

Quelle: <https://voris.wolterskluwer-online.de/document/c40c1240-2b5d-426e-9c60-de46b1988f03>

Bibliografie

Gericht	OLG Oldenburg
Datum	05.03.2024
Aktenzeichen	2 U 115/23
Entscheidungsform	Urteil
Referenz	WKRS 2024, 11409
Entscheidungsname	[keine Angabe]
ECLI	[keine Angabe]

Oberlandesgericht Oldenburg

Urt. v. 05.03.2024, Az.: 2 U 115/23

Geltendmachung der restlichen Vergütung für werklieferungsvertragliche Leistungen im Rahmen des Umbaus eines Cafes; Möglichkeit der pauschale Einbeziehung der VOB/B in Werklieferungsverträge zwischen Unternehmern; Abnahme der Leistungen als Voraussetzungen für die Fälligkeit eines Zahlungsanspruchs

Amtlicher Leitsatz

1. **Ein unzulässiges Teil-Urteil liegt auch vor, wenn über einen von mehreren prozessualen Ansprüchen entschieden wird, die durch eine Hilfsaufrechnung in unauflösbarer Weise miteinander verknüpft sind.**
2. **Die pauschale Einbeziehung der VOB/B in Werklieferungsverträge zwischen Unternehmern ist möglich. Das Anwendungsprivileg des § 310 Abs. 1 BGB findet in diesen Fällen keine Anwendung.**
3. **Auf die Unwirksamkeit nach § 305 c BGB oder einzelner Regelungen der VOB/B nach § 307 BGB in einem Werklieferungsvertrag kann sich der Verwender der VOB/B nicht berufen, sondern allein sein Vertragspartner.**
4. **Ist der Leistungsschuldner des Werklieferungsvertrages Verwender der VOB/B, setzt die Fälligkeit seines Zahlungsanspruchs die Abnahme seiner Leistungen voraus. Die §§ 377, 381 HGB wegen § 307 BGB sind nicht anwendbar. Auf § 650f BGB kann er nicht zurückgreifen.**
5. **Dem Geldschuldner des Werklieferungsvertrages stehen nach der Abnahme die Gewährleistungsrechte aus § 13 VOB/Bzu, deren Verjährung erst mit der Abnahme beginnt.**
6. **Soweit eine Kündigung gem. § 650 f Abs. 1 und 5, S. 1, 2. Alt. BGB wegen einer nicht geleisteten Sicherheit durchgreift, wird der Werklohnanspruch des Unternehmers jedenfalls dann ohne Abnahme fällig, wenn im Zeitpunkt der Kündigung alle Leistungen erbracht sind und Anlass der Kündigung allein der auch die Abnahme verhindernde Streit über deren Mangelhaftigkeit ist**
7. **Die Kündigungsvergütung gem. § 650 f Abs. 5 S. 2 BGB bemisst sich an der vereinbarten Vergütung abzüglich infolge der Vertragsaufhebung ersparter Aufwendungen. Deswegen sind von der vereinbarten**

Vergütung die Aufwendungen abziehen, welche sich der Kläger infolge der durch die Kündigung entfallenen Mängelbeseitigung erspart hat.

In dem Rechtsstreit

AA GmbH & Co. KG, vertreten durch die BB GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer CC und DD, Ort1,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

(...),

Geschäftszeichen: (...)

gegen

EE als Inhaber der FF, Ort2,

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

(...),

Geschäftszeichen: (...)

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht (...), den Richter am Oberlandesgericht (...) und den Richter am Oberlandesgericht (...) auf die mündliche Verhandlung vom 20.2.2024 für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 16.10.2023 verkündete Teil-Urteil des Einzelrichters der 6. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Berufungsverfahrens - zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

[Gründe]

I.

Der Kläger verlangt von der Beklagten restliche Vergütung für Leistungen, die er bzw. sein Rechtsvorgänger im Zuge eines Cafeumbaus erbracht hat.

Die Beklagte schloss mit der Firma GG zwei schriftliche Verträge. Einer bezog sich auf die Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln für ein Cafe. Der zweite Vertrag enthielt die Einbauleistungen. Für beide Verträge hatte die GG vorgegeben: "Es gelten unsere AGB sowie die VOB". Im Rahmen einer Vertragsübernahme trat der Kläger in Kenntnis aller vertraglichen Unterlagen anstelle der GG unter Übernahme aller Pflichten in die Verträge ein und führte die Leistungen zu Ende. Abnahmeprotokolle für beide Verträge unterzeichnete die Beklagte nicht. Sie rügte Mängel an den Küchengeräten, -zubehör und -möbeln sowie an den Einbauleistungen. Der Kläger stellte daraufhin ein Sicherheitsverlangen nach § 650f BGB für beide Verträge. Als die Beklagte dem nicht entsprach, kündigte der Kläger beide Verträge.

Im Rahmen des Prozesses verteidigte sich die Beklagte u.a. mit Hilfsaufrechnungen wegen auf Geld gerichteter sekundärer Mängelgewährleistungsrechte aus beiden Verträgen.

Das Landgericht hat dem Kläger durch Teil-Urteil einen Anspruch wegen der Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln aus den §§ 433 Abs. 2, 650 BGB zugesprochen. Es handele sich um zwei selbständige Verträge, wobei derjenige über die Lieferung einen Werklieferungsvertrag und derjenige über die Einbauleistungen einen Bauvertrag gem. § 650a BGB darstelle. Auf den Werklieferungsvertrag sei die VOB/B nicht anzuwenden, weil der pauschale Hinweis nicht ausreiche. Im Zuge seiner Entscheidung hat das Landgericht Hilfsaufrechnungsforderungen der Beklagte aus dem Werklieferungsvertrag zurückgewiesen und solche aus dem Bauvertrag nicht behandelt.

Gegen dieses Teil-Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Von der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird abgesehen, §§ 540 Abs. 2, 313a ZPO.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet.

A) Das angefochtene Teil-Urteil ist entgegen § 301 ZPO ergangen, was zu dessen Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht führt, ohne dass es eines Antrags

der Parteien bedurfte, § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 3 ZPO.

Es entspricht der ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass ein Teilurteil i.S.d. § 301 ZPO auch im Falle der durch das Landgericht angenommenen zwei selbständigen prozessualen Ansprüche nur dann ergehen darf, wenn die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, und sei es infolge abweichender Entscheidungen im Instanzenzug, ausgeschlossen ist (vgl. BGH, NJW 2018, 621).

[BGH 11.04.2017 - VI ZR 576/15] Rn. 10 sowie Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 301 Rn.3 jeweils m.w.N.). Daran fehlt es, wenn die selbständigen prozessualen Ansprüche materiell-rechtlich miteinander verzahnt sind (vgl. BGH, NJW 2017, 1745 [BGH 20.12.2016 - VI ZR 395/15] Rn. 7; 2018, 523 Rn. 7). Dieser Fall kann auch durch die Geltendmachung von Gegenrechten eintreten. So ist ein Teil-Urteil unzulässig, wenn zwei selbständige Klageforderungen durch eine Hilfsaufrechnung des Beklagten in nicht mehr auflösbarer Weise verknüpft werden (vgl. Feskorn in Zöller, ZPO, 35. Aufl., § 301 Rn. 14; Musielak in MüKo ZPO, 6. Aufl., § 301 Rn. 22; OLG Koblenz, BeckRS 2009, 29676; OLG Brandenburg, NJW-RR 2017, 399 Rn. 19; Sacher in Kniffka/Koeble/ Jurgeleit/ Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 20 Rn. 58a).

So liegt es hier. Die Beklagte hat gegenüber der sich insgesamt auf 19.912,09 € belaufenden Klageforderung die Hilfsaufrechnung mit einem Betrag von 20.000,00 € erklärt. Diese Hilfsaufrechnung betraf einerseits Gewährleistungsansprüche in Bezug auf das Vertragsverhältnis, dem auch die durch das Landgericht mit seinem Teilurteil beschiedene Forderung zugrunde lag (Lieferung Küchengeräte, -zubehör und -möbel). Diese Aufrechnungsforderung sah das Landgericht als nicht gegeben an. Allerdings hat die Beklagte darüber hinaus auch mit Gewährleistungsansprüchen aufgerechnet, welche sich auf das Vertragsverhältnis bezüglich der beim Landgericht weiterhin anhängigen Forderung über die Einbauleistungen beziehen. Über diese hat das Landgericht nicht entschieden. Unabhängig davon, dass eine konkrete Zuordnung der Aufrechnungsforderung zu den einzelnen Mängeln der Höhe nach nicht erfolgt ist, betrifft die Hilfsaufrechnung doch beide durch den Kläger geltend gemachten prozessualen Ansprüche und damit den gesamten Streitstoff. Die Hilfsaufrechnung stand deswegen dem Erlass eines Teilurteils über einen Teil der Klageforderung wegen der Gefahr des Widerspruchs zum Schlussurteil entgegen. Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Senat die Aufrechnungsforderung bezüglich der Einbauleistungen aus Rechtsgründen nicht für durchgreifend hält (s.u. B 3.). Maßgeblich ist die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen im gesamten Instanzenzug.

Soweit im Fall eines unzulässigen Teilurteils anstelle der Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung auch in Betracht kommt, den in erster Instanz verbliebenen Teil des Rechtsstreits "hochzuziehen" und insgesamt in der Berufungsinstanz zu entscheiden (Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl., § 538 Rn. 55), spricht dafür vorliegend nichts. Der Rechtsstreit steht noch am Anfang.

B) Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende Umstände hin:

1. Das Landgericht hat zutreffend herausgearbeitet, dass zwei verschiedene Verträge vorliegen und es sich bei demjenigen über die Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln grundsätzlich um einen Kaufvertrag oder einen im Wesentlichen dem Kaufrecht unterfallenden Werklieferungsvertrag gem. § 650 BGB handelt.

2. Es wird allerdings zu beachten sein, dass die GG und die Beklagte für beide Verträge auf Veranlassung der GG die Regelungen der VOB/B einbezogen haben. Die möglicherweise in Unkenntnis der Geltung des Kaufrechts erfolgte Einbeziehung der VOB/B auch in den Werklieferungsvertrag ist über die Klausel "Es gelten unsere AGB sowie die VOB" erfolgt. Dass die GG Verwenderin der AGB einschließlich der VOB war, ergibt sich daraus, dass das Angebot unter ihrem Briefkopf erfolgte und die Beklagte dieses Angebot zeichnete.

Daran muss der Kläger sich festhalten lassen. Er ist mittels wirksamer Vertragsübernahmevereinbarung (Anlage K 9) an die Stelle der GG getreten. Dabei hat er die Position der GG in voller Kenntnis der Vertragsunterlagen aus dem Verhältnis dieser zur Beklagten mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten übernommen. Er gilt deswegen auch als Verwender der AGB einschließlich der VOB.

a) Ob eine aus den ursprünglichen Vertragsunterlagen zwischen GG und der Beklagten hervorgehende pauschale Einbeziehung der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung in andere Verträge als Bauverträge und insbesondere Werklieferungsverträge zwischen Unternehmen möglich ist, wird allerdings unterschiedlich beurteilt.

Soweit dies in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (vgl. OLG Rostock, NJOZ 2011, 1761; OLG Nürnberg, BeckRS 2011, 18331) und teils der Literatur (vgl. Weglage/Sitz, NZBau 2011, 457, 463; Retzlaff in Grüneberg, BGB, § 650 Rn. 4; wohl auch Hille,

BauR 2014, 1985, 1989; widersprüchlich Merkle in BeckOKG, 1.1.2024, § 650 BGB Rn. 62) nicht für möglich gehalten wird, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Das Argument, die VOB/B sei nur auf Bauleistungen anzuwenden und ihre Einbeziehung deswegen gegenstandslos (so OLG Rostock, NJOZ 2011, 1761) bzw. ginge ins Leere (so OLG Nürnberg, BeckRS 2011, 18331), trägt nicht. Diese Sichtweise nimmt nicht ausreichend in den Blick, dass es nicht darum geht, ob die VOB/B lediglich auf Bauleistungen "anwendbar" ist, weil es sich bei ihr nicht um Rechtsnormen handelt. Vielmehr ist allein entscheidend, ob die VOB/B vereinbart wurde (vgl. Sacher in Beck VOB/B, 4. Aufl., Einl. Rn. 172; i. Erg. genauso Leidig in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl., § 650 Rn. 61; Voit in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl., Vor § 1 VOB/B Rn. 3; Munoz in BeckOK BauVertrR, 23. Ed., 1.11.2023, § 650 BGB Rn. 60; Bolz/Rodemann in Bolz/Jurgeleit, ibi-online-Kommentar VOB/B, 16.10.2023,

Einl. Rn. 16f; Schumann, JZ 2008, 115, 116; Nietsch, AcP 211, 737, 754; wohl auch Voit in BeckOK, 68. Edition, Stand: 01.11.2022, § 650 BGB Rn. 25, ders. in BauR 2009, 369, 379). Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der bei einem Bau- und Planungsleistungen enthaltenden Vertrag die einbezogene VOB/B allein auf die Bauleistungen anzuwenden ist (vgl. BGH, NJW 1988, 142), lässt den Rückschluss nicht zu, die Regelungen der VOB/B könnten trotz Einbeziehung im Rahmen eines Vertrages, der kein Bauvertrag ist, keine Geltung beanspruchen (so aber OLG Rostock, NJOZ 2011, 1761). Denn im Rahmen eines aus Bau- und anderen Leistungen kombinierten Vertrages ist es das naheliegende, weil sach- und interessengerechte Ergebnis der Auslegung des Gesamtvertrages, das spezielle Bedingungsnetzwerk für Bauleistungen auch nur jenen zu unterwerfen (vgl. Joussen, BauR 2014, 1195, 1202f; Sacher in Beck VOB/B, 4. Aufl., Einl. Rn. 172). Für eine solche Auslegung ist indes kein Raum, wenn die VOB/B eindeutig vereinbart ist, es sich aber ausschließlich um einen Werklieferungsvertrag handelt (vgl. Joussen BauR 2014, 1195, 1202f; Sacher in Beck VOB/B, 4. Aufl., Einl. Rn. 211 in Fn. 447). Im Übrigen hat der BGH es an anderer Stelle durchaus für möglich gehalten, einzelne Regelungen der VOB/B für den Werklieferungsvertrag zu vereinbaren (vgl. BGH NZBau 2002, 437, 438f [BGH 25.04.2002 - IX ZR 254/00]).

b) Dementsprechend könnte die Einbeziehung der VOB/B allein an § 305 c BGB scheitern, der eine negative Einbeziehungsvoraussetzung enthält. Darauf könnte sich allerdings allein die Beklagte und nicht der Kläger als Verwender der AGB, als welche die VOB/B einbezogen sind, berufen. Es ist mithin lediglich eine personale Teilunwirksamkeit zum Nachteil des Klägers möglich, sofern einzelne Bestimmungen oder die VOB/B insgesamt unter Berücksichtigung des § 305 c BGB zugunsten der Beklagten nicht als wirksam einbezogen gelten (vgl. Bonin in BeckOGK, 1.12.2023, § 305c BGB Rn. 56 mit Verweis auf § 306 Rn. 24; in diese Richtung auch Sacher in Beck VOB/B, 4. Aufl., Einl. Rn. 172, 175).

c) Im Übrigen unterliegen die einzelnen Klauseln der AGB und damit der wirksam einbezogenen VOB/B allein zum Nachteil des als Verwender anzusehenden Klägers der Inhaltskontrolle, während die Beklagte sich auf sie berufen kann.

aa) In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass das in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB niedergelegte Anwendungsprivileg auch für den Fall, dass die VOB/B ohne inhaltliche Abweichung gegenüber einem Unternehmer in den Vertrag einbezogen ist, keine Anwendung findet, soweit sie in einen anderen Vertragstyp als den Werkvertrag einbezogen wurde (vgl. dazu Sacher in Beck VOB/B, 4. Aufl., Einl. Rn. 176; Joussen,

BauR 2014, 1195, 1204 ff).

bb) Damit ist die Inhaltskontrolle jeder einzelnen Bestimmung der VOB/B eröffnet. Auf diesen Schutz der AGB-Kontrolle kann sich indes allein der Vertragspartner des Verwenders berufen (vgl. BGH, NJW 1987, 837, 838). Der Verwender selbst muss sich auch an von ihm einbezogenen Klauseln festhalten lassen, die einer AGB-Kontrolle im Grunde nicht standhalten würden (vgl. BGH, NJW 1987, 837, 838

[BGH 04.12.1986 - VII ZR 354/85]). Konkret bleibt der Kläger als Verwender an ihn benachteiligenden Klauseln gebunden, während die Beklagte sich auf die Unwirksamkeit der sie unangemessen benachteiligenden Klauseln berufen kann.

cc) Im Einzelnen gilt:

(1) Für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs wegen der Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln wird es darauf ankommen, ob sie abnahmereif sind.

(a) Aus der in § 16 Abs. 4 VOB/B niedergelegten Voraussetzung einer Abnahme zur Herbeiführung der Fälligkeit der Teilschlusszahlung geht hervor, dass unabhängig von den Vorschriften des BGB auch die VOB/B die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung ansieht. Eine Vereinbarung zur Abnahme wurde im Vertrag nicht getroffen. Das Feld "förmliche/formlose Abnahme" blieb offen. Deswegen bedarf es zur Herbeiführung der Fälligkeit einer Abnahme, der Abnahmereife oder des Vorliegens einer Sonderkonstellation, in der die Vergütung unabhängig von der Abnahme fällig wird.

(b) Eine Abnahme der Leistungen aus dem Vertrag über Küchengeräte, -möbel und -zubehör liegt nicht vor.

Die verschiedenen Abnahmeformen ergeben sich aus § 12 VOB/B

An einer ausdrücklichen oder konkludenten Abnahme fehlt es. Die vom Kläger beigefügten Abnahmeprotokolle (Anlage K 4) sind nicht unterzeichnet worden. Der Kläger hat vor dem Landgericht selbst ausgeführt, dass im vorgesehenen Abnahmetermin am 14.4.2020 Mängel gerügt worden sind. Für ein stillschweigendes Erklärungsverhalten der Beklagten, das der Kläger so verstehen durfte, als werde das Geleistete als im Wesentlichen vertragsgemäß gebilligt, ist nichts Ausreichendes ersichtlich. Weder der Probetrieb der Küche im Dezember 2019 noch die Inbetriebnahme der Gaststätte am 7.2.2020 sind für die Annahme eines derartigen Erklärungsverhaltens seitens des Klägers im konkreten Fall ausreichend. Dagegen spricht, dass der Probetrieb oder die Inbetriebnahme der Gaststätte und damit des Küchenzubehörs in erster Linie wirtschaftlichen Gesichtspunkten geschuldet waren, aber keinen Aufschluss über die Billigung der Gerätschaften durch die Beklagte zulässt. Ferner spricht gegen die konkludente Abnahme im Dezember 2019 oder am 7.2.2020, dass die Parteien zum 14.4.2020 den Termin für eine ausdrückliche Abnahme konkret vereinbart hatten. Das wäre aus Sicht des Klägers nicht notwendig gewesen, wenn schon eine konkludente Abnahme erfolgt wäre. Schließlich kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Vergütung teilweise nicht gezahlt war.

Auch die Voraussetzungen einer fiktiven Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B liegen nicht vor. § 12 Abs. 5 VOB/B setzt zur

Herbeiführung der Abnahmefiktion nämlich gerade voraus, dass "keine Abnahme verlangt" worden ist. Gerade das ist nicht der Fall, wie das letztlich nicht unterzeichnete Abnahmeprotokoll auf dem Briefpapier der Beklagten zeigt. Dass zu diesem Zeitpunkt bereits eine fiktive Abnahme erfolgt wäre, ist nicht ersichtlich.

Im Übrigen könnte der Kläger sich auf § 12 Abs. 5 VOB/Bohnehin nicht berufen, weil diese Vorschrift unabhängig von der Frage, ob sie im konkreten Fall einer AGB-rechtlichen Wirksamkeitskontrolle standhielte, als nicht vereinbart gilt. Die Parteien haben vertraglich als AGB niedergelegt: "Es wird die förmliche/formlose Abnahme vereinbart". Zusätzlich sollte entsprechend einer nachfolgenden Vertragsziffer "die VOB" gelten. Diese AGB sind wegen § 305 c Abs. 2 BGB zum Nachteil des Klägers verwenderfeindlich auszulegen. Eine Auslegung hat im Zweifel zu ihren Lasten zu erfolgen. Die dargestellte Kombination lässt die verwenderfeindliche Auslegung zu, dass mit der Vereinbarung "förmliche/formlose Abnahme" unter gleichzeitiger Einbeziehung der VOB/B gemeint ist, dass eine fiktive Abnahme abweichend von § 12 Abs. 5 VOB/B gerade nicht vereinbart sein soll. Denn es ist ohne weiteres das Verständnis möglich und naheliegend, dass die besondere Regelung "förmliche/formlose Abnahme" für die Frage der Abnahme abschließend gemeint ist, so dass für § 12 Abs. 5 VOB/B der eine fiktive Abnahme vorsieht, kein Raum verbleibt.

(c) Dass ein die Abnahme obsolet machendes Abrechnungsverhältnis vorläge, ist in der derzeitigen Prozesssituation nicht ersichtlich.

Ein solches Abrechnungsverhältnis entsteht durch den Untergang des Erfüllungsanspruches gem. § 281 Abs. 4 BGB dann, wenn der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder die Minderung erklärt (vgl. nur BGH, NJW 2017, 1607

[BGH 19.01.2017 - VII ZR 235/15]). So liegt es hier indes nicht. Das Landgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass sich die Beklagte in erster Linie auf die unterbliebene Abnahme berufen hat. Davon ist sie auch mit Schriftsatz vom 26.10.2022 (Bl. 192 Rs Bd. I d.A.) nicht abgerückt, in dem sie ihren Vortrag aus der Klageerwiderung wiederholte, mit Schadensersatzansprüchen aufzurechnen, "sollte" das Landgericht von einer Abnahme ausgehen.

Mithin handelte es sich um eine Hilfsaufrechnung mit Schadensersatzansprüchen. Mit der Primärverteidigung der fehlenden Abnahme macht die Beklagte indes deutlich, dass es ihr in erster Linie um die Lieferung mangelfreier Gegenstände geht. Deswegen lässt sich aus der Hilfsaufrechnung mit Schadensersatzansprüchen nicht entnehmen, dass die Beklagte "nur noch" Schadensersatz mit der Folge des § 281 Abs. 4 BGB verlangt. Die weitere Erfüllung ist vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen, soweit die Leistung weder abgenommen noch abnahmereif ist.

(d) Deswegen hat die Beklagte im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast substantiiert vorzutragen, welche Mängel sie in Bezug auf die Vereinbarung zu der Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln aktuell noch rügt.

(aa) Unter Berücksichtigung des Prozessverlaufs geht der Senat in Ansehung des Schriftsatzes vom 19.9.2022 (Bl. 170 ff Bd. I d.A. "komplette Mängelliste") davon aus, dass nur noch die darin enthaltenen Mängelrügen aktuell sind, während sich die weiteren aus dem Schriftsatz vom 29.8.2022, S. 2 f (Bl. 151 Rs f Bd. I d.A.)

- Durchbrennender Leuchtkörper Lüftungsanlage

- Tellerwärmer defekt

erledigt haben.

Sollte dem nicht so sein, wird die Beklagte zur Vermeidung von Missverständnissen eine neue einheitliche Liste mit den einzelnen noch aktuellen Mängeln vorzulegen haben. Ihnen sind Mängelbeseitigungskosten zuzuordnen.

Sobald die gerügten Mängel und die jeweils zugeordneten Mängelbeseitigungskosten dargelegt sind, wird eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich.

(bb) Zudem wird die Beklagte klarzustellen haben, was sie in Bezug auf die den Komplex "Geräte aus der Türkei, CE-Kennzeichen, Bedienungsanleitungen" konkret geltend machen will. Der Umstand, dass die Geräte aus der Türkei stammen, begründet für sich genommen nicht deren Mangelhaftigkeit. Entscheidend ist, ob sie die vereinbarte, nach dem Vertragszweck vorausgesetzte oder übliche Beschaffenheit aufweisen. Ferner ergibt sich aus dem Schriftsatz vom 11.12.2021, S.96 Bd. I d.A., dass CE-Kennzeichen sowie deutschsprachige Bedienungsanleitungen mittlerweile vorliegen. Die CE-Kennzeichen seien lesbar (Schriftsatz vom 18.3.2022, S. 2; Bl. 131 Rs Bd. I d.A.). Im Schriftsatz vom 29.8.2022, S. 2 (Bl. 151 Rs Bd. I d.A.) wird dann das Gegenteil behauptet. Im Schriftsatz vom 19.9.2022, S. 3 (Bl. 171 Rs Bd. I d.A.) wird dies erneuert.

(cc) Soweit seitens der Beklagten Mängel an den Küchengeräten mit der unter Beweis gestellten Behauptung in Abrede genommen werden, die Qualität sei im Detail erläutert worden (Bl. 37 Bd. I d.A.; S. 7 des Schriftsatzes vom 3.8.2021), ist dem nicht nachzugehen. Es bleibt offen, was insoweit erklärt worden sein soll. Jedenfalls geht es nicht um die Vereinbarung einer hinter dem

üblichen Gastronomiestandard zurückbleibenden Qualität, weil der Kläger selbst vorträgt, ein anderer mit identischen Geräten beliefelter Gastronom rühme deren herausragende Qualität.

Es wird mithin im Rahmen der Prüfung der Mangelhaftigkeit zu berücksichtigen sein, dass die Parteien die Eignung der Gerätschaften für die Verwendung im professionellen Gastronomiebereich entweder konkludent vereinbart oder aber eine entsprechende Verwendung vertraglich vorausgesetzt haben (vgl. dazu BGH, NJW 2017, 2817

[BGH 26.04.2017 - VIII ZR 80/16]). Mithin ist insoweit nicht die Verletzung von Beratungspflichten betroffen, sondern § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. oder § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB a.F. Daran sind Küchengeräte, -möbel und -zubehör zu messen.

(dd) Liegen keine Mängel vor, kann die Beklagte dem Entstehen und der Fälligkeit der Vergütungsforderung das Fehlen einer Abnahme nicht erfolgreich entgegenhalten. Denn der Kläger kann im Falle der Abnahmereife unmittelbar auf Zahlung der Vergütung klagen, wenn der Auftraggeber die Abnahme zu Unrecht verweigert. Im Zahlungsantrag liegt in diesen Fällen ein konkludentes Abnahmeverlangen (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2021, 948

[OLG Nürnberg 17.05.2021 - 13 U 365/21]).

(ee) Sind Mängel gegeben, ist die Frage zu beantworten, ob sie erheblich sind. Die Beklagte dürfte die Abnahme angesichts erheblicher Mängel verweigern und die Klage wegen der Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln wäre als derzeit unbegründet abzuweisen, wenn der Kläger nicht vor Schluss der mündlichen Verhandlung nachbessert. Handelt es sich ausschließlich (auch in ihrer Gesamtheit) um unerhebliche Mängel, wäre die Leistung abnahmereif und die Vergütungsforderung entstanden sowie fällig.

(2) Zu den Gegenrechten der Beklagten:

(a) Im Fall der Mangelfreiheit der Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln könnte der darauf basierende Zahlungsanspruch nach der Auffassung des Senats nicht infolge der Hilfsaufrechnung aus dem weiteren Vertragsverhältnis "Einbauleistungen", über welche das Landgericht noch nicht entschieden hat, untergegangen sein. Insoweit bestehen nach Meinung des Senats keine Gewährleistungsansprüche des Klägers mehr, sondern Mängel in dieser Leistung führten allein zur Verringerung des insoweit wegen der "Einbauleistungen" geltend gemachten Werklohnanspruchs (s.u. 3.).

(b) Sind die Mängel von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln erheblich, kommt es auf die hilfsweise geltend gemachte Aufrechnung mit sekundären Mängelansprüchen nicht an, weil die Forderung des Klägers wegen dieser Einrichtungsgegenstände mangels Abnahme und Abnahmereife nicht fällig wäre.

(c) Sind (auch in ihrer Gesamtheit) nur unerhebliche Mängel an der Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln gegeben, ist angesichts der damit einhergehenden Fälligkeit zu klären, welche Folgen sich aus diesen unerheblichen Mängeln ergeben.

Die Beklagte hat die Einrede des § 320 BGB nicht erhoben. Vielmehr hat sie für den Fall, dass das Gericht von einer Abnahme ausgeht, die Hilfsaufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erklärt. Soweit die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches im Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens vorliegen, erlischt der Erfüllungsanspruch gem. § 281 Abs. 4 BGB (vgl. BGH NJW 2021, 464). Das gilt indes allein in dem Umfang, in dem die Sache mangelhaft ist (vgl. Jurgeleit in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, Teil 5 Rn. 13; Ernst in MüKoBGB, § 281 Rn. 142; Manteufel in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 2046; Jürgens

BauR 2021, 1033, 1038; Schmitz in FS Leupertz, 2021, 651, 660 ff.). Das Verlangen nach Schadensersatz ist eine einseitige, empfangsbedürftige, unwiderrufliche und rechtsgestaltende Erklärung (vgl. Grüneberg in Grüneberg, 83. Aufl., § 281 Rn. 50), für welche die allgemeinen Regelungen über Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen gelten (vgl. Lorenz in BeckOK, 68. Edition, Stand: 1.11.2023, § 281 BGB Rn. 54). Dementsprechend kann die Erklärung auch aufschiebend bedingt i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB abgegeben werden (vgl. BGH NJW 2018, 786 [BGH 09.11.2017 - IX ZR 305/16]). Vorliegend ergibt die Auslegung, dass korrespondierend mit der Hilfsaufrechnung selbst auch das dieser zugrundeliegende Schadensersatzverlangen der Beklagten unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass das Prozessgericht von einer Abnahme bzw. Abnahmereife ausgeht. Sofern dieser Fall eintritt, kann die Beklagte nicht mehr auf die Nacherfüllung zurückkommen, so dass ihr die Berufung auf § 320 BGB verwehrt ist.

Auf der anderen Seite ist die Beklagte im Rahmen der erklärten Aufrechnung nicht an den infolge der durch das Prozessgericht festgestellten Abnahme auf § 13 Abs. 7 VOB/B beruhenden Schadensersatzanspruch gebunden, sondern kann zum Kostenvorschussanspruch nach § 13 Abs. 5 VOB/B wechseln (vgl. BGH NJW 2018, 1463). Das könnte unter dem Gesichtspunkt naheliegen, dass problematisch sein dürfte, ob die Beklagte in Bezug auf Mängel an Küchengeräten, -möbeln und -zubehör den Schadensersatz auf Grundlage fiktiver Mängelbeseitigungskosten verlangen kann. Das ist im Werkvertragsrecht ausgeschlossen, weil der Kostenvorschussanspruch besteht (vgl. BGH NJW 2018, 1463

[BGH 22.02.2018 - VII ZR 46/17]; 2021, 1532 [BGH 12.03.2021 - V ZR 33/19]). Es könnte allein dann etwas Anderes gelten, weil der Kläger die VOB/B einbezogenen hat und eine Inhaltskontrolle ergäben könnte, dass dies die Beklagte unter dem Gesichtspunkt unangemessen benachteiligt, dass der Schadensersatz im Kaufrecht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnet werden kann. Dieser Problematik sollte die Beklagte durch Wahl des Kostenvorschussanspruches entgehen.

Überdies gilt, dass im Zeitpunkt des Bedingungseintritts (Feststellung, dass die Leistung frei von wesentlichen Mängeln ist), für alle geltend gemachten Mängel sämtliche Voraussetzungen des verfolgten Gewährleistungsanspruchs vorliegen müssen. Insbesondere muss eine Frist zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen sein bzw. eine solche Fristsetzung müsste entbehrlich sein.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Beklagte substantiiert zu den aktuell noch vorliegenden Mängeln sowie den Mängelbeseitigungskosten für jeden einzelnen Mangel vortragen muss.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Beklagte für ihre ausdrücklich nur hilfsweise geltend gemachte Aufrechnung bislang keine Aufrechnungsreihenfolge vorgibt. Bleibt dies so, folgt diese aus dem Gesetz (§ 396 BGB). Ein Rangverhältnis der Aufrechnungsforderungen ist letztlich notwendig, weil ansonsten der Rechtskraftumfang des § 322 Abs. 2 ZPO im Falle einer streitigen Entscheidung möglicherweise unklar bliebe (vgl. OLG Koblenz, BeckRS 2007, 12966.)

Nach der durch den Senat vertretenen Auffassung (s.u. 3.) kommt eine weitere Aufrechnung mit Mängelgewährleistungsansprüchen aus dem weiteren Vertragsverhältnis "Einbauleistungen" nicht in Betracht.

(3) Die Beklagte ist mit ihren Gewährleistungsansprüchen nicht wegen der §§ 377, 381 Abs. 2 HGB ausgeschlossen. Diese sind zwar grundsätzlich auf Kauf- und Werklieferungsverträge anwendbar. Vorliegend ergibt indes die Auslegung der als AGB einbezogenen Regelungen der VOB/B, die gem. § 305 c Abs. 2 BGB verwendereifend und damit im Zweifel zu Lasten des Klägers zu erfolgen hat, dass die Regelungen zur Rügeobliegenheit nicht vom Vertrag umfasst sind.

Denn es ist eine Auslegung denkbar, dass die erfolgte Einbeziehung der VOB/B zur Anwendung der darin niedergelegten Mängelgewährleistungsrechte ohne Geltung der §§ 377, 381 Abs. 2 HGB führen soll. Schon im Ansatz passt die Rügeobliegenheit nicht zu den Gewährleistungsrechten der VOB/B. Es entsteht für den Vertragspartner der Eindruck, dass angesichts der Geltung der Regelungen der VOB/B nicht mehr die Ablieferung der Ware, auf welche die §§ 377, 388 Abs. 2 HGB abstellen, sondern der Zeitpunkt der Abnahme der für die Entwicklung des Vertragsverhältnisses maßgebliche Zeitpunkt ist. Eine Rügeobliegenheit vor Gefahrübergang, der unter Berücksichtigung von § 7 VOB/Bauch unter Anwendung der VOB/B-Regelungen grundsätzlich erst mit der Abnahme eintritt, wäre gewissermaßen widersinnig. Ferner kann für den Vertragspartner durch die Einbeziehung der VOB/B ohne einen zusätzlichen Hinweis auf die Geltung der §§ 377, 381 Abs. 2 HGB durchaus der berechnete Eindruck entstehen, dass ihm deren Gewährleistungsrechte uneingeschränkt zustehen (vgl. Jousen,

BauR 2014, 1199, 1210; wohl a.A. Sacher in Beck VOB/B, 4. Aufl., Einl. Rn. 213). Vorliegend ist auf die Regelungen zur Rügeobliegenheit nicht hingewiesen.

(4) Soweit es um die Verjährung der aus § 13 VOB/B folgenden Gewährleistungsansprüche der Beklagten geht, wird zu berücksichtigen sein, dass diese angesichts der durch die Rechtsvorgängerin des Klägers einbezogenen VOB/B erst mit der Abnahme beginnt und die Frist sich nach § 13 Abs. 4 und 5 VOB/B richtet (vgl. Jurgeleit in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 5 Rn. 158; BGH, NZBau 2012, 157

[BGH 12.01.2012 - VII ZR 76/11]). Im Übrigen wird auf §§ 204 Nr. 5, 215 BGB verwiesen.

(5) Die Aufforderung zur Sicherheitsleistung des Klägers gem. § 650f BGB (Anlage K 8) geht genauso wie die nachfolgende Kündigung (Anlage K 13) für den Vertrag über die Lieferung von Küchengeräten, -zubehör und -möbeln ins Leere. Die Vorschrift ist auf diesen Vertrag nicht anwendbar, weil es sich um einen Kauf- oder Werklieferungsvertrag handelt. Aus der VOB/B ergibt sich ein derartiges Kündigungsrecht nicht. Im Übrigen hielte es der Klauselkontrolle nicht stand und wäre unwirksam, weil es den wesentlichen Grundgedanken der kaufrechtlichen Regelungen, an denen es zum Nachteil des Klägers zu messen wäre, widerspricht.

3. Anders stellt sich die Rechtslage in Bezug auf den beim Landgericht weiterhin rechtshängigen Teil betreffend den Vertrag über die "Einbauleistungen" dar.

a) Diesen Vertrag, bei dem es sich angesichts der geschuldeten Bodenbelags- sowie sonstigen Innenausbauarbeiten zumindest i.S.d. § 650 a Abs. 2 BGB um einen Bauvertrag handelt, hat der Kläger gem. § 650 f Abs. 1 und 5, S. 1, 2. Alt. BGB wirksam gekündigt.

Dem Sicherungsanspruch des Klägers steht nicht entgegen, dass das Sicherungsverlangen des Klägers (Anlage K 8) vom 1.3.2021 sich sowohl auf den Bauvertrag als auch (unberechtigterweise) den Werklieferungsvertrag bezog und es deswegen um 5.949,99 € zu hoch ausfiel. Entscheidend ist, dass die Beklagte in ihrer Antwort auf das Sicherungsverlangen vom 5.3.2021 (Anlage K 12) mitteilte, es bestünde mangels Vereinbarung überhaupt kein Sicherungsanspruch, woraus zu schließen ist, dass sie auch auf ein Sicherungsverlangen allein in Bezug auf den Bauvertrag sowie in der zutreffenden Höhe von 13.921,10 €, welche für sie ohne Weiteres feststellbar war, nicht geleistet hätte (vgl. BGH, NJW 2001, 822, 825). Weil zudem die Fristsetzung für das Sicherungsverlangen bis zum 20.3.2021 angemessen war, ist diese insgesamt wirksam erfolgt. Ferner ist unerheblich, dass die Leistungen im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens bereits erbracht waren (vgl. BGH NJW 2011, 822, 824). Das folgt auch aus § 650f Abs. 1 S. 3 BGB, der ein Sicherungsverlangen selbst nach Abnahme noch gewährleistet. Die seitens der Beklagten erhobenen Mängelrügen bleiben bei der Bemessung der Sicherheit unberücksichtigt, weil der Unternehmer nach Mängelbeseitigung die volle und damit zu sichernde Vergütung verlangen kann (vgl. BGH, NJW 2001, 822, 824

[BGH 09.11.2000 - VII ZR 82/99]). Vor diesem Hintergrund ist die am 26.3.2021 ausgesprochene Kündigung des Bauvertrages (Anlage K 13) gem. § 650f Abs. 5 S. 1, 2. Alt. BGB wirksam.

b) Der Senat geht zudem davon aus, dass infolge dieser Kündigung die Vergütung fällig ist. Auf die Prüffähigkeit der Schlussrechnung vom 25.2.2021 (Anlage K 6) kommt es nicht an, weil die Beklagte eine entsprechende Rüge nicht fristgerecht erhoben hat, § 650g Abs. 4 S. 3 BGB. Der Abnahme bedarf es angesichts der Kündigung nach § 650f Abs. 5 S. 1, 2. Alt. BGB ausnahmsweise nicht, um die Fälligkeit der Vergütung herbeizuführen. Der Senat verkennt nicht, dass diese Rechtsfrage nicht einhellig beurteilt wird.

So wird teilweise unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BGH, nach der die Fälligkeit des Werklohnanspruchs auch im Fall der Kündigung grundsätzlich eine Abnahme voraussetzt (vgl. BGH, NJW 2006, 2475

[BGH 11.05.2006 - VII ZR 146/04]), vertreten, dass auch im Fall einer Kündigung gem. § 650 f Abs. 5 S. 1, 2. Alt. BGB der auf § 650 f Abs. 5 S. 2 BGB beruhende Werklohnanspruch für die erbrachten Leistungen erst mit einer Abnahme oder infolge eines Abnahmesurrogats bzw. durch den Nachweis der Abnahmereife fällig werde. So beende die Kündigung allein das Erfüllungsstadium und lasse die Gewährleistungsansprüche unberührt. Soweit der Unternehmer sich von seiner Verpflichtung, an dem erbrachten Teil seiner Leistung bestehende und die Abnahme hindernde Mängel zu beseitigen, befreien wolle, müsse er ein zweites Sicherungsverlangen anstrengen und könne, soweit der Besteller dem nicht nachkomme, erst dann seine zunächst weiterhin bestehende Mängelbeseitigungsverpflichtung kündigen (vgl. Schmitz in Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar BauVR*, § 650f Rn. 186 ff; Cramer in Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht*, 4. Aufl., § 650f Rn. 167ff; Fuchs, *BauR* 2012, 326, 341; Koeble in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, *Kompendium des Baurechts*, 5. Aufl., Teil 9 Rn. 165f; zweifelnd Voit in *BeckOK BGB*, 68. Edition, Stand: 01.11.2022, § 650f Rn. 33).

Demgegenüber geht die andere Auffassung davon aus, dass mit der Kündigung nach § 650f Abs. 5 S. 1, 2. Alt. BGB im Regelfall das durch Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung getragene Interesse des Unternehmers zum Ausdruck komme, ohne Sicherheit überhaupt keine, also auch keine Nacherfüllungsleistungen, mehr erbringen zu wollen. Die Kündigung beseitige deswegen auch das eigene Recht zu Nacherfüllung sowie die Gewährleistungsansprüche des Bestellers. Infolgedessen bedürfe es keiner Abnahme, sondern der Anspruch aus § 650f Abs. 2 BGB werde unabhängig davon fällig (vgl. KG, NJW 2018, 3721 Rn. 86; OLG München, *BeckRS* 2012, 211667; Retzlaff,

BauR 2016, 733, 737; Oberhauser, *BauR* 2012, 1543; Scharfenberg in *BeckOK BauVR*, 23. Edition, § 650f Rn. 41c; Koppmann in *Leinemann/Kues, BGB-BauVR*, 2. Aufl., § 650f Rn. 66; Mundt in *BeckOGK*, Stand: 01.01.2024, § 650f BGB Rn. 207f; wohl auch Leupertz/Halfmeier in *Prütting/Wegen/Weinreich, BGB*, 18. Aufl., § 650f Rn. 21; Schwenker/Rodemann in *Erman, BGB*, 17. Aufl., § 650f Rn. 21, abweichend Joussen in *Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar*, Anh. 1 Rn. 234, 242, 275: Fälligkeit ohne Abnahme, aber zweites Sicherungsverlangen zum "Wegkündigen" der Mängelbeseitigungspflicht).

Der Senat folgt zumindest für den hier vorliegenden Fall, dass im Zeitpunkt der Kündigung gem. § 650 f Abs. 5 S. 1, 2. Alt. BGB alle Leistungen erbracht sind und Anlass der Kündigung allein der auch die Abnahme verhindernde Streit über deren Mangelhaftigkeit ist, der letztgenannten Auffassung. Denn in diesem Fall ist für beide Bauvertragsparteien eindeutig, dass die Kündigung ausschließlich die Verpflichtung zur Mängelbeseitigung betreffen kann und soll (vgl. Funke, *BeckOK VOB/B*, 3. Aufl., Vorbem. § 2 VOB/B Rn. 394). Das Durchlaufen eines weiteren Verfahrens mit Sicherungsverlangen sowie anschließender Kündigung des Unternehmers bezöge sich auf die exakt gleiche Interessenlage wie im Rahmen des zur ersten Kündigung führenden Sicherungsverlangens. Dies wäre entweder reine Förmerei oder würde dem Besteller den unberechtigten Vorteil verschaffen, durch ein widersprüchliches Verhalten das "Wegkündigen" der Gewährleistungsrechte durch Sicherheitsleistung noch zu verhindern, nachdem er zuvor durch die Verweigerung der ersten Sicherheit zum Ausdruck gebracht hat, für die nämliche Leistung im Erfüllungsstadium keine Sicherheit erbringen zu wollen.

c) Die Kündigungsvergütung gem. § 650 f Abs. 5 S. 2 BGB bemisst sich an der vereinbarten Vergütung abzüglich infolge der Vertragsaufhebung ersparter Aufwendungen. Deswegen sind von der vereinbarten Vergütung die Aufwendungen abzuziehen, welche sich der Kläger infolge der durch die Kündigung entfallenen Mängelbeseitigung erspart hat (vgl. Leupertz/Halfmeier in *Prütting/Wegen/Weinreich, BGB*, 18. Aufl., § 650f Rn. 22; Schmitz in *Kniffka/Jurgeleit, ibr-online-Kommentar BauVR*, § 650f Rn. 198 ff; a.A. Joussen in *Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar*, Anh. 1 Rn. 243: mangelbedingter Minderwert). Nur so wird ausreichend berücksichtigt, dass die Beklagte durch ihre Vertragsverletzung in Form der unterbliebenen Sicherheitsleistung das Vertragsverhältnis gestört hat.

d) Soweit also Mängel an Leistungen aus dem Vertrag "Einbauleistungen" festgestellt werden, hat der Kläger darzulegen, welche Selbstkosten der Mängelbeseitigung insoweit bei ihr angefallen wären. Erfüllt der Kläger diese Erstdarlegungslast, liegt im Falle des Bestreitens die Beweislast bei der Beklagten (vgl. KG, NJW 2018, 3731

[KG Berlin 16.02.2018 - 21 U 66/16] Rn. 111; BGH NJW-RR 2001, 385).

e) Sofern die Beklagte sich im Zusammenhang mit den Mängeln darauf berufen will, dass "nicht vertragskonforme" Eichendielen verlegt worden seien (Bl. 65 Bd. I d.A.; S. 3 des Schriftsatzes vom 7.10.2021), wird zu beachten sein, dass sie das vereinbarte Leistungssoll unabhängig von der Abnahme darzulegen und zu beweisen hat (vgl. BGH,

BauR 2017, 134). Aus dem Vertrag ergibt sich (Anlage K 3) "Europäische Eiche rustikal mit Ästen/Rissen verdichtet geölt wird

bemustert". Die endgültige Vereinbarung des Leistungssolls erfolgte mithin erst mit der Bemusterung. Die Beklagte muss mithin beweisen, dass das eingebaute Material dem im Rahmen der Bemusterung ausgewählten widerspricht. Dazu wird der benannte Zeuge HH zu vernehmen sein.

f) Hinsichtlich des Streits über die ordnungsgemäße Verlegung bzw. die Aufschlüsselung durch fehlerhafte Reinigung wird ein Sachverständigengutachten einzuholen sein. Vorschusspflichtig ist mangels Abnahme der Kläger.

Weitere schlüssig vorgetragene Mängelrügen in Bezug auf die Einbauleistungen vermag der Senat derzeit nicht zu erkennen. Dazu müsste die Beklagte eine konkrete Mängelliste in Bezug auf die Leistungen aus dem Vertrag "Einbauleistungen" erstellen. Das Gericht ist nicht gehalten, sich aus den Anlagen und unsystematischen Auflistungen das jeweils passende herauszusuchen.

g) Weil im Vortrag des Klägers Anderes anklingt, weist der Senat darauf hin, dass die §§ 377, 381 Abs. 2 HGB beim Werkvertrag keine Anwendung finden.

C) Die Kostenentscheidung war dem Landgericht vorzubehalten. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO (vgl. OLG München NZM 2002, 1032; Heßler in Zöller, ZPO, 35. Aufl., § 538 Rn. 59)

Hinweis:

Verkündet am 05. März 2024

Hinweis:

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.