

Titel:

Zurückbehaltungsrecht wegen Baumängeln bei Klage auf Abschlagszahlung

Normenkette:

BGB § 275 Abs. 2, § 320, § 632a Abs. 1 S. 1, S. 2, § 641 Abs. 3

ZPO § 412 Abs. 1

Leitsätze:

1. Beantragt der Besteller einer Bauleistung zu einem Zeitpunkt Abweisung einer Klage auf Abschlagszahlung, zu dem eine Frist zur Beseitigung von Mängeln noch nicht abgelaufen ist, liegt in dem Antrag auf Klageabweisung keine konkludente Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen unterlassener Mängelbeseitigung. (Rn. 31 – 33) (redaktioneller Leitsatz)
2. Macht der Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht wegen vorhandener Mängel gem. § 632a Abs. 1 S. 2 BGB geltend, muss der Werkunternehmer darlegen und beweisen, dass der einbehaltene Betrag auch bei Berücksichtigung des Durchsetzungsinteresses des Bestellers unbillig hoch ist. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ist eine Sichtbetonwand nicht in geschuldeter Qualität hergestellt und kann das geschuldete Vertragsvoll nur durch den Abriss des kompletten Hauses und eine Neuherstellung erreicht werden, kommt wegen der Unverhältnismäßigkeit der Art der Mängelbeseitigung gem. § 275 Abs. 2 BGB als Mängelbeseitigungsmaßnahme nur eine voll- oder teilflächige kosmetische Überarbeitung der Wände in Betracht. (Rn. 55 – 57) (redaktioneller Leitsatz)
4. Bietet der Werkunternehmer eine vollflächige kosmetische Wandbearbeitung an und gerät der Besteller mit der Annahme dieser Leistung in Verzug, ist sein Leistungsverweigerungsrecht auf die einfachen Kosten der Mängelbeseitigung beschränkt. (Rn. 53 – 54) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Bauvertrag, Mängelbeseitigungskosten, Leistungsverweigerungsrecht, Abschlagszahlung, Beweislast, Sichtbetonwand, Unverhältnismäßigkeit, Höhe des Druckzuschlags, Obergutachten, schlüssige Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts

Vorinstanz:

LG München II, Urteil vom 08.08.2024 – 3 O 2533/20

Tenor

- . Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 08.08.2024, Aktenzeichen 3 O 2533/20 Bau, wird zurückgewiesen.
- . Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Streithelferin trägt ihre Kosten im Berufungsverfahren selbst.
- . Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München II ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.
- . Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 110.00,- € festgesetzt.

Gründe

Tatsächliche Feststellungen

1

Die Parteien streiten um die dritte Abschlagsrechnung der Klägerin vom 13.09.2018 (Anlage K 3), über deren Höhe sie sich in einem Teilvergleich vom 21.03./08.04.2020 (Anlage K 4) geeinigt hatten, um Mängel

der bisherigen, noch nicht abgenommenen Werkleistung und um den Umfang des Leistungsverweigerungsrechts der Beklagten wegen der behaupteten Mängel.

2

Mit Bauvertrag vom 26.01.2018 (Anlage K 2) beauftragte der Beklagte die Klägerin mit Baumeisterarbeiten beim Neubau eines Zweifamilienhauses in Vierkirchen, H. straße 17. Dem Bauvertrag liegt die Leistungsbeschreibung vom 18.09.2017 (Anlage B 1) und das Angebot der Klägerin vom 09.10.2017 (Anlage K 1) zugrunde. Insbesondere sollten die Außenwände in Stahlbetonfertigteiltbauweise erstellt werden. Für die Innenansicht der Außenwände war „Sichtbeton ähnlich SB3“ vereinbart. Die Innenwände sollten als Elementwände erstellt werden. Für deren Ansicht war beidseitiger „Sichtbeton ähnlich SB3“ vereinbart.

3

Die Klägerin führte in der Zeit von März bis September 2018 Leistungen aus. Die ihr beauftragten Leistungen hat sie noch nicht vollständig fertiggestellt.

4

Mit dritter Abschlagsrechnung vom 13.09.2018 (Anlage K 3) stellte die Klägerin nach Abzug eines Sicherheitseinbehalts von 5% sowie bisher geleisteter Abschlagszahlungen von 240.876,24 € brutto einen zu zahlenden Betrag von 105.084,92 € brutto in Rechnung. Die Beklagte leistete hierauf keine Zahlung. Mit Schreiben vom 23.01.2019 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 31.01.2019 zur Zahlung der dritten Abschlagsrechnung auf.

5

Am 21.03./08.04.2020 (Anlage K 4) schlossen die Parteien – jeweils anwaltlich beraten – hinsichtlich der Höhe der dritten Abschlagsrechnung einen Teilvergleich. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der offene Restwerklohn aus der dritten Abschlagsrechnung 102.430,74 € beträgt. Der Beklagte behielt sich bezüglich der Fälligkeit und Durchsetzbarkeit alle gesetzlichen und vertraglichen Einreden und Einwendungen inklusive der Aufrechnung vor, insbesondere wegen Mängeln.

6

Die Parteien streiten insbesondere darüber, auf welche Weise die geschuldete Qualität „Sichtbeton ähnlich SB3“ zu erreichen ist und wie hoch die diesbezüglichen Mängelbeseitigungskosten sind. Es bestehen derzeit an den Wänden, die der Beklagte noch nicht hat durch Drittfirmen nachbearbeiten lassen (nachbearbeitet sind alle vier Außenwände und die Wände im Schlafzimmer im Obergeschoss), optische Abweichungen von dem vertraglich geschuldeten Leistungssoll. Bezüglich der Innenwände ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die optische Qualität „Sichtbeton ähnlich SB3“ derzeit noch nicht erreicht ist. Auch streiten die Parteien um die Art und Weise der Spachtelung der Wandfugen sowie die Höhe der diesbezüglichen Mangelbeseitigungskosten. Die weitere Höhe der Mangelbeseitigungskosten für die Spachtelung der Deckenfugen und für die Abplatzungen an den Laibungen der Fenstertüren ist ebenfalls strittig.

7

Der Beklagte ist der Auffassung, dass er in Höhe der vollen Summe der dritten Abschlagsrechnung von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach §§ 320, 641 Abs. 3, 632 a Abs. 1 S. 2 BGB Gebrauch machen dürfe.

8

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den sehr ausführlichen Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Landgerichts München II vom 08.08.2024, Az. 3 O 2533/20 Bau Bezug genommen.

9

Das Erstgericht hat Sachverständigenbeweis erhoben. Der gerichtliche bestellte Sachverständige Dr. R*** hat Gutachten vom 11.02.2022 (Band II, Bl. 174/261 d. LG-Akte), vom 16.08.2022 (1. Ergänzungsgutachten, Band II, Bl. 353/362 d. LG-Akte), vom 17.10.2022 (2. Ergänzungsgutachten, Band II, Bl. 410/414 d. LG-Akte) und vom 18.01.2024 (3. Ergänzungsgutachten, Band III, Bl. 506/551 d. LG-Akte) erstellt und wurde vom Erstgericht zweimal in den mündlichen Verhandlungen vom 13.10.2022 (Band II, Bl. 391 ff d. LG-Akte) und vom 30.04.2024 (Band III, Bl. 622 d. LG-Akte) persönlich angehört.

10

Das Landgericht München I hat der Klage in Höhe von 56.211,- € unbeschränkt, in Höhe von 41.032,00 € nur Zug-um-Zug gegen Beseitigung der näher bezeichneten Mängel stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Erstgericht war der Rechtsauffassung, dass die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Abschlagszahlung aus der 3. Abschlagsrechnung vom 13.09.2018 (Anlage K 3) in Verbindung mit dem Teilvergleich vom 21.03./08.04.2020 (Anlage K 4) gemäß § 632 a Abs. 1 S. 1 BGB in Höhe von 97.243,00 € brutto hat, den sie aufgrund des Leistungsverweigerungsrechts des Beklagten in Höhe von 41.032,00 € nur Zug-um-Zug gegen Mangelbeseitigung verlangen kann.

11

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufungsbegründung (nachfolgend abgekürzt: BB) vom 13.11.2024 (Bl. 16/65 d.A.), auf die Bezug genommen wird. Ausweislich des Berufungsantrags im Schriftsatz vom 22.08.2024 verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung infolge eines Leistungsverweigerungsrechts in Höhe der gesamten Klageforderung in der Berufungsinstanz weiter. Hierzu widersprüchlich formuliert er als Ziel der Berufung in der BB (S. 49, letzter Satz, Bl. 64 d. OLG e-Akte) die Aufhebung des Ersturteils und Zurückverweisung an eine andere Kammer des Landgerichts München II. Er rügt Verstöße gegen prozessuales und materielles Recht sowie sachfremde Erwägungen im Urteil sowie persönliche Vorwürfe gegen den Beklagten:

A.

Verstöße gegen prozessuales Recht

12

1. Beweisantrag des Beklagten vom 22.4.2024 nicht zugelassen (BB S. 3 ff) 2. Beweisantrag des Beklagten vom 4.7.2022 vom Sachverständigen Dr. R*** nicht beantwortet bzw. die Mängel nachweislich nicht untersucht (BB, S. 8 ff)

13

3. Beweisantrag des Beklagten vom 6.5.2022, noch nicht festgestellte Wasserablaufspuren (BB S. 12 ff)

14

4. Schätzung von Teilen der Mangelbeseitigungskosten durch die Einzelrichterin unzulässig, hilfsweise fehlerhafte Anknüpfungstatsachen (BB S.15 ff)

15

5. fehlende Feststellungen zum verbleibenden Minderwert nach erfolgter Mangelbeseitigung, Sachverständige Dr. R*** nicht bestellt für die Bewertung von Gebäuden (BB S. 21 ff)

16

6. unterlassene Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens/Obergutachtens hinsichtlich der zu schätzenden Mangelbeseitigungskosten (BB S. 22 ff)

17

7. bewusste Änderung von unstreitigem Sachvortrag im Urteil (BB S. 33 ff)

B. materiellrechtliche Fehler

18

1. Zurückbehaltungsrecht des Klägers nur in einfacher und nicht in doppelter Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten (BB, S.34 ff)

19

2. Vereinbarter Sicherheitseinbehalt von 10% der Auftragssumme zulässig (BB S.45 ff)

C.

Sachfremde Erwägungen im Urteil und persönliche Vorwürfe gegen den Beklagten

20

1. Vorwurf an den Beklagten, er wünsche sich eine Qualität Sb4 (BB S. 46 ff) 2. Vorhalt des Beklagten, dass die Art der Mangelbeseitigung, also die vollflächige Überarbeitung aller betroffenen Sichtbetonwände zwischen den Parteien unstreitig sei, wird vom Erstgericht ignoriert (BB S. 48 ff).

21

Der Beklagte beantragt in der Berufungsinstanz (Bl. 2 d. OLG e-Akte):

Das Urteil des Landgerichts München II vom 08.08.2024 (Aktenzeichen 3 O 2544/20 Bau) wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

22

Die Klägerin beantragt (konkludent)

Zurückweisung der Berufung.

23

Der Senat hat mit Beschluss vom 22.01.2025 (Bl. 68/91 d. OLG e-Akte) darauf hingewiesen, dass und warum er beabsichtigt, die Berufung des Beklagten gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen. Hierzu hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 25.02.2025 (Bl. 95/118 d. OLG e-Akte) Stellung genommen.

24

Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren Bezug genommen.

Begründung

25

I. Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 08.08.2024, Aktenzeichen 3 O 2533/20 Bau, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

26

Der Senat hält das Urteil des Landgerichts für offensichtlich zutreffend. Zur Begründung wird auf die zutreffenden und wohl begründeten Ausführungen des Erstgerichts und den vorausgegangenen Hinweis des Senats vom 22.01.2025 Bezug genommen. Auch die in der Gegenerklärung vom 25.02.2025 (ohne Seitennummerierung) enthaltenen Ausführungen rechtfertigen keine andere Beurteilung.

27

Die Klage ist weder (insbesondere vor dem Hintergrund des Teilvergleichs vom 21.03./08.04.2020 und des geltend gemachten Leistungsverweigerungsrechts wegen Mängeln) abzuweisen noch kommt eine Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO an das Erstgericht in Betracht.

28

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Abschlagszahlung aus der 3. Abschlagsrechnung vom 13.09.2018 (Anlage K 3) in Verbindung mit dem Teilvergleich vom 21.03./08.04.2020 (Anlage K 4) gemäß § 632 a Abs. 1 S. 1 BGB in Höhe von 97.243,00 € brutto, den sie aufgrund des Leistungsverweigerungsrechts des Beklagten gemäß §§ 320, 641 Abs. 3, 632 a Abs. 1 S. 4 BGB in Höhe von 41.032,00 € nur Zug-um-Zug gegen Mangelbeseitigung verlangen kann.

29

Auf die im Hinweis vom 22.01.2025 aufgeführten allgemeinen Rechtsgrundsätze zu Abschlagszahlungen gemäß § 632 a Abs. 1 S. 1 BGB wird Bezug genommen.

A.

Verstöße gegen prozessuales Recht

1. Beweisantrag vom 22.04.2024 (neue Mängel; Bl. 614 d. LG-Akte; BB S. 3, Bl. 18 ff d. OLG e-Akte)

30

Zutreffend hat das Erstgericht ausgeführt (LGU S. 34, Ziffer 3.2, 3.3), dass über die mit Schriftsatz vom 22.04.2024 (Band III, Bl. 614 d. LG Akte) erstmals neu vorgetragenen Mängel (Kanalarbeiten,

Revisionsschacht; Verankerungsstellen an den Wänden; Stoßfugen der Außenwände im Erdgeschoss) nicht Beweis zu erheben ist.

31

1.1. Die Beklagte konnte jedenfalls für diese Mängel (noch) kein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen. Das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners aus § 320 BGB ist eine echte Einrede, die vom Schuldner erhoben werden muss, um eine Zug-um-Zug Verurteilung zu erreichen.

32

Richtig ist – wie der Beklagte in der Gegenerklärung ausführt –, dass die Erhebung der Einrede nicht ausdrücklich geschehen muss (BGH, Urteil vom 07.10.1998, VIII ZR 100/97). Insbesondere bedarf es keines formellen Antrags des Beklagten, nur zur Zahlung Zug um Zug verurteilt zu werden. Vielmehr reicht es aus, wenn der Beklagte einen uneingeschränkten Abweisungsantrag stellt, sofern der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist. Das ist etwa der Fall, wenn der Beklagte den Klageabweisungsantrag damit begründet, der Kläger könne oder wolle die ihm obliegende Gegenleistung nicht erbringen (BGH, aaO, juris Rn 12 m.w.N.; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 84. Auflage 2025, § 322 Rdnr. 2; zu § 274 BGB vgl. weiter BGH, Urteil vom 04.03.1977 – I ZR 83/75, unter II 4).

33

Der Klageabweisungsantrag, der in der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2024 gestellt wurde (Band III, Bl 636 d. LG-Akte), konnte jedoch die drei weiteren Mängel noch nicht konkludent erfassen, da der Beklagte der Klägerin eine Frist zur Beseitigung der Mängel bis spätestens 30.06.2024 gesetzt hat. Diese Frist war im Zeitpunkt der Stellung des Antrags am 30.04.2024 noch nicht abgelaufen. Im Klageabweisungsantrag kann damit mangels Fristablaufs in Bezug auf diese drei weiteren Mängel (jedenfalls noch) nicht konkludent zum Ausdruck kommen, dass die Klägerin die ihr obliegende Pflicht zur Mangelbeseitigung nicht erbringen könne oder wolle. Dies steht erst nach Fristablauf fest.

34

1.2. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Erstgericht den Vortrag zu Recht als verspätet i.S.d. §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hat (LGU S. 16/17, Ziffer B I 5; LGU S. 34, Ziffer 3.2, 3.3). Denn das Erstgericht hat richtig festgestellt, dass der entscheidungsreife Rechtsstreit verzögert werden würde, wenn die bis 30.06.2024 gesetzte Frist noch abzuwarten gewesen wäre und ggf. nach erfolglosem Fristablauf eine neue Begutachtung erforderlich werden würde. Auch ist das Erstgericht zu Recht von einer groben Fahrlässigkeit des Beklagten ausgegangen. Der Beklagte hat selbst im Schriftsatz vom 22.04.2024 (Band III, Bl. 614 d. LG-Akte) ausgeführt, dass er von den neuen Mängeln erst vor einigen Wochen zu einem Zeitpunkt, als die Gerichtsakte beim Sachverständigen war, erfahren habe. Die Gerichtsakte war zuletzt vom 24.07.2023 (Band III Bl. 503 d. LG-Akte) bis zum 22.01.2024 (Band III, Bl. 505 d. LG-Akte) beim Sachverständigen. Nach dem eigenen Vortrag waren die neuen Mängel dem Beklagten damit spätestens seit dem 22.01.2024 bekannt. Dennoch ließ sich der Beklagte drei Monate Zeit, um die Mängel dann am 22.04.2024, 8 Tage vor der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2024 erstmals vorzutragen, so dass das Erstgericht zu Recht von grober Nachlässigkeit i.S.d. § 296 Abs. 2 ZPO ausgegangen ist. Hätte der Beklagte die Mängel zu dem Zeitpunkt mitgeteilt, als die Akte noch beim Sachverständigen war, hätten diese wohl noch mitbegutachtet werden können. Dies blendet der Beklagte in seinem Vortrag im Schriftsatz vom 22.04.2024, S. 7 (Bl. 615 d. LG-Akte), dass es dem Beklagten nicht darum gehe, den Rechtsstreit zu verzögern, entgegen der Fakten einfach aus. Vielmehr wurde eine Fristsetzung bis zwei Monate nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erst durch den späten Mangelvortrag möglich.

2. Beweisantrag vom 04.07.2022 (Breite der Wandfugen)

35

Zu Recht hat das Erstgericht keine weitere Beweisaufnahme zu dem im Schriftsatz vom 04.07.2022 (S. 2 Pos. 2, Band II, Bl. 323 d. LG-Akte) aufgeführten Mangel (gespachtelte Stoßfuge der Wände zu breit) angeordnet. Denn die Breite der Spachtelung ist aus technischer Sicht nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen (Ergänzungsgutachten vom 18.01.2024, S. 62, Band III Bl. 536 RS), denen das Erstgericht zu Recht gefolgt ist, seien durch zulässige und nicht zu vermeidende Winkelabweichungen bei Halbfertigteilkonstruktionen die Fugenflanken von zwei angrenzenden Halbfertigteilen niemals exakt parallel, so dass es bei glatter Verspachtelung der Fugen automatisch zu

unterschiedlichen Breiten der Verspachtelung komme. Ein Ausführungsfehler liege nicht vor. Richtig ist, dass diese – vom Sachverständigen benannte – Ursache der unvermeidbaren Winkelabweichungen bei Halbfertigteilkonstruktionen nicht weiter bei jeder einzelnen Fugenbreite durch das jeweilige Öffnen aller Fugen untersucht wurde. Dies war aber auch nicht erforderlich. Darauf hatte der Senat bereits unter Bezugnahme auf die ausführliche Begründung des Erstgerichts (LGU S. 29, 30) hingewiesen. Denn der Sachverständige hat die Ursache für die Fugenbreite, die bei Halbfertigteilkonstruktionen unvermeidbar sei und niemals zu exakter Parallelität führe, benannt. Demzufolge handelt es sich nicht um eine – wie der Beklagte meint – bloße vermutete Ursache für die Breite der Fugenspachtelung, sondern um eine allgemein gültige technische Begründung. Die Gegenbehauptung des Beklagten, dass es keinen technischen Grund gegeben habe, so breit zu spachteln, dass es sich schlicht um eine unsachgemäße bzw. mangelhafte Ausführung der viel zu breiten Fugen handle und er ein Recht darauf habe, zu erfahren, dass die Fertigbeton-Wände tatsächlich „so schief aufgestellt worden seien, dass die Fugen nicht anders als sehr breit hätten ausgeführt werden können“ ist eine bloße Behauptung ins Blaue hinein, die sich ohne konkrete Anhaltspunkte hierfür gegen die sachverständigen Ausführungen richten.

36

Auch das Privatsachverständigengutachten des Dipl.-Ing. S*** vom 26.04.2022 (Anlage B 17/B39), das lediglich auf S. 5 ausführt, dass die Fugen zwischen den Fertigteilen zu breit seien, gibt keinen Anlass dazu, sämtliche Fugen daraufhin zu öffnen und zu prüfen, ob die Angabe des technischen Grundes hierfür (Ausmaß des Versatzes bzw. der Winkelabweichungen) konkret bei jeder Fuge zutrifft oder nicht und die unter der Spachtelung vorhandenen Fugen auch tatsächlich der Breite der Verspachtelung entspricht oder die Verspachtelung im Einzelfall breiter als nötig erfolgt ist. Da Fertigteile nicht gleich lang und gleich breit sind und Versätze bzw. Winkelabweichungen bei einer Halbfertigteilkonstruktion generell unvermeidbar sind, kann dies aus technischen Gründen zu unterschiedlich breiten Fugen führen, so dass Fugen, die schmal gespachtelt sind, keinen Anlass geben anzunehmen, dass auch breitere Fugen hätten schmaler gespachtelt werden können.

3. Beweisantrag vom 06.05.2022 (Wasserablaufspuren)

37

Das Erstgericht musste dem Hinweis des Beklagten im Schriftsatz vom 06.05.2022 (Band II, Bl. 286 d. LG-Akte) nicht nachgehen und zur Bestimmung bzw. Schätzung der Mängelbeseitigungskosten eine weitere Aufschlüsselung der nicht der SB 3 Qualität entsprechenden Wände in etwaige zusätzliche Wasserablaufspuren nicht vornehmen. Auf die ausführlichen Ausführungen des Senats im Hinweisbeschluss vom 22.01.2025 wird Bezug genommen. Da der gerichtlich bestellte Sachverständige bei beinahe allen seitens des Beklagten monierten Wänden einen mangelhaften Gesamteindruck „Nicht SB3“ festgestellt hat und die Wände ohnehin großflächig kosmetisch nachzubehandeln sind, um insgesamt als Gesamtbild eine Qualität entsprechend „SB3“ zu erhalten, kommt es auf diverse Ablaufspuren, die der Sachverständige nicht explizit aufgeführt hat, für die Schätzung der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung nicht an.

38

Der Beklagte wiederholt hier seine bisherige Argumentation, mit der sich der Senat in seinem Hinweisbeschluss ausführlich beschäftigt hat. Zwar ist richtig, dass der Sachverständige Dr. R*** die Kosten für die Beseitigung sämtlicher Wasserablaufspuren bei seiner Kostenschätzung nicht berücksichtigt hat. Dies hat das Erstgericht jedoch zu Recht korrigiert und zusätzliche Mängelbeseitigungskosten geschätzt und angesetzt. Der Beklagte hat keinen Anspruch auf eine (weitere, noch detailliertere) Feststellung durch den Sachverständigen. Der Senat nimmt insoweit auf seine ausführliche Darstellung im Hinweisbeschluss vom 22.01.2025 (Ziffer 3 und 4, S. 9, 10) zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug.

39

4. Schätzung von Teilen der Mängelbeseitigungskosten für die Sichtbetonwandflächen, insbesondere im Hinblick auf die Wasserablaufspuren Das Erstgericht hat die Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von insgesamt 41.032,- € als bewiesen angesehen (LGU, Ziffer II 2, S. 33, 34), wobei es der Kostenschätzung für die Mängelbeseitigung an den Sichtbetonwänden – sachverständig beraten – eine partielle (und nicht vollflächige) Bearbeitung der Wandflächen mit Kosten in Höhe von 18.000,- € zugrunde gelegt hat (LGU, Ziffer II 1.1.2.1 bis 1.1.2.8). Hierbei hat das Erstgericht auch

die Kosten für die Beseitigung der Wasserablaufspuren, die der Sachverständige in seiner Kostenschätzung nicht berücksichtigt hat, im Rahmen einer eigenen Schätzung berücksichtigt.

40

Der Beklagte hat mit seiner BB unter Ziffer 4 die Schätzung der Erstrichterin v.a. in Bezug auf die Schätzung der Kosten für die Beseitigung der Wasserablaufspuren an den Wandflächen gerügt (BB S. 15 bis 21, Bl. 15 bis 36 d. OLG e-Akte). Der Einzelrichterin fehle hierfür die erforderliche Sachkunde, um diese weiteren Mängelbeseitigungskosten zu schätzen.

41

Der Senat hat bereits im Hinweisbeschluss darauf hingewiesen, dass und warum die seitens des Erstgerichts vorgenommene Kostenschätzung, v.a. in Bezug auf die gerügte Kostenschätzung zur Beseitigung der Wasserablaufspuren nicht rechtsfehlerhaft ist.

42

Die in der Gegenerklärung – größtenteils wiederholt – geäußerten Bedenken (Bl. 99, 100 d. OLG e-Akte) führen zu keinem anderen Ergebnis. Auch nach nochmaliger Prüfung der Sach- und Rechtslage ist folgendes festzuhalten:

Das Erstgericht geht von einer Abschlagsforderung in Höhe von 97.243,00 € aus. Der Beklagte ist der Auffassung, dass er in eben dieser Höhe von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach §§ 320, 641 Abs. 3, 632 a Abs. 1 S. 2 BGB Gebrauch machen dürfe, so dass er den vollen Betrag zurückhalten dürfe. Der Beklagte muss zur Höhe der Mängelbeseitigungskosten, das sein Leistungsverweigerungsrecht der Höhe nach begründet, nicht vortragen. Bei Streit über die Höhe der Mängelbeseitigungskosten ist nicht der Besteller, sondern der Unternehmer hierfür darlegungs- und beweispflichtig (vgl. § 632 a Abs. 1 S. 3 BGB; Kniffka/Koeble Jurgelcit/Sacher/Kniffka, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, 4. Teil, Rn 615). Wie bereits im Hinweisbeschluss vom 22.01.2025 ausgeführt (S. 5) ist es Sache des Unternehmers darzutun, dass der einbehaltene Betrag auch bei Berücksichtigung des Durchsetzungsinteresses des Bestellers unbillig hoch ist (BGH, Urteil vom 06.12.2007 – VII ZR 125/06, juris, Rn 18; BGH, Urteil vom 04.07.1996 – VII ZR 125/95).

Dass das Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten nicht in vollem Umfang der Abschlagszahlung der Klägerin, sondern insgesamt nur in Höhe der Mängelbeseitigungskosten von 41.032,- €, wovon 18.000,- € auf die partielle Überarbeitung der Wandflächen entfallen, besteht, hat die Klägerin zur Überzeugung des Erstgerichts bewiesen. Diese Überzeugung wurde durch die seitens des Beklagten vorgebrachten Einwände, insbesondere die vorgelegten Angebote von Drittfirmen nicht erschüttert (LGU, S. 22 ff). Das Erstgericht hat sich ausführlich mit sämtlichen Gegenangeboten, gegenläufigen Kostenschätzungen etc. auseinander gesetzt und nachvollziehbar und widerspruchsfrei dargelegt, weshalb diese nicht geeignet sind, bei ihm Zweifel an der Belastbarkeit der Kostenschätzung des Gerichtssachverständigen für die partielle Überarbeitung der Wandflächen hervorzurufen (LGU, S. 22 bis 25).

Soweit der Beklagte nunmehr in der Gegenerklärung vorträgt, dass sich die vom Beklagten eingeholten Angebote sämtlich auf eine teilflächige und nicht auf eine vollflächige Überarbeitung bezögen, ist dieser Vortrag in der Berufungsinstanz neu und verspätet nach Ablauf der Berufungsfrist, §§ 530, 296 Abs. 1 ZPO. Die auf einen Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO eingeräumte Frist zur Stellungnahme ermöglicht nicht etwa eine Art „zweite Berufungsbegründung“, denn die Berufungsbegründungsfrist gemäß § 520 Abs. 2 S. 1 ZPO ist abgelaufen. Dies entspräche auch nicht Sinn und Zweck des § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO, der eine Äußerung zu den leitenden Erwägungen des Berufungsgerichts ermöglichen soll. Die Zulassungsvoraussetzungen nach § 296 Abs. 1 und 4 ZPO wurden weder dargelegt noch glaubhaft gemacht sind (Thomas/Putzo/ Seiler, ZPO, 45. Auflage 2024, § 530 ZPO, Rn. 4; Münchener Kommentar zur ZPO/ Rimmelpacher, 6. Auflage 2020, § 522 ZPO, Rn. 30).

Aber auch bei Zulassung dieses Vortrags ergäbe sich kein anderes Ergebnis. Zum einen bezieht sich das Angebot vom 04.04.2022 der Anlage B 22 laut Betreffzeile auf die vollflächige Retusche. Zum anderen hat der Gerichtssachverständige bereits in der mündlichen Anhörung vom 13.10.2022 (S. 3, 4, Bl. 393, 394 d. LG-Akte) geäußert, dass es sich bei den von dem Beklagten vorgelegten Angeboten – ausgehend von den dort angegebenen Quadratmeterzahlen – jeweils um eine vollflächige Überarbeitung handeln müsse, die die Drittfirmen angeboten haben.

43

Hinzu kommt, dass gerade im Fall einer Abschlagszahlung, die den Unternehmer von seinem hohen Vorfinanzierungsrisiko entlasten und den Vergütungsanspruch vorläufig sichern soll, das Sicherungsinteresse des Auftragnehmers an seiner Werklohnforderung und das Interesse des Auftraggebers an einer gerechten und fairen Kostenermittlung bei der Frage der Höhe des Leistungsverweigerungsrechts aufeinander treffen. Unter Abwägung beider Interessen ist zu beachten, dass eine Sicherheitsleistung wie die Abschlagszahlung grundsätzlich zügig zugesprochen werden sollte, wenn nicht der gesetzliche Anspruch entwertet werden soll (BGH, IBR 2014, 344), so dass eine vom Auftragnehmer schlüssig dargelegte Höhe der Mangelbeseitigungskosten genügt, die er im Bestreitensfall durch ein Sachverständigengutachten nachzuweisen hat. Das Interesse des Beklagten an einer gerechten und fairen Kostenermittlung kann aber nicht dazu führen, dass bei einem nur vorläufigen Vergütungsanspruch einer Abschlagszahlung die Ermittlung der Mangelbeseitigungskosten für das Leistungsverweigerungsrecht de facto durch einen vierjährigen Rechtsstreit das Sicherungsinteresse des Werkunternehmers aushöhlt.

5. Fehlende Feststellung zum Minderwert

44

Der hierzu erfolgte Hinweis des Senats wurde akzeptiert.

6. Unterlassene Einholung eines Obergutachtens

45

Das Erstgericht hat es nicht rechtsfehlerhaft unterlassen, ein zusätzliches Gutachten eines weiteren Sachverständigen zur strittigen Höhe der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 412 Abs. 1 ZPO zu erholen.

46

Auf die unter Ziffer 4 dargestellten rechtlichen Grundsätze beim Streit über die Höhe der Mängelbeseitigungskosten bei einer Klage auf Abschlagszahlung wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

47

Auch unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Gegenerklärung (Bl. 101 ff d. OLG eAkte) musste das Erstgericht zur Frage der Schätzung der voraussichtlichen Kosten für die Mangelbeseitigung keinen anderen Sachverständigen beauftragen.

48

Das Erstgericht hat dabei entgegen den Ausführungen in der Gegenerklärung nicht gegen die Grundsätze des BGH zum Obergutachten verstoßen. Der BGH führt in seinem Urteil vom 18.05.2009 – IV ZR 57/08 aus:

„Legt eine Partei ein medizinisches Gutachten vor, das im Gegensatz zu den Erkenntnissen des gerichtlich bestellten Sachverständigen steht, so ist vom Tatrichter besondere Sorgfalt gefordert. Er darf in diesem Fall – wie auch im Fall sich widersprechender Gutachten zweier gerichtlich bestellter Sachverständiger – den Streit der Sachverständigen nicht dadurch entscheiden, dass er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt (Senatsurteile vom 24. September 2008 – IV ZR 250/06 – VersR 2008, 1676 Tz. 11; vom 22. September 2004 -IV ZR 200/03 – VersR 2005, 676 unter II 2 b aa; vom 13. Oktober 1993 – IV ZR 220/92 – VersR 1994, 162 unter 2 a; BGH, Urteile vom 23. März 2004 – VI ZR 428/02 – VersR 2004, 790 unter II 1 a; vom 28. April 1998 – VI ZR 403/96 – VersR 1998, 853 unter II 3, jeweils m.w.N.). Einwände, die sich aus einem Privatgutachten gegen das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen ergeben, muss das Gericht ernst nehmen. Es muss ihnen nachgehen und den Sachverhalt weiter aufklären. Dazu kann es den Sachverständigen zu einer schriftlichen Ergänzung seines Gutachtens veranlassen. Insbesondere bietet sich die mündliche Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen gemäß § 411 Abs. 3 ZPO an. Ein Antrag der beweispflichtigen Partei ist dazu nicht erforderlich (Senatsurteile vom 15. Juli 1998 – IV ZR 206/97 – NJW-RR 1998, 1527 unter 2 a; vom 13. Oktober 1993 aaO, BGH, Urteil vom 10. Dezember 1991 – VI ZR 234/90 – VersR 1992, 722 unter II 2, jeweils m.w.N.). Zweckmäßigerweise hat das Gericht den Sachverständigen unter Gegenüberstellung mit dem Privatgutachter anzuhören, um dann entscheiden zu können, wieweit es den Ausführungen des Sachverständigen folgen will (BGH, Urteil vom 14. April 1981 – VI ZR 264/79 – VersR 1981, 576 unter II 1 b). Wenn der gerichtlich bestellte Sachverständige weder durch schriftliche Ergänzung seines Gutachtens noch im Rahmen seiner Anhörung die sich aus dem Privatgutachten ergebenden Einwendungen

auszuräumen vermag, muss der Tatrichter im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sachaufklärung gemäß § 412 ZPO ein weiteres Gutachten einholen (BGH, Urteile vom 23. März 2004 aaO; vom 10. Dezember 1991 aaO; jeweils m.w.N.).“

49

Vor diesem Hintergrund ist im vorliegenden Streitfall zu berücksichtigen, dass es um divergierende Kostenschätzungen für voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten für die Bewertung der Höhe eines Leistungsverweigerungsrechts geht. Dabei ist einer Kostenschätzung immanent, dass es bis zu einem gewissen Grad zu Abweichungen kommen kann, die noch nicht zu einer Ungenauigkeit einer Kostenschätzung führen. Das Erstgericht hat sich in ausreichender Weise mit wohl begründeten Ausführungen mit den seitens der Beklagten dargelegten Argumenten, die für die Höhe des seitens des Beklagten geltend gemachten Leistungsverweigerungsrechts sprechen, auseinandergesetzt. Im Einzelnen:

6.1. Kosten für partielle Überarbeitung der Sichtbetonflächen Richtig ist, dass der Gerichtssachverständige – wie alle anderen in diesem Verfahren involvierten Sachverständige – aus technischer Sicht eine vollflächige Überarbeitung empfiehlt, aber auch als weitere Alternative eine teilflächige Überarbeitung für möglich hält. Dies ist nicht widersprüchlich.

Da der Beklagte jedoch die von der Klägerin angebotene vollflächige Überarbeitung abgelehnt hat, weil er nach dieser Art der Mängelbeseitigung nicht mehr die bestellten unbehandelten Sichtbetonwände habe, und er auch im Verfahren mehrfach klargestellt hat, dass er keine vollflächige Überarbeitung wünsche bzw. hiermit nicht einverstanden sei, hat das Erstgericht für die Mängelbeseitigungskosten die Mängelbeseitigungsvariante der partiellen Überarbeitung zu Recht zugrunde gelegt. Weshalb der Beklagte nunmehr im Rahmen der BB rügt, dass ein Obergutachten zu der Frage erholt werden soll, dass ausschließlich eine vollflächige Überarbeitung in Betracht komme, obwohl er diese mehrfach abgelehnt hat, erschließt sich dem Senat nicht.

Hinzu kommt, dass sich das Erstgericht ausführlich mit den – seitens des Beklagten mit Schriftsatz vom 06.05.2022, S. 17/22 (Band II, Bl. 295/300; Gegenerklärung Ziffer A 6 Bulletpoint 16, blau kursive Schrift, Bl. 110 ff d. OLG e-Akte) vorgelegten – Angeboten der Fa. K*** vom 04.04.2022, nämlich dem Angebot für eine partielle Sichtbetonkosmetik (Anlage B 16; LGU S. 23) und dem Angebot für eine vollflächige Retusche von ca. 752 qm Sichtbeton (Anlage K 22; LGU S. 22) auseinandergesetzt und dargelegt hat, weshalb diese die Kostenschätzung des gerichtlichen Sachverständigen für die partielle Überarbeitung der Wandflächen nicht erschüttern. Insbesondere liege die Abweichung im Quadratmeterpreis innerhalb der zu erwartenden möglichen Abweichung bei einer voraussichtlichen Kostenschätzung (Anlage B 22). Die Anlage B 16 enthalte nur einen Pauschalpreis ohne jegliche Kalkulation. Soweit der Beklagte vorträgt, dass der Privatsachverständige S*** diese Angebote geprüft und gebilligt habe (Prüfung der Kosten von Mängelbeseitigungen vom 09.08.2023, Anlage B 38) und daher aufgrund unterschiedlicher Kostenschätzungen ein Obergutachten einzuholen wäre, vermag sich der Senat dieser Auffassung nicht anschließen. Das Erstgericht hat die Einwendungen des Beklagten ernst genommen. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass Kostenschätzungen unterschiedlich ausfallen können und den üblichen Angebotsschwankungen unterliegen.

Das Erstgericht hat nach den im Schriftsatz vom 06.05.2022 (Band II, Bl. 295/300 d. LG-Akte) erhobenen Einwendungen des Beklagten zum Gutachten des Sachverständigen vom 11.02.2022 den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 13.10.2022 angehört (Band II, Bl. 393 ff d. LG-Akte). Im Rahmen dieser Anhörung hat der Gerichtssachverständige zu seiner Kostenschätzung und zu den vorgelegten Angeboten des Beklagten Stellung genommen.

Auch hat das Erstgericht nach den im Schriftsatz vom 28.03.2024 (Band III, Bl. 570 ff d. LG-Akte) erhobenen Einwendungen des Beklagten zum Ergänzungsgutachten des Sachverständigen vom 18.01.2024 den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2024 angehört (Band III, Bl. 622 d. LG-Akte) und auch nach dessen Anhörung dessen Schätzung nicht in Frage gestellt. Die sich aus den seitens des Beklagten vorgelegten Privatgutachten Dr. S*** und Dr. H*** ergebenden Bedenken gegen die Kostenschätzung des Gerichtssachverständigen ließen sich zur Überzeugung des Erstgerichts durch die persönlichen Anhörungen des Gerichtssachverständigen ausräumen. Die unterbliebene Ladung der als Zeugen benannten Privatsachverständigen des Beklagten zur Höhe der Mängelbeseitigungskosten, die einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör darstelle (Gegendarstellung vom 25.02.2025, Ziffer A 6 letzter

Absatz, Bl. 113 d. OLG e-Akte), wurde in der BB nicht gerügt und ist als neuer Vortrag nicht mehr gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.

Eine weitere Sachaufklärung zu einer groben Kostenschätzung für die kosmetische Überarbeitung der Wandflächen durch die Einholung eines weiteren Gutachtens gemäß § 412 ZPO war demnach seitens des Erstgerichts nicht erforderlich.

6.2. Deckenfugen Gleiches gilt für die Deckenfugen. Das Erstgericht hat sich mit den Mangelbeseitigungskosten für die Deckenfugen unter Ziffer II 1.2 (LGU S. 25 unten bis S. 27) befasst und wohl begründet ausgeführt, weshalb es Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 8.050,- € nebst 529,- € (Abdekarbeiten) und 300,- € (Rollgerüst) für erwiesen erachtet.

6.3. Fugenspachtelung Wandfugen (glatt/rau)

Der Beklagte hat in erster Instanz vorgetragen, dass die Fugenspachtelung der Wandfugen zu rau und daher mangelhaft sei. Die Spachtelung müsse glatt sein.

Soweit der Beklagte in seiner Gegenerklärung unter Ziffer A 6 Bulletpoints 7 bis 9 mit farbiger Wiedergabe des Vortrags im Schriftsatz vom 28.03.2024, S. 12 ff (Band III Bl. 580 bis 585 = blau kursiv, Bl. 103 bis 109 d. OLG e-Akte) rügt, dass es sich hierbei um übergangenen Parteivortrag zum glatten Verspachteln der Wandfugen handele, der sich an keiner Stelle im Urteil wiederfinde, so ist dieser Vortrag neu in der Berufungsinstanz und schon mangels entsprechender rechtzeitiger Berufungsrüge i.S.v. § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gemäß §§ 530, 296 Abs. 1 ZPO verspätet und nicht mehr zuzulassen (s.o. unter Ziffer 4).

Aber auch bei Zulassung dieser Rüge führt diese nicht zum Erfolg der Berufung. Das Erstgericht hat sich auf S. 29 oben seines Urteils mit der Kalkulation des Beklagten der Kosten für die Mangelbeseitigung hinsichtlich der mangelhaft ausgeführten Wandfugen im Schriftsatz vom 28.03.2024 (Bl. 584/585, S. 16/17 des Schriftsatzes vom 28.03.2024) explizit auseinandergesetzt und ausführlich begründet, warum es eine Vergleichbarkeit der Kostenschätzung der Sachverständigen Dr. H*** (Anlage B 43) mit der Kostenschätzung des Gerichtssachverständigen Dr. R*** für nicht gegeben hält.

Im Übrigen ist das Erstgericht unter Ziffer 1.6.3.1 des Ersturteils (LGU S. 29) – sachverständig beraten – davon ausgegangen, dass die Wandfugen nicht – wie vom Beklagten behauptet – zu rau seien, da vorliegend von einer glatten Spachtelung im technischen Sinne auszugehen sei. Zudem sei ein Schleifen der Stoßfugen vertraglich nicht vorgesehen. Die Gegenerklärung blendet zudem aus, dass das Erstgericht den Mangel „zu raue Spachtelung der Wandfugen“ nicht als erwiesen ansah und sich im Rahmen der Beweiswürdigung des Ersturteils auf S. 29 unten explizit mit dem Vortrag im Schriftsatz vom 28.03.2024, S. 12 ff (Band III, Bl. 580 ff / blau kursiv, Bl. 103 bis 109 d. OLG e-Akte) auseinandergesetzt und wohl begründet dargelegt hat, weshalb dieser Vortrag des Beklagten die Überzeugung des Erstgerichts von der fehlenden Mangelhaftigkeit nicht erschüttert.

6.4. Laibungen der Fenstertüren

Das Erstgericht hat sich mit den Mangelbeseitigungskosten für die Laibungen der Fenstertüren unter Ziffer II 1.5 /LGU S. 28) befasst und ausführlich begründet ausgeführt, weshalb es hierfür Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 1.800,- € als erwiesen erachtet. Dabei hat es sich auch mit dem Gegenangebot des Beklagten, aufgestellt von der F. Kahraman Sichtbeton vom 04.04.2022 (Anlage B 19) auseinandergesetzt und unter Bezug auf die Stellungnahme des Gerichtssachverständigen hierzu wohl begründet dargelegt, weshalb das Gegenangebot die Kostenschätzung des Gerichtssachverständigen nicht erschüttert. Sowohl die im Gegenangebot angesetzten 180 Stunden für 21 zu bearbeitende Stellen als auch die Material- und Gerüstkosten seien zu hoch angesetzt.

7. Änderung des Sachverhalts durch das Erstgericht Das Erstgericht hat in nicht zu beanstandender Weise den Mangel des Revisionsschachts, der erstmals mit Schriftsatz vom 22.04.2024 (Bl. 614 d. LG-Akte) geltend gemacht wurde, nicht berücksichtigt.

50

Der Senat verbleibt dabei, dass der Beklagte durch den seitens des Erstgerichts vorgenommenen Abzug der Vergütung für die Erstellung des Revisionsschachts von der Abschlagsrechnung vom 13.09.2018 (Anlage K 3, Pos. 1.4.2.11 bis 1.4.2.15) in Höhe von 1.548,51 € brutto durch das Erstgericht nicht beschwert

ist. Aufgrund des Abzugs dieser Leistung von der Klageforderung muss der Beklagte diese Leistung im Rahmen der Abschlagsrechnung nicht bezahlen. Die Höhe der etwaigen Mangelbeseitigungskosten, die nunmehr in der Gegenerklärung – soweit ersichtlich – erstmals mit 3.000,- € beziffert werden (Ziffer A 7, Bl. 114 d. OLG e-Akte) und zu einer Beschwer führen sollen, waren weder im Schriftsatz vom 22.04.2024 noch in der BB angegeben, so dass davon auszugehen ist, dass es sich um neuen Sachvortrag handelt, der gemäß §§ 530, 296 Abs. 1 ZPO nicht mehr zuzulassen ist (s.o. unter Ziffer 4).

51

Selbst bei Zulassung dieses Vortrags hat die Rüge keine Aussicht auf Erfolg. Der Einwand der Mangelhaftigkeit der Erstellung des Revisionsschachts (Fuge zwischen Schachtunterteil und Schachtring sei undicht) war zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vom 30.04.2024 im Rahmen des Leistungsverweigerungsrechts des Beklagten noch nicht zu berücksichtigen. Denn der Beklagte hatte der Klägerin zur Beseitigung dieses (geringfügigen Mangels) eine Frist bis zum 30.06.2024 gesetzt, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vom 30.04.2024 noch nicht abgelaufen war. Zudem stellte der Beklagte ausdrücklich klar (Band III, Bl. 615 d. LG-Akte), dass es ihm bei diesem Mangel nicht darum gehe, den Rechtsstreit weiter zu verzögern. Das Erstgericht ging daher davon aus, dass hierdurch klargestellt wurde, dass dieser Mangel vom Leistungsverweigerungsrecht nicht umfasst war.

52

Eine Feststellungswiderklage in Bezug auf die einzelnen Mängel hat der Beklagte nicht erhoben. Ein Recht, im Verfahren über eine Abschlagsrechnung im Zuge der Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts sämtliche von dem Beklagten behauptete Mängel festgestellt zu erhalten, gibt es – entgegen der Auffassung des Beklagten – nicht.

B.

Materiellrechtliche Fehler

1. Kein doppelter Druckzuschlag hinsichtlich des einzubehaltenden Werklohns

53

Zu Recht hat das Erstgericht angenommen, dass im konkreten Streitfall der Umfang des Leistungsverweigerungsrechts auf die einfachen Kosten der Mängelbeseitigungskosten beschränkt ist, da die Klägerin den Beklagten mit ihrem Schreiben vom 14.01.2020 (Anlage K 6), in welchem sie die vollflächige kosmetische Behandlung der Sichtbetonwände angeboten hat, in Annahmeverzug versetzt hat. Auf die umfassenden Ausführungen im Hinweisbeschluss (S. 14 bis 19) wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

54

Die Frage, ob der Beklagte die vollflächige sichtbetonkosmetische Maßnahme akzeptieren muss oder nicht, ist eine reine Rechtsfrage und nicht vom Sachverständigen zu beantworten. Zwar hat der Gerichtssachverständige ausgeführt, dass eine vollflächige Überarbeitung von Sichtbetonbauteilen nur als ausreichende Mangelbeseitigung angesehen werden könne, wenn der Besteller dieser ausdrücklich zustimme (Band II, S. 70 des SVG vom 11.02.2022, Bl. 243 d. LG-Akte). Entgegen den Ausführungen des Beklagten handelt es sich hier jedoch nicht um eine technische Frage, sondern um eine Rechtsfrage. Denn durch die vollflächige kosmetische Maßnahme kann das geschuldete Vertragsoll einer Sichtbetonwand nicht erfüllt werden, weil es sich danach nicht mehr um eine Sichtbetonwand im eigentlichen Sinn handelt. Ob diese dennoch ein taugliches Mängelbeseitigungsangebot im Rechtssinn darstellt, ist daher seitens des Gerichts und nicht seitens des Sachverständigen zu beurteilen.

55

Der Senat hat in seinem Hinweisbeschluss ausführlich dargestellt, dass die einzige Art der Mangelbeseitigung, die zu einer unbehandelten Betonwand oder zu einer von vornherein in Sichtbetonqualität SB 3 hergestellten Betonwand ohne nachträgliche Überarbeitung als geschuldetes Vertragsoll führt, nur der Abriss des kompletten Hauses und die Neuherstellung von unbehandelten Sichtbetonwänden wäre. Diese Art der Mangelbeseitigung ist jedoch unverhältnismäßig, § 275 Abs. 2 BGB, da vertretbare und zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen.

56

Als denkbare Mangelbeseitigungsmaßnahmen kommen in Betracht:

- vollflächige kosmetische Überarbeitung (die dann kein Sichtbeton mehr im eigentlichen Sinn darstellen)
- teilflächige kosmetische Überarbeitung Bei beiden kosmetischen Überarbeitungsalternativen müssen die Wände jedoch behandelt werden. Eine unbehandelte Betonwand kann es nach der kosmetischen Überarbeitung (sei es teilflächig, sei es vollflächig) denklogisch nicht mehr geben. Aus diesem Grund ist es sinnvoll – und insoweit ist dem gerichtlichen Sachverständigen zu folgen – dass die Alternativen der Mangelbeseitigung zur Herstellung eines mangelfreien Werkes gerade auch vor dem Hintergrund der Optik, die bei Sichtbeton im Vordergrund steht, mit dem Besteller besprochen werden sollten. Auch darauf hat der Senat bereits hingewiesen. Das ändert jedoch nichts daran, dass die vollflächige kosmetische Überarbeitung nach den Feststellungen sämtlicher (!) Sachverständigen eine Möglichkeit der Mangelbeseitigung wäre. Dies bestätigt auch der Privatsachverständige des Beklagten (Anlage B 17, S. 7, 8). Nach allen Sachverständigen ist daher ein vollflächiger Anstrich zwingend erforderlich, während die Erfolgsaussichten eines partiellen Anstrichs demgegenüber unterschiedlich beurteilt werden. Da nach dem gerichtlichen Sachverständigen durch den vollflächigen Anstrich eine Optik entsprechend der Sichtbetonklasse SB 4 zu erreichen ist, damit sogar über die Betonklasse SB 3 hinausgeht, ist die seitens der Klägerin angebotene Mangelbeseitigungsmaßnahme durchaus geeignet, zumal das Herstellen einer unbehandelten Sichtbetonwand nur durch Abriss und Neuerstellung erreicht werden könnte.

57

Es ist damit unausweichlich, dass der Beklagte eine der beiden Alternativen zu akzeptieren haben wird, im Idealfall in Absprache mit der Klägerin, da es im Grundsatz im Herstellungsstadium Sache der Klägerin ist, wie sie ein abnahmereifes Werk erstellt. Auch darauf hat der Senat ausführlich hingewiesen. Dem Senat ist nach wie vor unklar, auf welche Art der Mangelbeseitigung der Beklagte eigentlich hinaus will. Einerseits verweigert er der Klägerin die von ihr angebotene Mangelbeseitigung durch vollflächige kosmetische Überarbeitung, da hierdurch das vertraglich geschuldete Leistungssoll von unbehandeltem Sichtbeton nicht erreicht werden könne, was er wiederholt in mehreren Schriftsätzen anführt, andererseits führt er in mehreren Schriftsätzen aus, dass die vollflächige Überarbeitung der Wände die einzige mögliche Art der Mangelbeseitigung sei, was auch sein eigener Sachverständiger festgestellt habe (z.B. Schriftsatz vom 28.03.2024, S. 8, Bl. 576 d. LG-Akte; Schriftsatz vom 23.12.2022, S. 4 oben, Bl. 441 d. LG-Akte), da eine teilflächige Überarbeitung nicht geeignet sei, die geschuldete Qualität „ähnlich Sichtbetonklasse 3“ zu erreichen.

58

Vielmehr entstünde hierdurch ein inakzeptabler Flickenteppich.

59

Dieser Vortrag des Beklagten kann letztendlich nur so verstanden werden, dass der Beklagte im Grunde genommen keine der beiden zur Verfügung stehenden Methoden akzeptieren möchte. Ein Recht darauf – wie der Beklagte meint (Gegenerklärung, S. 11, Bl. 116 d. OLG eAkte) – die bestellten unbehandelten Betonwände zu erhalten, hat er gemäß § 275 Abs. 2 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit des Abrisses des Wohnhauses und Neuerstellung der unbehandelten Betonwände nicht.

2. Vereinbarter Sicherheitseinbehalt von 10%

60

Der Beklagte verweist in seiner Gegenerklärung lediglich auf die BB. Mit den dort angeführten Argumenten hat sich der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 22.01.2024 bereits befasst (S. 19, 20), so dass keine weiteren Ausführungen veranlasst sind.

C.

Sachfremde Erwägungen in der Urteilsbegründung

1. Angebliche Wunschvorstellung des Beklagten

61

Richtig ist, wie der Beklagte nunmehr erstmals in der Gegenvorstellung vorträgt, dass das Erstgericht den Begriff „Wunschvorstellung des Beklagten“ nicht nur auf Seite 19 des Ersturteils (vorletzter Absatz) verwendet, auf welcher es sich mit der Höhe der voraussichtlichen Kosten für eine partielle Bearbeitung der Wandflächen als Mangelbeseitigungsmaßnahme beschäftigt, sondern auch auf Seite 34 des Ersturteils

(mittig), auf welcher es sich mit der Frage beschäftigt, ob die Mangelbeseitigungskosten in einfacher oder in doppelter Höhe anzusetzen sind.

62

Nachdem der Beklagte die Verwendung des Begriffs „Wunschvorstellung des Beklagten“ im Rahmen seiner Berufungsbegründung speziell in Bezug auf S. 19 des Ersturteils innerhalb der Berufungsbegründungsfrist gerügt hat (BB S. 46, 47, Bl. 61, 62 d. OLG e-Akte), hat sich der Senat im Rahmen seines Hinweisbeschlusses auch nur auf diese Stelle des Ersturteils bezogen.

63

Soweit der Beklagte nunmehr erstmals in der Gegenerklärung und insoweit neu nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist ausführt, dass das Erstgericht den Begriff „Wunschvorstellung des Beklagten“ auch auf S. 34 im Zusammenhang mit der Höhe des Zurückbehaltungsrechts sachfremd verwende, ist dieser Vortrag verspätet (s.o. Ziffer 4).

64

Aber auch bei Berücksichtigung dieses Vortrags ist die Rüge des Beklagten nicht erfolgreich. Das Erstgericht hat sich bei der Höhe des Druckzuschlags mit den Argumenten der Parteien auseinanderzusetzen. Die Klägerin als Auftragnehmerin muss darlegen und beweisen, dass der einbehaltene Betrag auch bei Berücksichtigung des Durchsetzungsinteresses des Beklagten als Auftraggebers unverhältnismäßig und deshalb unbillig hoch ist (BGH, Urteil vom 04.07.1996 – VII ZR 125/95, juris Rn 14; BGH, Urteil vom 06.12.2007 – VII ZR 125/06, juris Rn 18). Demzufolge hat das Erstgericht die dargelegten Umstände unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles zu würdigen und gegeneinander abzuwägen. In diese Würdigung hat es das Verhalten des Beklagten nach Anlegen der Musterflächen einfließen lassen. Ermessensfehler in Form von sachfremden Erwägungen liegen nicht vor. Aus der Formulierung des Erstgerichts geht nach Auffassung des Senats nicht hervor, dass das Erstgericht dem Beklagten vorhält, dass er sich die höhere Qualität SB4 wünsche, die er eigentlich nicht bestellt habe. Das Erstgericht spricht an dieser Stelle (LGU S. 34) lediglich davon, dass dem Beklagten bei einer angelegten Musterfläche der Grundton zu hell erschiene und dieser helle Grundton von seinen „Wunschvorstellungen“ abweiche. Der Farbton an sich hat jedoch nichts mit der Sichtbetonqualität zu tun. Der Senat vermag daher nicht zu erkennen, dass die Erstrichterin dem Beklagten unterstelle, er wünsche sich eine höhere Qualität als bestellt. Hiervon geht auch der Senat nicht aus. Zudem verwendet der Beklagte selbst den Begriff der Wunschvorstellung (vgl. SS vom 23.12.2022, S. 4, Bl. 441 d. LG-Akte).

2. Unstreitiger Sachverhalt nicht berücksichtigt

65

Der Beklagte akzeptiert die geäußerte Rechtsansicht des Senats.

66

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

67

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

68

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG bestimmt.