaupt nicht zu verweigern. Sie hielt ihren Rechtsstandpunkt wie folgt fest: „Unsere Mandantin lässt die Nacherfüllung zu. Unsere Mandantin verweigert nicht die Entgegennahme der Nacherfüllung. (...) In unserem Schreiben haben wir klarstellend dargestellt, welche Maßnahmen unsere Mandantin für erforderlich hält. Mit diesem Vorgehen tut unsere Mandantin genau das, was das Werkvertragsrecht ihr auferlegt. Sie überlässt Ihrer Mandantin die Art und Weise der Nacherfüllung, weist aber schon aus Gründen der Kooperation bereits jetzt darauf hin, dass sie der Meinung ist, dass die beabsichtigten Maßnahmen nicht ausreichen, um das Leistungssoll zu erfüllen. Sie weist hierzu ausdrücklich auf die Regelung in § 11.3 des GU-Vertrages hin. (...) Von weiterem Insinuiieren einer Verweigerung der Nacherfüllung durch unsere Mandantin bitten wir Ihre Mandantin ausdrücklich, zukünftig Abstand zu nehmen.“

73

f) Dem trat wiederum der Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit Schreiben vom 03.05.2018 (Anlage B 3) wie folgt entgegen: „Bezüglich der weiteren Maßnahmen stellen die Aussagen ihrerseits selbstverständlich eine Weigerung der Entgegennahme der Nacherfüllung dar. Wir verweisen auf Ihre Schriftstücke vom 07.02. und 22.03.2018. Sie haben ein sehr konkret formuliertes Nacherfüllungsverlangen abgegeben. Diesbezüglich haben Sie auch konkret vorgegeben, wie die Nacherfüllungsmaßnahmen auszusehen haben. Jetzt zu behaupten, dass Ihre Mandantschaft die Nacherfüllung nicht verweigern würde, ist schlicht und ergreifend ein treuwidriges Verhalten. Sie kündigen an, zwar die Nacherfüllung in der Form wie von Seiten unserer Mandantschaft angeboten entgegennehmen zu wollen, obgleich bereits zum jetzigen Zeitpunkt gesichert ist, dass Sie diese Nacherfüllung nicht akzeptieren werden. Treuwidriger kann ein Verhalten insoweit sich kaum darstellen. Unserer Mandantschaft ist es nicht zuzumuten, in dieser Konstellation die angebotene ausreichende Nacherfüllung auszuführen, da Sie mit vorgenannten Schreiben unmissverständlich zu erkennen gegeben haben, dass diese aus Ihrer Sicht nicht ausreichend sei und insoweit auch nicht als abschließend akzeptiert werde. Insoweit erübrigt sich hierzu auch eine weitere Diskussion.“

74

g) Hierauf erwiderte der vormalige Prozessvertreter der Klägerin mit Schreiben vom 09.05.2018 (Anlage K 15). Mit den vorangegangenen Schreiben der Klägerin sei unmissverständlich klargestellt worden, „dass unsere Mandantin Ihre Mandantschaft zur Nacherfüllung auffordert.“ Und weiter heißt es dort: „Gleichzeitig haben wir ausdrücklich erklärt, die Entgegennahme der Nacherfüllung nicht zu verweigern. In diesen Schreiben wird immer klargestellt, dass die Art der Nacherfüllung durch Ihre Mandantschaft bestimmt wird. Unsere Mandantschaft hat hierbei die Mängel des Werks dargestellt und auch in Einzelfällen darauf hingewiesen, welche Form der Nacherfüllung sie für richtig hält. Dies ändert nichts daran, dass Ihre Mandantschaft die Wahl zwischen allen geeigneten Maßnahmen zur Herstellung des vertraglich geschuldeten Werks hat.“

75

4. In rechtlicher Hinsicht folgt der Senat dem von der Beklagten eingenommenen Rechtsstandpunkt, dass die Klägerin trotz vordergründig gegenteiliger Behauptung letztlich die von der Beklagten angebotene Mängelbeseitigung abgelehnt hat und das Verhalten der Klägerin als in sich widersprüchlich und letztlich treuwidrig anzusehen ist.

76

a) Die Klägerin hat sowohl im vorprozessualen Schriftverkehr mit der Beklagten als auch während des Zivilverfahrens darauf bestanden, dass allein die von ihr detailliert beschriebenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen eine taugliche und vertragskonforme Mängelbeseitigung darstellen, nämlich insbesondere eine vollständige Neukonstruktion des Dachaufbaus erfolgen müsse, die Wärmedämmung zweilagig und die Befestigung der Dachhaut und der Folienabdichtung in den Dachflächen als sog. Linienbefestigung ausgeführt werden müssten, obgleich sie hierauf nach Auffassung des Senats

keinen Anspruch hat. Die von der Beklagten angebotene Art der Mängelbeseitigung hat sie ersichtlich für unzureichend und ungeeignet gehalten und unzutreffend angenommen, dass diese nicht dem vertraglichen Leistungssoll entspricht bzw. gerecht wird.

77

b) Dagegen stimmen die von der Beklagten angebotenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen auch nach Auffassung des Senats mit der objektiven Vertragslage überein und werden dieser gerecht. Sie hätten daher nicht abgelehnt werden dürfen.

78

c) Von einer Verweigerung der angebotenen Mängelbeseitigung ist vorliegend auszugehen. Die Zurückweisung einer angebotenen Mängelbeseitigungsmaßnahme als unzureichend und nicht vertragskonform kommt einer Verweigerung der Mängelbeseitigung gleich. Je dezidierter der Besteller dem Unternehmer vorgibt, wie seiner Ansicht nach die Mängelbeseitigung zu erfolgen hat, desto mehr gibt er zu erkennen, dass er nicht gewillt es, dem Unternehmer die Art und Weise der Mängelbeseitigung zu überlassen.

79

d) Daran ändert auch nichts, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber gleichzeitig floskelhaft bekräftigt, dass er diesem die Art und Weise der Mängelbeseitigung überlässt und dessen Nacherfüllung oder Mängelbeseitigung annimmt. Auch wenn die Klägerin sich in den zitierten Schriftsätzen immer sehr verklausuliert geäußert hat und vermieden hat, konkret die Begrifflichkeit „verweigern“ zu wählen, so ist den gesamten Schreiben jedoch nichts anderes zu entnehmen. Denn im Vordergrund der Erklärung steht die Zurückweisung der angebotenen Mängelbeseitigungsmaßnahme. Die Ankündigung, die angebotene Art der Mängelbeseitigung nicht akzeptieren zu wollen, stellt selbstverständlich die Verweigerung der Entgegennahme dieser Mängelbeseitigung dar. Damit beharrt der Auftraggeber auch nicht lediglich auf seinen abweichenden Rechtsstandpunkt und behält sich künftige Rechte vor, sondern lehnt die konkret vorgeschlagene Methode der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer endgültig ab. Demgegenüber erscheint der Hinweis auf die Zulassung und Annahme der angebotenen Mängelbeseitigungsmaßnahme als bloßes nicht ernstgemeintes Lippenbekenntnis, das lediglich der Wahrung eigener Rechte dient.

80

e) Der Besteller, der auf ein sehr konkretes Nacherfüllungsverlangen besteht, auf das er keinen Anspruch hat, verhält sich in sich widersprüchlich und treuwidrig, wenn er einerseits die angebotene Mängelbeseitigungsmaßnahme des Unternehmers als unzureichend zurückweist, andererseits aber behauptet, die Wahl der Nacherfüllung dem Unternehmer überlassen zu wollen und dessen Nacherfüllung anzunehmen. Eine angebotene Mängelbeseitigungsmaßnahme kann nicht gleichzeitig als unzureichend und nicht vertragskonform zurückgewiesen und als Nacherfüllung oder taugliche Mängelbeseitigungsmaßnahme akzeptiert werden. Bei widersprüchlichem Verhalten des Bestellers ist im Zweifel von einer Weigerung der Entgegennahme der angebotenen Nacherfüllung oder Mängelbeseitigung auszugehen.

81

5. Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen ergibt sich bereits aus der vertraglichen Regelung in Ziffer 11.3 des GU-Vertrages vom 15.11.2007 (Anlage K 1), dass die Beklagte mit der Mängelbeseitigung nicht in Verzug geraten konnte, da die Klägerin ihre Zustimmung zu dem von der Beklagten vorgestellten Sanierungskonzept nicht erteilt hat.

82

a) Die Regelung in Ziffer 11.3. Des GU-Vertrages lautet:

„Mängelbeseitigungsarbeiten sind unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse des AG bzw. des Folgeunternehmers – erforderlichenfalls auch außerhalb der regulären Arbeitszeiten auszuführen. Die Art der Mängelbeseitigung ist vorher mit dem AG abzustimmen.“

83

b) Die Klausel in Ziffer 11.3., auf die die Klägerin im Übrigen ausdrücklich in ihrem Schreiben vom 06.04.2018 (Anlage K 14) Bezug genommen hat, ist so zu verstehen, dass vor der Mängelbeseitigung eine einvernehmliche Klärung der Art der Mängelbeseitigung zu erfolgen hat und die vom Auftragnehmer angebotene Art der Mängelbeseitigung vor Durchführung verbindlich zwischen den Parteien zu klären ist.

84

c) Die Klausel ist wirksam. Einwände gegen die Wirksamkeit der Klausel wurden nicht vorgebracht. Auch die Klägerin geht von deren Wirksamkeit aus und beruft sich auf diese. Die darin getroffene Regelung ist Ausfluss des im Baurecht geltenden Grundsatzes der Kooperationspflicht der Parteien.

85

d) Die Klägerin war jedoch mit der vorgeschlagenen Art der Mängelbeseitigung nicht einverstanden und hat damit ihre Zustimmung verweigert. Die Beklagte konnte daher zu Recht von einer Erfüllungsverweigerung der Klägerin ausgehen.

86

6. Die Beklagte hat damit ihr Recht auf Nacherfüllung nicht verloren.

IV. Anwaltskosten:

87

Ein Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten besteht nicht, da sich die Beklagte nach den vorstehenden Ausführungen mit der Mängelbeseitigung nicht in Bezug befand.

V. Freistellungsantrag:

88

Da die Klägerin nicht berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen gemäß §§ 257, 280 Abs. 1 BGB zu verlangen, kommt auch die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Freistellung der Klägerin von damit verbundenen Ansprüchen der M. T. und B. Deutschland GmbH nicht in Betracht. Dabei handelt es sich lediglich um einen Annexanspruch zum geltend gemachten Kostenvorschussanspruch, der jedoch aus Rechtsgründen nicht besteht.

B.

Anschlussberufung der Klägerin:

89

Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin erweist sich aus den vorstehend genannten Gründen als unbegründet, da schon aus Rechtsgründen kein Kostenvorschussanspruch besteht.

III.

90

Die Kostenentscheidung findet ihre Grundlage in §§ 91, 97, 101 ZPO. Da nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien die Beklagte die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen hat, war dies zur Klarstellung in den Tenor aufzunehmen.

IV.

91

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit fußt in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

V.

92

Die Streitwertfestsetzung gründet in den §§ 62 Abs. 2 Satz 1, 47 Abs. 1 Satz 1, 40, 48 GKG, 3ff.ZPO.

VI.

93

Die Revision war nicht zuzulassen, da ein Zulassungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO nicht vorlag. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung im Bereich der Vertragsauslegung auf der Basis der höchstrichterlichen Rechtsprechung.