

Urteil Az. 5 U 61/01*

OLG Düsseldorf

28. Juni 2002

Tenor

- 1 Auf die Berufung der Klägerin wird das am 18. April 2001 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:
- 2 Die Klage wird abgewiesen.
- 3 Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 13.235,64 EUR (= 25.886,65 DM) nebst 4 % Zinsen seit dem 22.07.1998 zu zahlen.
- 4 Die in der ersten Instanz entstandenen Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 42 % und die Beklagte zu 58 %.
- 5 Die Kosten der Berufung tragen die Klägerin zu 80 % und die Beklagte zu 20 %.
- 6 Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

- 7 Die Klägerin erhielt von der Beklagten im Juni 1994 den Auftrag zur Lieferung und Montage der Heizungs-, Sanitär- und Lüftungsanlage eines Einfamilienhauses in Meerbusch zum Pauschal festpreis von 132.000 DM. Für die Vergütung zusätzlicher Leistungen enthielt der Vertrag eine grundsätzliche Berechnungsregelung. Die Klägerin führte die Arbeiten aus, wobei die Leistungen des Pauschalvertrages geändert wurden. Der Vertrag sah die Lieferung und Montage des Fußbodenheizsystems "Velta" mit einer Einzelraum- und Stetigregelung vor. Die Klägerin installierte stattdessen das Heizsystem "Roth" mit Heizkreisverteiltern derselben Marke. Am 19.10.1995 erteilte die Klägerin eine Endabrechnung,

*<http://openjur.de/u/92784.html> (= openJur 2011, 20889)

mit der sie den Pauschalvertrag unter Berücksichtigung von geänderten Leistungen und eine Reihe von zusätzlichen, im Pauschalvertrag nicht vorgesehenen, Leistungen abrechnete. Die restliche Forderung der Klägerin unter Berücksichtigung von Gutschriften und Abschlagszahlungen belief sich danach auf 31.371,44 DM. Die Beklagte hielt diese Abrechnung für unzutreffend. Es kam in der Folgezeit zu Verhandlungen der Parteien und die Klägerin reduzierte ihre Forderung zunächst auf 26.312,04 DM und nach einer weiteren Zahlung der Beklagten sowie der Erteilung weiterer Gutschriften und unter Berücksichtigung weiterer Zusatzleistungen auf 11.541,63 DM.

- 8 Die Klägerin hat behauptet:
- 9 Sie habe die Arbeiten ordnungsgemäß ausgeführt. Das eingebaute Heizkreissystem sei nicht so komfortabel wie das ursprünglich vorgesehene, aber wegen der auf dem Betonboden verlegten Leitungen habe das ursprünglich vorgesehene System nicht montiert werden können. Mit der Änderung, für die die Beklagte Gutschriften erhalten habe, sei diese einverstanden gewesen. Die Beklagte habe insbesondere gewusst, dass das System "Roth", dessen Montage sie selbst festgestellt habe, anders gesteuert werde, als das ursprünglich geplante und sie habe die Änderung aus Gründen der Kostenersparnis gewünscht. Das ergebe sich schon daraus, dass sie den Elektriker mit der Anbringung der für das Heizsystem Roth notwendigen Schalter, Leitungen und Thermostate beauftragt habe. Ihr könne auch nicht vorgeworfen werden, sie habe die Meterrisse und Verlegehöhen nicht beachtet. Vielmehr habe sie unter Berücksichtigung der Vorgaben und der auf dem Betonboden bereits verlegten Elektrokabel sach- und fachgerecht gearbeitet. Ihre Forderung aus dem Pauschalvertrag belaufe sich unter Berücksichtigung der Änderungen auf 100.473,97 DM. Für die zusätzlichen Leistungen betrage die Vergütung 16.275,53 DM. Unter Berücksichtigung der Aconto-Zahlungen von 91.000 DM und der erteilten Gutschriften stehe ihr der restliche Zahlungsanspruch zu.
- 10 Die Klägerin hat beantragt,
- 11 die Beklagte zu verurteilen, an sie 11.541,63 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen.
- 12 Die Beklagte hat beantragt,
- 13 die Klage abzuweisen.
- 14 Widerklagend hat sie beantragt,
- 15 die Klägerin zu verurteilen, an sie 77.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 22.07.1998 zu zahlen.
- 16 Die Beklagte hat behauptet:

- 17 Der Klägerin stehe für die ausgeführten Arbeiten kein Werklohn mehr zu. Die in Rechnung gestellte Styroporschicht habe sie nicht in Auftrag gegeben. Es seien nicht eingebaute Materialien insbesondere bezüglich der Heizungsanlage und deren Steuerung berechnet, die Preise seien im übrigen zum Teil überhöht. Ferner habe die Klägerin die Arbeiten nicht sach- und fachgerecht ausgeführt. Die Fußbodenheizung sei zu hoch verlegt, so dass die Schwellenbereiche zwischen den Räumen und dem Flur ansteigend gespachtelt werden mussten. Dadurch sei ein merkantiler Minderwert von 50.000 DM entstanden. Hiervon seien 10.000 DM mit einem eventuellen Werklohnanspruch zu verrechnen, 40.000 DM auf die Widerklage hin von der Klägerin zu zahlen. Sie habe nicht gewusst, dass das System "Roth" anders gesteuert werde, als das vertraglich vereinbarte System. Die Klägerin habe durch die Änderung weniger Kabel sowie keine Grundeinheit mit Zeituhr und Ventile einbauen müssen, was in der Abrechnung nicht ausreichend berücksichtigt sei. Die Kosten für die Installation einer Anlage gemäß der vertraglich geschuldeten seien mit 37.000 DM zu veranschlagen.
- 18 Die Klägerin ist der Widerklage entgegengetreten und hat beantragt,
- 19 die Widerklage abzuweisen.
- 20 Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Beklagte zur Zahlung restlichen Werklohns von 270,85 DM verurteilt und der Widerklage in Höhe von 34.621,44 DM stattgegeben. Die Rechnung der Klägerin sei zu kürzen im Rahmen der Position Kupferrohre und Heizkreisverteiler, hingegen sei eine Kürzung wegen der Styroporschicht nicht berechtigt. Wegen der Rampenbildung zwischen den Zimmern und dem Flur ergäben sich keine Ansprüche der Beklagten, die jedoch Schadensersatz wegen Nichteinbaus der vertraglich geschuldeten Einzelraumregelung der Heizungsanlage in Höhe von 34.621,44 DM verlangen könne.
- 21 Mit ihrer fristgerecht eingelegten Berufung greift die Klägerin diese Entscheidung an und trägt vor:
- 22 Ihr restliche Vergütungsforderung betrage 11.541,63 DM, denn die vom Landgericht vorgenommenen Kürzungen der Positionen Saniflex Rohre und Heizkreisverteiler seien unberechtigt. Die in ihrer zur Gerichtsakte gereichten Aufstellung über erbrachte und nicht erbrachte Leistungen aufgeführten Mehrkosten für diese Rohre und Verteiler seien der Beklagten nicht berechnet worden, da lediglich der geringere Pauschalpreis in Ansatz gebracht worden sei. Auch stehe der Beklagten kein Schadensersatzanspruch zu. Aufgrund ihres unwidersprochen gebliebenen Hinweises in der Leistungsbeschreibung, dass eine preiswertere Installation möglich sei, habe sie davon ausgehen können, dass die Beklagte das preislich günstigere Heizungssystem gewünscht habe. Die Beklagte habe dann auch von dem Elektriker andere Thermostate als die von ihr gelieferten des Systems Velta einbauen, sowie nur zwei statt der drei Kabelleitungen verlegen lassen. Die verlegten Kabel seien für die Stetigleitungen des ursprünglichen vere-

inbarten Systems ungeeignet gewesen, was dem Architekten und Bauleiter der Beklagten bekannt gewesen sei. Jedenfalls habe sie als sie nach Maßgabe der vorgefundenen Leitungen das andere Heizungssystem montierte nicht schuldhaft gehandelt. Im übrigen unterscheide sich das eingebaute System nur hinsichtlich des Bedienungskomforts von dem im Leistungsverzeichnis genannten System. Da das Heizungssystem - was unstreitig ist - im übrigen ordnungsgemäß funktioniere sei eine Nachbesserung mit einem Aufwand von mehr als 34.000 DM unverhältnismäßig.

- 23 Die Klägerin beantragt,
- 24 die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 18.04.2001 zu verurteilen, an sie 11.541,63 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 24.09.1996 zu zahlen;
- 25 sowie
- 26 die Widerklage abzuweisen.
- 27 Die Beklagte beantragt,
- 28 die Berufung zurückzuweisen.
- 29 Die vom Landgericht in Abzug gebrachten Rechnungspositionen seien zu Recht aberkannt worden, weil die Klägerin die Leistungen nicht erbracht habe. Für den Fall, dass die Rechnung der Klägerin nicht um 2.370 DM für die Heizkraftverteiler gekürzt werde, dürfe dieser Betrag auch nicht von ihrer Schadensersatzforderung in Abzug gebracht werden. Auch dürfe die Gutschrift von 6.171,72 DM nicht bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden. Vorsorglich rechne sie mit diesen beiden Beträgen gegen den Vergütungsanspruch der Klägerin auf. Ihr sei ein Schaden entstanden, weil die Heizungssteuerung nicht der bestellten entspreche. Die Steuerung weiche erheblich ab, weil sich die Heizung bei einer Stetigleitung nicht so abgekühlt hätte, wie es nun der Fall sei. Von der Änderung des Steuerungssystems habe sie nichts gewusst; damit habe sie sich auch nicht einverstanden erklärt. Selbst die Klägerin habe in ihrer Ursprungsrechnung noch das bestellte Steuerungssystem berechnet.

Gründe

- 30 Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber nur zum Teil Erfolg. Der restliche Vergütungsanspruch der Klägerin beträgt 5.901,14 EUR (=11.541,63 DM). Dieser Anspruch ist zu verrechnen mit der Schadensersatzforderung der Beklagten, der sich auf 19.136,78 EUR (= 37.428,28 DM) beläuft. Daher ist die Klägerin noch zur Zahlung von 13.235,64 EUR (= 25.886,65 DM) an die

Beklagte verpflichtet.

- 31 Auf das Schuldverhältnis der Parteien findet das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 §5 Satz 1 EGBGB).
- 32 I.
- 33 Der restliche Vergütungsanspruch der Klägerin für die erbrachten Werkleistungen beträgt 11.541,63 DM, §631 BGB, §2 Nr. 1 VOB/B.
- 34 1)
- 35 Es ist unstreitig, dass die Klägerin nicht sämtliche in dem Vertrag vom 8./16.06.1994 aufgeführten Leistungen erbracht hat. Über die von der Klägerin selbst vorgenommenen Kürzungen (Gutschriften) hinaus, ist eine weitere Reduzierung der Vergütung aber nicht gerechtfertigt.
- 36 Die Parteien haben den Vertrag als Pauschalpreisvertrag bezeichnet. Zur Ermittlung des Festpreises haben sie die sich aus den Leistungsverzeichnissen ergebende Angebotssumme von 132.058,11 DM (GA 546, 547) auf 132.000 DM gerundet. Es ist zweifelhaft, ob ein derartiger Vertrag, bei dem der Gesamtpreis lediglich geringfügig gerundet wird, nicht eigentlich ein Einheitspreisvertrag ist (siehe dazu K..... in Ingenstau/ Korbion, VOB, 14. Auflage, §2 Rn. 162). Dies kann hier dahinstehen. Denn auch wenn man den Vertrag als einen Detailpauschalvertrag, bei dem die im Leistungsverzeichnis im einzelnen aufgeführten Arbeiten zu erbringen sind, ansieht, ist die Vergütung für nicht ausgeführte Arbeiten ebenso wie bei einem Einheitspreisvertrag gemäß den Ansätzen in dem Leistungsverzeichnis zu reduzieren. Grundsätzlich gilt allerdings, dass bei einem nur teilweise ausgeführten Pauschalvertrag der Unternehmer zur Berechnung der Vergütung für erbrachte Leistungen, das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und das Verhältnis des Preisansatzes für die bewirkten Leistungen zum Pauschalpreis darlegen muss (BGH in NJW 1995, 2712). Haben die Parteien aber dem Pauschalpreis ein detailliertes Leistungsverzeichnis zugrunde gelegt, ist es zulässig, das Leistungsverzeichnis als Anhaltspunkt für die Bewertung der Teilleistungen heranzuziehen (BGH in NJW 1996, 3270; in BauR 2000, 726; in BauR 2000, 1498, 1501). Dies gilt um so mehr, wenn der Pauschalpreis, wie hier, lediglich aufgrund einer geringfügigen Rundung der Summe der Einheitspreise in dem Leistungsverzeichnis, das sämtliche auszuführenden Arbeiten aufführt, gebildet ist.
- 37 Die vertraglich festgelegte Nettovergütung betrug 114.782,61 DM. Wegen der nicht zur Ausführung gelangten Sanitäreinrichtungen reduziert sich diese wie in der Rechnung der Klägerin aufgeführt auf 85.871,08 DM netto, das sind 98.751,74 DM brutto. Unstreitig ist weiter, dass wegen der übrigen nicht erbrachten Leistungen, die Gegenstand des Pauschalvertrages waren, eine weitere

Kürzung um 12.485,64 DM brutto vorzunehmen ist. Danach beträgt die aufgrund des Wegfalls bzw. der Änderungen der Leistungen gekürzte Vergütung der Klägerin 86.266,10 DM.

38 a)

39 Eine weitere Kürzung der Vergütung in Höhe von 8.598,85 DM ist entgegen der Berechnung in der Entscheidung des Landgerichts nicht gerechtfertigt. Die Klägerin hatte dargelegt, dass sie durch die Leistungsänderung, wonach statt Kupferrohren Saniflex-Rohre montiert wurden, eine wertvollere und teurere Leistung als die vertraglich geschuldete erbracht hat. Sie hat die Mehrkosten aber unstreitig nicht berechnet, sondern den Preis der Kupferrohre gemäß dem Pauschalpreisvertrag in Ansatz gebracht. Da sie das gesamte Rohrsystem gemäß dem geschuldeten Leistungssoll -wenn auch in besserer Qualität - erbracht hat, kann die Klägerin die vertraglich vereinbarte Vergütung ungekürzt verlangen. Für die Annahme des Landgerichts, es seien weniger Rohre - eine geringere Leistung - als vertraglich vereinbart verlegt worden, so dass eine Kürzung berechtigt sei, fehlt jeder Anhalt und ist auch von der Beklagten nicht behauptet worden. Eine Kürzung der ausgeführten Leistungen scheidet daher aus.

40 b)

41 Auch die weitere vom Landgericht vorgenommene Kürzung der Vergütung um 2.370 DM für vier Heizkreisverteiler ist nicht gerechtfertigt. Die Klägerin hat in der Gegenüberstellung der vertraglich geschuldeten und erbrachten Leistungen diese Heizkreisverteiler als zusätzliche Leistungen aufgeführt. Es ist aber unstreitig, dass sie diese nicht in ihrer Schlussrechnung berechnet hat. Die Vergütung der Klägerin kann daher nicht mit dem Argument gekürzt werden, sie habe eine Vereinbarung über die Installation dieser Heizkreisverteiler nicht dargetan.

42 2)

43 Der Vergütungsanspruch der Klägerin für die zusätzlich über den Pauschalpreisvertrag hinausgehenden Leistungen beträgt unstreitig 16.275,53 DM.

44 3)

45 Der gesamte Vergütungsanspruch für die erbrachten Leistungen beläuft sich auf 102.541,55 DM (aus Pauschalvertrag 86.266,10 DM + 16.275,53 DM). Gezahlt hat die Beklagte bisher 91.000 DM, so dass sich ein restlicher Vergütungsanspruch von 11.541,63 DM ergibt.

46 4)

47 Dieser Vergütungsanspruch ist fällig. Die Voraussetzungen der Fälligkeit einer Werklohnforderung nach den Regelungen der VOB/B (Abnahme, Schlussrech-

nung) liegen sämtlich vor.

48 II.

49 Der Vergütungsanspruch der Klägerin ist mit dem im Wege der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Beklagten zu verrechnen. Da sich der Anspruch der Beklagten auf 37.428,28 DM beläuft, verbleibt ein von der Klägerin noch zu zahlender Betrag von 25.886,65 DM.

50 1)

51 Der Senat vertritt mit der von der Rechtsprechung zu den §§325, 326 a.F. BGB entwickelten und auf den Fall der §635 a.F. BGB/§13 VOB/B übertragenen Differenztheorie die Auffassung, dass sich bei einem gegenseitigen Vertrag, aus dem einerseits wegen Unmöglichkeit, Verzuges, positiver Vertragsverletzung oder Mängel Schadensersatz in Geld verlangt wird und der Schadensersatzgläubiger andererseits eine Geldleistung - etwa den Werklohn - schuldet, nicht selbständige Ansprüche der Vertragsparteien gegenüberstehen, sondern sich das Schuldverhältnis auf einen Zahlungsanspruch derjenigen Vertragspartei konzentriert, die nach dem rechnerischen Ergebnis, d.h. Abrechnung aller Aktiv- und Passivposten, noch etwas zu fordern hat (vgl. Senat Urt. vom 25.6.1973 in NJW 1973, 1928 f; in OLG 1993, 3, 4). Nach dieser Differenztheorie sind die aus einem Vertrag sich ergebenden wechselseitigen Ansprüche der Parteien wie unselbständige Rechnungsposten zu verrechnen, ohne dass es dazu einer Aufrechnungserklärung der einen oder anderen Partei bedürfte. Der Anwendung der Differenztheorie steht nicht entgegen, dass die Beklagte das von der Klägerin hergestellte Werk nicht zurückgewiesen hat und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt, sondern sie das hergestellte Werk als Erfüllung hinnimmt und im übrigen Schadensersatz verlangt. Auch im zuletzt genannten Fall konzentriert sich das Schuldverhältnis hinsichtlich der nach der teilweisen Erfüllung verbleibenden gegenseitigen Zahlungsforderungen auf einen Anspruch desjenigen, der nach Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche noch etwas zu fordern hat. Denn der Unterschied zwischen voller und teilweiser Nichterfüllung berührt nur das Ausmaß, nicht aber das Prinzip der inhaltlichen Umgestaltung des Schuldverhältnisses. Die Differenzmethode ist in beiden Fällen gleichermaßen sachgemäß; sie vereinfacht die Abwicklung und führt zu angemessenen Ergebnissen. Die Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche ist auch dann vorzunehmen, wenn die auf Mängel gestützten Zahlungsansprüche nicht einredeweise geltend gemacht werden, sondern der Zahlungsanspruch widerklagend geltend gemacht wird (Senat OLG 1993, 3, 4). Denn das Abrechnungsverhältnis, also die Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche, entsteht materiellrechtlich allein dadurch, dass sich der auf Zahlung von Restwerklohn in Anspruch genommene Besteller auf das Vorhandensein eines Zahlungsanspruchs, der seine Grundlage in dem Vorhandensein von Mängeln oder einer sonstigen Vertragsverletzung des Unternehmers hat, beruft. Damit wird das Schuldverhältnis der Parteien aus materiellrechtlichen Gründen zu einem einheitlichen

Abrechnungsverhältnis. Diese materiellrechtliche Folge wird nicht dadurch aufgehoben, dass der Besteller der Werkleistung statt eine Verrechnung vorzunehmen Widerklage erhebt. Denn auch dann macht er einen Gegenanspruch innerhalb desjenigen Prozesses geltend, in dem über den Werklohn- und den Gegenanspruch einheitlich im Wege der Abrechnung zu entscheiden ist.

- 52 2)
- 53 Der Beklagten steht ein Schadensersatzanspruch gemäß §13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B gegen die Klägerin in Höhe von 37.428,28 DM zu, weil diese ein anderes als das geschuldete Heizungssystem installiert hat. Die Klägerin hat die Montage des Heizungssystems Velta zugesichert und diese zugesicherte Eigenschaft eines bestimmten Systems mit einer Stetigkeitsregelung fehlt.
- 54 a)
- 55 Da das Fußbodenheizungssystem der Marke Roth mit einer "Auf/Zu-Regelung" als Heizungssystem an sich einwandfrei funktioniert kann das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nur bejaht werden, wenn das System Velta mit der Stetigkeitsregelung Veltamat als Einzelraumregelung vertraglich geschuldet war. Dies ist der Fall.
- 56 Unstreitig war im Leistungsverzeichnis, das Bestandteil des Bauleistungsvertrages wurde, das Fabrikat Velta mit einer bestimmten Artikelnummer als Heizungssystem angegeben. Hiervon sind die Parteien in der Folgezeit nicht einvernehmlich abgewichen. Dadurch dass ein Mitarbeiter der Klägerin handschriftlich in das Leistungsverzeichnis eintrug "das geht preiswerter" und die Beklagte sich dazu nicht äußerte, ist der Klägerin nicht eine Leistungsbestimmung im Sinne des §315 a.F. BGB eingeräumt worden. Aus der Formulierung des Hinweises ergibt sich schon nicht, dass die Klägerin die Leistungsbestimmung übernehmen wollte. Um so weniger kann der Vertragsschluss unter Einbeziehung des Leistungsverzeichnisses, in dem ein bestimmtes System genannt ist, dahin verstanden werden, dass die Beklagte es der Klägerin auf den bloß allgemeinen Hinweis über preiswertere Alternativen hin, überlassen wollte, das Heizungssystem zu bestimmen. Der Hinweis der Klägerin ist kein Angebot zum Abschluss eines geänderten Vertrages, nachdem das ausdrücklich genannte System nicht mehr geschuldet sein sollte, da es schon an einem näher bezeichneten alternativen Vertragsinhalt fehlt. Zudem fehlt auch dem Schweigen der Beklagten jeglicher Erklärungswert.
- 57 Die Parteien haben auch nicht während der Arbeitsausführung einvernehmlich eine Änderung des Heizungssystems vereinbart. Dabei kann dahin stehen, ob die Beklagte oder die Klägerin die Verlegung der Elektrokabel und die Montage der Thermostate durch die Elektriker veranlasst haben. Denn auch wenn diese Leitungen nicht für das System Velta geeignet waren, bestand für die Klägerin kein Anhalt dafür, dass die Beklagte dies wusste und ihr darüber hinaus bekannt war, dass diese Leitungen aber für das von der Klägerin eingebaute System

Roth geeignet waren. Die Klägerin trägt keine Anhaltspunkte dafür vor, woraus sich die speziellen Kenntnisse der Beklagten oder auch ihres Architekten ergeben sollten. Auch aus der Sicht der Klägerin konnte daher die Ausführung Elektroinstallation nicht als ein schlüssiges Angebot verstanden werden, den Bauvertrag zu ändern und ein anderes Heizungssystem mit einer "Auf/Zu-Regelung" statt einer Stetigregelung zu montieren.

- 58 b)
- 59 Durch die Aufnahme des bestimmten Fabrikats des Heizungssystems in das Leistungsverzeichnis ist dieses zugesichert worden.
- 60 Eine Zusicherung ist das vertragliche Versprechen des Auftragnehmers, das Werk mit einer bestimmten Eigenschaft auszustatten (BGH in NJW-RR 1996, 783; in NJW-RR 1994, 1134). Ob eine Beschreibung der Leistung in einem Leistungsverzeichnis als Zusicherung anzusehen ist, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln, wobei entscheidend ist, ob sich feststellen lässt, dass der Auftraggeber Wert auf die Einhaltung der Leistungsbeschreibung legt (BGH in NJW-RR 1994, 1134). Verspricht der Unternehmer nur das Material eines bestimmten Herstellers zu verwenden, wird regelmäßig von einer zugesicherten Eigenschaft auszugehen sein (Materialangabe als zugesicherte Eigenschaft OLG Hamm in BauR 1993, 478; OLG Nürnberg in BauR 1998, 1013; Korbion/Hochstein/K....., VOB-Vertrag, 8. Auflage, Rn. 466; Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Auflage, §13 VOB/B Rn. 142). Dabei kommt es nicht darauf an, dass mit dem bezeichneten Material ein bestimmter Leistungserfolg bewirkt werden soll (so aber Vygen, Bauvertragsrecht nach BGB und VOB, 3. Auflage, Rn.424). Denn danach würde die Frage der Zusicherung nicht mehr aufgrund der Vorstellungen und Vereinbarungen der Parteien beurteilt, sondern nach einem objektiv feststellbaren Leistungserfolg. Die Zusicherung betrifft aber die Vereinbarung der Parteien, ihre subjektiven Vorstellungen, die sie ohne Rücksicht auf bestimmte Leistungsziele oder -erfolge verabreden können.
- 61 Das Leistungsverzeichnis der Beklagten enthält Angaben zu einem bestimmten Fabrikat der Heizungsanlage. Mit der Herstellerangabe dieses Fabrikats verbunden ist ein bestimmtes System der Heizungssteuerung, die Stetigregelung, die von anderen in der Qualität vergleichbaren Systemen nicht angeboten wird. Damit hat die Beklagte deutlich gemacht, dass sie auf dieses System, das unstrittig einen höheren Bedienungskomfort bietet, wie auch der Sachverständige S..... in seinem Gutachten vom 30.03.1998 bestätigt hat, Wert legt. Da mit der Bezeichnung auch ein bestimmtes Steuerungssystem verbunden ist, geht die Bezeichnung noch über eine bloße Material- oder Fabrikatsangabe hinaus. Die Klägerin hat die Lieferung und Montage dieses Systems zugesichert. Ihr Hinweis, dass es preiswertere Alternativen gibt, ist nicht als Erklärung zu verstehen, sie behalte sich die Wahl des Heizungssystems vor. Ob die Beklagte diesem Hinweis folgte, blieb ihr überlassen und sie ist von ihrer Entscheidung, wie oben bereits ausgeführt, nicht abgewichen. Indem die Klägerin, der als Fachunternehmen

die Unterschiede der Fabrikate und Systeme bekannt waren, das mit bestimmten Angaben vorgegebene Leistungsverzeichnis ausfüllte, akzeptierte sie die Vorstellung der Beklagten von einem bestimmten Heizungs- und Steuerungssystem und sagte deren Montage verbindlich zu.

62 c)

63 Nach §13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B berechtigen nur wesentliche Mängel, die die Gebrauchstauglichkeit erheblich beeinträchtigen, zur Geltendmachung von Schadensersatz. Ob auch dann, wenn der Anspruch auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gestützt wird, die Abweichung der ausgeführten Arbeiten von den vertraglich zugesicherten wesentlich sein und die Gebrauchstauglichkeit erheblich beeinträchtigen muss (vgl. BGH in NJW 1962, 1562; Korbion/Hochstein/K....., a.a.O., Rn. 614; Wirth, a.a.O., §13 Rn. 693), kann hier dahinstehen. In aller Regel wird wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, ein wesentlicher Mangel und eine erhebliche Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit zu bejahen sein. Denn daraus, dass sich der Besteller eine bestimmte Eigenschaft vertraglich hat zusichern lassen, folgt, dass diese für ihn ein besonders wichtiges Element für die Ordnungsgemäßheit der vorgesehenen Leistung darstellt (vgl. Wirth, a.a.O. §13 Rn. 685 und 693). Dies trifft auch hier zu. Für den vertraglich geschuldeten Erfolg war aus der Sicht der Beklagten, die die Klägerin durch ihre Zusage akzeptiert hat, der Bedienungskomfort mit der Stetigregelung des Fabrikats Velta im Hinblick auf eine vertragsgemäße, ordnungsgemäße Leistung wesentlich. Das Fehlen dieses Komforts ist für sie eine erhebliche Gebrauchseinschränkung. Darauf ob im übrigen das eingebaute System gleiche Heizleistungen erzielt, kommt es dabei nicht an.

64 d)

65 Die Klägerin handelte auch schuldhaft. Denn auch wenn man ihren Sachvortrag als richtig unterstellt, ist ihr ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, als sie aufgrund der Elektroverkabelung und der eingebauten Thermostate annahm, die Beklagte wolle nicht mehr das vertraglich vorgesehene Steuerungssystem der Heizung. Es gab keinen Anhalt dafür, dass der Beklagten bekannt war, dass diese Verkabelung, von der die Klägerin nicht einmal wusste, ob sie von der Elektrofirma eigenmächtig vorgenommen oder auf Anweisung der Beklagten erfolgt war, für das Steuerungssystem Velta nicht geeignet war. In dieser Situation war die Klägerin gehalten, bei der Beklagten nachzufragen und auf die Undurchführbarkeit des vereinbarten Steuerungssystems bei dieser Verkabelung hinzuweisen. Dass sie ohne Rückfrage ein anderes System installierte ist ein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

66 e)

67 Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, liegen die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches vor. Die Klägerin ist seit 1996 mehrfach

zur Nachbesserung aufgefordert worden und hat trotz der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung keine Mängelbeseitigung ausgeführt.

- 68 f)
- 69 Die Mängelbeseitigungskosten, die die Beklagte als Schadensersatz geltend macht, sind auch nicht unverhältnismäßig, so dass ein Anspruch ausgeschlossen wäre. Wenn der Unternehmer berechtigt ist, die Mängelbeseitigung wegen eines unverhältnismäßigen Nachbesserungsaufwandes gemäß 13 Nr. 6 VOB/B zu verweigern, dann kann der Besteller die Mängelbeseitigungskosten auch nicht über die Regelungen des Schadensersatzes verlangen, sondern ist auf Minderung angewiesen. Nur den nicht in den Nachbesserungskosten bestehenden Schaden kann der Besteller in einem solchen Fall nach §13 Nr. 7 VOB/B beanspruchen. Eine andere Beurteilung führt zu einem Wertungswiderspruch, da der Unternehmer zur Nachbesserung nicht verpflichtet wäre, die Kosten einer unverhältnismäßigen Nachbesserung im Rahmen des Schadensersatzes aber dennoch tragen müsste.
- 70 Die Nachbesserung, die nach den Ausführungen der Sachverständigen Sch... und U..... Kosten von 43.600 DM verursacht, ist nicht unverhältnismäßig. Eine Unverhältnismäßigkeit ist anzunehmen, wenn der mit der Nachbesserung erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldaufwandes steht (BGH in BGH-Report 2002, 366, 367; in BauR 1997, 638). Nur dann, wenn das Bestehen auf die ordnungsgemäße Vertragserfüllung mit Rücksicht auf das objektive Interesse des Bestellers an der vertraglich geschuldeten Leistung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand als Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen ist, kann der Unternehmer eine Nachbesserung unter Berufung auf deren Unverhältnismäßigkeit verweigern (BGH in BGH-Report 2002, 366, 367; in BauR 1996, 858). Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung kann der Unternehmer die Nachbesserung nicht wegen der Kosten verweigern. Dies gilt um so mehr, wenn der Unternehmer die Abweichung von der vertraglich geschuldeten Erfüllung verschuldet hat (BGH in BGH-Report 2002, 366, 367; in BauR 1996, 858; in BauR 1995, 540). Der Bedienungskomfort, den die Beklagte mit dem Einbau des vertraglich geschuldeten Steuerungssystems erhalten wollte, ist ein objektiv berechtigtes Interesse. Darauf, dass die Klägerin den Komfort nicht für wesentlich hält, kommt es nicht an. Nach einer objektiven Betrachtung sind die Bedienung und Steuerung einer Heizungsanlage Leistungselemente, auf deren Einhaltung der Besteller berechtigterweise bestehen kann. Dies ist nicht nur ein vernachlässigbarer Teil einer Heizungsanlage, sondern ein durchaus mitentscheidender, was auch dadurch deutlich wird, dass die Beklagte das Fabrikat und die Artikelnummer in das Leistungsverzeichnis aufgenommen hat. Da der Klägerin zudem Fahrlässigkeit bezüglich des Einbaus eines anderen Steuerungssystems vorzuwerfen ist, kann die Beklagte die Nachbesserungskosten im Rahmen des Schadensersatzes verlangen.

- 71 g)
- 72 Nach den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen U.... und Sch....., gegen die die Parteien keine Einwände erhoben haben, betragen die reinen Umbaukosten auf das Steuerungssystem Velta 13.600 DM brutto und die Wiederherstellungskosten in den Räumlichkeiten 30.000 DM brutto. Dieser Schadensbetrag von 43.600 DM brutto ist im Hinblick auf "Sowieso-Kosten" um 6.171,72 DM auf 37.428,28 DM zu reduzieren.
- 73 aa)
- 74 Das Landgericht hat den Schadensersatzanspruch der Beklagten zu Unrecht um 2.370 DM netto für die Heizkreisverteiler gekürzt. Die Argumentation, die Beklagte müsse die eingebauten Verteiler gegenüber der Klägerin nicht bezahlen und sich die ersparten Kosten deshalb auf ihren Schadensersatzanspruch anrechnen lassen, trifft nicht zu. Wie ausgeführt sind die Heizkreisverteiler seitens der Klägerin als Bestandteil der Pauschalvergütung abgerechnet. Das für die Verteiler vereinbarte Entgelt muss die Beklagte zahlen. Diese Verteiler sind aber für das geschuldete System Velta unbrauchbar, wie der Sachverständige Sch ausgeführt hat, so dass der Klägerin zusätzliche Kosten für die neuen Heizkreisverteiler entstehen. Sie hat daher keine Kosten erspart. Auch handelt es sich bei den Mehrkosten für die notwendigen andersartigen Verteiler nicht um "Sowieso-Kosten". Denn zu dem vereinbarten Pauschalpreis musste die Klägerin die für das System Velta geeigneten Verteiler einbauen. Die Kosten, die ihr nun entstehen, wären ihr nicht entstanden, wenn die Klägerin vertragsgemäß die für das vereinbarte System erforderlichen Heizkreisverteiler zu dem Pauschalpreis montiert hätte.
- 75 bb)
- 76 Entgegen der Ansicht der Beklagten ist ihr Schadensersatzanspruch aber in Höhe der von der Klägerin eingeräumten Gutschrift von 6.171,72 DM brutto zu reduzieren. Die Klägerin hat diesen Betrag von ihrem Vergütungsanspruch in Abzug gebracht, weil die für die Einzelraumregelungen erforderlichen Schaltungen, Fühler und Kabel nicht von ihr geliefert und montiert wurden. Die Beklagte muss nun derartige Kosten bei einer Neuinstallation der Anlage aufwenden. Da diese Kosten aber auch entstanden wären, wenn die Klägerin auch insoweit den Auftrag mit dem System Velta ausgeführt hätte, handelt es sich um "Sowieso-Kosten", die von ihrem Ersatzanspruch in Abzug zu bringen sind. Dies hatte die Beklagte in ihrer eigenen Schadensberechnung vom 23. Mai 1998 (GA 246) berücksichtigt und ausgeführt, dass sich die Gutschrift auf die nicht gelieferte Steuerung der Anlage Velta bezieht.
- 77 Die Kostenentscheidung beruht auf §92 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§708 Nr. 10, 713 ZPO.

- 78 Die Voraussetzungen zur Zulassung der Revision liegen nicht vor.
- 79 Streitwert der ersten Instanz: 45.270,63 EUR (= 88.541,63 DM davon entfallen auf die Klage: 11.541,63 DM und auf die Widerklage 77.000 DM; die von der Beklagten geltendgemachte Hilfsaufrechnung wirkt sich wegen der Verrechnung der Ansprüche nicht aus)
- 80 Streitwert der Berufungsinstanz: 23.464,32 EUR (zur Klage 11.270,78 DM; zur Widerklage 34.621,44 DM)
- 81 Beschwer der Beklagten: 5.762,66 EUR
- 82 Beschwer der Klägerin: 17.701,66 EUR